

Besluitvorming over sancties door de bestuursrechter en de strafrechter

Prof.mr. A.T. Marseille*

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 10 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:272, *Gst.* 2021/100, m.nt. B. van der Vorm

Inleiding

Behalve de strafrechter zelf is ook de bestuursrechter af en toe strafrechter. Bestuursorganen zijn op grond van talloze wetten bevoegd punitieve sancties op te leggen. Wie het met zo'n besluit niet eens is, kan naar de rechter stappen. Die rechter is de bestuursrechter, maar je kunt hem, als hij punitieve sancties beoordeelt, met evenveel recht als 'strafrechter' betitelen. We noemen hem bestuursrechter omdat hij zijn uitspraak niet doet op vordering van de officier van justitie en in een procedure op basis van het Wetboek van Strafvordering, maar in reactie op een beroep tegen een besluit van een bestuursorgaan en met toepassing van de in hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde procedure. Maar eigenlijk is die bestuursrechter toch gewoon strafrechter, omdat hij een beslissing neemt over het opleggen van een straf.

Het zou het niet uit moeten maken welke rechter zich buigt over de vraag of bepaald handelen strafwaardig is en zo ja, welke straf moet worden opgelegd. Of een zaak nu bij de strafrechter terechtkomt omdat het Openbaar Ministerie de rechter vraagt een straf op te leggen, of bij de bestuursrechter omdat iemand beroep heeft ingesteld tegen een besluit waarin een bestuursorgaan een straf heeft opgelegd, voor diens oordeel over die zaak hoeft dat geen verschil te maken. Beide rechters zullen precies hetzelfde kunnen beslissen.¹

Maar hoe zit het in de praktijk? Ik wil deze noot gebruiken om daar iets meer over te zeggen. De noot betreft een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) over een boete van € 55.000 die het college van burgemeester en wethouders (hierna: B&W) van Utrecht had opgelegd aan een buitenschoolse opvang (hierna: BSO). De BSO had de boete gekregen omdat men zich daar niet had gehouden aan de regels over het aantal beroepskrachten dat aanwezig moet zijn in verhouding tot het aantal aanwezige kinderen.

Ik heb juist deze uitspraak gekozen als aangrijpingspunt voor een beschouwing over de manier waarop de bestuursrechter als strafrechter optreedt, omdat ik bij lezing van de uitspraak enthousiast was over het feit dat de Afdeling behoorlijk recht op het doel af beredeneert waarom de door B&W Utrecht opgelegde boete twee keer te hoog is, waarna zij beslist dat de BSO 'slechts' € 27.500 hoeft te betalen. Om te toetsen of mijn enthousiasme houdbaar is, wil ik de uitspraak van de Afdeling afzetten tegen de conclusie van de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel over de toetsing van bestuursrechtelijke herstelsancties, die begin juli van dit jaar verscheen.² Die biedt een prachtig kader voor elke functionaris in het bestuursrecht (of het nu een bestuursorgaan of rechter is) om op een gestructureerde manier te komen tot

* Met dank aan Rick Robroek, Ron Stam en Marc Wever.

1 Zie over de verschillen en overeenkomsten tussen de procedure bij de strafrechter en de bestuursrechter: H.E. Bröring & B.F. Keulen, *Bestraffende*

sancties in het strafrecht en het bestuursrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017. Zie voor een analyse van de veronderstelde verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht op het punt van de waarborgen: H.E. Bröring, 'Eenheid en doelmatig-

heid van bestraffende sancties', in: Bröring & Keulen 2017, o.a. p. 28-29, 35-39, 55, 65-66.

2 Conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

beslissingen over het gebruik van beleidsvrijheid (zoals de beslissing van de bestuursrechter over het opleggen van een straf). Daarnaast wil ik de uitspraak afzetten tegen de ervaring die ik heb opgedaan in een onderzoek waar ik samen met mijn collega Marc Wever mee bezig ben en in het kader waarvan we eind 2019 en begin 2020 tientallen zittingen bij de strafrechter (in diens hoedanigheid van politierechter) hebben bijgewoond. Dat heeft mij aan het denken gezet over de wijze waarop de bestuursrechter zijn rol als strafrechter vervult.

Hierna ga ik allereerst in op de uitspraak van de Afdeling. Vervolgens vertel ik iets over mijn ervaringen bij politierechterzittingen en over de conclusie van Widdershoven en Wattel. Daarna keer ik terug naar de uitspraak van de Afdeling om te kijken of mijn enthousiasme over die uitspraak nog even groot is als de eerste keer dat ik die las.

De uitspraak

De uitspraak van de Afdeling betreft een zaak over een buitenschoolse opvang in Utrecht. Buitenschoolse opvang is de verzamelnaam voor professionele opvang buiten schooltijden, ten behoeve van kinderen van 4 tot 13 jaar. Organisaties die buitenschoolse opvang verzorgen zijn gebonden aan allerlei regels, onder meer ten behoeve van de veiligheid en gezondheid van de kinderen op de opvang. Die regels zijn neergelegd in de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (hierna: de Wet), het daarop gebaseerde Besluit kwaliteit kinderopvang en peuterspeelzalen en de daar weer op gebaseerde Regeling kwaliteit kinderopvang en peuterspeelzalen (hierna: de Regeling). In artikel 1.50 van de Wet is onder meer bepaald dat 'de houder van een kindercentrum in ieder geval aantoonbaar aandacht [besteedt] aan het aantal beroepskrachten in verhouding tot het aantal kinderen per leeftijdscategorie'. Die eis is geconcretiseerd in artikel 6 van de Regeling. Daarin is bepaald dat de opvang in beginsel plaatsvindt in 'basisgroepen' van ten hoogste twintig kinderen en dat de verhouding tussen het aantal beroepskrachten en het aantal feitelijk aanwezige kinderen (de beroepskracht-kindratio, die in de uitspraak wordt aangeduid als BKR) ten minste één beroepskracht per tien kinderen bedraagt. In artikel 6 van de Regeling is daarnaast onder meer bepaald dat de groepen groter mogen zijn als kinderen bij (spel)activiteiten de basisgroep verlaten, dat op bepaalde tijdstippen minder beroepskrachten mogen worden ingezet en dat het minimale aantal beroepskrachten bij een 'gemengde leeftijdsgroep' wordt bepaald met behulp van een rekentool, die wordt bekendgemaakt via de website www.rijksverheid.nl.

Als een van deze regels wordt overtreden, is het college van B&W van de gemeente waar de buitenschoolse opvang plaatsvindt, bevoegd een boete op te leggen. Artikel

1.72 van de Wet bepaalt daarover dat het college 'degene die een verplichting als bedoeld bij of krachtens de artikelen [...] 1.49 tot en met 1.59 [...] niet nakomt [...], een bestuurlijke boete [kan] opleggen van ten hoogste € 45000'. B&W Utrecht hebben ten behoeve van de toepassing van die bevoegdheid beleidsregels opgesteld, de Beleidsregels toezicht en handhaving kwaliteit kinderopvang gemeente Utrecht. De GGD Utrecht is aangewezen als toezichthouder op de buitenschoolse opvang.

De GGD heeft op 18 september 2017 een onderzoek uitgevoerd bij de BSO. Bij dat onderzoek is geconstateerd dat in de periode van 21 augustus 2017 tot en met 18 september 2017 elf keer te weinig beroepskrachten waren ingezet in verhouding tot het aantal aanwezige kinderen per basisgroep. Op een aantal van de dagen dat er te weinig beroepskrachten waren, is er in plaats daarvan een vrijwilliger ingezet.³ Op basis van het rapport van de GGD hebben B&W Utrecht de BSO elf bestuurlijke boetes opgelegd van in totaal € 55.000.

De BSO heeft zich niet bij dat besluit neergelegd. Ze betwist niet de in het GGD-rapport vastgestelde feiten, maar vindt dat geen sprake is van overtreding van de in de Regeling neergelegde regels. Daarnaast voert ze aan dat het handhavingsbeleid van B&W Utrecht onvoldoende is gedifferentieerd en dat, als er al reden zou zijn voor het opleggen van boetes, die gematigd zouden moeten worden. Bij de rechtbank vindt ze op geen van deze punten gehoor. De Afdeling onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat B&W terecht hebben vastgesteld dat sprake is van overtreding van de regels over de beroepskracht-kindratio en dat het boetebeleid van B&W niet onredelijk is en voldoende is gedifferentieerd.

De Afdeling acht voorts de hoogte van de boete in overeenstemming met de door B&W gehanteerde beleidsregels, evenals de cumulatie (voor elke overtreding een afzonderlijke boete).

'Op grond van het Afwegingsoverzicht wordt voor het niet voldoen aan de BKR per ontbrekende beroepskracht een boete van € 5.000,00 opgelegd. Volgens het beleid bestaat de totale op te leggen boete, ingeval er sprake is van meerdere overtredingen, uit de som van de per overtreding berekende boetebedragen.'

De Afdeling vindt echter, anders dan de rechtbank, dat B&W de boete hadden moeten matigen. De Afdeling begint haar overwegingen over de matiging door te formuleren hoe de totstandkoming van het boetebesluit moet plaatsvinden en hoe de toetsing daarvan door de rechter in z'n werk gaat:

'Ook als de rechter het beleid als zodanig niet onredelijk heeft bevonden, moet het college bij de toepassing van het beleid in elk voorkomend geval beoordelen of die toepassing evenredig is. Steeds moet de boete, zo nodig in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zo worden vastgesteld dat deze evenredig is. De rechter toetst het besluit van het bestuursorgaan zonder terughoudendheid.'

³ Hoe vaak dat het geval was, vermeldt de uitspraak niet. In r.o. 2 valt te lezen: 'Op veel van deze dagen is een vrijwilliger ingezet waar een beroepskracht nodig was.' In r.o. 6.3: 'De Afdeling

acht ook van belang dat er telkens maximaal één beroepskracht te weinig is ingezet, maar dat daarvoor in de plaats wel een vrijwilliger aanwezig was.' De eerste zin suggereert dat dat niet steeds

het geval was, de tweede zin dat het wel steeds het geval was.

Vervolgens somt de Afdeling de argumenten op die voor en tegen matiging van de boete pleiten. Ze noemt drie argumenten die tegen matiging pleiten:

‘De rechtbank heeft verder terecht overwogen dat [appellante] er tussentijds voor had kunnen zorgen dat de overtreding niet nogmaals zou worden begaan. Van [appellante] mocht extra waakzaamheid worden verwacht, omdat er in het verleden al meerdere overtredingen van de BKR zijn geconstateerd bij BSO [naam opvang]. Dat het college, ondanks de geconstateerde recidive, heeft afgezien van het verhogen van de boetes, kan worden gezien als een vorm van matiging.’

Die argumenten (de BSO had sneller een eind kunnen maken aan de overtredingen; de BSO was een ‘gewaarschuwd man’; er is in zekere zin al sprake van matiging) wegen echter niet op tegen de argumenten die voor matiging pleiten. Daarover overweegt de Afdeling het volgende:

‘Toch acht de Afdeling het, anders dan de rechtbank, niet evenredig om de voorgeschreven boete van € 5.000,00 per overtreding met de elf geconstateerde overtredingen te vermenigvuldigen. De onbeperkte cumulatie van overtredingen leidt in dit geval tot een onevenredig hoog boetebedrag. Daarbij kent de Afdeling betekenis toe aan de hoge mate van samenhang tussen de bij BSO [naam opvang] geconstateerde overtredingen. De overtredingen zijn begaan vanuit dezelfde onjuiste aanname van de locatiemanager bij het opstellen van de personeelsroosters. Verder zijn de overtredingen gedurende een korte aaneengesloten periode van minder dan een maand begaan. De Afdeling acht ook van belang dat er telkens maximaal één beroepskracht te weinig is ingezet, maar dat daarvoor in de plaats wel een vrijwilliger aanwezig was.’

Die overwegingen leiden tot de volgende conclusie:

‘De Afdeling ziet in deze omstandigheden aanleiding om het totaalbedrag van de boetes met 50% te matigen. Het bedrag van € 27.500,00 dat overblijft, is nog steeds aanzienlijk en daarvan gaat een voldoende bestraffende werking uit. [...] De Afdeling is dus van oordeel dat de opgelegde boetes in dit geval leiden tot een onevenredige sanctie en dat matiging van de boetes met 50% passend en geboden is.’

Omdat B&W Utrecht en de rechtbank de boetes ten onrechte niet hebben gematigd, worden de rechtbankuitspraak en het besluit van B&W vernietigd. De Afdeling voorziet vervolgens zelf in de zaak door de boete vast te stellen op € 27.500.

Noot

Bij eerste lezing van de uitspraak was ik enthousiast, met name vanwege de doortastendheid van de Afdeling. Omdat ik mijn eigen enthousiasme nooit helemaal vertrouw,

heb ik het getoetst aan mijn ervaringen bij zittingen van de politierechter en aan de conclusie van de staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel. Nadat ik over beide wat heb gezegd, kom ik terug op de uitspraak.

De zitting bij de strafrechter

Het bijwonen van een aantal zittingen bij de politierechter was voor mij, als jurist die wel van alles weet over het bestuursrecht maar slechts weinig over het strafrecht, een enorm verrijkende ervaring. Bij veel van wat ik de strafrechter zag doen, dacht ik: dat zou de bestuursrechter ook moeten doen.⁴

Na het bijwonen van tientallen politierechterzittingen zijn drie kenmerken daarvan mij in het bijzonder bijgebleven, mede vanwege het grote verschil met de zitting bij de bestuursrechter: (1) het mondelinge element van de behandeling van de zaak is vele malen belangrijker dan het schriftelijke; (2) het gesprek op de zitting is zelden juridisch van aard en bijna altijd gericht op de feiten (die zijn begaan) en de omstandigheden (van de verdachte); (3) het doel van de zitting is niet alleen om vast te stellen of een straf moet worden opgelegd, maar ook (als een straf wordt opgelegd) hoe kan worden bereikt dat ‘we’ (dat wil zeggen: de dader en de samenleving als geheel) er beter ‘uitkomen’. Ik licht alle drie kenmerken van de zitting hieronder toe.

Het mondelinge element is vele malen belangrijker dan het schriftelijke

Een zaak bij de bestuursrechter over een punitieve sanctie bevat altijd een aanzienlijke hoeveelheid stukken. Behalve stukken over het onderzoek dat tot de sanctie heeft geleid, betreft dat het besluit zelf, het bezwaarschrift, het verslag van de hoorzitting in bezwaar, een advies over het op het bezwaar te nemen besluit, de beslissing op bezwaar, het beroepschrift en het verweerschrift. Dat zijn zes stukken met argumenten voor of tegen het opleggen van de sanctie. De strafrechter beschikt als regel over geen enkel van dat soort stukken. Zijn dossier beperkt zich tot de tenlastelegging en informatie over het misdrijf en de verdachte.⁵ Anders dan de bestuursrechter weet de strafrechter aan het begin van de zitting niet wat de inzet van procespartijen is. Hij weet niet welke straf de officier van justitie gaat vorderen⁶ en evenmin hoe de verdachte aankijkt tegen wat hij wel (of niet) heeft gedaan en welke beslissing de rechter wat hem betreft zou moeten nemen.⁷ De strafrechter heeft om die reden minder vaste grond onder de voeten dan de bestuursrechter, wat een nadeel kan zijn, maar hij kan daardoor wel gemakkelijker de regie van de zitting naar zich toe trekken. Overigens beschikt de strafrechter op één punt veelal wel over meer informatie dan de bestuursrechter.

4 Overigens niet steeds en bij alles. Onder meer mijn vooroordelen dat in het strafrecht te veel aandacht uitgaat naar de dader ten opzichte van het slachtoffer, dat de informatievoorziening aan partijen onder de maat is en de termijnen voor het instellen van hoger beroep te kort zijn, zijn niet helemaal weggenomen.

5 Te denken valt aan het proces-verbaal van de politie, maar daarnaast ook (afhankelijk van de zaak) aan stukken over de voorlopige hechtenis, het strafblad, getuigenverhoren bij de rechter-commissaris, reclasseringsrapporten, stukken van het slachtoffer en stukken van de benadeelde partij.

6 Als die ook na de behandeling van de zaak het feit bewezen acht.

7 De reden dat partijen de rechter voorafgaand aan de zitting niet voorzien van voor de behandeling van de zaak ter zitting relevante stukken is overigens niet dat dat niet zou mogen, maar louter dat het niet gebeurt.

ter. Het betreft de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Tot het dossier van de strafrechter behoort in veel gevallen een reclasseringsrapport dat daar de nodige informatie over bevat. De dominantie van het mondelinge element ten opzichte van het schriftelijke bij de behandeling van strafzaken blijkt ten slotte ook uit de uitspraak, die op alle politierechterzittingen waar ik was mondeling werd gewezen.

Het gesprek op de zitting is niet juridisch van karakter, maar gericht op de feiten

Een tweede opvallend kenmerk van de zitting bij de politierechter is dat de behandeling van de zaak nauwelijks juridisch van aard is. Of het te maken heeft met het feit dat, anders dan in het bestuursrecht, aan de zitting geen uitgebreide standpuntuitwisseling voorafgaat? Het zou kunnen, want de opeenvolging van besluit, bezwaarschrift, besluit op bezwaar, beroepschrift en verweerschrift geeft partijen alle ruimte om op allerlei meer of minder relevante juridische details van de zaak in te gaan. Een verklaring voor het weinig juridische karakter van de behandeling van de zaak ter zitting is wellicht ook dat er maar weinig tijd beschikbaar is. Daardoor beperkt het gesprek op de zitting zich meestal tot de vraag wat er is gebeurd en de context waarin het is gebeurd. De rechter checkt de informatie die hij in het dossier heeft over de relevante feiten en omstandigheden bij de verdachte. Omdat de feiten en omstandigheden centraal staan, wordt zelden gediscussieerd over de vraag hoe de feiten in juridische termen moeten worden gekwalificeerd. Het gesprek met de verdachte gebruikt de rechter om zijn gedachten te vormen over de beslissing die hij moet nemen. Als de advocaat aan het woord komt, concentreert ook die zich op de vraag wat er wel of niet is gebeurd en welke straf wel of niet passend is. Het feit dat de uitspraak mondeling wordt gedaan, draagt waarschijnlijk bij aan het weinig juridische karakter van de zitting. De rechter concentreert zich in zijn uitspraak op de vraag waarom hij ervan overtuigd is dat de verdachte wel of niet heeft gedaan wat hem ten laste is gelegd en – als zijn conclusie over de ten laste gelegde feiten tot een straf leidt – welke straf hij passend vindt. Een mondeling vonnis leent zich minder voor een uitgebreid exposé over allerlei juridische haken en ogen die in een zaak te ontdekken zijn. Als de rechter in zijn uitspraak iets moet zeggen over een juridisch verweer dat is gevoerd, motiveert hij meestal niet heel uitgebreid waarom hij vindt dat dat wel of niet slaagt.

De behandeling van de zaak is niet alleen gericht op bestraffing

In het bestuursrecht wordt onderscheid gemaakt tussen bestraffende sancties (gericht op leedtoevoeging) en herstelsancties (gericht op het ongedaan maken van een overtreding). Bestraffende sancties zijn in het bestuursrecht een vreemde eend in de bijt. Gezien de functie van het bestuursrecht ligt het, als regels worden overtreden, meer voor de hand ervoor te zorgen dat de overtreding

ongedaan wordt gemaakt dan dat die wordt bestraft. Je zou kunnen denken dat, omdat het bij strafrecht om het opleggen van straffen gaat, het element 'herstel' buiten beeld is. Niets is minder waar. Zoals gezegd is de vraag hoe 'we' er beter uitkomen een centraal element van de behandeling van de zaak ter zitting. Steeds als de vraag aan de orde is welke straf, gezien het begane misdrijf, geboden is, heeft de rechter ook aandacht voor de vraag of die straf ook passend is, gezien de context waarin het misdrijf is gepleegd. Elke strafrechter wil weten hoe het is gesteld met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Een veelvuldig door de politierechter aan een verdachte gestelde vraag is: 'Zijn er zaken waarvan u het belangrijk vindt dat ik het weet?' Elk beslissing die we de politierechter hoorden uitspreken was gebaseerd op een belangenafweging, met aan de ene kant het belang om met de straf recht te doen aan de ernst van het misdrijf, mede in het licht van eventuele eerdere misdrijven, en aan de andere kant het belang om rekening te houden met de te verwachten effecten van het opleggen van een bepaalde straf, vooral gezien de persoonlijke omstandigheden van de verdachte.

Al met al: de besluitvorming door de strafrechter, in ieder geval in diens hoedanigheid van politierechter, vindt vooral plaats door middel van een gesprek, is weinig juridisch van aard en is primair gericht op een beslissing die recht doet aan de feiten en omstandigheden van de individuele zaak die de rechter moet beoordelen.

De conclusie van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel

Ook de conclusie van Widdershoven en Wattel vormde voor mij een inspiratiebron om met iets andere ogen naar de uitspraak van de Afdeling te kijken. Weliswaar gaat de conclusie niet over strafsancties maar over herstelsancties, maar het beoordelingsmodel dat de staatsraden advocaat-generaal voorstellen te hanteren bij het beslissen over en het toetsen van herstelsancties, biedt ook aanknopingspunten voor het beoordelen van strafsancties. Dat is niet alleen het geval omdat een aantal van de criteria die zij in hun conclusie noemen, evenzeer van betekenis zijn voor strafsancties als voor herstelsancties, maar ook omdat straf en herstel niet twee volledig los van elkaar staande grootheden zijn. Het doel van een strafsanctie is leedtoevoeging, maar als met een strafsanctie wel dat doel wordt bereikt, maar de sanctie averechts werkt op het punt van herstel (bijvoorbeeld: de BSO betaalt de boete, maar blijft te weinig beroepskrachten inzetten), dan is het vraag hoe groot de toegevoegde waarde van zo'n sanctie is. Bovendien is het overtreden van de beroepskracht-kindratio een voorbeeld van een situatie waarin geen herstelsanctie kan worden opgelegd (de tekortkoming kan immers niet meer ongedaan worden gemaakt), wat het des te noodzakelijker maakt om bij het opleggen van een strafsanctie ook te kijken hoe die het beste als aanmoediging kan dienen om dezelfde overtreding niet nog eens te begaan.

In het beoordelingsmodel dat Widdershoven en Wattel voorstellen, sluiten zij aan bij de uit het Europese recht bekende trits: geschikt, noodzakelijk en evenredig.⁸ Wanneer is een sanctie geschikt? Widdershoven en Wattel schrijven daarover dat weliswaar niet hoeft vast te staan dat met de sanctie het handhavingsdoel wordt bereikt, maar wel dat aannemelijk is dat er een causaal verband is tussen sanctie en handhavingsdoel. De eis van geschiktheid houdt daarnaast in dat het handhavingsdoel op een stelselmatige manier wordt nagestreefd. Anders gezegd: het handhavingsbeleid mag niet onvoorspelbaar zijn of tegenstrijdigheden bevatten.

De eis van noodzakelijkheid houdt in dat moet worden gekozen voor de minst ingrijpende sanctie om het daarmee beoogde doel te bereiken. De vraag of een meer of minder ingrijpende sanctie op z'n plaats is, brengen Widdershoven en Wattel in verband met de ernst van overtreding en met de vraag naar de betrokkenheid van het algemeen belang en de belangen van derden. Naarmate het belang van derden sterker bij de overtreding is betrokken, is er meer reden te kiezen voor een ingrijpende sanctie. Als de sanctie die wordt overwogen een serieuze inbreuk op fundamentele rechten van de overtreder betekent, zou een minder ingrijpende sanctie moeten worden opgelegd.

Ten slotte de eis van evenredigheid in strikte zin. Daarover zeggen Widdershoven en Wattel dat de sanctie voldoende 'gepersonaliseerd' moet worden, dat wil zeggen: voldoende worden afgestemd op de individuele omstandigheden van het geval. Die eis kent drie aspecten: de ernst en omvang van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en 'andere omstandigheden van het geval', waaronder draagkracht.

Terug naar de uitspraak

Ik keer terug naar de uitspraak van de Afdeling. Toen ik die opnieuw las, nadat ik mijn ervaringen bij de politierechter op een rij had gezet en de conclusie van Widdershoven en Wattel had gelezen, vond ik alsnog dat ik informatie miste die van belang is om te kunnen beoordelen of een boete van € 27.500 in dit geval een terechte sanctie is op het overtreden van de regels door de BSO.

Afgaande op het model van Widdershoven en Wattel is een uitspraak waarin een sanctie wordt beoordeeld overtuigender, naarmate daaruit duidelijker blijkt dat is gekozen voor de minst ingrijpende sanctie om het beoogde doel van de sanctionering te bereiken en de sanctie beter is toegesneden op de individuele omstandigheden van het geval (kortweg: ernst van wat er is gebeurd; verwijtbaarheid; draagkracht). Op grond van mijn ervaringen bij de politierechterzittingen ben ik ervan overtuigd geraakt dat informatie over de feiten en de context waarin die zich hebben afgespeeld, en informatie over de 'persoonlijke' omstandigheden van degene die mogelijk wordt gesancioneerd, cruciaal is om tot een passende sanctie te komen.

Vertaald naar de casus die aan de orde is in de Afdelingsuitspraak, is er één algemeen punt en zijn er drie meer specifieke punten waar ik behoefte heb aan meer informatie, om me ervan te kunnen overtuigen dat juist de door de Afdeling opgelegde sanctie de juiste is.

Het algemene punt betreft informatie over de feiten. Om te concluderen dat de BSO de regels heeft overtreden, is het voldoende dat vaststaat dat op elf dagen niet werd voldaan aan de vereiste beroepskracht-kindratio. Maar voor een antwoord op de vraag wat een passende sanctie is, lijkt het me onontbeerlijk om meer te weten dan wat de uitspraak meldt over wat zich op die elf dagen in augustus en september 2017 precies heeft afgespeeld. Hoe lang werd op die dagen niet voldaan aan de beroepskracht-kindratio? En hoe zeer werd daar niet aan voldaan?⁹ In hoeverre waren er in plaats van beroepskrachten vrijwilligers aanwezig? Wie waren die vrijwilligers? Ervaren en kundige krachten, of juist niet? Dat zijn allemaal zaken waarvoor geldt dat een beter beeld ervan kan voorkomen dat de besluitvorming van de rechter zich beperkt tot het mechanisch toepassen de rechtsregels op de vastgestelde feiten.

Dan de drie meer specifieke punten. Allereerst ben ik benieuwd of de BSO bewust heeft afgeweken van de regels, of dat men dacht dat men zich aan de regels hield en men pas door het boetebesluit in de gaten kreeg dat dit wellicht niet het geval was. Want hoe (on)duidelijk zijn de regels over het aantal beroepskrachten dat aanwezig moet zijn? En hoe zien B&W eigenlijk hun zorgplicht ten opzichte van de kinderopvangorganisaties, op het punt van de informatieverschaffing over de inhoud van de regels waar die aan gebonden zijn?¹⁰ In het verlengde van die vragen zou ik willen weten of het in de kinderopvangsector schering en inslag is dat er te weinig beroepskrachten worden ingezet, of dat het daar juist een uitzonderlijk verschijnsel is. In het verlengde van de vraag naar het '(on)bewust afwijken' ben ik ook benieuwd hoe deze overtredingen zich verhouden tot de eerdere overtredingen. Zijn ze vergelijkbaar met die eerder begane overtredingen (en is men dus hardleers bij deze BSO) of zijn de nieuwe overtredingen van een heel andere aard dan de oude.

In de tweede plaats ben ik benieuwd naar de impact van de overtreding voor de betrokken kinderen. Een beter zicht op de feiten kan daarbij helpen. Wat betekent het concreet voor de kwaliteit van de begeleiding die wordt geboden dat er te weinig beroepskrachten aanwezig zijn, en is de impact een tekort aan beroepskrachten minder groot dan die had kunnen zijn, nu er in plaats van de ontbrekende beroepskrachten wel vrijwilligers aanwezig waren?

Ten slotte: hoeveel geld is € 55.000 (de oorspronkelijke boete) voor de BSO? Is dat 10% van de jaaromzet (of het vermogen, of wat voor relevant referentiebedrag dan ook) van de BSO, of 1%, of 0,1%, of wellicht meer dan 10% of minder dan 0,1%? Een straf mag afschrikken, maar over-

8 Zie onderdeel 8.2.3 van de conclusie.

9 Eén beroepskracht op elf kinderen, of één beroeps-

kraft op negentien kinderen, dat maakt nogal uit (zie art. 6 lid 3 van de Regeling).

10 A.G. Castermans, 'Barmhartig bestuursrecht', *NTB* 2021/210.

kill is ongewenst. Strafrechters stemmen de hoogte van de boete af op de financiële armslag van degene die de boete moet betalen en kiezen soms voor een taakstraf in plaats van voor een boete als er bij de betrokkene niets te halen valt. Hoe het zit met de financiële armslag van de BSO? De uitspraak meldt daar niets over.

Over al die hiervoor genoemde zaken had ik graag meer *gelezen* in de uitspraak, om een beter beeld te krijgen van de passendheid van de door de Afdeling aan de BSO opgelegde boete. Sinds ik bij al die politierechterzittingen ben geweest, realiseer ik me echter ook dat die wens sterk voortkomt uit de bestuursrechtelijke traditie waarin de rechter vooral waarde hecht aan een uitvoerige onderbouwing van zijn beslissing in een op schrift gestelde uit-

spraak. Ik sluit niet uit dat de feiten en omstandigheden die van belang waren voor de beslissing van de Afdeling over het opleggen van deze strafsanctie maar waarover de uitspraak weinig informatie bevat, wel uitvoerig aan de orde zijn geweest op de zitting bij de Afdeling en – ook al komt het in de motivering van de uitspraak niet steeds tot uitdrukking – ook door de Afdeling in haar afweging zijn betrokken. Was dit een uitspraak van de strafrechter geweest, dan had ik daar net iets meer vertrouwen in gehad. Dat neemt niet weg dat ik de Afdeling graag het voordeel van de twijfel gun, zij het dat ik natuurlijk nog liever in de toekomst kom kijken bij zittingen waar bestuursrechters zich een oordeel vormen over strafoplegging, om met eigen ogen te kunnen zien hoe dat gebeurt. ■