



rijksuniversiteit
 groningen

Bestuursrecht en Bestuurskunde

Toezicht op de kinderopvang

Rapport van een onderzoek naar aanleiding van enige vraagpunten van de commissie-Gunning over de inrichting van het toezicht op de kinderopvang

J. de Ridder

Groningen, mei 2012

1 Inleiding

1.1 De commissie Gunning

Op 15 april 2011 heeft de Commissie Gunning haar rapport uitgebracht. Deze onafhankelijke commissie, ingesteld door de burgemeester van Amsterdam naar aanleiding van zedenmisdrijven in een Amsterdams kinderdagverblijf, onderzocht welke lessen uit deze zedenzaak getrokken zouden kunnen worden. In haar rapport deed de commissie niet alleen aanbevelingen voor de verbetering van de veiligheid van kinderen in kindercentra, maar ook aanbevelingen die verder reiken dan de zedenzaak en gericht zijn op verdere kwaliteitsontwikkeling in de kinderopvang. Het rapport sluit af met zo'n 80 aanbevelingen. Aanbeveling nr. 701 luidt:

Onderzoek op welke onderdelen de organisatie van bestuurlijk toezicht en handhaving in het onderwijs dan wel in bijvoorbeeld de jeugdzorg of de voor- en vroegschoolse educatie een inspiratiebron kan zijn voor toezicht en handhaving in de kinderopvang.

De Inspectie van het Onderwijs, de adressaat van de aanbeveling, heeft de uitvoering van het in deze aanbeveling besloten onderzoek opgedragen aan een externe deskundige, J. de Ridder, hoogleraar bestuurskunde aan de Rijksuniversiteit Groningen. Het onderzoek bestond uit een bestudering van primaire bronnen (beleidsdocumenten, Kamerstukken, onderzoeksrapporten, handleidingen enzovoorts), aangevuld met enkele vraaggesprekken met sleutelpersonen. Deze rapportage bevat de bevindingen van de onderzoeker.

1.2 De geconstateerde gebreken

Het rapport van de commissie-Gunning bevat twee hoofdstukken die specifiek gaan over wat men noemt het "bestuurlijk" toezicht op de kinderopvang. Met de term "bestuurlijk" wil men het toezicht aanduiden zoals dat wordt uitgeoefend vanwege de overheid – dit ter onderscheid van het 'interne' toezicht binnen de organisaties voor kinderopvang. Hoofdstuk 2 geeft een algemeen beeld van de inrichting en werking van het externe toezicht, met daarbij een voornamelijk op de rapportages van de IvhO gebaseerde beoordeling van de kwaliteit van het (gemeentelijke) toezicht. Hoofdstuk 6 bevat een toegespitste beschrijving en analyse van de inrichting en het functioneren van het toezicht in Amsterdam.

De gebreken die de commissie-Gunning constateert, zijn grosso modo van tweeërlei aard: deels betreffen zij de totale structuur van het toezichtsarrangement, deels gaan zij over de wijze waarop het gemeentebestuur, de besturen van de deelgemeenten en de inspecteurs van de GGD de hun toevertrouwde taken uitvoeren. Ten aanzien van deze knelpunten is het mogelijk om te bezien of het anders en beter kan. Het rapport bevat vier aanbevelingen voor de verbetering van het toezicht. Sommige van deze aanbevelingen zijn al in praktijk gebracht. Zo worden inspecties ter plaatse steeds vaker onaangekondigd uitgevoerd. Op andere punten is een verdere doordenking nodig. Het rapport bevat in dat verband vier vraagpunten.

1.3 Interpretatie

Aanbeveling 701, zoals in par. 1.1 geciteerd, is gebaseerd op een passage uit het rapport-Gunning waarin "bestuurlijk toezicht en handhaving" wordt beoordeeld (par. 626-631). Deze passage bevat enkele meer inhoudelijke aanbevelingen en aandachtspunten. Aanbevelingen zijn:

- a) het (gemeentelijk) toezicht moet zich meer op de inhoudelijke kwaliteit van het werk in de kinderopvang richten, en minder op administratieve controles;
- b) het toetsingskader zou meer aandacht moeten besteden aan inhoudelijke kwaliteit, bijvoorbeeld aan pedagogisch klimaat;
- c) toezicht zou (veel) meer uitgeoefend moeten worden in de vorm van onaangekondigde bezoeken;

- d) het handhavingsinstrumentarium zou moeten worden uitgebreid met de mogelijkheid om de leiding van een kinderdagverblijf te vervangen door een tijdelijk manager op kosten van het bedrijf.

Daarnaast inventariseerde de commissie een aantal vraagpunten betreffende de structuur van het toezicht waarover verder zou moeten worden nagedacht. Samengevat in een viertal onderzoekbare vragen:¹

1. dienen toezicht en handhaving verder uit elkaar te worden georganiseerd zodat niet beide de verantwoordelijkheid zijn van een en het zelfde orgaan (B&W)? of:
2. dienen toezicht en handhaving juist meer te worden geïntegreerd (vgl de inrichting van het onderwijstoezicht)?
3. zou de oordeelsvorming van de toezichthouder op een andere wijze dan thans gestalte moeten krijgen (vgl. de praktijk van het toezicht in de jeugdzorg of bij de vroegschoolse educatie)?
4. in hoeverre is het thans vigerende interbestuurlijk toezicht op de gemeentebesturen, zoals uitgeoefend door de Inspectie voor het onderwijs, gewenst, mede in het licht van recente ontwikkelingen rond het interbestuurlijk toezicht?

Het is voornamelijk de beantwoording van deze vier vragen waarvoor de commissie nader onderzoek gewenst achtte en die zijn samengevat in aanbeveling 701. Dit rapport bevat een neerslag van het onderzoek dat is verricht om aan aanbeveling 701 te voldoen.

¹ De letterlijke tekst van de betreffende passage (Gunning, paragraaf 630-631) luidt: *De commissie heeft afgezien van aanbevelingen voor de structuur van toezicht en handhaving, ook al zijn die in het onderzoek wel aan de orde gekomen. Zo is genoemd dat toezicht en handhaving niet langer bij hetzelfde bestuursorgaan – de gemeente – zouden moeten worden ondergebracht; er werd echter ook genoemd dat toezicht en handhaving juist moeten worden geïntegreerd, zoals nu al het geval is bij bijvoorbeeld de Inspectie van het Onderwijs en enigermate bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Integratie kan de impact verhogen, doordat er geen tijd en energie met afstemming verloren gaan. Gerefereerd werd aan het voorbeeld van de Inspectie van het Onderwijs, die zwak presterende scholen intensief kan begeleiden en daarmee de prestaties kan verbeteren zonder dat sluiting hoeft te worden overwogen. Naast toezicht en handhaving is ook een vorm van advies ingebouwd. Ook is gesproken over een oriëntatie op andere, meer inhoudelijke manieren om de kwaliteit te toetsen dan op dit moment in de kinderopvang het geval is. Zo is gewezen op voorbeelden in de jeugdzorg of in de (pilot van de) inspectie voor en vroegschoolse educatie. De commissie pleit ervoor om in de komende tijd op dit vlak nader onderzoek te doen. Daarbij kan tegelijk aangesloten worden bij de discussie over de wenselijkheid en de vorm van interbestuurlijk toezicht, het systeem waarin de ene overheid toezicht houdt op de andere, in het geval van de kinderopvang de Inspectie van het Onderwijs die toezicht houdt op de gemeentelijke taakuitvoering.*

2 Het toezichtsarrangement kinderopvang

Het rapport van de commissie-Gunning bevat een vrij uitvoerige beschrijving van het toezichtsarrangement. Hier volstaat een beknopte schets van de belangrijkste kenmerken. De beschrijving verloopt volgens een stramien van elementen zoals die analytisch te onderscheiden zijn in elk toezichtsproces en elk toezichtsarrangement: object, doel, informatieverwerving, oordeelsvorming en interventie. De Wet op de kinderopvang heeft een eigen begripsvorming. De algemene noemer van het gehele proces is “handhaving” – geregeld in afdeling 4 van de wet. Daarbinnen wordt onderscheid gemaakt tussen het deelproces “toezicht op de naleving” (informatieverwerving en oordeelsvorming over het object) en het deelproces “gemeentelijk ingrijpen” (interventie door B&W).

2.1 Object

Het object van arrangement is het meest kernachtig verwoord in artikel 1.49 van de wet Kinderopvang en Kwaliteitseisen Peuterspeelzalen. De tekst van lid 1 van dat artikel luidt:

Een houder van een kindercentrum biedt verantwoorde kinderopvang aan waaronder wordt verstaan opvang die bijdraagt aan een goede en gezonde ontwikkeling van het kind in een veilige en gezonde omgeving.

Het object dat centraal staat in het toezichtsarrangement, is de kinderopvang die houders van kindercentra bieden. De bepaling bevat meteen ook de kern van de maatstaven waarin die kinderopvang moet voldoen: ‘bijdragen aan een goede en gezonde ontwikkeling van het kind in een veilige en gezonde omgeving’. De *normadressaat* is de houder van het kinderopvangcentrum: de rechtspersoon of natuurlijke persoon die een kindercentrum exploiteert. De houder is als zodanig kenbaar doordat hij is geregistreerd in een nationaal register kinderopvang (ex artikel 1.47a, Wet kinderopvang). Hoewel het woord vergunning niet als zodanig in de wet voor komt is er wel degelijk sprake van een vergunningplicht, zoals blijkt uit artikel 1.45, lid 1:

Degene die voornemens is een kindercentrum of gastouderbureau in exploitatie te nemen, doet daarvoor een aanvraag bij het college van burgemeester en wethouders van de gemeente van vestiging.

Zonder een positieve beschikking van B&W kan een kindercentrum niet in exploitatie worden genomen.

2.2 Doel

Het directe doel van het arrangement is, te bewerkstelligen dat houders van kindercentra de wettelijke eisen, gesteld aan de exploitatie van een kindercentrum, naleven. De eisen zijn geformuleerd in hoofdstuk 3, paragraaf 2 van de wet. Het materiële doel is, te bewerkstelligen dat de houder van een kindercentrum “verantwoorde kinderopvang” biedt. Artikel 1.50 (lid 1) bevat een omschrijving van hetgeen de wetgever als voorwaarden voor een verantwoorde kinderopvang beschouwt:

De houder van een kindercentrum organiseert de kinderopvang op zodanige wijze, voorziet het kindercentrum zowel kwalitatief, als kwantitatief zodanig van personeel en materieel, draagt zorg voor een zodanige verantwoordelijkheidstoedeling, en voert een zodanig pedagogisch beleid dat een en ander redelijkerwijs leidt 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.

Bij of krachtens Amvb kunnen op tal van punten nadere regels worden gesteld omtrent de kwaliteit van de kinderopvang bij een kindercentrum (lid 2).

Daarnaast bepaalt artikel 1.57a:

“Onze Minister kan beleidsregels stellen omtrent de toepassing van de artikelen 1.49, 1.50, eerste, derde, vierde en vijfde lid, 1.51 (...)”.

Een nogal ongelukkige vorm van wetgeving. Niet zonder meer duidelijk is wat hier met het woord “toepassing” is bedoeld. De normadressaat van de kwaliteitseisen in artikel 1.49, 1.50 en 1.51 is onmiskenbaar de houder van een kindercentrum. In 2004 zijn op grond van deze bepaling beleidsregels vastgesteld die inmiddels een aantal malen zijn gewijzigd, het laatst in juli 2010. De beleidsregels bevatten een nadere precisering en soms ook wel een verdergaande uitwerking van de in de wet opgenomen kwaliteitseisen. Een bestuursorgaan (in dit geval “onze minister”) kan burgers (in dit geval de houder van een kindercentrum) echter geen verplichtingen opleggen door middel van beleidsregels. De alternatieve interpretatie is, dat de toezichthouder de normadressaat is. De beleidsregels zijn dan primair de (uitgewerkte) beoordelingsmaatstaven die de toezichthouder dient te hanteren.

De handhaafbaarheid van deze beleidsregels is op zijn minst kwestieus. Toen de VNG de wetgever daar in 2004 al voor waarschuwde² kwam er een slechts een sussende reactie van de minister van SZW.³ De constructie sneuvelde dan ook meteen, de eerste de beste keer dat een geschil over de handhaving van de beleidsregels bij de Raad van State belandde, zeven jaar na de invoering van de wet.⁴ Als reactie op deze uitspraak heeft de minister het voornemen om de materie alsnog bij AMvB te regelen.⁵ Daarmee vervalt de fictie van zelfregulering die nog enigszins besloten lag in de aanpak convenant - beleidsregels. De Kroon (met inbegrip van de Raad van State) heeft immers een eigen verantwoordelijkheid die niet al bij voorbaat kan worden weggegeven met de belofte een overeenkomst uit het veld in wetgeving over te nemen.

Het is overigens ook niet nodig om de fictie van zelfregulering in stand te houden om te bewerkstelligen dat de regulering door de branche zelf gedragen wordt. Vergaande betrokkenheid en gedetailleerde consultatie van stakeholders bij de voorbereiding van nadere regelgeving is in allerlei sectoren gebruikelijk.

2.3 Bevoegd gezag

De wet wijst het college van B&W aan als het bestuursorgaan, belast met “de handhaving” van de wet- en regelgeving betreffende de kinderopvang. Artikel 1.61 lid 1 bepaalt: “het college van burgemeester en wethouders ziet toe op de naleving...”. In de laatste volzin van dat lid worden B&W verplicht om de directeur van de GGD aan te wijzen als toezichthouder zoals bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht, artikel 5.11. Een toezichthouder in deze zin is “de persoon die bij of krachtens wettelijk voorschrift is belast met het houden van toezicht op de naleving ...”. De wettelijke term “houden van toezicht” omvat het verzamelen van informatie omtrent nalevingsgedrag van normadressaten en het beoordelen van de mate van naleving. De Awb verstaat als zodanig aangewezen personen specifieke bevoegdheden.

De positie van B&W als bevoegd toezichtsgezag is ambigu. Enerzijds is het college als enige bestuursorgaan volledig verantwoordelijk voor het toezicht; anderzijds is de beleidsruimte van het college om die verantwoordelijkheid waar te maken, aanzienlijk ingeperkt. In het model van de Wet kinderopvang kan het college uitsluitend de directeur GGD als toezichthouder aanwijzen. De directeur GGD verricht zijn taak als toezichthouder formeel onder het gezag van B&W. Het college kan in beginsel instructies geven over de wijze waarop het toezicht uitgeoefend dient te worden. Echter, informatieverzameling en oordeelsvorming zijn zodanig ingekaderd in wet- en regelgeving (om te beginnen in de artikelen 1.62-1.64) dat er nauwelijks ruimte lijkt over te blijven voor andere instructies dan die, vervat in een *service level agreement*: een

² Brief van de VNG aan de Tweede Kamer d.d. 23 juni 2004.

³ Brief van de minister van SZW aan de VNG d.d. 27 augustus 2004. Waarschijnlijk schreef de minister de brief tegen beter weten in, onder grote druk van de meerderheid binnen de toenmalige regeringscoalitie die perse een vorm van zelfregulering in het stelsel opgenomen wilde zien.

⁴ Uitspraak Afdeling Rechtspraak RvSt., d.d. 21 december 2011, 201103651/1/H2.

⁵ Brief van de minister van SZW aan de Tweede Kamer van 12 maart 2012, KO/2012/2741.

overeenkomst over het aantal uren dat de GGD jaarlijks aan toezicht zal besteden en de financiële compensatie die het gemeentebestuur daar tegenover stelt. Het medebewind – de vordering van de gemeentelijke medewerking aan de uitvoering van nationale regelgeving – wordt zo vrijwel gereduceerd tot een lijdelijk-mechanische taak.

2.4 Gegevensverzameling

De wet bevat enige voorschriften over de wijze waarop de toezichthouder te werk dient te gaan bij het inwinnen van informatie over het naleefgedrag van de normadressaten. Artikel 1.62 bepaalt de frequentie waarmee elk geregistreerd kindercentrum zal worden bezocht (eenmaal per jaar) alsmede incidenteel wanneer daartoe aanleiding is. Artikel 1.63 bevat regels omtrent de rapportage. De minister kan beleidsregels vaststellen omtrent de door de toezichthouder te hanteren werkwijze. De meest recente versie van de dienovereenkomstig vastgestelde *Beleidsregels werkwijze toezichthouder kinderopvang*, is die van 19 december 2011. De beleidsregels verplichten de toezichthouder om een risicomodel te hanteren met behulp waarvan toezichtsfrequentie en toezichtsintensiteit per centrum kunnen worden afgeleid. Formeel beslisten B&W over frequentie en intensiteit, maar de toezichthouder adviseert het college daarover.

De beleidsregels bepalen dat een toezichthouder zijn onderzoeken onaangekondigd verricht, bevatten aanwijzingen voor de inrichting van een onderzoeksrapport en geven een nadere uitwerking van de procedure voor de behandeling van het concept-rapport (dat na definitieve vaststellen openbaar moet worden gemaakt).

2.5 Oordeelsvorming

De wet zelf bevat zoals reeds opgemerkt een aantal vereisten waaraan een kindercentrum moet voldoen. Deze eisen zijn de beoordelingsmaatstaven van de toezichthouder: vastgesteld moet worden of de houder van het kindercentrum deze regels naleeft. Echter, de formuleringen in de wet laten nog vrij wat beoordelingsruimte aan de toezichthouder. De maatstaven zijn gespecificeerd en aangevuld in beleidsregels die de minister, krachtens artikel 1.57a heeft vastgesteld. De meest recente versie van deze *Beleidsregels kwaliteit kinderopvang en peuterspeelzalen* is vastgesteld op 19 december 2011.

De wijze waarop deze beleidsregels tot stand komen is bijzonder. De basis ervan is een convenant, in opdracht van de minister afgesloten tussen organisaties van afnemers en aanbieders in de sector (*de Brancheorganisatie kinderopvang, MOgroep Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening, en BOiNK Belangenvereniging van Ouders in de Kinderopvang*.) Het kabinet heeft, in elk geval bij de laatste wijziging van de beleidsregels, al op voorhand aangegeven welke eisen er in het landelijke beoordelingskader in elk geval opgenomen dienden te worden:⁶

- In een groep van maximaal 16 kinderen werkt minimaal 1 SPW-3 (of equivalent, conform de CAO) opgeleide beroepskracht;
- De groepsgrootte is maximaal 16 kinderen.
- Bij een peuterspeelzaalgroep van meer dan acht kinderen is er naast de opgeleide beroepskracht tevens een vrijwilliger of een andere opgeleide beroepskracht aanwezig.

Ambtenaren van de minister hebben de convenantsregels vervolgens, in samenspraak met onder meer medewerkers van de VNG en de GGD NL, omgezet in beleidsregels die de toezichthouder eenduidig zou moeten kunnen toepassen bij zijn oordeelsvorming.

⁶ Toelichting bij het Besluit van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 9 juli 2010, nr. JZ/2010/192589 (2712), tot wijziging van de Beleidsregels kwaliteit kinderopvang in verband met de totstandkoming van het Convenant Kwaliteit peuterspeelzaalwerk; *Staatscourant* 2010 nr. 11241 20 juli 2010, p. 5.

De GGD Nederland heeft de werkwijze en de oordeelsvorming van de toezichthouder nog weer verder uitgewerkt in een aantal inspectie-instrumenten: een *toetsingskader* van 48 pagina's;⁷ *veldinstrumenten* ofwel formats van vier documenten die de toezichthouders naar de houders sturen om informatie in te winnen (twee vragenlijsten, een lijst van in te leveren stukken en de gegevens van het gemeentelijke register); een *model-inspectierapport* en een methode voor *risico-inventarisatie* (gezondheidsmanagement en veiligheidsmanagement).

2.6 Interventie

De wet wijst het college eveneens aan als het bestuursorgaan dat “ingrijpt” indien “een kindercentrum (...) de gegeven voorschriften niet of onvoldoende naleeft” (artikel 1.65). In onze termen: B&W zijn ook belast met eventuele interventies. De middelen om in te grijpen die de wet het college verschaft zijn: het geven van een “schriftelijke *aanwijzing*” (artikel 1.65), en het uitvaardigen van een *verbod* op de exploitatie van een kindercentrum (artikel 1.66). Artikel 1.72 scheidt de mogelijkheid een *bestuurlijke boete* op te leggen. Voorts beschikt het gemeentebestuur krachtens artikel 125 gemeentewet over herstelsancties: de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen en om een last onder dwangsom op te leggen. Ook de toezichthouder (dat wil zeggen de directeur GGD) kan ingrijpen, en wel met het middel van het *bevel* (artikel 65 lid 3) – en wel in die gevallen dat de toestand in een kindercentrum ertoe noopt om onmiddellijk maatregelen te nemen.

De VNG heeft een *afwegingsmodel handhaving kinderopvang* gemaakt. Veel gemeentebesturen stellen een handhavingsbeleid kinderopvang vast waarin dat of een dergelijk afwegingsmodel is verwerkt. Zo'n beleidsdocument bevat doorgaans een schema van stappen die de handhaver achtereenvolgens kan zetten om in te grijpen bij normschendingen. Voorts wordt er een verband gelegd tussen de aard en de ernst van de overtreding, en de wijze van ingrijpen. Het gemeentebestuur is overigens niet wettelijk verplicht om zo'n document vast te stellen.

2.7 Toezicht op toezicht

“Onze minister (de minister van sociale zaken en werkgelegenheid) houdt toezicht op de rechtmatigheid en de doeltreffendheid van de uitvoering van de bij of krachtens (...) dit hoofdstuk gestelde regels door het college van burgemeester en wethouders” zo luidt verkort het eerste lid van artikel 1.68. De minister dient er, met andere woorden, op toe te zien dat het toezicht van B&W op de kindercentra aan de maat is. Het tweede lid bepaalt dat de inspectie voor het onderwijs dat toezicht namens de minister zal uitoefenen. De minister heeft één sanctiebevoegdheid: hij kan het gemeentebestuur een *aanwijzing* geven. Artikel 1.70 geeft een grondslag voor het verwerven van de benodigde toezichtsinformatie. Het gemeentebestuur dient de minister alle gegevens en inlichtingen te verstrekken die hij voor het toezicht nodig heeft. De minister kan regels geven omtrent de wijze waarop B&W de verlangde gegevens en inlichtingen verzamelen en verstrekken.

In de praktijk is het toezicht zoals de IvhO het de afgelopen jaren heeft uitgeoefend, voor een aanzienlijk deel op “bureauonderzoek” gebaseerd. De twee belangrijkste bronnen daarbij waren het gemeentelijke register en het gemeentelijke jaarverslag. Het jaarverslag is een verantwoordingsdocument dat B&W krachtens artikel 1.67 jaarlijks aan de minister moeten overleggen. Het verslag moet opgesteld worden volgens een door de IvhO, in overleg met VNG en GGD NL ontworpen en door de minister vastgesteld model. De gemeenten leveren het verslag langs digitale weg aan.

Een dergelijke vorm van zelfrapportage levert niet de meest betrouwbare gegevens op. De toezichthouder heeft de betrouwbaarheid in de afgelopen jaren vergroot door wat men

⁷ Met ingang van 2012 is het Toetsingskader verwerkt als een set van items in het model-inspectierapport.

noemt een consistentietoets (op de jaarverslagen zelf) en een betrouwbaarheidstoets (bij een steekproef van gemeenten) uit te voeren. Bij de oordeelsvorming bleek de wettelijke norm “doelmatigheid” lastiger op het materiaal toegepast te kunnen worden dan de norm “rechtmatigheid”.

Op grond van deze onderzoeken is een selectie van gemeenten aangemerkt als “potentieel achterblijvend” ten aanzien van feitelijke handhaving dan wel het voeren van een handhavingsbeleid. Nader onderzoek door de inspectie kon leiden tot de kwalificatie “achterblijvend”. De labeling is te beschouwen als een eerste stap van een interventieladder. Een tweede daaropvolgende stap is, dat de IvhO verbeterafspraken maakte met de achterblijvende gemeenten.

De IvhO is begonnen om het toezicht nog meer te richten op individuele gemeenten, op basis van risicoanalyses. Daarvoor zou de gemeenschappelijke inspectieruimte kinderopvang (GIR-KO) aanvullende informatie moeten kunnen leveren.⁸

De formele grondslag voor het interbestuurlijke toezicht wijzigt met de invoering van de Wet revitalisering generiek toezicht. Het genoemde artikel 1.68 bepaalt dan alleen nog dat het gemeentebestuur de minister desgevraagd de informatie verstrekt die de minister nodig heeft “voor de informatievoorziening en beleidsvorming en de statistiek” betreffende de kinderopvang. Voor het overige zal het tweedelijns toezicht vanwege de minister, indien en voor zover het wordt voortgezet, ingebed moeten zijn in de algemene regeling voor interbestuurlijk toezicht in de Gemeentewet, zoals die krachtens de wet Revitalisering Generiek Toezicht tot stand wordt gebracht. In paragraaf 5.3 komen we daar op terug.

⁸ De Gemeenschappelijke inspectieruimte is een digitaal systeem waarin inspecteurs gezamenlijk waarnemingen, bevindingen en conclusies kunnen uitwerken en inzien. De GIR stelt inspectieteams in staat om gezamenlijk een inspectie voor te bereiden van uitvoering tot afronding. Inspecteurs van de IvhO zouden de gegevens, geregistreerd in de GIR Kinderopvang kunnen inzien om een beter beeld te krijgen van de planning en uitvoering van het toezicht en de handhaving in de kinderopvang.

3 Een beoordeling van het toezichtsarrangement

3.1 *Het oordeel van de commissie-Gunning over het gemeentelijk toezicht*

Naast een uitvoerige analyse en beschrijving van de situatie in Amsterdam bevat het rapport van de commissie-Gunning vrij vergaande kritiek op het gemeentelijk toezicht op de kinderdagverblijven in het algemeen. Die kritiek is voor een belangrijk deel gebaseerd op het onderzoek van de tweedelijns-toezichthouder: de IvhO.⁹

De belangrijkste constatering voor wat betreft de inrichting van het toezicht is, dat de verantwoordelijke bestuursorganen (het gemeentebestuur dan wel de besturen van de deelgemeenten) hun taak tamelijk minimalistisch uitvoeren. Er is vaak geen toezichtsbeleid, de rol van “opdrachtgever” (aan de GGD) wordt zeer beperkt ingevuld, er is weinig tot geen bestuurlijke en beleidsmatige aandacht voor de wijze waarop de handhaving wordt uitgeoefend en men heeft geen duidelijke denkbeelden over de manier waarop toezicht en handhaving zich tot elkaar verhouden. Dat het inspecteren over het algemeen een positiever beeld vertoont dan de handhaving is vooral toe te schrijven aan de inspanningen van de GGD-Nederland en niet zozeer aan de gemeentebesturen.

Toch laat ook de beschrijving van het daadwerkelijk functioneren van het toezicht dat de commissie-Gunning ons biedt, allerlei gebreken zien. De duur van de inspecties is te beperkt, het toezichtskader past niet goed op de reële situaties, de praktijk van aangekondigde bezoeken leidt tot *window dressing* bij de onder toezicht gestelden, de inspecteurs hanteren hun werkinstructies op creatieve wijze – om de belangrijkste geconstateerde knelpunten te noemen. Bij de handhavingsafdelingen van de (deel)gemeenten, is er volgens de commissie-Gunning een tekort aan geld en capaciteit, een gebrek aan visie, geen voeling met de praktijk, en onvoldoende materiaal om een sanctie bij de rechter overeind te houden.

Deze bevindingen dateren van enkele jaren geleden. Men mag aannemen dat er inmiddels het een en ander is veranderd, niet in de laatste plaats vanwege de inspanningen van de IvhO, onder meer door middel van het project “achterblijvende gemeenten.” Niettemin, deze weergave van de gang van zaken laat onderliggende patronen zien, structurele omstandigheden die niet zomaar veranderen door de toezichtsdruk vanuit het rijk op te voeren. In het navolgende zullen we enkele van die patronen schetsen.

3.2 *De arbeidsdeling in het toezicht*

Een eerste kenmerk van het toezichtsarrangement kinderopvang is de duidelijk gemarkeerde arbeidsdeling. Hoewel B&W formeel de integrale verantwoordelijkheid hebben, is er feitelijk een scherpe scheiding tussen de deeltaken gegevensverzameling en oordeelsvorming enerzijds en interventie anderzijds. Daar komt dan nog bij een derde taak, de taak van de minister om (tweedelijns) toezicht uit te oefenen op de gemeentebesturen.

De scheiding is zo scherp gemarkeerd doordat de wet het gemeentebestuur verplicht om de informatieverzameling en oordeelsvorming op te dragen aan de GGD. Deze organisatie heeft een eigen koepel, GGD-Nederland, die veel werk maakt van het ondersteunen van de

⁹ Gunning 2011, pag. 45 e.v.

GGD-inspecteurs, onder meer met behulp van de hiervoor genoemde *inspectie-instrumenten*, met trainingen en met voorlichting. De beoordelingsmaatstaven worden geheel centraal ontworpen en vastgesteld, en ook de werkwijzen van de toezichthouder zijn onderworpen aan centrale regelgeving. Van de verantwoordelijkheid van het gemeentebestuur voor de uitoefening van het toezicht blijft daardoor niet veel over. Toch moeten B&W wel de portemonnee trekken om de GGD in te huren voor een taak die centraal is bedacht, geregeld en uitgewerkt.¹⁰ Het gemeentebestuur heeft zelfs weinig zeggenschap over het aantal inspectie-uren dat het wil inkopen: er is een wettelijke plicht om elk kindercentrum elk jaar tenminste eenmaal te onderzoeken (de honderd procent norm) en dat laat B&W ook in dit opzicht weinig keuzeruimte.

Uit de verschillende hedendaagse omschrijvingen van toezicht krijgt men de indruk dat arbeidsdeling in een toezichtscyclus tamelijk gebruikelijk is. In feite zijn daar niet zoveel voorbeelden van. Er is echter één toezichtsarrangement dat een treffende gelijkenis vertoont met het toezichtsarrangement kinderopvang, en dat is het toezicht krachtens het Besluit Risico's Zware Ongevallen (BRZO). Het gemeentebestuur krijgt ook in dit geval de taak opgedragen om toezicht uit te oefenen, op bedrijven die een risico voor de externe veiligheid vormen. Het toezicht is sterk centraal ingekaderd. Over de organisatie van de uitvoering zijn strikte centrale regels. De normen en maatstaven aan de hand waarvan de toezichthouder moet oordelen zijn centraal en uniform vastgesteld. Het gemeentebestuur rest de ondankbare taak om sancties op te leggen bij door anderen geconstateerde overtredingen. Resultaat: de gemeente is niet de probleemeigenaar en sanctioneert weinig. De inspecteurs werken in een vacuüm. De centrale overheid constateert dat de gemeentebesturen hun taak niet naar verwachting uitoefenen (de brand bij Chemiepak in Moerdijk biedt een voorbeeld) en besluit tot aanvullende maatregelen, zoals verscherpt tweedelijns toezicht. Als men het toezichtsarrangement kinderopvang vanuit dit perspectief bekijkt, dan valt te voorspellen dat veel gemeentebesturen zich ook op dit beleidsterrein niet echt probleemeigenaar zullen voelen. In de praktijk blijkt dat ook vaak het geval te zijn. Handhaven is onder deze omstandigheden een weinig aantrekkelijke plicht. We noemen enkele elementen.

Ten eerste: de afstemming van toezicht en handhaving. Voor de hand liggende handelingen (zoals de terugschikking aan de GGD-inspecteur van de handhavingsactie) blijven nogal eens achterwege. De planning en het management van de hele toezichtscyclus zijn gebrekkig.

Ten tweede: het handhavend gezag (B&W, geadviseerd door zijn handhavingsafdeling) heeft, bij elk advies van de GGD tot handhavend optreden, twee opties. De eerste optie is, het advies min of meer automatisch op te volgen. Dat betekent: op grond van het oordeel van een ander een sanctie-beschikking maken. Het risico is dan vrij groot, dat zo'n beschikking niet *judgeproof* is. Een goede juridisch geschoolde handhavingsambtenaar zal de neiging hebben om het oordeel van de inspecteur op zijn minst te verifiëren: de tweede optie, een zekere vorm van eigen inspectie, komt dan gauw in zicht.

Een derde element: de bemensing van de handhaving. Achter de claim op fondsen voor het toezicht staat een sterke organisatie: de GGD. Gelden voor handhaving moet het gemeentebestuur geheel op eigen kracht beschikbaar stellen. In de praktijk produceert de GGD vaak meer voorstellen voor interventie dan de gemeentelijke handhavingsafdeling aan kan, zeker naarmate de neiging tot een eigen her-inspectie groter is. Hier zien we het probleem van de *street level bureaucrat* opdoemen. De handhavingsambtenaar, geconfronteerd met een te

¹⁰ Een beknopte toelichting betreffende de financiering van het toezicht op de kinderopvang is hier op zijn plaats. Het Rijk "stelt per jaar ca €25 miljoen beschikbaar" voor het gemeentelijk toezicht op de kinderopvang. Dat beschikbaar stellen houdt in dat dit bedrag jaarlijks in het Gemeentefonds wordt gestort. Kenmerkend voor het Gemeentefonds is echter, dat er geen bestedingsverplichting voor de gemeentebesturen uit voortvloeit. Elke gemeente ontvangt elk jaar één algemene uitkering uit het Gemeentefonds. Deze gelden worden toegevoegd aan de algemene middelen van de gemeente. Het is de gemeentelijke begrotingsautoriteit (de gemeenteraad) die autonoom beslist over de aanwending van deze middelen voor verschillende doeleinden. In het gemeentelijk begrotingsdebat concurreert het toezicht op de kinderopvang met tal van andere gemeentelijke (handhavings)taken om de schaarse middelen. Bij rijksdepartementen bestaat ten onrechte nog wel eens de gedachte dat een storting in het Gemeentefonds een verkapte specifieke uitkering is, geormerkte gelden die het gemeentebestuur in zijn geheel aan het door het departement benoemde doel moet besteden. De essentie van het Gemeentefonds is echter precies het tegenovergestelde: algehele bestedingsvrijheid. Als de minister van SZW zeker wil stellen dat de €25 miljoen in zijn geheel aan het toezicht op de kinderopvang wordt besteed, dient hij de financiering in de vorm van een specifieke uitkering te gieten.

groot aanbod aan gevallen en te weinig capaciteit voor adequate afdoening, ontwikkelt allerlei strategieën om toch het bureau leeg te krijgen. Men zoekt de krenten uit de pap (*cherry picking*). Men handelt het overschot aan gevallen af op de gemakkelijkste manier (geen interventie) of men neemt alsnog zijn toevlucht tot de eerste optie: automatische afdoening conform. Uiteindelijk kiezen veel handhavingsambtenaren voor andere werkzaamheden, getuige de grote doorstroming die de commissie-Gunning signaleert.¹¹

Kortom, de tekortkomingen in het gemeentelijke toezicht die de commissie-Gunning signaleert zijn goed te verklaren vanuit het stelselkenmerk van een ver doorgevoerde arbeidsdeling. We komen hier op terug.

3.3 De regulering van het toezicht

Een bekend verschijnsel in dit soort situaties staat bekend onder de door de Fransman Crozier gemunte term “de vicieuze cirkel van de bureaucratie”.¹² Een typische storingsreactie op de constatering dat de uitvoering grote gebreken vertoont, is die uitvoering verder in te kaderen in regels. De nieuwe regels zullen ook gaten vertonen of onbedoelde averechtse effecten oproepen, hetgeen opnieuw de reactie van verdergaande regulering en strenger toezicht oproept. Deze dynamiek vindt zijn oorsprong in de omstandigheid dat uniforme regels nooit helemaal bij het afzonderlijke geval passen. Het behoort tot de professionele bekwaamheid van degene die de regel toepast, om het concrete geval onder een algemene regel te brengen. Indien deze bekwaamheid ontoereikend is of indien de druk van de *street level bureaucrat* tot onvolledige toepassing leidt, ontstaat het gat dat met nieuwe regels opgevuld wordt. Naarmate de programmering op deze wijze groter wordt zal de werkelijkheid nog meer gaan wringen met het toetsingskader. Tekenen hiervan zijn aan te treffen in de bevindingen van de commissie-Gunning.

3.4 De interventie / sanctionering

Er is nog een derde omstandigheid die een verklaring kan bieden voor de gesignaleerde ontoereikendheid van het gemeentelijke toezicht. Een cyclus van toezicht en handhaving vertoont typisch een aantal escalatiestappen. De toezichthouder constateert een gebrek, geeft een waarschuwing, controleert op een later tijdstip opnieuw, verbreedt wellicht de controle en constateert andere ongerechtigheden en besluit tot verscherpt toezicht. Afhankelijk van de reacties van de onder toezichtgestelde voert de inspecteur de druk op. Bij blijvende gebreken (of al veel eerder bij ernstige gebreken) wordt bestuurlijk geweld toegepast: een boete, bestuursdwang of zelfs sluiting. De arbeidsdeling in het toezicht op de kinderopvang suggereert veel meer een digitaal dan een cyclisch toezichtsproces. De inspecteur constateert, de handhaver sanctioneert. De inspecteur die de controles uitvoert heeft weinig (formele) mogelijkheden om corrigerend op te treden.¹³ De handhavingsambtenaar heeft, omgekeerd, weinig formele mogelijkheden om de-escalierend op te treden. Dit maakt het moeilijk voor het toezichthoudend gezag om efficiënt en effectief maatwerk te leveren: een corrigerende aanpak die helemaal aansluit bij de specifieke kenmerken van het kindercentrum en bij de aard en de ernst van de geconstateerde gebreken. Dat zulk maatwerk gewenst is, blijkt uit de diversiteit aan overtredingen en overtre-

¹¹ Het GGD-inspectierapport bevatte in 2011 nog ruim honderd items waarop werd getoetst. Met zo'n fijnmazig net zijn er altijd wel gebreken te constateren. Dat levert weer een grote druk op op de handhaving. Inmiddels is er een begin gemaakt met de reductie van het aantal beoordelingspunten tot een soort kernvoorwaarden. Dat, tezamen met een meer risico-gestuurde aanpak, zou tot een meer relevante handhaving moeten leiden.

¹² Michel Crozier, *The bureaucratic phenomenon*, London, 1964.

¹³ Om aan dit probleem tegemoet te komen is inmiddels iets van een informeel correctie-instrumentarium voor GGD-ambtenaren (het instrument ‘overleg en overreding’) bedacht. GGD-inspecteurs mogen nu ook officieel informele op- en aanmerkingen maken.

ders. Een grote marktpartij met honderden vestigingen wordt gedreven door een streven naar voortdurende kostenbesparingen. Men zoekt daarbij steeds de grenzen op van wat de wet toelaat. Een kleine non-profit instelling, bestuurd door enkele vrijwilligers, mist de capaciteiten om alle ins en outs van de kwaliteitseisen te doorgronden en te implementeren. Het behoeft geen betoog dat het effectief bevorderen van naleving – de kernfunctie van het gemeentelijke toezicht – in beide gevallen een heel verschillende aanpak vergt.

Een structurele functiescheiding tussen ‘toezicht’ en ‘handhaving’ maakt het lastig om een effectieve escalatiestrategie te hanteren – maar onmogelijk is het niet. De Inspectie voor het Onderwijs bijvoorbeeld werkt in zekere zin onder het regime van een functiescheiding. Afgezien van enige uitzonderingen kan alleen de minister, daarin geadviseerd door departementsambtenaren, scholen wettelijke sancties opleggen. Echter, die wettelijke sancties zijn het uitdrukkelijke sluitstuk van een welomschreven sanctiestrategie, waarbinnen de Inspectie op eigen titel een reeks van interventies tot zijn beschikking heeft.

3.5 *Schaal en taak*

Het toezicht op de kinderopvang is een gemeentelijke medebewindstaak. Dat is historisch te verklaren: er is een zekere padafhankelijkheid ontstaan door de keuzen die in het verleden zijn gemaakt. Zo heeft de GGD van oudsher een rol gehad in de bewaking van de veiligheid en gezondheid in kinderopvangsituaties. De daarmee opgebouwde kennis en ervaring is niet zomaar over te hevelen naar een andere organisatie of een ander bestuursniveau. Bekijkt men het toezichtsarrangement echter buiten zijn historische context, dan zijn er wel enige kanttekeningen bij de bestaande decentralisatie te maken.

Een eerste belangrijke overweging in kwesties van schaal en taak betreft *economies of scale*. Kort gezegd: kan de gemeente de hulpbronnen en expertise bijeen brengen en bijeen houden die nodig zijn om de betreffende taak goed en efficiënt uit te voeren. Als de voor een goede bedrijfsvoering vereiste schaal niet aansluit op de schaal van de gemeente kan dat twee gevolgen hebben: of de taak wordt niet goed uitgevoerd, of er worden dure mensen en middelen verspild. Het risico van economy of scale problemen is groter naarmate de gemeente kleiner is.

Bij de taak toezicht kinderopvang is dit probleem gedeeltelijk ondervangen doordat de inspectietaak bij de regionaal opererende GGD berust, een organisatie met voldoende massa om de benodigde toezichtsmiddelen efficiënt in te zetten. Bovendien is er de landelijke koepel GGD-Nederland, die veel doet aan training en expertiseontwikkeling. Op het vlak van de gemeentelijke handhaving is er vaak geen gemeenschappelijke aanpak. Risico's voor wat betreft gebrek aan middelen en deskundigheid liggen dan ook vooral daar.

Een tweede belangrijke overweging betreft de match tussen de geografische reikwijdte van het te reguleren maatschappelijke verschijnsel en de geografische schaal (jurisdictie) van het toezichthoudend gezag. In het geval van de kinderopvang (net zo als overigens bij veel andere vormen van marktregulering) zijn twee aspecten in het bijzonder van belang: de geografische schaal waarop ondernemers in de branche opereren en de geografische schaal van de markt zelf.

Het eerste: de ondernemingen in de kinderopvangbranche vertonen een grote variatie naar omvang en aantal vestigingen. Er is een groot aantal relatief kleine bedrijven (deels non-profit) die slechts één vestiging hebben. Er zijn echter ook enkele grote ondernemingen met vestigingen verspreid over grote delen van het land. Dit laatste type bedrijf wordt geconfronteerd met een aanzienlijk aantal verschillende toezichthoudende gemeenten. Omgekeerd heeft geen enkele gemeente een jurisdictie die in de buurt komt van de schaal waarop deze bedrijven opereren. Het is voor de afzonderlijke gemeente lastig om dergelijke bedrijven te controleren.

Dit laatste gegeven betekent ook, dat de schaal van de markt in feite heel Nederland is, althans voor wat de aanbieders betreft. Gelijke behandeling onder concurrentieverhoudingen (een *level playing field* voor de ondernemingen) is niet zo goed te bereiken met vierhonderdvijftien verschillende toezichthouders. Niet voor niets wordt de formele decentralisatie gecombineerd met tal van centralistische voorzieningen (centrale normstelling, centraal geregisseerde uitvoering van inspecties)

De vragersmarkt is daarentegen juist heel lokaal. Nabijheid van het toezicht voor de gebruikers van kinderopvangvoorzieningen is het enige argument van gewicht ten gunste van gedecentraliseerd toezicht.

3.6 Conclusie

Het arrangement voor het toezicht op de kinderopvang is een complex geheel. De gebreken in het functioneren van het gemeentelijke toezicht op de kinderopvang laten een patroon zien. Het is een patroon dat goed te verklaren valt vanuit de prikkels en barrières die besloten liggen in het toezichtsarrangement, met zijn ver doorgevoerde functiescheiding en zijn tegenstrijdige voorzieningen voor decentralisatie en centralisatie. Het vergt veel aanvullende voorzieningen, onder andere in de vorm van centrale regulering en doortastend tweedelijntoezicht, om deze effecten tegen te gaan. De vraag rijst of een ander arrangement te ontwerpen valt, dat efficiënter en effectiever werkt.

4 De adviezen van de commissie-Gunning

Het rapport van de commissie-Gunning bevat vier duidelijk geformuleerde adviezen gericht op het verminderen van de deficiënties in het gemeentelijke toezicht. Deze adviezen zijn ook te lezen als manieren om negatieve neveneffecten van het toezichtsarrangement te compenseren. We zullen de adviezen kort bij langs lopen.

4.1 Waarneming

Advies:

Het (gemeentelijk) toezicht moet zich meer op de inhoudelijke kwaliteit van het werk in de kinderopvang richten, en minder op administratieve controles.

De tegenstelling die in dit advies geschetst wordt, lijkt een tegenstelling tussen twee vormen van gegevensverzameling: directe waarneming van processen en gebeurtenissen in de kindercentra tegenover de controle van de zelfrapportages van de normadressaten. Meer aandacht voor de echte werkelijkheid dan voor de papieren werkelijkheid. Directe waarneming verschaft in veel opzichten meer betrouwbare informatie dan zelfrapportages. Directe observaties zijn echter, door de bank genomen, een meer kostbare vorm van gegevensverzameling dan zelfrapportages. De administratieve controles maken duidelijke en ondubbelzinnige oordelen mogelijk die relatief gemakkelijk zijn te rapporteren aan de handhaver.

De handhaving van administratieve overtredingen is eveneens goedkoper en makkelijker dan handhaving naar aanleiding van oordelen gebaseerd op directe observatie.

Het kostenaspect levert een prikkel om aan administratieve controles voorrang te geven.

Een andere interpretatie van het advies is, dat niet de methode maar het *object* van toezicht anders zou moeten worden benaderd. Tegenover "inhoudelijke kwaliteit" (hoe worden de kinderen verzorgd en bezig gehouden?) staat dan "management kwaliteit" (zijn alle vereiste stukken op orde, krijgen alle aspecten van de kinderopvang die management aandacht die ze verdienen?). Meer aandacht dus voor wat er daadwerkelijk plaats vindt in de groep, en minder aandacht voor de activiteiten achter het bureau. Ook bij deze interpretatie blijft het kostenverschil bestaan.

Het advies, geformuleerd in termen van "meer" en "minder", laat overigens nog veel ruimte voor interpretatie en dus voor allerlei combinaties van directe observatie en administratieve controle, combinaties van oordelen over de kwaliteit van het werk op de werkvloer en dat van het werk in het kantoor van de manager.

4.2 Beoordelingsmaatstaven

Advies:

Het toetsingskader zou meer aandacht moeten besteden aan inhoudelijke kwaliteit, bijvoorbeeld aan pedagogisch klimaat.

Dit advies ligt in het verlengde van het eerste. Als het toezicht zich meer richt op inhoudelijke kwaliteit, dan dient dat te worden weerspiegeld in de beoordelingsmaatstaven. Een inhoudelijke beoordeling vergt een toetsingskader met maatstaven betreffende de inhoud. Het bij wijze van voorbeeld genoemde pedagogische klimaat lijkt overigens niet zozeer een toespitsing van beoordelingsmaatstaven als wel een uitbreiding van inhoudelijke aspecten waarop de toezichthouder zou moeten letten.

4.3 *Vorm van inspectie*

Advies:

Toezicht zou (veel) meer uitgeoefend moeten worden in de vorm van onaangekondigde bezoeken.

Dit advies betreft een specifiek aspect van de wijze van inspecteren. De controverserige “aangekondigd – onaangekondigd” is niet nieuw en beperkt zich zeker niet tot het onderhavige toezichtsdomein. Het advies ligt in het verlengde van de beide voorgaande. Als de inspectie een reëel beeld moet opleveren van hoe het toe gaat in een groep kinderen, dan levert onaangekondigd binnenstappen levendiger momentopnamen. Het is niet zeker dat die beelden uiteindelijk betrouwbaarder zijn dan de waarnemingen bij een aangekondigd bezoek – ondanks alle neiging tot *window dressing* die de aankondiging bij de onder toezicht gestelde geneigd kan oproepen.

Anders dan wel gedacht, blijkt uit onderzoek dat de onaangekondigde inspectie minder belastend voor de toezichtgenieter is dan de aangekondigde. Onaangekondigd is daarentegen minder efficiënt voor de toezichthouder: gegevens kunnen ontbreken, personen kunnen afwezig zijn enzovoorts. Ook de implementatie van dit advies kan daarom kostenverhogend werken.¹⁴

4.4 *Interventie*

Advies

Het handhavingsinstrumentarium zou moeten worden uitgebreid met de mogelijkheid om de leiding van een kinderdagverblijf te vervangen door een tijdelijk manager op kosten van het bedrijf.

Dit interventie-instrument – een vorm van onder curatele stellen – is vrij uitzonderlijk. De Nederlandse Bank beschikt over een dergelijke bevoegdheid in het kader van het toezicht op verzekeringsbedrijven, maar heeft hem nog nooit toegepast. De reden daarvoor is het negatieve signaal dat van een onder curatele stelling van een financiële instelling uit gaat: in de praktijk is het verschil met sluiting dan niet zo groot.

Bij de kinderopvang is de logica achter deze ingreep duidelijk. De situatie in een kindercentrum kan zo ernstig zijn dat sluiting geboden is. Vervangende opvang is echter niet zomaar voorhanden, waardoor de kinderen en hun ouders alsnog de dupe worden. De alternatieve ingreep van het vervangen van de leiding kan even effectief zijn, terwijl de opvang in stand blijft. Zonder de interventiemogelijkheid om de leiding te vervangen wordt wellicht van een noodzakelijke sluiting afgezien om de gebruikers niet te schaden.

Niettemin, vervanging van de leiding is een verregaande ingreep. In een van zijn reacties op het rapport-Gunning stelde de minister nogal laconiek dat het gemeentebestuur deze sanctie al in zijn arsenaal heeft:

De Commissie Gunning geeft aan dat de afweging voor een gemeente, om al dan niet tot sluiting van een kinderopvangcentrum over te gaan, moeilijk is. Veel ouders verzetten zich tegen een sluiting van een kinderopvangcentrum, vooral in die gebieden waar wachtlijsten zijn. De Commissie beveelt daarom als handhavinginstrument een onder toezichtstelling van de ondernemer of de introductie van een interim-manager op kosten van de ondernemer aan. Door middel van het bestaande instrument van «last onder bestuursdwang» kan deze sanctie reeds worden opgelegd, indien de omstandigheden daartoe nopen.¹⁵

¹⁴ Ketelaars, C.A.J., Grul, Y.M., Klerks, M.C.J.L., Pelgrom V.P., & Robben, P.B.M. “Onverwacht bezoek: onaangekondigd toezicht vergeleken met aangekondigd toezicht”, in: *Tijdschrift voor Toezicht* 2011 (2) 1.

¹⁵ Brief van de ministers van sociale zaken en werkgelegenheid en van veiligheid en justitie, aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal Den Haag, 11 juli 2011; 2010-2011, 32 500VI no. 117.

Het is de vraag of de ministers zich hier niet te rijk rekenen. Onder curatele stellen is een ingrijpende inbreuk in de burgerlijke rechten van de ondernemer. Het ligt dan ook veeleer in de rede dat de bevoegdheid om zo'n maatregel te treffen een afzonderlijke wettelijke grondslag behoeft.

4.5 *Stand van zaken*

De eerste drie adviezen zijn inmiddels geïmplementeerd. GGD Nederland heeft nieuwe toezichtsprotocollen gemaakt waarin directe observatie en inhoudelijke beoordeling een duidelijke plaats hebben. Het "pedagogisch klimaat" is toegevoegd aan de te beoordelen aspecten van het functioneren van het kindercentrum. Het laatstgenoemde advies is niet geïmplementeerd. Zoals gezegd menen de ministers dat een afzonderlijke bevoegdheid niet nodig is.

5 De vragen van de commissie-Gunning

De commissie-Gunning inventariseerde voorts een aantal vraagpunten betreffende de structuur van het toezicht waarover verder zou moeten worden nagedacht. Deze vraagpunten, door ons in hoofdstuk 1 van dit rapport geherformuleerd in vier onderzoekbare vragen, betreffen de structuur, de organisatie van het toezichtsarrangement, de aard van de oordeelsvorming in het toezicht en de functie en het nut van het tweedelijns-toezicht. We zullen de vragen nu achter-eenvolgens bespreken.

5.1 De structuur van het toezichtsarrangement

De vraagpunten

**1. dienen toezicht en handhaving verder uit elkaar te worden georganiseerd zodat niet beide de verantwoordelijkheid zijn van een en het zelfde orgaan (B&W)? of:
2. dienen toezicht en handhaving juist meer te worden geïntegreerd (vgl de inrichting van het onderwijstoezicht)?**

In hoofdstuk 3 hebben we betoogd dat de functiescheiding zoals die thans in het toezichtsarrangement is verankerd, een aantal ongelukkige (neven)effecten heeft. Ter recapitulatie: het gemeentebestuur voelt zich niet de probleemeigenaar voor wat betreft de naleving, de kloof tussen inspectie en handhaving wordt steeds groter, (de inspecteurs deponeren hun rapporten in een zwart gat en de handhavingsambtenaren moeten ingrijpen op basis van anderman's oordeel). De gemeentelijke financiering van toezicht en vooral handhaving is vaak ontoereikend. Uitkomst: de concrete aanpak van wezenlijke problemen in kindercentra blijft liggen.

Deze neveneffecten doen zich niet in elke gemeente in gelijke mate voor: het is een tendentie, of in toezichtstermen: een risico. Het geldende toezichtsarrangement bevat allerlei prikkels die tot dit soort risico's aanleiding geven. Andere variabele omstandigheden kunnen deze prikkels tegen gaan: een betrokken wethouder, een op dit dossier activistische raad, een sterke handhavingsafdeling, een gemakkelijke relatie tussen GGD en handhavingsafdeling en zo meer. Het zijn allemaal 'toevallige' omstandigheden die buiten de structuur van het toezichtsregime vallen en ook overigens niet gemakkelijk vanuit een centraal punt te beïnvloeden zijn. Het enige middel dat de minister ter beschikking staat om de werking van de negatieve prikkels in het toezichtsregime tegen te gaan is verhoging van de druk van het tweedelijns-toezicht. Dat is dan ook precies wat we de afgelopen jaren hebben zien gebeuren. Het ziet er naar uit dat deze toezichtsdruk permanent nodig zal zijn – tenzij het arrangement wordt aangepast.

De commissie-Gunning noemt twee alternatieven voor de aanpassing van de structuur van het toezicht. Het eerste is: toezicht en handhaving nog verder van elkaar weg organiseren, het tweede is het tegenovergestelde: een integratie van toezicht en handhaving.

Argumenten voor het eerste alternatief zijn moeilijk te bedenken. Nu al opereert de GGD bij de uitoefening van het toezicht vaak praktisch autonoom ten opzichte van B&W – hoewel het college formeel de opdrachtgever is. De oriëntatie op de landelijke koepel GGD Nederland en de protocollering van het toezicht op centraal niveau zijn daar mede debet aan. Een totale verzelfstandiging van het GGD-toezicht zou de bestaande kloof en de daaruit voortvloeiende gebreken verder versterken. Wellicht zou een formeel zelfstandige GGD-toezichthouder B&W publiekelijk ter verantwoording kunnen roepen over het uitblijven van ingrepen, maar het is zeer de vraag of een dergelijke antagonistische werkwijze veel zal bijdragen aan de oplossing van concrete problemen.

Integratie van toezicht en handhaving is, vanuit de voorgaande analyse, een betere optie. Zoals hiervoor al aangegeven, verdient een 'continu' toezichtsproces in veel toezichtsdomeinen verre de voorkeur boven een toezichtsproces gebaseerd op arbeidsdeling. Bij een continu toezichtsproces is één en dezelfde toezichthouder verantwoordelijk voor de gehele toezichtscyclus, van de allereerste beoordeling tot en met de finale interventie, en verder. In een arrangement van continu toezicht wordt er gebruik van gemaakt dat *elk* contact tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde, afgezien van andere functies, óók een gedragsbeïnvloedende interventie is.

Het enkele feit dat een inspecteur 'komt kijken' heeft al een normversterkende werking. De toezichthouder wordt in staat gesteld om naar bevind van zaken op maat te interveniëren (*responsive regulation*).¹⁶ Een flexibele escalatie van interventies is wezenlijk voor het arsenaal van de continue toezichthouder. Toepassing van dit basismodel sluit overigens niet uit dat gegevensverzameling, oordeelsvorming en interventie worden geprotocolleerd, in toezichtskaders, risico-analyses, handhavingsbeleid, escalatieladders en wat dies meer zij – in tegendeel. Echter, continu toezicht laat toe dat *problem solving*¹⁷ meer centraal komt te staan bij de uitoefening van het toezicht.

Op het onderhavige domein zijn er twee mogelijkheden voor integratie van toezicht en handhaving tot één continu toezichtsarrangement. Om ze aan te duiden met een trefwoord: *politisering* en *verzelfstandiging*.

De eerste optie integreert het gehele toezichtsarrangement in één toezichtsorganisatie onder zeggenschap van B&W. Er zijn veel van deze gemeentelijke arrangementen: bijvoorbeeld bouw- en woningtoezicht, milieutoezicht en toezicht in de openbare ruimte. De positieve uitwerking van een dergelijk arrangement is, dat B&W onverkort probleem eigenaar worden. Het geeft uitdrukking aan de eigen verantwoordelijkheid van de lokale overheid voor het beleids-terrein kinderopvang. De scheiding tussen toezicht en handhaving verdwijnt en een continu toezichtsproces wordt mogelijk.

Toch kunnen er ook negatieve effecten optreden, effecten die bijvoorbeeld ook in het milieutoezicht zijn te constateren. De gemeente is een overheid van integraal bestuur. De essentie daarvan is dat het gemeentebestuur gehouden is allerlei ter zake doende belangen continu tegen elkaar af te wegen. B&W opereren "in een spervuur van belangen". Dat heeft in potentie twee negatieve gevolgen. Het eerste gevolg betreft de beschikbare middelen. Indien er geen semi-autonoom instituut als de GGD meer is om middelen voor het toezicht te claimen zou het gemeentebestuur – in een afweging van bestedingsdoeleinden – gemakkelijker kunnen beslissen om te korten op de financiering van het toezicht in de kinderopvang. Het tweede gevolg betreft het interveniërend optreden. Vanuit de ervaringen op andere beleidsdomeinen weten we dat politiek bestuur zich niet altijd even goed verdraagt met gerichte handhaving. In de afweging van alle in het geding zijnde belangen is het belang van naleving relatief snel de verliezer.

Het alternatief 'verzelfstandiging' brengt de integrale toezichtscyclus onder in een (semi)-autonome organisatie buiten zeggenschap van B&W. Voor de hand liggend zou zijn dat de GGD deze taak dan opgedragen krijgt. Dit alternatief heeft dezelfde voordelen van integratie in een continu toezichtsproces als het politiseringsalternatief. Ook hier is één probleem eigenaar – maar in dit geval is het een ambtelijk orgaan. Het voordeel daarvan is het spiegelbeeld van het nadeel van handhaving door een politiek orgaan. De ambtelijke handhaver is een gespecialiseerde instantie die géén integrale afweging kan of behoeft te maken. Het zelfstandige orgaan kan zich geheel richten op de ene doelstelling "bevorderen kwaliteit kinderopvang". Landelijke toezichthouders zoals de Nma en de AFM zijn op deze leest geschoeid. Om de eigen positie van het zelfstandig bestuursorgaan te onderstrepen zou het gefinancierd moeten worden uit 's rijks kas.

Nadeel van deze variant is, dat de inbedding van het beleid inzake de kinderopvang in het lokale bestuur (voor zover die er is) wordt ondergraven. Verantwoording over de uitoefening van het toezicht via politieke kanalen is op lokaal niveau niet mogelijk. De "nabijheid" van de gemeente ten opzichte van de taak 'kinderopvang' wordt soms gezien als een belangrijke reden voor het decentraliseren (in medebewind) van een taak als de onderhavige. Daarmee bedoelt men dat het lokaal bestuur het best in staat is om alle lokale omstandigheden te laten meewegen. De waarde van dit argument is echter zeer relatief, nu de werkwijzen en beoordelingskaders voor het toezicht kinderopvang al zo sterk centraal gereguleerd zijn. De beleids-

¹⁶ Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press 1995.

¹⁷ Malcom K. Sparrow, *The regulatory craft, controlling risks, solving problems, and managing compliance*, Brookings 2002.

ruimte voor het gemeentebestuur om lokale overwegingen een plaats in het toezicht te geven lijken op zijn best zeer beperkt.

Er zijn manieren om de positie van de lokale overheid toch nog gestalte te geven in de verzelfstandigingsvariant. Een eerste manier is, dat het gemeentebestuur, net zoals in de huidige situatie, een beleidsnota kinderopvang vast stelt, die (naast de centrale regulering) richtinggevend zou moeten zijn voor de uitoefening van het toezicht. Een tweede vergelijkbare mogelijkheid is, dat het gemeentebestuur de zelfstandige toezichthouder algemene aanwijzingen kan geven omtrent de uitoefening van het toezicht – aanwijzingen die uiteraard niet in strijd mogen zijn met centrale regelgeving. Een derde mogelijkheid is, om de klassieke voorziening van het administratief beroep toe te passen. Bezwaren tegen beschikkingen van het toezichthoudend orgaan worden dan niet voor heroverweging voorgelegd aan datzelfde toezichthoudende orgaan, maar aan B&W.

Al met al is integratie te verkiezen niet alleen boven verdere versterking van de arbeidsdeling, maar ook boven het bestaande toezichtsarrangement. In de afweging tussen politieke integratie en verzelfstandiging verdient de laatste variant de voorkeur. Overigens is het zeer de vraag of de door de cie.-Gunning opgeworpen tegenstelling tussen ‘meer integratie’ en ‘meer arbeidsdeling’ wel de kern raakt van de problemen en risico’s die in het huidige toezichtsarrangement liggen opgesloten. Het gehele toezichtsstelsel, zowel op papier als in de praktijk, is doortrokken van de noodzaak om toezicht en handhaving zoveel mogelijk uniform uit te voeren. Een centrale waarde daarbij is een *level playing field* voor alle ondernemers. Daar is heel veel voor te zeggen, echter - zo een streven naar gelijkheid verdraagt zich slecht met gedecentraliseerd toezicht. Vanuit dit gezichtspunt komt een derde variant van integratie, in beeld, namelijk rijkstoezicht. We komen daar in par. 5.3 op terug.

5.2 De wijze van oordeelsvorming

Het vraagpunt

3. zou de oordeelsvorming van de toezichthouder op een andere wijze dan thans gestalte moeten krijgen (vgl. de praktijk van het toezicht in de jeugdzorg of bij de vroegschoolse educatie)?

Het kenmerk van het toezicht in de jeugdzorg dat in het bijzonder de aandacht van de commissie-Gunning getrokken heeft, is het gegeven dat de Inspectie Jeugdzorg geen vastomlijnd toezichtskader hanteert. De commissie vat haar bevindingen dienaangaande als volgt samen:

In het toezicht op de Jeugdzorg heeft de inspecteur veel ruimte voor oordeelsvorming over de kwaliteit. De Inspectie Jeugdzorg is van mening dat vastomlijnde, gedetailleerde normen niet hanteerbaar zijn in de praktijk. De praktijk is altijd grilliger en de inspecteur moet binnen de grenzen van redelijkheid en zekerheid tot een oordeel komen. Als het toezicht gereduceerd wordt tot het ‘afvinken’ van lijstjes, kan het geloof ontstaan dat het wel of niet voldoen eraan resulteert in wel of geen kwaliteit in een instelling.¹⁸

Deze passage verwoordt een oud dilemma in de toezichtstheorie: het dilemma van overprogrammeren versus onderprogrammeren. Het risico van overprogrammering (een te gedetailleerd toezichtskader) is dat ten onrechte het gevoel ontstaat, zowel bij de toezichthouder als bij de onder toezicht gestelde, dat het met de kwaliteit wel goed zit als alle regels worden nageleefd. Het leidt gemakkelijk tot ‘afvink-toezicht’. Het risico van onderprogrammering is dat ten onrechte onduidelijkheid, ongelijkheid en willekeur ontstaat in de beoordeling van overigens gelijke onder toezicht gestelden. Het toezicht op de Jeugdzorg neigde naar het laatste, een gebrek aan duidelijke normen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat men thans op zoek lijkt naar manieren om het toezicht meer te programmeren.

¹⁸ Gunning 2011, p. 214, alinea 1009.

De praktijk leert dat een grote mate van beleidsvrijheid (door open normen) in de loop van de tijd vanzelf wordt dicht geregeld, door precedenten, beleidsregels en jurisprudentie.¹⁹ Onder toezicht gestelden, geconfronteerd met een negatief oordeel waaraan (rechts)gevolgen worden verbonden, zullen de vraag stellen waarom die open norm juist in dat ene geval zo moet worden uitgelegd. Rechters zullen hetzelfde doen. Het gegeven dat het Toezicht op de Jeugdzorg zo lang met een beperkt aantal open normen kon werken is uitzonderlijk, en vooral te verklaren vanuit de bijzondere kenmerken van het domein jeugdzorg. De commissie-Gunning wijst daar zelf trouwens ook op.

GGD Nederland heeft naar aanleiding van deze vraag wel gezien wat men zou kunnen leren van de Inspectie Jeugdzorg – maar dat gaf geen aanleiding tot veel aanpassingen in de wijze van oordeelsvorming bij het toezicht op de kinderopvang. Dat is gelet op het bovenstaande ook niet zo verwonderlijk.

Het tweede gesuggereerde onderwerp van vergelijking, het vve-toezicht, is in wezen het toezicht op de kindercentra, met daarop een dubbele kop voor die kindercentra die ook vve uitvoeren. De eerste toevoeging is het toezicht op de kwaliteit van de voorschoolse educatie. De GGD voert ook dit toezicht uit. Daarbij wordt het kindercentrum beoordeeld aan de hand van de volgende 'extra' basisvoorwaarden van de voorschoolse educatie:

- worden er vier dagdelen voorschoolse educatie gegeven?
- zijn er minimaal twee beroepskrachten op pw-3 niveau die de vve verzorgen?
- is de groepsgrootte bij vve niet meer dan zestien peuters?
- zijn de leidsters voldoende geschoold voor het voorschoolse programma waarmee ze werken?

De oordeelsvorming is in wezen niet anders dan bij het algemene deel van de GGD inspecties. Wel anders is de werkwijze bij de tweede toevoeging: het vve-toezicht vanwege de Inspectie van het Onderwijs. Zoals de Inspectie het zelf formuleert:

De Inspectie van het Onderwijs gebruikt, in tegenstelling tot andere inspecties, hier dus de term 'waarderingkader' in plaats van 'toetsingskader', omdat het inspectietoezicht meer gericht is op de kwaliteit dan op de naleving.

Met andere woorden, in het IvhO-toezicht staat "kwaliteit" centraal. Dat geldt overigens niet alleen voor het vve maar voor al het toezicht in het onderwijs.

Hier is sprake van een essentieel verschil, in elk geval in filosofie en benadering. Beoordeling op naleving leidt tot de constatering van overtredingen van geldende regels, overtredingen die, gelet op de beginselplicht tot handhaving, gesanctioneerd moeten worden. Beoordeling op kwaliteit leidt tot een kwalificatie van het kindercentrum waarmee de houder verder kan werken om de kwaliteit te verbeteren. Het vve-waarderingkader mondt uit in een vierpuntschaal voor de beoordeling van de vve-kwaliteit: 1) *moet* verbeterd, 2) verbeterpunt, 3) voldoende 4) voorbeeld voor anderen. Kwalificatie 1 impliceert een verplichting voor de houder en daar raakt het kwaliteitstoezicht aan nalevingstoezicht.

Het verschil kan ook nog op een andere manier worden verwoord: nalevingstoezicht spreekt de houder aan als normadressaat. Kwaliteitstoezicht spreekt de houder aan als professional. Nalevingstoezicht veronderstelt dat de werkelijkheid voor zover relevant geheel weer gegeven kan worden in het reguleringsmodel dat is vastgelegd in de wet en de uitvoeringsregelingen. Kwaliteitstoezicht gaat ervan uit dat de werkelijkheid zich op zijn best ten dele laat vangen in regels:

¹⁹ Tollenaar, A. *Gemeentelijk beleid en beleidsregels: de toegevoegde waarde van beleidsregels van de gemeentelijke beschikking-verlening*. Den Haag: Boom 2008.

kwaliteit vloeit niet automatisch voort uit de naleving van regels, maar dient in elke specifieke situatie op aangepaste wijze verwezenlijkt te worden door de professional. Kwaliteitstoezicht heeft een nauwe relatie met de benadering van *problem solving* die hiervoor al werd genoemd. Kwaliteitstoezicht kan dan ook alleen toegepast worden in het kader van een arrangement voor continu toezicht.

Om de vraag te beantwoorden of kwaliteitstoezicht in de kinderopvang de voorkeur verdient boven handhavingstoezicht dient men inzicht te hebben in de aard van de problematiek waarmee de toezichthouder geconfronteerd wordt. Kwaliteitstoezicht veronderstelt dat die problematiek vooral 'professioneel' van aard is. Gebreken in professionele bekwaamheden, een tekortschieten in de toepassing van de juiste inzichten en methoden en dergelijke dienen dan gecorrigeerd te worden. Handhavingstoezicht veronderstelt dat de normadressaat onderhevig is aan een permanente prikkel om suboptimaal te presteren en – in dit geval – de kinderen en hun ouders tekort te doen. In de werkelijkheid kunnen beide omstandigheden tegelijk in wisselende combinaties aanwezig zijn. Het gaat er om, wat het dominante risico in het toezichts-domein is.

De vergelijking tussen het onderwijsdomein en de markt van kinderopvang kan in dit opzicht illustratief zijn. De gang van zaken in het onderwijs wordt in hoge mate bepaald door de kwaliteit van de docenten en door de inrichting van de professionele organisatie die daar bij hoort. Het dominante risico is, dat professionele maatstaven worden verwaarloosd vanwege onkunde of laksheid. Het kwaliteitstoezicht van de IvHO sluit daar bij aan. De sector kinderopvang is, anders dan het onderwijs, in veel opzichten een echte markt waar de concurrentieprikkel en het winstoogmerk dominante risicofactoren zijn. Zonder daar al te definitieve uitspraken over te kunnen doen: er zijn aanwijzingen dat de grootste problemen waarmee het toezicht in de kinderopvang te maken heeft hun oorsprong vinden in een neiging tot oneigenlijke kostenbesparing door kinderopvang-ondernemingen. Dergelijke kostenbesparingen vormen een directe bedreiging voor de kwaliteit van de kinderopvang. Gegeven deze risicofactor ligt het voor de hand om het toezicht vooral te richten op het handhaven van regels en normen omtrent kwaliteit, en minder op het aanspreken van professionals op hun professionele handelen. Dat sluit overigens niet uit dat naast handhavingstoezicht ook kwaliteitstoezicht in de boven aangeduide zin wordt toegepast en dat professionals op professionele waarden en maatstaven worden aangesproken.

5.3 *Interbestuurlijk toezicht*

Het vraagpunt

4. in hoeverre is het thans vigerende interbestuurlijke toezicht op de gemeentebesturen, zoals uitgeoefend door de Inspectie voor het onderwijs, gewenst, mede in het licht van recente ontwikkelingen rond het interbestuurlijk toezicht?

Het wetgevingsproject "Revitalisering generiek toezicht" (de implementatie van de adviezen van de commissie-Oosting) heeft ten doel specifiek interbestuurlijk toezicht op afzonderlijke beleidsterreinen zoveel mogelijk terug te dringen. Het toezicht van de ene overheid op de andere zou zich moeten beperken tot een algemene bevoegdheid om in te grijpen indien de lagere overheid in gebreke blijft. Het interventie-instrumentarium van het specifieke toezicht omvat bevoegdheden als de aanwijzing, de goedkeuring vooraf en dergelijke meer; het interventie-instrument bij uitstek van het generieke toezicht is de vernietiging achteraf. Een tweede vereiste dat aan het gerevitaliseerde generieke toezicht wordt gesteld is, dat interbestuurlijk toezicht altijd dient te berusten bij het naast hogere bestuursniveau. In concreto betekent dit, dat het toezicht op gemeentebesturen steeds de verantwoordelijkheid is van gedeputeerde staten, en dat het rijk uitsluitend interbestuurlijk toezicht op de provinciale besturen uitoefent.

De uitwerking van deze principes in de wetgeving²⁰ die thans grotendeels de Eerste Kamer is gepasseerd, biedt nogal wat ruimte voor een flexibele vormgeving van toezichtsarrangementen. Het is niet zo eenvoudig om uit de wetsteksten te reconstrueren hoe een concreet toezichtsarrangement er onder de nieuwe regelgeving uit zou komen te zien. Toch zullen we een poging wagen. We zullen achtereenvolgens bespreken: de interventie, het toezichthoudend gezag, de informatieverwerking en de oordeelsvorming.

5.3.1 De interventie

Zoals ook in het verleden te doen gebruikelijk is de *bevoegdheid tot sanctioneren* de kern van de regeling van het generieke interbestuurlijk toezicht. Het stelsel is opgebouwd rond twee interventiebevoegdheden: de in-de-plaats-treding (artikel 124-nieuw Gemeentewet) en de vernietiging (het nieuwe artikel 273a in combinatie met het bestaande artikel 273 Gemeentewet).

In-de-plaats-treding houdt in dat het toezichthoudend gezag in de plaats van het gemeentebestuur een beslissing kan nemen of een handeling kan verrichten indien het gemeentebestuur dat nalaat of indien het een vereist resultaat niet weet te bereiken.²¹ Zo'n interventie kan op elk besluit en elke handeling over de hele breedte van de gemeentelijke beleidsvoering betrekking hebben. Vernietiging houdt in dat het toezichthoudend gezag een besluit van het gemeentebestuur ongedaan maakt. Voorafgaande aan de vernietiging kan het besluit worden geschorst.

5.3.2 Het toezichthoudend gezag

De hoofdregel, te vinden in onder meer het nieuwe artikel 124 Gemeentewet, is dat het provinciaal bestuur belast is met het (generieke) toezicht op het gemeentebestuur. Het provinciaal bestuur treedt in de plaats van het gemeentebestuur. Bij de vernietiging ligt dat anders. Het gezag dat besluiten van het gemeentebestuur *vernietigt*, is de Kroon. Het provinciaal bestuur heeft tot taak besluiten van het gemeentebestuur die voor vernietiging in aanmerking komen, op te sporen en vervolgens aan de Kroon voor te dragen. In feite is hier sprake van een vorm van arbeidsdeling, in onze termen. Het provinciaal bestuur is belast met informatieverwerking en oordeelsvorming, de Kroon is verantwoordelijk voor verdere oordeelsvorming en sanctivering.²²

Voor een aantal wettelijke taken van de gemeente is echter niet het provinciaal bestuur maar "de minister wie het aangaat" het gezag dat al het toezicht uitoefent, met inbegrip van de in-de-plaats-treding (aldus het nieuwe artikel 124b Gemeentewet). Bij de betreffende bepaling hoort een bijlage met een opsomming van alle wettelijke taken waarvoor dat geldt. Eén van die taken is de kinderopvang. De enige formele interventiebevoegdheid die de minister onder de oude wet had (de in de wet op de kinderopvang geregelde aanwijzing aan het gemeentebestuur) komt onder vigeur van het stelsel van generiek toezicht te vervallen.

²⁰ Kst. 32 389.

²¹ De letterlijke tekst van artikel 124 lid 1 (nieuw) luidt: "Wanneer de raad, het college of de burgemeester een bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde beslissing niet of niet naar behoren neemt dan wel bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderde handeling niet of niet naar behoren verricht, of anderszins een bij of krachtens een andere dan deze wet gevorderd resultaat niet, niet tijdig of niet naar behoren tot stand brengt, besluiten gedeputeerde staten onderscheidenlijk de commissaris van de Koning als het de burgemeester betreft daarin namens de raad, het college of de burgemeester te voorzien ten laste van de gemeente".

²² De letterlijke tekst: "Indien een besluit van de raad of het college naar het oordeel van gedeputeerde staten of indien een besluit van de burgemeester naar het oordeel van de commissaris van de Koning voor vernietiging in aanmerking komt, doen zij daarvan binnen tien dagen nadat het te hunner kennis is gekomen, mededeling aan Onze Minister wie het aangaat".

5.3.3 Informatieverwerking

Om waar nodig te kunnen interveniëren heeft het toezichthoudend gezag relevante informatie nodig. In het stelsel van het generieke toezicht kan het toezichthoudend gezag met behulp van de volgende bevoegdheden informatie verwerven.

Op de gemeentebesturen rust een algemene verplichting om “onze ministers” en het provinciaal bestuur op verzoek “van bericht en raad” te voorzien. Deze verplichting is al oud en staat in artikel 118 van de Gemeentewet. Het stelt het toezichthoudend gezag in staat om in specifieke gevallen specifieke informatie in te winnen. Naast gegevens *verstrekking* kent de wet nu ook de bevoegdheid van het toezichthoudend gezag om actief gegevens te *verwerven*. Artikel 124e (nieuw) bepaalt dat het toezichthoudend gezag ambtenaren kan aanwijzen als toezichthouder in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.²³ Deze ambtenaren hebben vergaande bevoegdheden om zelf bij gemeenten informatie te vergaren.

Artikel 119 verplicht de gemeentebesturen om “onze ministers” daarnaast *systematische* informatie te verschaffen in bij of krachtens de wet aan te geven gevallen. Artikel 1.68 van de wet Kinderopvang is een wettelijke bepaling waarin een dergelijk geval wordt benoemd.²⁴ De (bestaande) regeling van artikel 119 Gemeentewet is in het nieuwe artikel 124h aangevuld met een soortgelijke verplichting ten aanzien van het provinciaal bestuur.

Onder “systematische informatie” wordt in dit verband verstaan: informatie die bij meer dan één gemeente tegelijkertijd wordt opgevraagd. Dat kunnen alle gemeenten zijn, maar ook een groep gemeenten zoals, in het geval van het tweedelijnstoezicht kinderopvang, de groep “achterblijvende gemeenten”.

De inhoud van de te verstrekken informatie en de wijze waarop de informatie wordt verstrekt moeten ook weer afzonderlijk worden geregeld. Dat kan “bij regeling van onze minister”. Een toezichtsplan van een rijksinspectie kan als zodanig kwalificeren.

5.3.4 Oordeelsvorming

Het toezichthoudend gezag moet zich een oordeel vormen over de vraag of een interventie, gezien de voorliggende gegevens over het gemeentelijk optreden, op zijn plaats is. De wet bevat een open norm: het toezichthoudend gezag treedt in de plaats van het bevoegd gezag indien het bevoegd gezag zijn wettelijke verplichtingen “niet, niet tijdig of niet naar behoren” nakomt. Vernietiging is aangewezen in geval het gemeentebestuur een besluit neemt in strijd met de wet of het algemeen belang.

5.3.5 Analyse en conclusie

In hoeverre biedt het hiervoor geschetste stelsel van generiek toezicht mogelijkheden voor tweedelijnstoezicht op het gemeentelijk toezicht op de kinderopvang? Zoals uit de weergave bleek is de kinderopvang geplaatst op de lijst van uitzonderingsgevallen waarvoor geldt dat de minister het toezichthoudend gezag is. Voorts bevat de wet ruime mogelijkheden om informa-

²³ Artikel 124e luidt: “Gedeputeerde staten, de commissaris van de Koning onderscheidenlijk Onze Minister wie het aangaat, bedoeld in artikel 124b, eerste lid, kunnen ambtenaren aanwijzen ten behoeve van het toezicht op de uitvoering van de aan het gemeentebestuur bij of krachtens andere wet dan deze opgedragen taken. Deze ambtenaren beschikken over de bevoegdheden van de artikelen 5:15 tot en met 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht. De artikelen 5:12, 5:13 en 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing”..

²⁴ De integrale nieuwe tekst luidt: “Artikel 1.68 1. Het college van burgemeester en wethouders verstrekt desgevraagd aan Onze Minister gegevens en inlichtingen die hij voor de informatievoorziening en beleidsvorming en de statistiek met betrekking tot hoofdstuk 1 van deze wet nodig heeft. 2. Bij regeling van Onze Minister kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de informatie die het college verstrekt over de uitvoering van zijn werkzaamheden op grond van dit hoofdstuk en de wijze waarop het college de gegevens en inlichtingen verstrekt en verzamelt en of en op welke wijze deze informatie openbaar wordt gemaakt. 3. De gegevens en inlichtingen, bedoeld in het eerste lid, worden kosteloos verstrekt.” *Verzamelwet kinderopvang 2012*, Kamerstuk 33 014, artikel IV.

tie op te vragen en om als rijksinspectie zelf ter plaatse informatie te vergaren. Ook voor een sanctiestelsel, compleet met interventieladder, is alle ruimte. Kortom, niettegenstaande de re-vitalisering van het generieke toezicht is voortzetting van het huidige rijks-toezicht op de gemeentebesturen in de kinderopvang alleszins mogelijk.

Een volgende vraag is of voortzetting van het tweedelijns-toezicht ook wenselijk is. Wat de waarde ook moge zijn van de argumenten daarvoor van de wetgever, het heeft er in elk geval alles van weg dat het rijk het belang van een goede en veilige kinderopvang een dusdanig gewicht toekent dat het een stevige centrale greep op het toezichtsdomein wil behouden. Daar is, gezien de kwaliteit van het gemeentelijke toezicht, ook veel voor te zeggen. Overigens geldt dat evenzeer voor het gemeentelijke toezicht op andere beleidsterreinen.

Er zijn toezichtsarrangementen te ontwerpen waarin het minder voor de hand ligt om tweedelijns-toezicht in stand te houden. De hiervoor besproken variant van verzelfstandiging, volgens welke de GGD of een andere dienst de integrale toezichthouder wordt, is niet onderhevig aan juist die prikkels die het gepolitiseerde toezicht zo kwetsbaar maken. In de verzelfstandigings-variant volstaat een afstandelijke vorm van informatievergaring op systeemniveau. Wel zou dat toezicht vanwege de minister van SoZaWe uitgeoefend moeten worden: deskundigheid op dit terrein ontbreekt bij de provincies.

Er is nog een tweede toezichtsarrangement dat tweedelijns-toezicht overbodig maakt. Die variant is: rechtstreeks toezicht vanuit het rijk op de houders van kindercentra. Om de gedachten te bepalen: de IvhO zou het toezicht voor haar rekening kunnen nemen, op een soortgelijke wijze als waarop zij het toezicht op de scholen uitoefent. Er zou ook een afzonderlijke rijksinspectie voor in het leven geroepen kunnen worden.

Deze variant heeft alle voordelen van integraal toezicht, doet volledig recht aan het vereiste van een *level playing field*, opent de mogelijkheid om meer kwaliteitstoezicht bij het handhavingstoezicht te doen en levert een aanzienlijke besparing op doordat het 'toezicht op toezicht' kan vervallen.

6 Conclusies

De voorgaande analyses kunnen worden samengevat in vier scenario's voor de toekomstige ontwikkeling van het toezichtsarrangement kinderopvang.

Scenario 1 De nul-optie

In dit scenario blijft het toezichtsarrangement, inclusief het tweedelijnstoezicht, min of meer ongewijzigd. De effectiviteit van dit systeem laat te wensen over, zoals uit de onderzoeken van de IvhO blijkt. Het stelsel is voorts weinig efficiënt: decentralisatie en fragmentatie brengen extra kosten met zich mee. De nadruk blijft liggen op handhaving van regels. Voor maatwerk, *problem solving* of *responsive regulation* is weinig ruimte.

De gesignaleerde problemen in toezicht en handhaving onder verantwoordelijkheid van B&W zullen voornamelijk worden bestreden met aanpassingen van de protocollering en waar nodig verhoging van de toezichtsdruk vanuit de tweede lijn. In de praktijk zullen ook steeds meer voorzieningen ontstaan om de scheiding tussen toezicht en handhaving te doorbreken, met name door overdracht van steeds meer van de handhavingstaak aan de inspecteurs van de GGD. Dit kan op termijn zelfs leiden tot een ontwikkeling in de richting van scenario 3.

Scenario 2 Integratie door 'politisering'

Het gemeentelijk toezicht wordt geïntegreerd in een continu proces binnen één toezichtsorganisatie onder directe zeggenschap van B&W. Een aantal problemen die samenhangen met de thans bestaande arbeidsdeling, zullen verminderen. Er zal wat efficiency winst zijn omdat er minder transactiekosten overblijven. Er ontstaat meer ruimte voor maatwerk en voor een op het nalevingsprobleem toegesneden aanpak. Daadwerkelijk doorpakken waar nodig komt in een gepolitiseerde toezichtsomgeving echter minder tot zijn recht. De lokale inbedding (nabijheid van het toezicht voor de gebruikers van kinderopvang voorzieningen) is gewaarborgd. Van een *level playing field* is echter nog minder sprake dan in scenario 1. Tweedelijnstoezicht blijft noodzakelijk, wil men een bepaald niveau van toezicht en handhaving bij alle gemeenten waarborgen.

Scenario 3 Integratie door verzelfstandiging

In dit scenario wordt het toezicht op de kindercentra in zijn geheel, met inbegrip van de handhaving, opgedragen aan een zelfstandig bestuursorgaan, bijvoorbeeld de GGD. Dit zal zowel de effectiviteit als de efficiëntie van het toezicht ten goede komen. De kosten van de transacties tussen toezicht en handhaving zijn verdwenen. Er is voldoende ruimte voor zowel de handhaving in strikte zin als voor creatieve oplossingen bij bepaalde nalevingsproblemen. Betrokkenheid van het gemeentebestuur (en een zekere lokale inbedding) kan eventueel gestalte krijgen in voorzieningen als een richtinggevend gemeentelijk beleidsdocument, een algemene aanwijzingsbevoegdheid en administratief beroep. Een *level playing field* is wel meer verzekerd dan in scenario 2 maar nog steeds niet volledig. Tweedelijnstoezicht wordt minder noodzakelijk en kan in elk geval veel minder intensief van karakter zijn.

Scenario 4 Integratie door centralisatie

Volgens dit scenario wordt het toezicht op de kindercentra gecentraliseerd bij een rijksinspectie, bijvoorbeeld de IvhO. Net als in scenario 3 is dan een gespecialiseerde dienst integraal verantwoordelijk voor het toezicht. *Economies of scale* leiden tot een aanzienlijke efficiency winst. Er is voldoende ruimte voor zowel de handhaving in strikte zin als voor creatieve oplossingen bij bepaalde nalevingsproblemen. Zowel landelijk opererende ondernemingen als kleinschalige lokale organisaties kunnen op maat worden benaderd: dit scenario biedt de meeste garanties voor een *level playing field*. Er is geen lokale inbedding. Politieke controle berust bij de minister en het parlement. De verdubbeling van het toezicht verval, hetgeen bijdraagt aan de efficiency van het toezicht.