Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?

VAR-reeks
142

Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?

Preadviezen uitgebracht door

Prof. mr. R.J.N. Schlössels
Mr. dr. Y.E. Schuurmans
Mr. dr. R.J. Koopman
Mr. drs. D.A. Verburg

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 15 mei 2009

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2009

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 142

© 2009 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-122-6
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Een vrije en kenbare bewijsleer? 11
Prof. mr. R.J.N. Schlössels

De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht 117
Mr. dr. Y.E. Schuurmans

Bewijslast en bewijsmiddelen in duale geschillen 185
Mr. dr. R.J. Koopman

Three is a crowd: Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen 231
Mr. drs. D.A. Verburg

Bestuur en ereleden 323

Overzicht van preadviezen, uitgebracht door de VAR 325

Een vrije en kenbare bewijsleer?

Prof. mr. R.J.N. Schlössels *

1	**Inleiding en algemene aspecten**	**11**
1.1	Bewijzen in het recht	11
1.1.1	Het doel van juridische bewijsvoering	11
1.1.2	Het bestuursrechtelijke bewijsrecht onder vuur	12
1.1.3	Moet de wetgever ingrijpen?	14
1.1.4	Leeswijzer	16
1.2	Enige algemene begrippen en leerstukken van bewijsrecht	16
1.2.1	Bewijsomvang	17
1.2.2	Bewijslastverdeling	18
1.2.3	Bewijsvermoedens, bewijslastomkering en bewijsnood	19
1.2.4	Tegenbewijs	21
1.2.5	Bewijswaardering en bewijskracht	22
1.2.6	Bewijsstandaard en bewijsconstructie	22
2	**Feitenonderzoek door de rechter, partijverantwoordelijkheden en bewijsregels in het Nederlandse bestuursprocesrecht**	**24**
2.1	Bewijs in de Awb-procedure: een eerste 'probleemanalyse'	24
2.1.1	De rechtsbeschermingsstructuur van de Awb en bewijs	24
2.1.2	De gebrekkige structurering van het proces van bewijsvoering	27
2.1.3	Vooronderzoek en onderzoek ter zitting; bewijsrechtelijke visie	28
2.2	De vrije bewijsleer; betekenis en achtergronden	29
2.2.1	Betekenis van de vrije bewijsleer	30
2.2.2	In hoeverre bestaat er nu vrijheid?	31
2.2.3	Ratio vrije bewijsleer: materiële waarheidsvinding?	33
2.2.4	Artikel 8:69 lid 3 Awb: de elementen	35
2.2.5	Toepassing: de marginaal toetsende achteroverleuner?	36
2.2.6	Verklaringen voor de rechterlijke passiviteit	38
2.3	De taakopvatting van de bestuursrechter: de twee modellen revisited...	39
2.3.1	Een oude erfenis?	39
2.3.2	Het 'primaat' ten aanzien van de feitenvaststelling	40
2.3.3	De klassieke opvatting	40
2.3.4	Het zorgvuldigheidsmodel	41
2.3.5	Feitenonderzoek en feitenwaardering: zelfstandige rechterlijke bevoegdheden!	43
2.3.6	Bezwaren tegen het zorgvuldigheidsmodel	45
2.3.7	Specialistische bewijsdomeinen en onzekerheidsmarges	47
2.3.8	De bewijsfuik: exit?	50
2.4	Partijenmodel versus inquisitoir proces	52
2.4.1	Een partijenproces zonder bewijsregie?	52
2.4.2	Een inquisitoir proces zonder een actieve rechter?	54

* Raymond Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

2.5 Contouren van het materiële bewijsrecht 55
2.5.1 Objectieve bewijsleer versus billijkheidsleer 56
2.5.2 De hoofdregels: de Awb en de bijzondere wet 57
2.5.3 De vuistregels 59
2.6 Het proces van bewijsvoering en de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure 61
2.6.1 Enkele temporele aspecten van bewijsvoering 61
2.6.2 Bewijsvoorlichting, bewijsaanbod en bewijsopdracht 63
2.7 Conclusie 65

3 Feitenonderzoek door de rechter, partijverantwoordelijkheden en bewijsregels in het Duitse bestuursprocesrecht 68
3.1 Inleiding 68
3.1.1 Bestuursprocesrechten op het kruispunt van rechtsbescherming en controle 68
3.1.2 Convergentie en divergentie van verwante procesrechten 70
3.1.3 Untersuchungsgrundsatz versus bevoegdheid tot feitenaanvulling 72
3.2 De leer van de Untersuchungsgrundsatz 74
3.2.1 Historische schets 74
3.2.2 Algemene karakteristiek onderzoeksplicht en constitutionele verankering 77
3.2.3 Feitenonderzoek en onmiddellijkheidsbeginsel 79
3.2.4 Enkele temporele aspecten van bewijsvoering; termijnstelling en uitsluiting van bewijs 82
3.3 Bewijslast en bewijsvoeringslast in het Duitse bestuursrecht 85
3.3.1 De omvang en begrenzing van de Untersuchungsgrundsatz 85
3.3.2 Bewijstechnische implicaties van de Untersuchungsgrundsatz 87
3.3.3 Enige hoofdregels inzake de bewijslastverdeling 88
3.4 De Grundsatz der freien Beweiswürdigung 93
3.5 De procesverantwoordelijkheden van partijen, bewijsaanbod en processuele sancties 94
3.5.1 Geldend recht: bewijsrechtelijke 'samenwerking' tussen rechter en partijen 95
3.5.2 Het model Kaufmann: formele bewijsvoeringslasten? 97
3.6 Bewijsvoering, regiefunctie van de rechter en het gerechtelijk vooronderzoek 99
3.7 Conclusie 102

4 Een kenbare bewijsleer: een verantwoordelijkheid voor wetgever, bestuursrechter en partijen 105
4.1 De wetgever: sturing, maar met mate... 106
4.1.1 Het materiële bewijsrecht, bewijslastverdeling en bewijswaardering 106
4.1.2 Rechterlijke regie ten aanzien van de bewijsvoering 107
4.1.3 Partijen 109
4.1.4 Ambtshalve onderzoek 110
4.2 Bestuursrechter en partijen 111

4.2.1 Poortselectie: het vroegtijdig scheiden van bewijsrechtelijke schapen en bokken 111
4.2.2 Nogmaals: bewijsregie en partijverantwoordelijkheden 111
4.2.3 Het (meer) voorspelbaar toepassen van artikel 8:69 lid 3 Awb: een uitdaging! 112
4.2.4 Enkele indicaties voor het verrichten van ambtshalve feitenonderzoek 113
4.3 Ter afsluiting 114

Stellingen **116**

1 Inleiding en algemene aspecten*

1.1 Bewijzen in het recht

In 1966 ging Drion in een nog altijd lezenswaardige bijdrage in op het thema 'Bewijzen in het recht'.[1] Het interessante aan deze bijdrage is dat zij niet alleen internrechtsvergelijkend van aard is, maar dat zij ook ingaat op de vraag wat kenmerkend is voor juridisch bewijs ten opzichte van natuurkundig bewijs. Er blijkt veel verwantschap te bestaan. In beide 'bewijsdomeinen' gaat het om het vaststellen van feiten. En in beide domeinen worden in dit verband – ook al *meent* de jurist vaak dat dit in de natuurwetenschappen anders ligt –onzekerheidsmarges geaccepteerd.

1.1.1 *Het doel van juridische bewijsvoering*

Bewijsvoering in het recht kent echter eigenaardigheden. Juristen brengen bijvoorbeeld in de ongedifferentieerde wereld van feiten een tweedeling aan tussen feiten en recht.[2] Hiermee hangt samen, zoals Brenninkmeijer[3] signaleert, dat de juridische aanpak van de complexe werkelijkheid berust op een reductie van die werkelijkheid. Een en ander is verklaarbaar gelet op *het doel* van juridische bewijsvoering. De jurist is alleen geïnteresseerd in feiten waaraan het recht rechtsgevolgen verbindt. Dit brengt met zich dat hij op zoek is naar casusgericht bewijs om tot een beslissing te komen. Hij streeft niet naar het leveren van bewijs van wetmatigheden. Een volstrekt open en eindeloos[4] proces van 'waarheidsvinding' past hier niet bij. Kenmerkend is verder de problematiek van de verdeling van bewijslast. Een juridische beslissing die ertoe strekt een geschil te beëindigen zal in de regel ten nadele van één van de betrokken partijen uitvallen. Dit is ook het geval als feiten *niet* worden bewezen.[5]

De rechter die een bewijsbeslissing neemt, wordt geconfronteerd met twee hoofdproblemen: hij heeft slechts een beperkte hoeveelheid tijd (en overige middelen) om tot een bindend oordeel over de feiten te komen[6] en van hem wordt objectiviteit

---

* Met dank aan student-assistent Dirk Sanderink voor het verzamelen van literatuur en rechtspraak. Dank gaat verder uit naar Nico Verheij, Arie Jansse Bok, Karianne Albers en de medepreadviseurs voor het geven van commentaar op (delen van) eerdere versies van dit preadvies.

1. H. Drion, Bewijzen in het het recht, RM Themis 1966, p. 406 e.v.
2. Het bestaan van het recht als zodanig en de rechtsnormen waaruit dit recht is opgebouwd zijn strikt genomen ook feiten.
3. A.F.M. Brenninkmeijer, De strijd om het bewijs, in: Y.E. Schuurmans (red.), Bewijzen en beslissen, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2006, p. 14.
4. Vgl. de *historicus* die altijd open zal staan voor nieuwe bronnen. Zie Brenninkmeijer 2006, p. 3.
5. Drion 1966, p. 420-421.

verwacht. Gebrek aan tijd en middelen noopt soms tot het doorhakken van knopen in gevallen waarin er (nog) géén optimale helderheid over de feiten bestaat. Soms kan die helderheid ook niet (meer) worden verkregen. Een rechterlijk oordeel zal gelet op het in beginsel definitieve karakter ervan echter in alle gevallen overtuigend moeten zijn. Een verdedigbare en aanvaardbare rechterlijke bewijsredenering[7] is hierbij een noodzakelijke voorwaarde. Daarom zal de rechter moeten streven naar objectiviteit. Dit brengt in een juridische context onder meer met zich dat partijen gelijk worden behandeld (denk bijv. aan hoor en wederhoor) en dat een gelijke behandeling geldt ten aanzien van gelijke zaken.[8] Van het bewijsrecht wordt verwacht dat het een substantiële bijdrage levert aan de effectiviteit van het proces en aan de legitimatie van de rechterlijke uitspraak. Het faciliteren van een goed (open) bewijsdebat is hier van belang.[9]

Tijd en objectiviteit zijn dus belangrijke grootheden die ten grondslag liggen aan het (noodzakelijke) bestaan van formele en materiële juridische bewijsregels. Dit geldt voor alle rechtsgebieden. Drion zag hier hooguit ruimte voor accentverschillen.[10] Bewijsregels vormen daarom een essentieel onderdeel van *ieder* procesrecht. Tegen deze achtergrond is direct duidelijk dat de opvatting dat het bestuursrechtelijke bewijsrecht als 'vrij' moet worden aangemerkt (zie uitvoerig paragraaf 2.2) op zijn zachtst uitgedrukt verhullend is. Door sommigen is deze opvatting dan ook resoluut naar het rijk der fabelen verwezen.[11] Wie vertrouwd is met het bestuursprocesrecht kan dit goed plaatsen. In het bestuursprocesrecht is immers zeker sprake van regels en principes die het proces van bewijsvoering beheersen.

1.1.2 *Het bestuursrechtelijke bewijsrecht onder vuur*

Kenmerkend voor het Nederlandse bestuursprocesrecht is dat, als we mogen afgaan op de literatuur, over de aard en inhoud van de toepasselijke bewijsregels veel onduidelijkheid bestaat. De klachten over een gebrekkig en weinig kenbaar bewijsrecht zijn na de komst van de Algemene wet bestuursrecht gestaag toegenomen. Hiervoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. Een verklaring is dat het algemene bestuursrechtelijke bewijsrecht maar zeer ten dele in de wet is te vinden. De bestuursrechtelijke bewijsleer steunt in belangrijke mate op rechtspraak. Helaas maakt de bestuursrechter niet veel werk van het inzichtelijk maken zijn 'bewijspraktijk'. Bovendien is hij ten aanzien van het feitenonderzoek vaak passief. De rechtspraktijk strookt op dit punt niet goed met de bedoelingen van de wetgever.[12]

De Commissie Evaluatie Awb III probeerde dit probleem weg te masseren door erop te wijzen dat de parlementaire geschiedenis door de rechtsontwikkeling inmid-

---

6. Dit is geen typisch juridisch probleem. Ter vergelijking wijst Drion op de beslissing tot operatief ingrijpen die een *medicus* soms moet maken op basis van beperkte gegevens.
7. Hierover Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen (diss. VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 16.
8. Drion 1966, p. 416.
9. Vgl. bijv. Brenninkmeijer 2006, p. 15 e.v.
10. Drion 1966, p. 424.
11. Zie bijv. S.V. Hoogendijk-Deutsch, Beginselen van behoorlijk bewijs in administratieve rechtspraak, RM Themis 1992, p. 308.
12. Zie i.h.b. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep, Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 70.

dels is achterhaald.[13] Dit betoog, dat ziet op een jonge systeemwet als de Algemene wet bestuursrecht, kan mij maar moeilijk overtuigen. Dat de bestuursrechter fundamentele wettelijke uitgangspunten van het bestuursprocesrecht in een kort tijdsbestek van vijftien jaar over boord zou zetten is in ieder geval een verschijnsel dat vragen oproept en dat mij ook niet bekend is uit de ons omringende rechtstelsels. Het heeft er meer de schijn van dat de Nederlandse bestuursrechter door gebrek aan tijd, geld en de noodzaak van productie niet in staat is geweest invulling te geven aan het uitgangspunt van rechterlijke (bewijs)activiteit.

Toch kan niet worden ontkend dat er ook sprake is van een aanhoudende discussie over de grondslagen van het bestuursprocesrecht. Tekenend is de principiële discussie over de taakopvatting van de bestuursrechter. Deze discussie, die wordt gevoed door de niet-eenduidige doelstellingen van het bestuursprocesrecht, raakt ook het bestuursrechtelijke bewijsrecht in het hart. Het Nederlandse bestuursprocesrecht heeft kenmerken van een inquisitoir en contradictoir proces, van een recours objectif en een recours subjectif en van een (ex tunc) besluitmodel en een (ex nunc) vorderingenmodel. Het hybride karakter van het huidige bestuursprocesrecht is niet bevorderlijk voor de ontwikkeling van een overtuigend bewijsrecht.[14] Het is bovendien de vraag of de zich steeds sterker aftekenende verbouwing van het bestuursproces tot een partijenproces (voor zover dit al mogelijk is) zonder een kenbaar bewijsrecht[15] verantwoord is.

Dit alles maakt dat de roep om meer duidelijkheid groot is en het verklaart waarschijnlijk ook de fors toegenomen aandacht voor het bestuursrechtelijk bewijsrecht. De roep om duidelijkheid wint aan kracht indien men zich realiseert dat in de meeste bestuursrechtelijke geschillen wordt gestreden over de feiten.[16] Een belangrijke vraag is dan ook hoe, en door wie, de benodigde duidelijkheid kan worden geboden. Naast de rechter – die bijvoorbeeld meer werk kan maken van het motiveren van zijn bewijsrechtelijk relevante activiteiten en meer beleid betreffende de feitenvaststelling kan ontwikkelen – is de Awb-wetgever in beeld.

---

13. Commissie Evaluatie Awb III, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 26.
14. Een conclusie die ook Schreuder-Vlasblom lijkt te trekken. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, derde druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 316.
15. Schueler spreekt over de 'mist van de vrije bewijsleer'. B.J. Schueler, Last van de vrije bewijsleer, in: G.H. Addink e.a. (red.), Grensverleggend bestuursrecht (Liber Amicorum prof. mr. J.B.J.M. ten Berge) Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 449.
16. Barkhuysen/Damen 2007, p. 176 e.v. De onderzoekers komen tot de conclusie dat in bijna 90 procent van de onderzochte beroepschriften gronden over de feiten worden geproduceerd. In meer dan de helft van de zaken is er vervolgens ook sprake van een geschil over de feiten. Onenigheid over de feiten impliceert overigens nog niet dat er in een zodanige zaak ook ingewikkelde vragen over het bewijsrecht aan de orde zijn. Net als in het civiele recht geldt dat veel bestuursrechtelijke zaken tamelijk stereotiep zijn. Vgl. bijv. W.H.D. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer: Kluwer 2004, p. 43.

1.1.3 *Moet de wetgever ingrijpen?*

De derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht maakte niet op een bevredigende wijze duidelijk wat nu met betrekking tot het bewijsrecht van de wetgever[17] wordt verwacht. Door de betrokken onderzoekers werden wel concrete en waardevolle voorstellen gedaan. Volgens de Commissie evaluatie Awb III hadden deze deels echter onvoldoende toegevoegde waarde. Dit leidde tot een wat stekelige reactie van de onderzoekers.[18] De Commissie, die het grote belang van rechterlijke voorlichting onderschreef, zag bijvoorbeeld weinig in een wettelijke 'bewijsvoorlichtingsplicht' voor de rechter.[19] Zelf kwam zij tot de wat ongrijpbare aanbeveling dat de wetgever zou moeten nagaan of in Hoofdstuk 8 Awb een regeling van het bewijsrecht moet worden opgenomen.[20]

Uit de context kan worden afgeleid dat de Commissie hier onder meer doelde op een regeling van het materiële bewijsrecht. Maar juist dit weerbarstige deel van het bewijsrecht laat zich niet eenvoudig vangen in de wet, laat staan in een algemene regeling. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) illustreert dit. Hierin is voorzien in een algemene bewijsregeling (artikel 149 Rv e.v.). Wie de materiële kernbepaling van deze regeling (artikel 150 Rv) kent, weet dat deze slechts het topje van de bewijsrechtelijke ijsberg vormt. De toegevoegde waarde van een algemene materiele bewijsregeling in de Algemene wet bestuursrecht is daarom niet op voorhand duidelijk. Dit geldt eens temeer nu zich een dergelijke regeling gelet op de grote diversiteit aan typen zaken niet eenvoudig laat formuleren.[21]

Wettelijke maatregelen kunnen echter ook het formele bewijsrecht en de inrichting van de procedure tot onderwerp hebben. Niet valt uit te sluiten dat juist een selectieve herziening en aanvulling van het formele bewijsrecht met flexibel toe te passen instrumenten een bijdrage kan leveren aan het oplossen van de actuele problematiek. Dit is ook één van de gedachten van de evaluatieonderzoekers. Zij spraken over een communicatieprobleem tussen burger, bestuursorgaan en rechter.[22] Vooral de processuele bewijsonzekerheid[23] voor partijen is groot. Ter oplossing van dit probleem kan worden gedacht aan scherpere regels inzake (de afwijzing van) een bewijsaanbod, het (tijdig) geven van een formele bewijsopdracht, de bewijsrechtelijke (interlocutoire) tussenuitspraak en – zeker niet onbelangrijk – de rechterlijke bewijsvoorlichtingsplicht. Ook flankerende ontwikkelingen, zoals de introductie van de regeling inzake de bestuurlijke lus in de Algemene wet bestuursrecht, kunnen de discussies over de procedurele aspecten van de bewijsvoering nieuw leven in te blazen.[24] Zo kan bij tussenuitspraak de bewijsopdracht in beeld

---

17. De taak van de *bijzondere bestuurswetgever*, die zich meer concreet kan inlaten met bijv. de verdeling van bewijslast in specifieke bestuursrechtelijke geschillen, laat ik hier buiten beschouwing.
18. Zie K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep, JBplus 2007, p. 3 e.v., i.h.b. p. 13 e.v.
19. Commissie Evaluatie Awb III, p. 30.
20. Commissie Evaluatie Awb III, p. 33.
21. Iets wat Schueler scherp ziet. Vgl. Schueler 2008, p. 448.
22. De Graaf e.a. 2007, p. 6.
23. Zie Schueler 2008, p. 448 e.v.
24. Zie R.J.N. Schlössels, De andere kant van de lus..., NTB 2008/8, p. 267-268.

komen. Een ander aspect betreft de nieuwe doordenking van de (bewijstechnische) functie van het vooronderzoek, waarbij figuren als poortselectie, zaakdifferentiatie en regiezitting (bewijscomparitie) in beeld zijn.[25] Vooral de bewijstechnisch complexe zaken zouden vroegtijdig moeten worden getraceerd, waardoor een betere bewijsvoering onder leiding van de bestuursrechter mogelijk wordt.

In dit preadvies (deel 4) wordt bezien of, en op welke punten, de wetgever een zinvolle bijdrage kan leveren aan de verdere ontwikkeling van het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Hierbij is zowel het materiële als formele bewijsrecht in beeld. Uit het woordje 'zinvolle' blijkt dat de schrijver van dit preadvies de wetgever een meer subsidiaire rol toedeelt. Voor wettelijke interventies bestaat pas aanleiding indien zich binnen de kaders van het huidige wettelijke procesrecht geen verbeteringen laten denken. Voorkomen moet worden dat de Algemene wet bestuursrecht te lichtvaardig wordt opgetuigd met bepalingen waarvan de toegevoegde waarde uiteindelijk beperkt is.[26] Zo is het de vraag of een algemene wettelijke regeling inzake de bewijslastverdeling het voor een belanghebbende eenvoudiger maakt om proceskansen in te schatten.[27]

Een leidende gedachte in dit preadvies is dat het huidige bestuursprocesrecht in beginsel voldoende open en flexibel is om tot een bevredigend proces van bewijsvoering te komen. De bestuursrechter heeft echter een grote verantwoordelijkheid om het bestuursrechtelijke bewijsrecht tegen de achtergrond van de dragende uitgangspunten van het bestuursprocesrecht te ontsluiten en aan partijen – afhankelijk van hun kennis – bewijsvoorlichting te geven. En ook al is het vertrouwen in een adequate reactie van de rechtspraak op de huidige bewijsproblematiek niet groot[28] en treft rechterlijke ambtenaren zelfs het verwijt van gebrek aan inzicht in 'elementaire vereisten' van bewijsvoering,[29] de suggestie dat de wetgever rechtszekerheid kan bieden roept eveneens veel vragen op. De noodzakelijkerwijs abstracte sturingsmogelijkheden van hem worden vaak overschat. Dit geldt eens temeer ten aanzien van het sterk met feiten en casuïstiek verweven bewijsrecht. De wetgever kan het proces van bewijsvoering hooguit op hoofdlijnen aansturen. Partijen hebben in de bestuurlijke procedure echter juist behoefte aan tijdige bewijstechnische duidelijkheid in *hun* zaak. Hierin zal toch de bestuursrechter moeten voorzien. Achteraf zal deze ook verantwoording moeten afleggen over zijn bewijswaardering.[30]

---

25. Zie hierover bijv. de jaarrede 2007 van VAR-voorzitter B.J. van Ettekoven, Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst, VAR-reeks 139, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7 e.v.
26. Zie nader R.J.N. Schlössels, Elefantiasis en de Awb. Een alsmaar uitdijende wet en alomtegenwoordige beleidsrakkers... Te verschijnen bij Kluwer in het Liber Amicorum prof. mr. C.A.J.M. Kortmann (2009).
27. Vgl. Schuurmans 2005, p. 319.
28. Vgl. De Graaf e.a. 2007, p. 14. Zie ook Schueler die zich afvraagt of de rechter in het bestuursrecht wel tot een praktische vertaalslag weet te komen van de beschikbare bewijsrechtelijke theorievorming. Schueler 2008, p. 450.
29. A.Q.C. Tak, Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk (deel I en II), derde geheel herziene en geactualiseerde druk, Nijmegen: WLP 2008, p. xv (voorwoord bij de derde druk). De pagina's in de twee delen zijn doorlopend genummerd. De beschrijving van het bewijsrecht treft men aan in deel I.
30. Vgl. bijv. Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 33.

1.1.4 *Leeswijzer*

Een leeswijzer vooraf is nuttig. Dit preadvies is rechtsvergelijkend van aard. Het bestaat uit twee in omvang ongeveer gelijke hoofddelen: een kritische bespreking van het Nederlandse bestuursrechtelijke bewijsrecht (deel 2) en een analyse van het relevante Duitse recht (deel 3). Wie weinig tijd heeft – en dit geldt waarschijnlijk voor veel VAR-leden en andere lezers – kan zich wat het Duitse recht betreft eventueel beperken tot de conclusies (paragraaf 3.7).

In deel 4 komen de bevindingen uit de twee hoofddelen samen, waarbij enkele aanbevelingen aan de wetgever en de bestuursrechter worden gedaan. Voor de lezers die wat minder vertrouwd zijn met het bewijsrecht volgt in paragraaf 1.2 eerst een toelichting ten aanzien van enige bewijsrechtelijke begrippen die in de tekst van dit preadvies een rol spelen. Wie vertrouwd is met het bewijsrecht kan deze paragraaf overslaan.

Dit preadvies is breed van opzet, maar er zijn belangrijke beperkingen in acht genomen. Zo blijven bijvoorbeeld de specifieke bewijstechnische aspecten van deskundigenadvisering, waar al veel over is geschreven,[31] rusten. Dit geldt ook voor aspecten van andere afzonderlijke onderzoeksbevoegdheden die in het teken staan van het rechterlijke feitenonderzoek en de bewijsvoering (bijv. het getuigenverhoor[32]). Een en ander brengt met zich dat bijvoorbeeld evenmin wordt ingegaan op de vraag of het procesrecht betreffende het deskundigenonderzoek en het getuigenverhoor in de Algemene wet bestuursrecht zou moeten worden uitgeschreven.[33] Ten slotte is het nuttig te melden dat de bewijsproblematiek in dit preadvies vooral wordt bezien tegen de achtergrond van de bestuursrechtelijke procedure in eerste aanleg.

1.2 Enige algemene begrippen en leerstukken van bewijsrecht

Bewijs ziet op feiten, meer precies op feiten die een rechtsnorm activeren waarop een beroep wordt gedaan. Geslaagd bewijs impliceert dat deze feiten in rechte met een voldoende mate van zekerheid[34] vast zijn komen te staan. Dit geldt ook in de bestuursrechtelijke procedure.

Een bestuursorgaan dat handhavend wil optreden ten aanzien van een woning die in afwijking van de bouwvergunning in strijd met de hoogtebepaling van het geldende bestemmingsplan is gebouwd zal de hoogte(overschrijding) moeten bewijzen. Het leveren van bewijs zal hier eenvoudig zijn, indien ten minste duidelijk is vanaf welk niveau moet worden gemeten. Beroept een belanghebbende zich ten opzichte van het bestuur op gerechtvaardigd vertrouwen dan zal hij minimaal

---

31. Zie bijv. L.M. Koenraad, Deskundig rechtspreken: Beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht, JBplus 2007, p. 202 e.v. met vele literatuur- en jurisprudentieverwijzingen. Verburg en Koopman gaan in hun preadviezen wel nader in op deskundigenadvisering.
32. Zie het preadvies van Koopman.
33. Vgl. bijv. aanbeveling 5.2 van de Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht te raadplegen via rechtspraak.nl.
34. Het is in beginsel aan de rechter om de vereiste mate van zekerheid te bepalen, maar ook de (communautaire) wetgever kan indicaties geven.

controleerbare feiten en omstandigheden moeten aanvoeren waaruit in voldoende mate aannemelijk wordt dat het bevoegde bestuursorgaan een zodanig vertrouwen heeft gewekt. Lukt dit, dan is hiermee het bewijs niet zonder meer rond. Het kan immers zijn dat het bestuursorgaan tegenbewijs levert en hierin slaagt. Zo kan worden aangetoond dat de fidens over bijzondere expertise beschikte en daarom gehouden was tot nader onderzoek. Het bewijs van gerechtvaardigd vertrouwen ligt dus al een stuk lastiger dan het bewijs van een bepaalde hoogte. Nog ingewikkelder kan een en ander liggen in de sfeer van wat kan worden genoemd de specialistische bewijsdomeinen. Hier zijn feiten aan de orde die slechts op een adequate wijze door experts kunnen worden waargenomen (zie nader paragraaf 2.3.7).

1.2.1 *Bewijsomvang*

Ten aanzien van ieder materieelrechtelijk bewijsvraagstuk laten zich in principe drie hoofdvragen onderscheiden. Op de eerste plaats is dit de vraag naar de *bewijsomvang*. Deze vraag houdt verband met de feiten die bewezen moeten worden om een geschil te beslechten. Soms wordt ook wel gesproken over de *bewijskern*. Ten Berge en Widdershoven verstaan hier in een bestuursrechtelijke context onder de feiten die doorslaggevend (kunnen) zijn voor de beslissing van het geschil en waarover nog onduidelijkheid bestaat.[35]

De bewijsomvang is gerelateerd aan de wijze waarop het object van een geschil is geformuleerd.[36] Gaat men uit van een vorderingenstelsel, dan vallen binnen de bewijsomvang alle feiten die de rechtsvoorwaarden vervullen die noodzakelijk zijn om de vordering te kunnen toewijzen. In het besluitmodel van de Algemene wet bestuursrecht is de bewijsomvang – afgezien van kwesties van openbare orde – primair afhankelijk van het aangevallen besluit of besluitonderdeel (dat op een bepaald moment in het verleden werd genomen[37]). Daarnaast spelen de geformuleerde gronden voor het beroep een belangrijke rol. Er bestaat dus een duidelijke relatie tussen het bepaalde in artikel 8:69 lid 1 Awb en de bewijsomvang.[38]

Niet tot de bewijsomvang (in enge zin) of de bewijskern behoren feiten die wél relevant zijn voor de beslissing van het geschil, maar die naar hun aard geen bewijs (meer) behoeven. Te wijzen valt op het recht (dat zich strikt genomen ook als feit manifesteert), feiten van algemene bekendheid, ervaringsregels (vgl. bijv. artikel 149 lid 2 Rv) en de zogenoemde processuele feiten. In het laatste geval is er sprake van feiten die zich tijdens het proces ten overstaan van de rechterlijke instantie voordoen. Doordat de rechter deze feiten direct waarneemt staan deze niet meer ter discussie.

In de regel is bewijs vereist ten aanzien van feiten die op basis van de beschikbare stukken onvoldoende vaststaan, die omstreden zijn of waarover de rechter twijfelt.

---

35. J.B.J.M. ten Berge & R.J.G.M. Widdershoven, Bescherming tegen de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 2, zesde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 226.
36. Zie hierover Schuurmans 2005, p. 61 e.v.
37. Feiten die zich *na* het nemen van het besluit hebben voorgedaan behoren daarom naar hun aard in de regel niet tot de bewijsomvang. Zie Schuurmans 2005, p. 61.
38. Vgl. Barkhuysen/Damen 2007, p. 46.

Wat dit laatste betreft is van belang dat feiten die de rechter uit eigen wetenschap kent[39] (in het bestuursproces) van bewijslevering kunnen zijn uitgesloten. Maar met deze leer van – wat in Duitsland wordt genoemd het 'gerichtskundig' – zijn van feiten moet de bestuursrechter (zeer) voorzichtig zijn.[40] Hij zal in ieder geval duidelijk moeten maken waaraan hij ambtelijke feitenkennis ontleent (bijv. technisch onderzoek in een volstrekt vergelijkbare zaak) en hij zal zich moeten afvragen of deze kennis ook in het voorliggende geschil daadwerkelijk toepasbaar is.

1.2.2 *Bewijslastverdeling*

De vraag die vervolgens beantwoord moet worden betreft de vraag *wie* welk deel van de bewijsomvang moet bewijzen en wie uiteindelijk het risico draagt van het niet bewezen zijn van bepaalde feiten. Dit betreft waarschijnlijk de meest complexe vraag. De beantwoording richt zich naar de regels en beginselen van het materiële bewijsrecht. Omdat, zoals hierna zal worden toegelicht, de bestuursrechter niet de bewijslast draagt voor feiten (in de zin van bewijsrisico) zal hij feiten die bewijs behoeven in beginsel steeds moeten toerekenen aan de bewijssfeer van één van de partijen in het geschil.

Voor een goed zicht op het begrip 'bewijslastverdeling' dienen in dit verband twee bewijstechnische aspecten te worden onderscheiden. Enerzijds zal de vraag beantwoord moeten worden wie (in rechte) bewijs moet leveren van bepaalde feiten, anderzijds moet duidelijk zijn wie het risico draagt als de rechter uiteindelijk tot de overtuiging komt dat ten aanzien van bepaalde feiten de bewijslevering heeft gefaald. In het eerste geval is de bewijsleverings- of bewijsvoeringslast aan de orde, in het tweede geval het zogenoemde bewijsrisico in geval van een *non liquet* (de situatie waarin feiten in rechte niet duidelijk zijn geworden).

Afwijkend lijkt in dit verband de bewijsrechtelijke problematiek die samenhangt met de bestuursrechtelijke toetsing aan bepalingen van openbare orde.[41] Aan deze bepalingen moet de bestuursrechter immers toetsen, ook al is deze toetsing strikt genomen niet relevant voor de beslissing van het geschil tussen de partijen. Voor zover toetsing aan dit soort bepalingen het vaststaan van feiten impliceert, is bewijsvoering zonder twijfel relevant. Bewijslast en bewijsvoeringslast kunnen ook hier in voorkomende gevallen aan een procespartij worden toegerekend. Te wijzen valt op de toetsing aan het belanghebbendebegrip. Deze toetsing kan met zich brengen dat de bestuursrechter van een rechtspersoon (vgl. artikel 1:2 lid 3 Awb) 'bewijs' verlangt van diens feitelijke werkzaamheden.[42] Slaagt deze bewijsvoering niet, dan draagt de

---

39. Vgl. bijv. Ten Berge/Widdershoven 2001, p. 225-226.
40. Vgl. de strikte opvatting van Koopman in zijn preadvies.
41. Hierover bijv. uitvoerig D. Brugman, Ambtshalve toetsing afgebakend. De plaats van ambtshalve toetsing in het bestuursprocesrecht in nationaal- en Europeesrechtelijk perspectief, NTB 2005, p. 265 e.v.
42. Een problematiek die sinds het najaar van 2008 aanzienlijk aan relevantie heeft gewonnen. Vgl. bijv. ABRvS 1 oktober 2008, JB 2008/239 (LJN BF3912) m.nt. Schlössels en ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008, 348 (LJN BF3911) m.nt. F.C.M.A. Michiels (Stichting Openbare Ruimte). Hierover meer uitvoerig K. de Graaf, J. Jans & H. Tolsma, Milieuorganisaties door de mangel. De wetgever gepasseerd?, NJB 2009/2, p. 80 e.v.

potentiële belanghebbende hiervan het risico. De gedachte dat de bestuursrechter in geval van toetsing aan bepalingen van openbare orde zelf alle feitelijke informatie moet vergaren, verdient daarom bijstelling.[43] De toetsing aan sommige bepalingen van openbare orde is in een bewijstechnische context wat moeilijker te duiden, maar hier spelen dan ook meestal rechtsvragen. Een voorbeeld biedt de toetsing van de appelrechter aan artikel 8:69 lid 1 Awb (omvang van het geding).

1.2.3 *Bewijsvermoedens, bewijslastomkering en bewijsnood*

Hoofdregel is dat een partij die de bewijslast draagt ten aanzien van relevante feiten op dit punt ook de (gehele) bewijsvoeringslast draagt. Noodzakelijk is dit echter niet. In het bestuursprocesrecht kan de rechter bijvoorbeeld op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb (een deel van de) bewijsvoeringslast op zich nemen. Verder kan een bewijsvoeringslast op grond van wettelijke of jurisprudentiële vermoedens worden verlicht. Doet dit zich voor, dan hoeft de partij die de bewijslast draagt slechts een bepaalde (beperkte) aanzet te geven voor het noodzakelijke bewijs, waarna op grond van het gevestigde vermoeden de feiten in beginsel[44] als vaststaand worden aangenomen, een en ander behoudens tegenbewijs. *Bewijsvermoedens* strekken er regelmatig toe om een partij die niet verwijtbaar in een moeilijke bewijspositie verkeert steun te bieden.

Een van de bekende voorbeelden uit de rechtspraak betreft de 'omkeringsregel' die – zij het sporadisch – ook door de bestuursrechter is toegepast.[45] Deze regel – met een wat verwarrende naam – keert geen bewijslast om, maar vestigt vooral een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van oorzakelijk verband tussen een bepaalde gedraging en schade indien door deze gedraging een risico ter zake het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt.[46] Het moet dan – kort gezegd – gaan om de schending van een norm die een specifiek gevaar beoogt te keren. In dat geval is het, zoals de Hoge Raad dit stelt, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending. Het bewijsrisico verschuift door deze bewijsconstructie niet. Indien de wederpartij immers slaagt in het leveren van *tegenbewijs* door aan te tonen dat de schade ook zou zijn ingetreden zonder dat de gewraakte gedraging zou hebben plaatsgevonden, dan staat het oorzakelijke verband niet vast. Dit komt dan voor risico van de gelaedeerde.

Soms strekt een (jurisprudentieel) bewijsvermoeden vooral tot een stroomlijning van de feitenvaststelling waarbij een foutmarge wordt geaccepteerd. Een bekend

---

43. Vgl. ook Schuurmans 2005, p. 239.
44. De figuur van het *onweerlegbare wettelijke vermoeden* laat ik hier buiten beschouwing.
45. Zie bijv. CRvB 12 mei 2005, JB 2005/200 m.nt. Albers (asbestslachtoffer) en CRvB 27 april 2006, JB 2006/200 (ontbreken schoudergordel).
46. Over deze bewijsregel is veel gepubliceerd. Zie bijv. T. Hartlief, Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de omkeringsregel, AAe 2001, p. 452 e.v. en – toegespitst op het bestuursrecht – C.N.J. Kortmann, De omkeringsregel, lees eerst de gebruiksaanwijzing, O&A 2004, p. 180 e.v. Zie verder uitvoerig Asser 2004, p. 102 e.v.; p. 173 e.v.

voorbeeld biedt de – niet geheel eenduidige – rechtspraak betreffende het bewijs van tijdige verzending van bezwaar- en beroepschriften per post (artikel 6:9 lid 2 Awb). Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt uit het datumstempel van de postdienst een sterk bewijsvermoeden afgeleid met betrekking tot de datum van verzending.[47] Problemen kunnen zich hier voordoen als stukken na de laatste postlichting op de laatste dag van de wettelijke verzendtermijn vóór middernacht zijn gepost. Deze zullen immers in de regel een te laat datumstempel ontvangen, ofschoon ze naar de letter van de wet tijdig zijn gepost. Het ligt hier voor de hand de mogelijkheid voor (tegen)bewijs van tijdige terpostbezorging via andere bewijsmiddelen open te houden.[48]

Het verlichten van (een deel van de) de bewijsvoeringslast via bewijsvermoedens moet theoretisch worden onderscheiden van een *echte* omkering van bewijslast.[49] Hieraan doet niet af dat de praktische verschillen soms beperkt zijn. In geval van een echte omkering van bewijslast verschuift het bewijsrisico. Asser wijst erop dat omkering van het bewijsrisico de zwaarste ingreep in de bewijslastverdeling is. Er moet een krachtig belang mee zijn gediend.[50] Als voorbeeld kan hier gelden de bewijsregel van artikel 6:99 BW. Als schade het gevolg *kan* zijn van een of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en vaststaat dat de schade daadwerkelijk het gevolg is van één van deze gebeurtenissen, dan zal de degene die schade heeft geleden in een moeilijk bewijstechnisch parket verkeren als hij het noodzakelijke causaal verband niet kan bewijzen. De wet keert daarom de bewijslast om. De mogelijke veroorzakers van de schade worden aansprakelijk gehouden behoudens degene die bewijst dat de schade *niet* het gevolg kan zijn van de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk wordt gehouden.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bijvoorbeeld in de sfeer van de aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten een vorm van bewijslastomkering toegepast in haar rechtspraak over het zogenoemde hypothetisch rechtmatige besluit.[51] Ook deze omkering ziet op het vaststellen van oorzakelijk verband. Uitgangspunt is dat als een besluit is vernietigd er geen sprake is van oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad (die met de vernietiging vaststaat) en eventuele schade als ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit ook een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. Het is aan het betrokken bestuursorgaan, om, als daartoe aanleiding bestaat, aannemelijk te maken dat ten tijde van het nemen van het

---

47. Zie bijv. reeds ABRvS 22 februari 2000, JB 2000/95. Vgl. verder ABRvS 20 december 2006, AB 2008, 77 m.nt. N. Verheij. Het bewijsvermoeden kan – behoudens ander overtuigend bewijs dat ziet op tijdige ter postbezorging – in beginsel slechts worden doorbroken indien wordt aangetoond dat zich vertragingen hebben voorgedaan bij het afstempelen.
48. Vgl. HR 17 juni 2005, AB 2005, 359 m.nt. Widdershoven. De Hoge Raad relativeert de betekenis van het poststempelbewijs. Ook de Afdeling houdt de optie van alternatief bewijs overigens in beginsel open. Vgl. bijv. ABRvS 10 december 2008, LJN BG6412.
49. Hierover in een bestuursrechtelijke context G.F. Pieters, De bewijspositie van partijen in het bestuursprocesrecht, NTB 1996/2, p. 45 e.v.
50. Asser 2004, p. 83.
51. Zie i.h.b. ABRvS 15 december 2004, JB 2005/58 m.nt. Schlössels (Meerssen). Zie bijv. ook L.J.A. Damen, De Amelandse benzinepomp die tijdelijk illegaal was, AAe 2005/4, p. 276 e.v. Hij spreekt op p. 280 ook over de omkering van de bewijslast.

onrechtmatige besluit ook een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen in evenbedoelde zin. In zoverre is het bestuursorgaan dus belast met het bewijzen van het *niet* bestaan van oorzakelijk verband. Slaagt het bestuursorgaan hierin niet, dan draagt het hiervan het bewijsrisico. Deze bewijsconstructie heeft de Afdeling verrijkt met een jurisprudentieel bewijsvermoeden ten gunste van het bestuur. Zij aanvaardde namelijk tevens dat indien later, zonder dat de daarvoor in aanmerking te nemen feiten en omstandigheden zijn gewijzigd, een besluit is genomen dat niet is vernietigd, dit feit in beginsel aannemelijk maakt dat ook een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen.

Een bepaald jurisprudentieel bewijsvermoeden kan verder *de opmaat* vormen voor een bewijslastomkering. Een aardig voorbeeld kan in dit verband – zonder de rechtspraak van de nationale (bestuurs)rechters tekort te doen – worden ontleend aan het arrest *Coleman* van het Luxemburgse Hof van Justitie.[52] In dit arrest was onder meer de vraag aan de orde hoe volgens het Hof bewijs moet worden geleverd ten aanzien van directe discriminatie op grond van een handicap door een werkgever.[53] Onder verwijzing naar het bepaalde in de richtlijn wees het Hof erop dat het (eerst) aan de gehandicapte is om voor de verwijzende rechter feiten aan te voeren op grond waarvan kan worden vermoed dat sprake is van een door deze richtlijn verboden directe discriminatie op grond van een handicap. Wordt dit *vermoeden* gevestigd, dan vereist vervolgens een doeltreffende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling dat de bewijslast op verweerders in het hoofdgeding rust, die dienen aan te tonen dat dit beginsel *niet* is geschonden.

Op deze plaats past ten slotte een enkele opmerking over *bewijsnood.* Van bewijsnood is – globaal gesteld – sprake als een partij die een bewijslast draagt niet in staat is om deze last (ondanks serieuze inspanningen) te vervullen. De rechter[54] kan op een situatie van *niet-verwijtbare* bewijsnood op verschillende manieren reageren, bijvoorbeeld door een bewijsvermoeden toe te passen of zelfs door omkering van (een deel van de) de bewijslast. Ook kan er in het kader van de bewijswaardering (zie onder 1.2.5) betekenis aan toekomen. Toch gaat het dan om uitzonderlijke gevallen. Bewijsnood komt in beginsel voor 'eigen rekening'.

1.2.4 *Tegenbewijs*

Op bewijs kan in de regel tegenbewijs volgen. Slaagt een bestuursorgaan in beginsel in zijn bewijsvoeringslast, dan is de wederpartij aan zet. Van belang is dat tegenbewijs niets van doen heeft met een verschuiving van het bewijsrisico, ofschoon de bestuursrechtelijke literatuur soms deze indruk wekt.[55] Tegenbewijs strekt er toe om voldoende twijfel op te roepen. Deze twijfel dient te zien op de vraag of de wederpartij is geslaagd in de bewijsvoering ten aanzien van een op haar rustende bewijslast. Lukt dit, dan is deze wederpartij (vooralsnog) niet in haar bewijsvoering geslaagd.

---

52. HvJ EG 17 juli 2008, JB 2008/195 m.nt. J.H. Gerards.
53. Richtlijn 2000/78/EG, PB L 303, p. 16.
54. De *wetgever* kan daarnaast meer in het algemeen reageren op veel voorkomende situaties van bewijsnood.
55. Vgl. bijv. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 340.

Tegenbewijs kan ook invloed hebben op de *mate van zekerheid* die door de rechter wordt aangelegd om te beoordelen of de wederpartij in zijn (primaire) bewijsvoeringslast slaagt. Bij twijfel kan de lat hoger worden gelegd.

1.2.5 *Bewijswaardering en bewijskracht*

Sluitstuk van ieder proces van bewijsvoering is de *bewijswaardering*. Nadat bewijs is geleverd zal de rechter moeten beoordelen of de relevante feiten inderdaad zijn bewezen. Hierbij speelt de rechterlijke overtuiging een belangrijke rol. Heldeweg ziet deze rechterlijke overtuiging als 'de hoeksteen' van de bewijswaardering.[56] Van belang is dat de bestuursrechter relatief veel vrijheid toekomt bij het beoordelen van de *bewijskracht (of bewijswaarde)* van bewijsmiddelen. Dit hangt onder meer samen met het feit dat het bestuursrecht een open stelsel van bewijsmiddelen kent.[57] Globaal kan worden gesteld dat de bestuursrechter veel bewijskracht toekent aan betrouwbare schriftelijke dossierstukken en minder aan getuigenbewijs en aan partijverklaringen.[58] Een en ander lijkt ook af te hangen van de rechterlijke taakopvatting. Een bestuursrechter die gaat voor 'finale afdoening' zal wellicht eerder geneigd zijn om meer gewicht toe te kennen aan de conclusies van deskundigenadvisering dan de rechter die zijn taak opvat als toetsende 'grensrechter'.[59]

Hoe de bestuursrechter de bewijswaardering uiteindelijk verricht wordt maar ten dele zichtbaar. In veel gevallen moeten partijen het doen met de constatering dat feiten naar het oordeel van de rechter niet aannemelijk zijn gemaakt. Uit evaluatieonderzoek is overigens gebleken dat er in de Awb-procedure een samenhang bestaat tussen het aandragen van bewijs door een partij en de rechterlijke bewijswaardering. Zo vergroot een eiser zijn kans dat de rechter zijn standpunt volgt als hij bewijs aandraagt. Volgt de rechter een standpunt niet, dan leidt bewijs, zo blijkt, regelmatig toch tot een minder stellig oordeel van de bestuursrechter over de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling.[60]

1.2.6 *Bewijsstandaard en bewijsconstructie*

Met het leerstuk van de bewijswaardering hangt samen de (door de rechter) te hanteren *bewijsstandaard*.[61] Het gaat hier om de mate van zekerheid waarmee feiten moeten vaststaan om ze in rechte voor 'bewezen' te houden. De normale bewijsstandaard die de Nederlandse bestuursrechters lijken aan te houden betreft het in

---

56. M. Heldeweg, Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht (diss. RL), 's-Gravenhage: Sdu Juridische & fiscale uitgeverij 1993, p. 376.
57. Vgl. het burgerlijk procesrecht artikel 152 lid 1 Rv. Tenzij de wet anders bepaalt kan bewijs worden geleverd door 'alle middelen'.
58. Vgl. bijv. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 390-391.
59. Zie in dit verband de interessante beschouwing van Koenraad (Koenraad 2007, p. 222).
60. Barkhuysen/Damen 2007, p. 280-281.
61. Zie bijv. A.T. Ottow & E. Doing-Bierens, Enige contouren van het economisch bewijsrecht, JBplus 2008, p. 182.

voldoende mate aannemelijk[62] zijn van de te bewijzen feiten. Deze wat gemakkelijke maatstaf wordt door de betrokken rechterlijke colleges inmiddels in talrijke en soms zeer diverse zaken aangelegd. Te wijzen valt op het bewijs van verzending van een besluit door middel van de uitdraai uit een voortgangsregistratiesysteem, op het aantonen dat een bedrijfsfunctie aanwezig is op een terrein ten aanzien waarvan een dienstwoning wordt aangevraagd, op het leveren van bewijs van schade in verband met het niet uitbetalen van persoonsgebonden budgetten en op het bewijs van het overtreden van gebruiksvoorschriften betreffende het reinigen van slagroommachines.[63] Uit de aard van een besluit (belastend, begunstigend, punitief[64] of reparatoir), uit bijzondere (communautaire) regelgeving of uit de bijzondere omstandigheden van het geval kan een verhoogde bewijsstandaard ten aanzien van de feiten volgen.

Ten slotte is de *bewijsconstructie* aan de orde. Met deze constructie wordt een belangrijke bijdrage geleverd aan de legitimatie van een uitspraak.[65] Het belang van het bieden van inzicht in de gedachtegang die door de bestuursrechter ten aanzien van de feitenvaststelling is gevolgd en op welke wijze beschikbare bewijsmiddelen zijn geprioriteerd, mag niet worden onderschat. Ook al betekent dit (meer) werk, het is beter bewijs gemotiveerd te verwerpen dan het op formele gronden buiten de procedure te houden of niet te vermelden. Zoals bij de bespreking van het relevante Duitse recht zal blijken (paragraaf 3.4) kan de bestuursrechter zich met het oog op de bewijsvoering in ieder geval niet onttrekken aan de regels van de logica. Tegenstrijdigheden en sprongen in het denkproces moeten worden voorkomen. De 'verstandig oordelende mens' is hier nog altijd één van de belangrijkste maatstaven.

---

62. Dus méér dan 'aannemelijk' sec, maar misschien weer minder dan 'redelijke zekerheid'. De (wellicht op dit punt wat gedateerde) suggestie van Hoogendijk-Deutsch dat de bestuursrechter in veel gevallen een hogere bewijsstandaard aanhoudt kan ik niet zonder meer delen. Vgl. Hoogendijk-Deutsch 1992, p. 320-321.
63. Zie respectievelijk ABRvS 19 november 2008, LJN BG4714, ABRvS 19 november 2008, LJN BG4709, CRvB 24 september 2008, LJN BG0977 en CBb 6 november 2008, LJN BG4153. Deze willekeurige voorbeelden trof ik aan in de stapel van (nog) te selecteren uitspraken voor het eerste JB-nummer van 2009.
64. Zo gelden ten aanzien van boetebesluiten in de regel verhoogde zorgvuldigheids- en motiveringseisen voor het bestuursorgaan. Zie over enige bewijstechnische implicaties inzake bestuurlijke boeten en het bestuursprocesrecht, bijv. C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?, NTB 2002/7, p. 193. Zie verder C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn? (diss. UM), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 214-216 en uitvoerig A.R. Hartmann, Bewijs in het bestuursstrafrecht (diss. EUR), Rotterdam: Gouda Quint 1998.
65. Zo begrijp ik ook Verheij in zijn noot onder ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29.

2 Feitenonderzoek door de rechter, partijverantwoordelijkheden en bewijsregels in het Nederlandse bestuursprocesrecht

2.1 Bewijs in de Awb-procedure: een eerste 'probleemanalyse'

Wie de Algemene wet bestuursrecht analyseert op bewijsrechtelijke bepalingen komt snel tot de conclusie dat deze wet op dit punt verbluffend weinig regelt. Als men aanneemt dat dit verband houdt met een bewuste keuze van de wetgever, zoals de parlementaire geschiedenis suggereert (zie paragraaf 2.2.3), vat de gedachte post dat deze keuze onvoldoende is doordacht. Immers, óók in een procesmodel waarin de rechter ten aanzien van het feitenonderzoek *dominus litis* is en waarin veel vrijheid wordt aanvaard met betrekking tot het verdelen van de bewijslast over de partijen, is er behoefte aan regels die de bewijsvoering structureren. Toch valt, zoals zal blijken, uit de structuur van de wet wel *iets* af te leiden met betrekking tot de bewijsproblematiek.

2.1.1 *De rechtsbeschermingsstructuur van de Awb en bewijs*

De Awb-procedure neemt een aanvang doordat beroep wordt ingesteld tegen een besluit. Dit is vaak een besluit op bezwaar (artikel 8:1 Awb). Inzet van het beroep is het (geheel of op onderdelen) bestrijden van de rechtmatigheid van dit besluit. De bestuursrechter stelt in beginsel geen rechtsverhoudingen *inter partes* vast maar toetst het aangevallen besluit aan het recht. Deze bevoegdheid tot toetsing bestaat, uitzonderingen daargelaten, voor zover het beroep daar aanleiding toe geeft (vgl. artikel 8:69 lid 1 Awb).

Het geschil tussen een bestuursorgaan en een appellant over de rechtmatigheid van een aangevallen besluit zal zich in veel, zo niet in de meeste gevallen, laten vertalen in verschil van inzicht over de feiten.[66] Het gaat meestal om feiten waarvan het bestaan of niet bestaan bepalend is voor het activeren van de bestuursbevoegdheid

66. Het geschil kan echter ook betrekking hebben op een pure rechtsvraag, zoals de juistheid van de uitleg van een wettelijk begrip. Vaak is er ook dan sprake van een verwevenheid met de feiten.

waarop het besluit is gebaseerd. Zo kan er discussie bestaan over de vraag of de feiten die de toepassingscondities van een bestuursbevoegdheid vervullen zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. Het geschil kan zich echter ook toespitsen op feiten die losstaan van het domein van de bestuurlijke bevoegdheidsnorm als zodanig. Te denken valt aan situaties waarin een beroep wordt gedaan op het vertrouwensbeginsel of op de schending van een grondrecht.

De bestuursrechter (in eerste aanleg) wordt primair geconfronteerd met feiten zoals deze hun neerslag hebben gevonden in het (aangevallen) besluit. Over deze feiten is – als ze omstreden zijn – al vaak intensief door bestuur en burger discussie gevoerd. Met het oog hierop wordt het in de bestuurlijke fase opgebouwde dossier aan de bestuursrechter overgelegd (artikel 8:42 lid 1 Awb). De feiten in dit dossier drukken vervolgens een stempel op het verdere verloop van de procedure. Daarnaast komen er feiten tot de bestuursrechter via het beroepschrift en de daarbij behorende stukken dat de gronden voor het beroep moet bevatten (artikel 6:5 lid 1 aanhef onder d Awb). Het betreft hier, naar wordt aangenomen, de *feitelijke onderbouwing* van het standpunt waarom appellant zich niet met het aangevallen besluit kan verenigen. De jurisprudentiële eisen ten aanzien van deze onderbouwing zijn niet bijzonder hoog.[67]

De Algemene wet bestuursrecht hanteert bij de inleiding van het beroep geen *stelplicht* naar civielrechtelijke snit.[68] Dit begrip duikt intussen enigszins verloren op in de memorie van toelichting.[69] Een 'echte' stelplicht brengt met zich dat de eiser alle relevante feiten stelt die gelet op het toepasselijke materiële recht noodzakelijk zijn om een rechtsgevolg waarop hij zich beroept te doen intreden.[70] Stellen impliceert dus een bezinning van een partij op de toepasselijkheid van bepaalde rechtsnormen, specifieke rechtsgevolgen en relevante feiten. Omstreden feiten zullen uiteindelijk ook door de stellende partij moeten worden bewezen.[71] Het verband tussen stelplicht, materieel recht en bewijslast is in het burgerlijk procesrecht hecht.[72] Een stelplicht past mijns inziens minder goed bij het bestuursrechtelijke beroepsmodel. In het beroepsmodel wordt gewerkt met (feitelijke) beroepsgronden. Beroepsgronden strekken er vooral toe om enige feiten aan te dragen om een algemeen *verzoek* tot

---

67. Het moet gaan om een feitelijke grond, op te vatten als een standpunt ten aanzien van de overwegingen van het bestreden besluit waarmee duidelijkheid wordt verschaft over het punt, dan wel de punten, waarmee de indiener van het bezwaar- of beroepschrift het niet eens is. Zie bijv. CRvB 14 februari 2007, JB 2007/92. Anders gezegd, er moet – enigszins gemotiveerd – blijk worden gegeven van een meningsverschil met het bestuursorgaan. Zie HR 5 oktober 2007, JB 2007/218. Een louter juridisch geformuleerde grond voldoet niet. Vgl. CRvB 10 juni 2003, AB 2003, 330 m.nt. HBr. Zie verder Schreuder-Vlasblom 2008, p. 169.
68. Zie bijv. Ten Berge/Widdershoven 2001, p. 225. Verheij meent dat aan de zijde van het bestuursorgaan wel sprake is van een soort *preprocessuele stelplicht* omdat het bestuursorgaan moet motiveren of alle feiten die het besluit in het licht van de wettelijke voorschriften kunnen dragen zich ook voordoen. N. Verheij, Een klantvriendelijke rechter, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 147.
69. PG Awb II, p. 175 (rechterkolom). Het begrip wordt hier onderscheiden van de 'bewijslast', terwijl tevens wordt opgemerkt dat de rechter (ook) de stelplicht naar redelijkheid en billijkheid over partijen moet verdelen. Hier kan ik niet veel mee.
70. Asser 2004, p. 52.
71. Zie bijv. over de sterke verwevenheid van civiele stelplicht en bewijslast H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, vierde druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 215 e.v.
72. Vgl. Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 215, p. 218.

vernietiging (dus geen *specifieke* rechtsvordering) te onderbouwen. Het hoeft hierbij bovendien *niet* te gaan om feiten ten aanzien waarvan een appellant de bewijslast draagt. Zo kan een appellant ten aanzien van een ambtshalve genomen besluit feiten aanvoeren die een eerste indicatie verschaffen inzake mogelijk onzorgvuldig handelen door het bestuursorgaan. Het aanvoeren van deze feiten staat mijns inziens nog niet per definitie in het teken van de bewijsvoering als zodanig. De bewijslast (d.w.z. de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico) inzake de zorgvuldigheid van het bestuurshandelen ligt immers bij het bestuursorgaan.

Een (meer uitgewerkte) 'aandraagplicht' ten aanzien van de feiten laat zich in het kader van de inleiding van het Awb-beroep overigens wel denken. In artikel 6:5 Awb zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat appellant alle relevante feiten voor het beroep (naar waarheid) aandraagt en tevens de daartoe beschikbare gegevens en informatie aan de bestuursrechter beschikbaar stelt.[73] Een dergelijke plicht – waarvan de effecten echter moeilijk zijn te voorspellen – zou men als ik het goed zie dan nog moeten onderscheiden van de adstructieplicht, hoewel zich een overlap voordoet. Adstructie van feiten betekent normaliter een eerste begin van bewijslevering[74] (d.w.z. het genoegzaam aannemelijk maken dat de feiten waar kunnen zijn[75]) en strekt ertoe om de rechter te bewegen de betreffende feiten zo nodig toe te laten tot de definitieve bewijsvoering. Volgens mij rust een plicht tot adstructie op een partij ten aanzien van wie aannemelijk is dat zij uiteindelijk ook de bewijslast van de te adstrueren feiten zal dragen. Daarom is het naar mijn mening wat minder gelukkig om het onderbouwen van de beroepsgronden in het bestuursprocesrecht zonder meer in het teken te plaatsen van adstructie. Dat een appellant beroepsgronden moet formuleren betekent immers nog niet dat hij ook de bewijslast heeft te dragen (zie hiervoor). Wordt het begrip 'adstructieplicht' gehanteerd in een neutralere betekenis – zoals vaak in het bestuursprocesrecht gebeurt – dan heb ik geen moeite met dit begrip. Het gaat dan om de zinvolle verplichting om (eventueel op aansporing van de bestuursrechter) standpunten en stellingen toe te lichten en te onderbouwen.

Meer aandacht voor de (feitelijke) onderbouwing van de beroepsgronden en een corresponderende rechterlijke plicht om de appellant hier ook in een vroeg stadium op aan te spreken zou de eenzijdige aandacht van de bestuursrechter voor het bestuurlijke dossier[76] kunnen doorbreken. Voor zover er aandacht uitgaat naar deze gronden, lijkt deze zich in het actuele bestuursproces immers te concentreren op de behandeling ter zitting. In dit verband wordt van de bestuursrechter verwacht dat hij op basis van 'doorvragen' komt tot een voldoende scherpe afbakening van de gronden.[77] Bewijstechnisch heeft dit tot gevolg dat in de Awb-procedure pas in een laat

---

73. De overeenkomsten met de zgn. exhibitielast van artikel 21 Rv dringt zich hier op. Deze last heeft mijns inziens een sterkere bewijstechnische impact omdat hij nauw is verweven met de substantieringsplicht resp. de bewijsaandraagplicht (vgl. ook artikel 111 lid 3 Rv). Zie Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 148.
74. Vgl. Schuurmans 2005, p. 66.
75. Ten Berge/Widdershoven 2001, p. 225.
76. Barkhuysen/Damen 2007, p. 228.
77. Vgl. de literatuur besproken door R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink e.a., Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 187. Vgl. ook PG Awb II, p. 463.

stadium – ter zitting – volledig helderheid wordt gekregen over de bewijsomvang. Dit heeft op zijn beurt in voorkomende gevallen negatieve gevolgen voor een tijdige verdeling van de bewijslast. In veel bestuursrechtelijke zaken wordt partijen pas ter zitting, of eerst via de uitspraak duidelijk hoe de rechter de bewijslast verdeelt, *als* dit al duidelijk wordt.[78] Dit belemmert bijvoorbeeld het tijdig (kunnen) doen van bewijsaanbod en het reageren hierop door de rechter.

2.1.2 *De gebrekkige structurering van het proces van bewijsvoering*

De structurering van het proces van bewijsvoering in de Algemene wet bestuursrecht schiet tekort. Een en ander ontlokte Damen, niet ten onrechte, de stelling dat de burger in het actuele bestuursproces een gevecht heuvelopwaarts levert in dichte bewijsrechtelijke mist.[79] Tak toont zich – zoals vertrouwd – nog kritischer, wanneer hij opmerkt: '... het vrij-bewijsbeginsel is gedevalueerd tot een onmogelijke bewijslast van de justitiabele die weerwerk moet leveren tegen onmogelijke goeroe-spreuken ...'.[80] Ook uit evaluatieonderzoek komt naar voren dat vooral burgers die zonder rechtsbijstand procederen de Awb-procedure als onduidelijk ervaren en niet goed kunnen inschatten welk bewijs ze moeten leveren en met welke middelen dit kan geschieden.[81]

Een probleem is verder dat niet duidelijk is *wanneer* bewijs moet worden geleverd. De Algemene wet bestuursrecht kent bijvoorbeeld niet een heldere rechterlijke verantwoordelijkheid om al bij aanvang van de procedure te komen tot een adequate inschatting van het beschikbare bewijs en met het oog hierop partijen gericht te informeren. In het kader van het vooronderzoek staat de bestuursrechter wel een indrukwekkend arsenaal aan bevoegdheden ter beschikking ten behoeve van het feitenonderzoek en de bewijsvoering.[82] Onmiddellijk valt echter op dat deze bevoegdheden veelal een discretionair karakter hebben. Op dit punt verschilt het Awb-procesrecht, zoals zal blijken, van de toonzetting in het Duitse bestuursprocesrecht. Wat het feitenonderzoek betreft is dit laatste recht meer imperatief geredigeerd, zowel ten aanzien van de bestuursrechter als ten aanzien van de partijen. Bij de totstandkoming van het Awb-procesrecht is in de literatuur mijns inziens dan ook terecht de vraag opgeworpen of de keuze voor de vele *kan-bepalingen* wel een gelukkige is. Er werd gewezen op het risico dat de bestuursrechter om redenen van efficiëncy meer lijdelijk zou kunnen worden.[83] Dit risico lijkt zich te hebben verwezenlijkt.

---

78. Over deze problematiek bijv. Schueler 2008, p. 449.
79. L.J.A. Damen, De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?, in: N.J.M. Kwakman (red.), Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 26.
80. Tak 2008, p. vii (voorwoord bij de eerste druk).
81. Barkhuysen/Damen 2007, p. 300 e.v., i.h.b. p. 303.
82. Zie de vele bevoegdheden in de afdelingen 8.1.5, 8.1.6, 8.2.2 en 8.2.5 Awb.
83. Zie reeds M.S.E. Wulffraat-van Dijk, De onderzoeksbevoegdheden van de rechter in het nieuwe bestuursprocesrecht, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), Nieuw bestuursprocesrecht, Deventer: Kluwer 1992, p. 155, p. 167.

Het discretionaire karakter van de relevante Awb-bepalingen draagt naar mijn inschatting inderdaad bij aan de gesignaleerde passiviteit van de bestuursrechter. Er doemt een beeld op van 'vrijheid blijheid' of in ieder geval van het afschuiven van verantwoordelijkheid op partijen. Deze pittige uitspraak moet in de juiste context worden geplaatst. In de literatuur is erop gewezen dat de onderzoeksbevoegdheid van de bestuursrechter door diverse contextuele beïnvloedingsfactoren – bijvoorbeeld het ontbreken van voldoende middelen en tijd – feitelijk is beperkt.[84] Uit evaluatieonderzoek kwam verder naar voren dat de rechtspraak toch enige indicaties geeft voor het inzetten van onderzoeksbevoegdheden. Met name als vaststaat dat het bestuursorgaan geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan, voelt de rechter zich niet snel geroepen het feitenonderzoek over te nemen. Het bestuursorgaan moet zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van de feitenvaststelling eerst nemen.[85]

Een groter probleem dan passiviteit als zodanig is passiviteit die niet wordt geëxpliciteerd. Nederlandse bestuursrechters bieden meestal weinig tot geen inzicht in hun onderzoekstrategie en de criteria die worden aangelegd om onderzoeksbevoegdheden al dan niet in te zetten. Door het formuleren van rechterlijk beleid – zoals de wetgever ook voor ogen stond[86] – kan hier naar mijn overtuiging beslist nog winst worden geboekt, maar de resultaten zijn tot op heden te mager. De Procesregeling bestuursrecht 2008[87] levert geen wezenlijke bijdrage aan het oplossen van deze problematiek. Interessant is wel het voorstel in het eindrapport van de Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht[88] om in het kader van een poortselectie een meer weloverwogen keuze te maken inzake het inzetten van vooronderzoekmiddelen en partijen te informeren via een behandelbericht. Dit idee zou in ieder geval handen en voeten moeten krijgen. Hierbij is ook van belang dat de bestuursrechter vooraf aangeeft (vgl. artikel 8:30 juncto artikel 8:31 Awb) welke gevolgen non-coöperatief gedrag kan hebben voor de *bewijspositie* van de betrokken partij (bijv. het uitgaan van een bepaald bewijsvermoeden of zelfs omkering van bewijslast).

2.1.3 *Vooronderzoek en onderzoek ter zitting; bewijsrechtelijke visie*

Het vooronderzoek wordt in het Awb-procesmodel in de regel gevolgd door een onderzoek ter zitting (artikel 8:56 e.v. Awb). De bewijsvoering kan tijdens deze fase van het proces worden voortgezet en voltooid of – en dit zal in veel gevallen bij afwezigheid van een substantieel vooronderzoek gelden – worden gevoerd. Ten aanzien van het onderzoek ter zitting geldt wederom dat er is voorzien in gevarieerde mogelijkheden tot bewijsvoering en onderzoek voor bestuursrechter en partijen. Wederom overheerst het discretionaire karakter.

---

84. M.S.E. Wulffraat-van Dijk, Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1995, p. 338.
85. Zie Barkhuysen/Damen 2007, p. 64, 74-75 en de daar aangehaalde rechtspraak. Vgl. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 129, p. 344 en Schueler 2008, p. 454 e.v.
86. PG Awb II, p. 175-176.
87. In werking getreden op 1 juli 2008, beschikbaar via rechtspraak.nl.
88. Het eindrapport van deze Commissie is beschikbaar via rechtspraak.nl. Zie onder punt 5.1.

De Algemene wet bestuursrecht schept, wat de bewijsvoering betreft, geen duidelijkheid over de verhouding tussen het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.[89] De gedachte dat een zaak wat de feiten betreft al vóór de mondelinge behandeling bewijstechnisch voldoende tot helderheid moet zijn gebracht ligt misschien in de structuur van het Awb-procesrecht besloten, maar uit de tekst van de wet blijkt dit niet. Het zittingsgerichte werken draagt bovendien niet bij aan het opwaarderen van het vooronderzoek. Volgens Damen is dit vooronderzoek overigens *de facto* grotendeels afgeschaft.[90]

De gehele structuur van het Awb-procesrecht overziend wordt duidelijk dat deze nauwelijks een kenbaar beredeneerd (procedureel) kader biedt om te komen tot de beantwoording van bewijsrechtelijke vragen die verband houden met de bewijsomvang en de bewijslastverdeling. Er kan hooguit uit worden afgeleid dat de wetgever ervan uitging dat de rechter zich actief met de feitenvaststelling moet inlaten.[91] In welke gevallen, op welke manier en hoe intensief hij dit, mede in het licht van partijverantwoordelijkheden zou moeten doen, blijft goeddeels in het ongewisse. Evaluatieonderzoek wijst uit dat de rechter bovendien de redenen voor het al dan niet doen van onderzoek nauwelijks inzichtelijk maakt.[92]

Tenslotte verdient aantekening dat de Algemene wet bestuursrecht, anders dan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (vgl. artikel 152 lid 2 Rv) en het Duitse bestuursprocesrecht (§ 108 VwGO), geen bepaling kent die iets zegt over de bewijswaardering. Wel bepaalt artikel 8:77 lid 1 aanhef onder b Awb dat de schriftelijke uitspraak 'de gronden van de beslissing' vermeldt. Hieronder zou kunnen worden verstaan dat de rechter (ook enig) inzicht verschaft in de gehanteerde bewijsmiddelen, de waardering van deze middelen en de toegepaste bewijsredenering. Veel bestuursrechtelijke uitspraken geven daar echter nauwelijks blijk van. Waar het aankomt op het expliciteren en motiveren van het rechterlijk bewijsoordeel valt in het Nederlands bestuursprocesrecht nog veel winst te behalen.[93]

2.2 De vrije bewijsleer; betekenis en achtergronden

In de bestuursrechtelijke literatuur wordt steevast benadrukt dat het bestuursprocesrecht uitgaat van de vrij-bewijsleer (soms zonder streepje), het vrij-bewijsbeginsel of de vrije bewijsleer.[94] Soms wordt gesteld dat deze leer hier 'geldt'.[95] Verheij hanteerde in het verleden (maar daar zijn inmiddels weer spellingshervormingen overheen gegaan) meer streepjes en sprak – net als Koenraad in een meer recente

89. In die zin ook Barkhuysen/Damen 2007, p. 12.
90. Damen 2006, p. 26.
91. Barkhuysen/Damen 2007, p. 15
92. Barkhuysen/Damen 2007, p. 74.
93. De legitimatie van de rechterlijke uitspraak is hier in het geding. Vgl. G.F. Pieters, De bewijspositie van partijen in het bestuursprocesrecht, NTB 1996/2, p. 52.
94. Zie bijv. Damen/Bröring, Bestuursrecht 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 226; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, veertiende druk, Den Haag: Elsevier juridisch 2008, p. 573; Ten Berge/Widdershoven 2001, p. 224; Tak 2008, p. 881 e.v.
95. Zie bijv. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 573.

publicatie[96] – over de vrij-bewijs-leer.[97] Ik laat de streepjes voor wat ze zijn en spreek in dit preadvies over de vrije bewijsleer.

2.2.1 *Betekenis van de vrije bewijsleer*

Om meer inzicht te krijgen in wat nu precies met deze 'leer' wordt bedoeld is enige studie vereist. De bestuursrechtjurist gaat zelfs serieus twijfelen als hij leest dat (ook) het civiele bewijsrecht in principe uitgaat van een 'vrij bewijsstelsel'.[98] Was het immers niet zo dat de vrije bewijsleer juist kenmerkend is voor het bestuursprocesrecht?

De bestuursrechtelijke literatuur is het er wel over eens dat de vrijheid van het (materiële) bestuursrechtelijke bewijsrecht in ieder geval blijkt uit de geringe binding van de bestuursrechter aan wettelijke bewijsregels. Maar dit zegt nog niet veel. Ten Berge en Widdershoven leiden de vrijheid af uit de geringe beschikbaarheid van wettelijk *materieel* bewijsrecht.[99] Dit geldt ook voor Konijnenbelt en Van Male.[100] Tak[101] wijst op de grote vrijheid van de rechter bij het vaststellen van de feiten. Heldeweg[102] relateert de vrije bewijsleer aan de vrijheid van de rechter om de gehele bewijslast over partijen te verdelen terwijl hij ook een deel van deze last aan zichzelf kan voorbehouden. Ook in de oudere literatuur over het administratieve procesrecht,[103] dat toen serieus leed onder versnippering, wordt de vrije bewijsleer als *algemeen* kenmerk van 'het' bestuursprocesrecht aangevoerd. Van der Burg en zijn medeauteurs[104] plaatsten de leer in het teken van de vrijheid van de rechter met betrekking tot de keuze en waardering van bewijsmiddelen. Daarnaast achtten zij van belang dat de bestuursrechter, afhankelijk van de aard van de zaak en het bevoegde college, geneigd was in meer of mindere mate de bewijsvoering van partijen over te nemen. De vrije bewijsleer houdt, zo beschouwd, verband met ambtshalve feitenonderzoek en een beperkte bewijslast[105] voor partijen.

Schreuder-Vlasblom schrijft het gedachtegoed van de vrije bewijsleer vooral toe aan 'allerhande verhalen' in de toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht. Zij vat het bestuursrechtelijke bewijsrecht (primair) op als regels voor de bestuurlijke besluitvorming.[106] Deze regels, die allesbehalve vrij zijn, werken hooguit door in de rechterlijke toetsing van de feiten. Dat deze opvatting, als zij wordt gevolgd, belangrijke gevolgen heeft voor de legitimatie van de bestuursrechtspraak komt in het vervolg van dit preadvies nog ter sprake.

---

96. Zie Koenraad 2007, p. 220.
97. Verheij 1992, p. 146.
98. Zie bijv. Asser 2004, p. 32.
99. Ten Berge/Widdershoven 2001, p. 224.
100. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 573.
101. Tak 2008, p. 881.
102. Heldeweg 1993, p. 338.
103. Zie voor een blik op de beperkte literatuur over administratief bewijsrecht van voor 1966, J.M. Kan, Bewijzen in het administratief recht, RMThemis 1966, p. 519 e.v.
104. F.H. van der Burg, G.J.M. Cartigny & G. Overkleeft-Verburg, Rechtsbescherming tegen de overheid, vijfde druk, Nijmegen: Ars Aequi 1985, p. 55.
105. Dit begrip zal gehanteerd zijn in de zin van bewijsvoeringslast.
106. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 316.

Schueler en Tak lijken de vrije bewijsleer het meest ruim op te vatten wanneer zij deze relateren aan de vrijheid van de rechter met betrekking tot het bepalen van de bewijsomvang, de bewijslastverdeling, de (toelaatbare) bewijsmiddelen én de bewijswaardering.[107]

2.2.2 *In hoeverre bestaat er nu vrijheid?*

Wat de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de bewijswaardering betreft onderscheidt het Nederlandse bestuursprocesrecht zich niet wezenlijk van het burgerlijk procesrecht.[108] Ook hier geldt het uitgangspunt dat bewijs in beginsel door alle middelen kan worden geleverd (waarbij de bewijskracht natuurlijk per middel kan verschillen) en dat het oordeel inzake de waardering van het bewijs in de regel aan de rechter is (artikel 152 Rv). In dit beeld past bijvoorbeeld ook de leer van de bestuursrechter dat strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs bestuursrechtelijk zeker (nog) betekenis kan hebben.[109]

De suggestie dat de bestuursrechter vrij is bij het bepalen van de bewijsomvang voert te ver. Zoals bleek wordt de bewijsomvang, naast de 'primaire' grenzen die uit de bijzondere wet[110] volgen, in de bestuursrechtelijke procedure afgeleid uit artikel 8:69 Awb. Het was ook de wetgever die ervan uitging dat in deze Awb-bepaling materieel bewijsrecht is neergelegd.[111] De feitenaanvullingsbevoegdheid (artikel 8:69 lid 3 Awb) dient in beginsel binnen de grenzen van het geschil te worden uitgeoefend. Toch is het waar dat de bestuursrechter meer vrijheid heeft bij het begrenzen van de bewijsomvang dan zijn civiele collega. Zo kan hij met betrekking tot de beroepsgronden 'doorvragen' en het geschil nader afbakenen (zie paragraaf 2.2.4).[112] Verder is hij niet gebonden aan de regel dat de rechter feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij niet of niet voldoende zijn betwist als vaststaand moet beschouwen (artikel 149 lid 1 Rv). Zijn bevoegdheid tot feitenaanvulling brengt in beginsel met zich dat hij óók onderzoek mag doen naar, en bewijs mag verlangen van relevante feiten die tussen partijen niet ter discussie staan.

Verheij[113] maakte het hier, en ik geloof niet zonder reden, wel wat moeilijker. Volgens hem zou de bestuursrechter zich niet mogen inlaten met feiten die door de wederpartij van het bestuur zijn gesteld en die niet door het bestuur zijn betwist. Het bestuur wordt kennelijk geacht zich de strekking van het al dan niet vaststaan van feiten voldoende te realiseren. Rechterlijke terughoudendheid zou volgens Verheij

---

107. Zie Schueler in Damen/Bröring 2006, p. 226. Tak 2008, p. 881.
108. En, zoals nog zal blijken, bijv. ook niet van het Duitse bestuursprocesrecht.
109. Uitvoerig over deze problematiek M.C.D. Embregts, Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht (diss. UvT), Deventer: Kluwer 2003.
110. Zie i.h.b. H.J. Simon, Bewijzen in het bestuursrecht, JBplus 1999/1, p. 29. De bijzondere wet verankert immers het aangevallen bestuursbesluit dat de buitengrens van het bestuursrechtelijke geschil markeert.
111. PG Awb II, p. 175.
112. Schreuder-Vlasblom ziet geen vrijheid ten aanzien van het bepalen van de bewijsomvang. Zie M. Schreuder-Vlasblom, Bestuursrechtelijk bewijsrecht. Ontwikkelingen na de inwerkingtreding van de Awb, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Utrecht 1998, p. 5.
113. Verheij 1992, p. 147.

verder geboden zijn ten aanzien van door het bestuur gestelde feiten die een appellant erkent terwijl deze de gevolgen hiervan overziet, *tenzij* de aanvaarding van deze feiten zou kunnen leiden tot een besluitvormingsresultaat in strijd met de wet. Dat de bestuursrechter in voorkomende gevallen ten aanzien van niet betwiste feiten pas in actie mag komen naar aanleiding van feiten waarop het bestuur zich beroept, relateerde Verheij aan de gedachte van ongelijkheidscompensatie. De bestuursrechter dient dus met andere woorden na te gaan of de burger zich de gevolgen van het niet-bestrijden van de door het bestuur aangevoerde feiten wel voldoende realiseert (zie over ongelijkheidscompensatie verder paragraaf 2.4.2).

Wat de bewijslastverdeling betreft staat vast dat de Algemene wet bestuursrecht de rechter niet aan veel regels bindt. Met Koenraad[114] moet echter worden opgemerkt dat de stelling dat de bestuursrechter de bewijslast vrijelijk over partijen kan verdelen niet houdbaar is.

Twee nuanceringen zijn hier op hun plaats. Zoals bekend leidt de bestuursrechter uit het samenstel van artikel 3:2 en artikel 4:2 Awb – bij wijze van reflex – materieelrechtelijke bewijsregels af. Of deze praktijk gelukkig is, is vers twee. Het eigen karakter van het bewijsrecht, dat mijns inziens toch primair is gebonden aan de strijd in rechte, komt hierdoor minder goed uit de verf (zie verder paragraaf 2.3.5). Daarnaast kan inmiddels niet meer worden ontkend dat zich op basis van de rechtspraak, die in de literatuur goed is ontsloten, in veel bestuursrechtelijke geschillen materieelrechtelijke regels met betrekking tot de bewijslastverdeling aftekenen (zie nader paragraaf 2.5). De aandacht voor het materieel bewijsrecht lijkt vooral sinds de komst van de Algemene wet bestuursrecht in een stroomversnelling te zijn beland. Dit is enerzijds opvallend omdat de Awb-wetgever meende dat er nauwelijks behoefte bestond aan materieel bewijsrecht,[115] maar anderzijds is deze ontwikkeling verklaarbaar omdat het bestuursproces zich na de komst van het nieuwe 'uniforme' bestuursprocesrecht steeds verder in de richting van een partijenproces ontwikkelde. Het zou echter onjuist zijn om te menen dat de komst van materieel bewijsrecht in het bestuursprocesrecht *juist* is toe te schrijven aan de Algemene wet bestuursrecht. Deze ontwikkeling tekende zich al voor de komst van deze wet af.[116] De conclusie kan zijn dat het veronderstelde 'vrije' karakter van de (materiële) bestuursrechtelijke bewijsleer tot uitdrukking komt bij het begrenzen van de bewijsomvang (zij het in beperkte mate), het verdelen van de bewijslast over partijen (binnen de grenzen van de wet), de keuze van de toelaatbare bewijsmiddelen en de bewijswaardering. Het betreft hier een relatieve vrijheid omdat er wel degelijk beperkingen en regels van toepassing zijn. Het meest opmerkelijke van de vrije bewijsleer is dat de bestuursrechter zelf (een deel van) de bewijsvoeringslast op zich *kan* nemen (artikel 8:69 lid 3 Awb).

---

114. Koenraad 2007, p. 220.
115. PG Awb II, p. 175.
116. Zie bijv. de beschrijving van regels van bewijslastverdeling door Tak rond 1995. A.Q.C. Tak, Hoofdlijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht, derde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 209 e.v.

2.2.3 *Ratio vrije bewijsleer: materiële waarheidsvinding?*

Dat de wetgever de vrije bewijsleer bij de komst van de Algemene wet bestuursrecht heeft omarmd blijkt uit de parlementaire geschiedenis.[117] De wetgever liet zich hierbij, naar mag worden aangenomen, vooral leiden door oudere rechtspraak en literatuur. In de memorie van toelichting is de vrije bewijsleer direct in verband gebracht met de actieve opstelling van de rechter ten aanzien van het feitenonderzoek. Diens streven zou, binnen de grenzen van het geschil, gericht moeten zijn op het zoeken van de *materiële waarheid*.

Uit de bestuursrechtelijke literatuur komt naar voren dat materiële waarheidsvinding een beladen begrip is. Allewijn sprak over een dogma.[118] Van meer recente datum is het standpunt van De Waard[119] die meent dat dit begrip overspannen verwachtingen wekt omdat het geen juiste indruk geeft van de bestuursrechtelijke rechtspraktijk. Het lijkt vooral een begrip uit de oude doos. De Waard wijst erop dat ook in het verleden de administratieve rechters de feiten niet uitplozen. De cultuurverschillen tussen de rechterlijke colleges waren volgens hem aanzienlijk.[120]

Volgens Schreuder-Vlasblom[121] is materiële waarheidsvinding als doel van het bewijsrecht veel te ambitieus en is een *integrale* herbeoordeling van de bestuurlijke feitenvaststelling onhaalbaar.[122] Maar daar gaat het natuurlijk ook niet om, nog afgezien van het feit dat een 'integrale' herbeoordeling niet strookt met de rechtsbeschermingsdoelstelling van het huidige bestuursproces.

De vraag is gerechtvaardigd of waarheidsvinding *als zodanig* nog kan gelden als een verdedigbaar argument om de bestuursrechter te belasten met een autonome bewijsvoeringsverantwoordelijkheid. Ik ben geneigd deze vraag, anders dan De Waard,[123] nog steeds bevestigend te beantwoorden. Hierbij realiseer ik mij dat de bestuursrechter om diverse redenen nooit in staat zal zijn alle relevante feiten te (re)construeren zoals deze zich ten aanzien van het gerezen geschil hebben voorgedaan of voordoen. Het vinden van 'volledige waarheid' is een illusie. En de bestuursrechter is ook geen onfeilbare waarheidsvinder.[124] Maar indien men waarheidsvinding meer praktisch opvat en hier, zoals Verheij,[125] onder verstaat uitzoeken hoe het zit klinkt het al anders. En het klinkt nog anders indien men met Wulffraat-van Dijk benadrukt dat materiële waarheidsvinding niet betekent dat de rechter altijd zelf ontbrekend feitenmateriaal moet verzamelen.[126] Het gaat erom te *proberen*[127] de feitelijke

---

117. PG Awb II, p. 175-176.
118. D. Allewijn, Beschikkingsprocesrecht, in: Het nieuwe bestuursprocesrecht, VAR-reeks 112, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 105.
119. B.W.N. de Waard, Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht, in: A.W. Heringa & A.M.L. Jansen (red.), Het bestuursrecht beschermd (Liber Amicorum prof. mr. F.A.M. Stroink), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 123.
120. Zie bijv. Wulffraat-van Dijk, p. 118 e.v.
121. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 316.
122. Schreuder-Vlasblom 1998, p. 3.
123. Zoals nog zal blijken hecht ook De Waard aan een primaire bevoegdheid voor de bestuursrechter ter zake de vaststelling van de feiten, zij het dat hij materiële waarheidsvinding in dit verband een achterhaald argument vindt.
124. Vgl. Schueler 2008, p. 446.
125. Zie zijn aangehaalde annotatie onder ABRvS 20 februari 2001.
126. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 118.
127. Bijv. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 340.

toedracht te achterhalen. Partijen mogen en moeten hierbij op hun medeverantwoordelijkheden worden aangesproken. Dat de bestuursrechter ook met medewerking van de partijen niet (altijd) in staat zal zijn om de werkelijke toedracht in kaart te brengen staat vast. Zoals in de inleiding van dit preadvies bleek is dit inherent aan juridische bewijsvoering. Maar dit gegeven is naar mijn mening geen valide argument om de bestuursrechter te ontheffen van de verplichting om binnen redelijke grenzen *te streven* naar zo veel mogelijk zekerheid wat betreft de juistheid en volledigheid[128] van feiten, zeker als hij aan de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling twijfelt of als (bepaalde) feiten (gemotiveerd) bestreden zijn.

Voor mij weegt nog altijd zwaar dat in een bestuursrechtelijke procedure het algemeen belang rechtstreeks in het geding is. Dit gegeven afdoen als antiek of achterhaald lijkt mij onjuist.[129] De doelgebonden gezagsdaad van een bestuursorgaan (een besluit) staat ook in het hedendaagse bestuursproces ter discussie, alle bezwerende formules over het 'partijenproces' ten spijt. Primaire vraag is en blijft daarom of een aangevallen bestuursbesluit (in beginsel) binnen de grenzen van het geschil verenigbaar is met de eisen van het recht.[130] Het vertrouwen in het bestuur en de rechtsstaat is ermee gediend als een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie bevoegd is (en afhankelijk van de omstandigheden van het geval ook gehouden kan zijn) een serieuze en overtuigende inspanning te leveren om de juistheid van de feiten waarop het bestuur zich beroept boven water te krijgen. In zoverre staat mijn standpunt – zo schat ik in – haaks op dat van Schreuder-Vlasblom. Zij meent immers dat uit het gezagskarakter van het besluit als zodanig een bestuurlijk primaat tot feitenvaststelling volgt. Dit primaat zou in beginsel slechts vatbaar zijn voor rechterlijke zorgvuldigheidscontrole.[131] In het vervolg van dit preadvies komt deze problematiek nader ter sprake.

Op deze plaats volsta ik met de opmerking dat juistheid van feiten een essentiële voorwaarde is om rechtsnormen (regels, maar ook beginselen) goed te kunnen toepassen. Correcte feitenvaststelling, bewijsvoering ten overstaan van de rechter en juiste rechtstoepassing (*ius curia novit!*) zijn rechtsstatelijk aan elkaar vastgeklonken.[132] Hier zijn cruciale taken van de rechter aan de orde. Ook het Luxemburgse Hof benadrukt dit uitgangspunt met het oog op de bekende Köbler-aansprakelijkheid. Te wijzen valt op het arrest *Traghetti del Mediterraneo SpA t. Italië*[133] waarin wordt gesteld dat de beoordeling van feiten en bewijs door de rechter een wezenlijk deel van de rechtsprekende functie is. Hierbij wijst het Hof er tevens op dat de toepassing

---

128. Vgl. Verheij 1992, p. 145-146.
129. Men mag dit uitgangspunt echter niet *eenzijdig* benadrukken; het moet worden verenigd met partijverantwoordelijkheden. Kan zag dit bijvoorbeeld al scherp. Kan 1966, p. 538 e.v.
130. Afhankelijk van de inrichting van een procesmodel kan vervolgens de vraag aan de orde komen of door de schending van het objectieve recht ook een inbreuk op een subjectieve rechtspositie aan de orde is.
131. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 317. Haar visie komt hierna ter sprake.
132. Vgl. de treffende analyse van De Bock. R.H. de Bock, Waarheidsvinding in het bestuursrecht, in: Het procesrecht en de waarheidsvinding, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging van Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 43-44. Vgl. ook Tak 2008, p. 873, die in dit verband ten aanzien van de rechterlijke fase stelt 'Zonder feitenvaststelling kan van rechtsbedeling geen sprake zijn.'
133. HvJ EG 13 juni 2006, JB 2006/182 m.nt. N. Verheij.

van rechtsvoorschriften op het concrete geval veelal zal afhangen van de beoordeling van de feiten door de rechter en van de waarde en de relevantie van het bewijs dat partijen *in het geding* hebben aangedragen. Mijns inziens klinkt hier een zekere voorkeur voor een onmiddellijke bewijsvoering ten overstaan van de rechter door.

In het bestuursrecht komt hier nog iets bij. Hier gaat het in de regel om de toepassing van bevoegdheidsnormen die leiden tot de vorming van nieuw *objectief* recht dat *erga omnes* werkt. Juist hier weegt de juistheid van feiten, die tegen deze achtergrond bezwaarlijk ter beschikking van de betrokken 'partijen' kunnen staan, zwaar. Het vaststellen van de juistheid van feiten door de bestuursrechter draagt direct bij aan de legitimatie van de bestuurlijke gezagsdaad en daarmee aan het rechtsstaatideaal. Dat het rechtsstaatargument in het bestuursrecht een zwaarwegend argument is voor rechterlijke waarheidsvinding wordt, zoals nog zal blijken, óók in het Duitse bestuursprocesrecht nog steeds krachtig onderschreven (zie paragraaf 3.2.2).

2.2.4 *Artikel 8:69 lid 3 Awb: de elementen*

Een wezenlijke bepaling waaruit het eigen karakter van het bestuursrechtelijke bewijsrecht ten opzichte van het civiele volgt is artikel 8:69 lid 3 Awb. De rechter kan ambtshalve de feiten aanvullen. De wetgever is erg zuinig geweest met het creëren van duidelijkheid over de precieze strekking van deze bevoegdheid. De parlementaire geschiedenis meldt slechts dat de rechter zich in beginsel niet *hoeft* neer te leggen bij de feiten zoals deze door de partijen worden gepresenteerd. Hij kan doorvragen.[134] Tevens volgt uit de wetsgeschiedenis dat voor ambtshalve feitenaanvulling méér aanleiding bestaat naarmate de 'ongelijkheid' tussen partijen groter is. Het beginsel van ongelijkheidscompensatie werd door de wetgever omarmd.[135]

Toegespitst op de rechterlijke toetsing[136] van een besluit (en afgezien van ambtshalve te beoordelen kwesties), omspant de feitenaanvullingsbevoegdheid naar mijn mening vier bewijstechnische aspecten. De rechterlijke bevoegdheid tot 'doorvragen' brengt op de eerste plaats met zich dat de bestuursrechter zich – zij het binnen zekere grenzen – mag inlaten met de afbakening van het geschil. Het eerste en derde lid van artikel 8:69 Awb dienen hier in onderlinge samenhang te worden bezien. De feitelijk ingekleurde beroepsgronden (artikel 6:5 lid 1 aanhef onder d Awb) zijn, zoals bleek, van belang voor de afbakening van *de bewijsomvang*. Met betrekking tot deze gronden heeft de wetgever aanvaard dat de rechter onder respectering van de beginselen van een goede procesorde (hoor en wederhoor) de exacte grenzen mag en moet verkennen.[137] De feitenaanvullingsbevoegdheid moet in de regel binnen de grenzen van het geding worden uitgeoefend, maar om deze grenzen met scherpte te kunnen trekken is dus soms (vooraf) een beperkte feitenaanvulling noodzakelijk.

Een tweede belangrijk aspect van de bevoegdheid tot feitenaanvulling – waarvan de toepassing hoor en wederhoor vereist – kwam ook al ter sprake. In beginsel hoeft

---

134. PG Awb II, p. 463.
135. PG Awb II, p. 464.
136. Als de rechter na een vernietiging zelf in de zaak voorziet kan ambtshalve feitenaanvulling ook aan de orde zijn. Zie bijv. de noot van Verheij onder ABRvS 29 september 2004, AB 2004, 415.
137. PG Awb II, p. 463.

de bestuursrechter zich niet neer te leggen bij feiten zoals deze door partijen aan hem worden gepresenteerd. Hier is (nog steeds) sprake van een opmerkelijk verschil met het civiele bewijsrecht (vgl. artikel 149 Rv). De burgerlijke rechter behoort zich immers in beginsel wel bij een niet omstreden visie van partijen[138] op de feiten neer te leggen.

Een derde aspect sluit hierbij aan. Artikel 8:69 lid 3 Awb impliceert de bevoegdheid *de bewijsvoeringslast* van een partij over te nemen indien deze niet of onvoldoende in staat is noodzakelijk bewijs te leveren. Dit kan zich voordoen in geval van serieuze praktisch-financiële beperkingen of in situaties van (niet verwijtbare) bewijsnood. Het overnemen van de bewijsvoeringslast staat mijns inziens vooral in het teken van ongelijkheidscompensatie. Dit brengt met zich dat de bevoegdheid van artikel 8:69 lid 3 Awb vooral relevant is voor de bewijstechnische positie van de burger. Past de bestuursrechter artikel 8:69 lid 3 Awb toe, dan heeft dit overigens géén gevolgen voor de verdeling van de bewijslast (in de zin van het te dragen bewijsrisico).[139] Deze last blijft bij de burger rusten. Slaagt (ook) de bestuursrechter niet in het leveren van het noodzakelijke bewijs, dan draagt de burger het risico van het niet-vaststaan van de betreffende feiten.

Er ligt nog een vierde element besloten in artikel 8:69 lid 3 Awb waar, misschien omdat het voor de hand ligt, niet vaak op wordt gewezen. De feitenaanvullingsbevoegdheid maakt namelijk volstrekt duidelijk dat de bestuursrechter zich onmiddellijk met de feiten *mag* inlaten en zich op dit punt niet hoeft te beperken tot een zorgvuldigheidstoets. Hij is – onder respectering van de eisen van hoor en wederhoor – bevoegd tot zelfstandige *feitenreconstructie*.[140]

2.2.5 *Toepassing: de marginaal toetsende achteroverleuner?*

Over artikel 8:69 lid 3 Awb als zodanig bestaat weinig jurisprudentie. Uit de beschikbare jurisprudentie- en dossieranalyses komt naar voren dat de rechter terughoudend is met ambtshalve feitenonderzoek. Ook tekenen zich – waar het aankomt op de feitenaanvulling – verschillen af tussen de rechterlijke colleges en tussen de soort van zaken die aan de orde zijn. Zelfs per rechtbank zijn de verschillen aanzienlijk.

Dit preadvies is niet de plek om uitvoerig stil te staan bij de intensiteit waarmee en de redenen waarom bestuursrechters hun onderzoeksbevoegdheden (al dan niet) uitoefenen. Hier is de afgelopen jaren al gedegen empirisch onderzoek naar gedaan.[141] Ik beperk mij op deze plaats tot enkele gegevens uit dit onderzoek die een beeld geven van de rechtspraktijk.

---

138. Dat ook de bestuursrechter zich in praktijk meestal niet inlaat met niet omstreden feiten doet niet af aan zijn bevoegdheid om dat wel te doen (bijv. op gronden aan het algemeen belang ontleend).
139. Vgl. Schuurmans 2005, p. 233.
140. Allewijn 1994, p. 106.
141. Naast het Awb-evaluatieonderzoek valt te wijzen op A.T. Marseille, Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 75.

De empirische analyses bieden steun aan het door Damen geschetste beeld van de bestuursrechter als 'marginaal toetsende achteroverleuner'.[142] Uit interviewonderzoek komt naar voren dat de opvatting dat de bestuursrechter door de jaren heen minder actief is geworden breed wordt gedragen.[143] Dossieronderzoek bevestigt dit beeld. Volgens onderzoek van Marseille volstaat de rechter in het kader van het vooronderzoek in 60 procent van de door hem onderzochte (rechtbank)zaken met het lezen van de stukken. Als er al meer activiteiten worden ontplooid betreft dit vooral het stellen van vragen aan partijen en het opvragen van stukken. In een kleiner percentage van de zaken (onderzoek wijst op zo'n 7 procent van de onderzochte zaken waarin de bestuurlijke feitenvaststelling ter discussie staat[144]) is de benoeming van een deskundige aan de orde. Formeel getuigenverhoor is in het bestuursproces relatief zeldzaam. Bestuursrechters lijken niet veel op te hebben met het formeel horen van getuigen. Maar er valt enige verbetering waar te nemen bij het motiveren van beslissingen betreffende getuigenverhoor.[145] Uit de empirische onderzoeken komt verder naar voren dat *als* er tijdens het vooronderzoek vragen worden gesteld en stukken worden opgevraagd de bestuursrechter zich nogal eenzijdig richt op het verwerende bestuursorgaan.[146]

Het benoemen van een deskundige doet zich eigenlijk alleen nog in substantiële mate voor bij de Afdeling in milieuzaken (25 procent van de zaken). Maar het vrijwel standaard benoemen van een deskundige ligt ook hier achter ons. In 2004 kwam Marseille op rechtbankniveau nog tot een percentage van 15 procent van de door hem onderzochte zaken waarin een deskundigenbenoeming aan de orde was.[147] Uit het meer recente Awb-evaluatieonderzoek bleek dat het benoemen van een deskundige in 2005 een zeldzaamheid is geworden.[148] Ook in arbeidsongeschiktheidszaken, die het percentage traditioneel omhoog stuwden, is een neergang waar te nemen.

Ten aanzien van het onderzoek ter zitting tekent zich een nog troostelozer beeld af. Volgens de evaluatieonderzoekers biedt de bestuursrechter ter zitting partijen primair gelegenheid om hun standpunten nog eens over het voetlicht te brengen.[149] Dit verklaart waarom Marseille de zitting opvat als een forum voor partijen.[150] Veel nieuws levert de zitting meestal niet op. In ongeveer 70 procent van de behandelde zaken stelt de rechter de feitenvaststelling aan de orde, maar hierbij gaat het hem niet zozeer om een stevige ambtshalve feitencontrole. Het lijkt hem er vooral om te doen zo goed mogelijk te begrijpen wat de visie van partijen is, zodat hij kan beslissen wiens *visie op de feiten* hij zal volgen. Dat de rechter iets laat doorschemeren over de bewijspositie van partijen in het licht van de feiten is ten slotte zeldzaam.[151]

---

142. Zie zijn reeds aangehaalde bijdrage in de Groningse bundel 'Partijautonomie of materiële waarheid?'
143. Barkhuysen/Damen 2007, p. 323.
144. Barkhuysen/Damen 2007, p. 228.
145. Zie de in paragraaf 2.6.2 aangehaalde rechtspraak.
146. Barkhuysen/Damen 2007, p. 228.
147. Marseille 2004, p. 75.
148. Barkhuysen/Damen 2007, p. 229.
149. Barkhuysen/Damen 2007, p. 254.
150. Marseille 2004, p. 100-101.
151. Barkhuysen/Damen 2007, p. 255.

2.2.6 *Verklaringen voor de rechterlijke passiviteit*

Het is niet eenvoudig om verklaringen te geven voor de opmerkelijke passiviteit van de Nederlandse bestuursrechter. Afgezien van cultuurverschillen tussen gerechten, de individuele rechterlijke taakopvatting en de diversiteit aan zaken spelen diverse factoren een rol. Deze zijn op een complexe wijze vervlochten. Principieel-staatsrechtelijke[152] en systematische aspecten zijn van belang, maar deze zijn – met name wat de eerste aanleg betreft – naar mijn mening relatief beperkt van invloed. Het gaat in dit kader om principiële opvattingen over de verhouding tussen bestuur en rechter, de betekenis van ongelijkheidscompensatie, materiële waarheidsvinding, de rol van de bestuursrechter in het algemeen (actief, lijdelijk) en om de keuze tussen controle of rechtsbescherming.

Intern-organisatorische aspecten spelen volgens mij een zeer belangrijke rol. Productienormen moeten onder tijdsdruk worden gehaald en het ontbreekt vaak aan tijd (en geld) om aanvullend onderzoek te doen.[153] Schaarste aan middelen, rechterlijke passiviteit, tijdsdruk en een gebrekkig proces van bewijsvoering gaan zo hand in hand. Damen spreekt in dit verband over confectierechtspraak.[154] In het kader van de tweede evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht werd daarnaast gewezen op de ten gevolge van roulatie afgenomen rechterlijke deskundigheid. Dit zou eveneens passiviteit in de hand werken.[155] De commissie-Boukema schoof deze suggestie mijns inziens te snel terzijde.[156] Het rechterlijk expertiseprobleem en de specialisatienoodzaak krijgen gelukkig steeds meer aandacht.[157] Een voldoende zaaksaanbod lijkt mij een voorwaarde voor het opbouwen van bewijstechnische expertise, zeker in niet-doorsnee zaken.

Ten slotte zijn er de extern-maatschappelijke en (overige) juridische aspecten. De roep om tijdige en finale geschilbeslechting is en blijft groot. Dat deze problematiek verband houdt met de waargenomen lijdelijkheid van de bestuursrechter valt zeker niet uit te sluiten (onderzoek kost tijd), maar de relaties zijn niet eenduidig. Zo kan méér ambtshalve onderzoek een procedure zeker vertragen, maar het kan ook bijdragen aan de finaliteit van de geschilbeslechting waardoor aan het eind van de rit de totale procedure per saldo sneller is afgerond.[158] Een juridische factor betreft bijvoorbeeld de redactie van de onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter.

---

152. Wulffraat-van Dijk sprak hier over de 'ideologische achtergronden'. Zie Wulffraat-van Dijk 1995, o.m. p. 339 e.v.
153. Vgl. Barkhuysen/Damen 2007, p. 232.
154. Damen 2006, p. 27.
155. Zie M.V.C. Aalders, M.N. Boeve e.a., De burger en de Awb. Ervaringen van repeat players met Awb-procedures. Algemeen bestuursrecht 2001, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 123.
156. Zie het rapport van de Commissie Evaluatie Awb II, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 23.
157. Vgl. de plannen om te komen tot een herziening van de gerechtelijke indeling en de concentratie van de behandeling van bestuursrechtelijke zaken. Zie NJB Nieuws, Nieuwe indeling gerechtelijke kaart, NJB 2009/1, p. 68. Zie in dit verband i.h.b. het rapport van de Commissie Toedeling Zaakspakketten van de Raad voor de Rechtspraak. Specialisatie, concentratie en kwaliteit van rechtspraak, juni 2008, beschikbaar via rechtspraak.nl.
158. Vgl. ook het rapport van de Commissie Evaluatie Awb III, p. 34. Zie verder Wulffraat-van Dijk 1995, p. 130.

Deze laten, zoals gesteld, een grote mate van discretie zien. Deze discretie wordt door de bestuursrechter op een weinig kenbare wijze ingevuld.

2.3 De taakopvatting van de bestuursrechter: de twee modellen revisited...

In het Nederlandse bestuursproces tekent zich sinds de komst van de Algemene wet bestuursrecht een fundamentele discussie af over de taakopvatting van de bestuursrechter ten aanzien van *het feitenonderzoek*. De keuzes die tegen de achtergrond van deze discussie worden gemaakt hebben belangrijke gevolgen voor het proces van bewijsvoering. Dit proces ziet immers op die feiten.

2.3.1 Een oude erfenis?

De verschillen van inzicht voeren terug op de vraag of de bestuursrechter zich – onverminderd partijverantwoordelijkheden – *direct* en onmiddellijk met de (te bewijzen) feiten mag (of soms zelfs moet) inlaten of dat zijn bemoeienis met de feiten een *indirecte* behoort te zijn in die zin dat hij zich moet afvragen of de bestuurlijke feitenvaststelling voldoet aan zorgvuldigheidseisen. Strikt genomen is er sprake van een slepende bewijstechnische 'trias-discussie'.

Het verbaast eigenlijk niet dat juist het Nederlandse bestuursrechtelijke discours bevattelijk is, en blijft, voor deze problematiek. Vanaf de moeizame geboorte van de administratieve rechtspraak in Nederland was de verhouding tussen bestuur en rechter verkrampt. Toegespitst op het vraagstuk van de administratieve rechtspraak schoot het rechtsstaatideaal in Nederland moeilijk wortel. Angsten voor een ondeskundige 'besturende' rechter waren (en zijn) aanzienlijk. Het vertrouwen in de onkreukbaarheid van het bestuur was lange tijd groot. In de twintigste eeuw werden de onderbuikgevoelens – vooral door de komst van het leerstuk van marginale toetsing en de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – onderdrukt. Maar in de jaren negentig van de vorige eeuw verraadde de juridiseringsdiscussie[159] nog steeds bestuurlijk wantrouwen jegens de bestuursrechter.

Ook de meer recente discussies maken duidelijk dat er in ons land (zelfs zo'n honderd jaar na 'Loeff-Struycken'![160]) nog altijd sprake is van een *gouvernementalistische* stroming die botst met aanhangers van de *klassiek-rechtsstatelijke* leer over aard, doel en inrichting van de bestuursrechtspraak. De Bock[161] sprak met het oog op de toetsing van feiten nog niet zo lang geleden over verschil van inzicht over het fundament van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Enige tijd later sprak zij over

159. Zie over de aanzienlijke 'impact' van deze discussie L.J.A. Damen, Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?, in: Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 244-245.
160. Vgl. recentelijk de interessante beschouwing van F.C.M.A. Michiels, Het gelijk van Struycken, NTB 2008/10, p. 341 e.v.
161. R.H. de Bock, De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak, JBplus 2000, p. 77.

een politiek geladen discussie die schuil zou gaan achter het meer theoretische onderwerp van 'waarheidsvinding'.[162] Hiermee sloeg zij de spijker op zijn kop.

2.3.2 *Het 'primaat' ten aanzien van de feitenvaststelling*

In bepaalde kringen nestelde zich vanaf de komst van de Algemene wet bestuursrecht de opvatting dat de bestuursrechter, behoudens kwesties van openbare orde, óók ten aanzien van het vaststellen van de relevante feiten in beginsel 'het primaat' van het bevoegde bestuursorgaan moet respecteren. Het besluit, inclusief de feitelijke grondslag, wordt in dit verband opgevat als een 'besloten' gegeven dat slechts via de band van de zorgvuldigheid voor rechterlijke correctie vatbaar is.[163] Zo wordt gemakkelijk de weg geëffend voor het stellen van (geconditioneerde) *beperkingen* aan het bewijsvoeringproces zoals zich dit voltrekt voor en ten overstaan van de rechter. Te wijzen valt op de ophef over de zogenoemde bewijsfuik (zie nader de paragrafen 2.3.4 en 2.3.8).

Op deze plaats is het zinvol een klein voorschot te nemen op deel 3 van dit preadvies. Het Duitse bestuursprocesrecht acht namelijk een bestuurlijk primaat met betrekking tot de feitenvaststelling dat (tot op zekere hoogte) bestand is tegen rechterlijke controle niet verenigbaar met de grondslagen van het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Deze constatering is belangrijk omdat hieruit blijkt dat een zodanig bestuurlijk primaat, anders dan Daalder en Schreuder-Vlasblom suggereerden,[164] dus niet noodzakelijkerwijs volgt uit de taak van de rechter in het bestuursrecht. Die taak is in Duitsland, ondanks belangrijke accentverschillen, uiteindelijk niet wezenlijk anders dan in Nederland.

Wat vanuit juridisch oogpunt resteert is het systeemargument: de indirecte bemoeienis met de feiten zou vooral volgen uit de *structuur* van de Algemene wet bestuursrecht die de rechtmatigheidstoetsing van besluiten centraal stelt.[165] Aan het slot van paragraaf 2.3.6 wordt dit argument nog eens op de weegschaal gelegd.

2.3.3 *De klassieke opvatting*

De benadering die de bestuursrechter zonder meer (autonoom) bevoegd acht tot een directe bemoeienis met de te bewijzen feiten kan worden aangeduid als de klassieke opvatting. Deze benaming voert terug op Verheij.[166] Schueler[167] spreekt over de benadering van de volledige beoordeling. De verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor het vaststellen van feiten staat in deze benadering in het teken van de

---

162. De Bock 2001, p. 44.
163. Zie i.h.b. E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul. De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht, NTB 2000, p. 215.
164. Daalder/Schreuder-Vlasblom 2000, p. 220-221.
165. Hoe dit (aspect van het) systeemargument zich volgens de auteurs precies verhoudt tot de door de Algemene wet bestuursrecht uitgedragen *rechtsbeschermingsgedachte* is mij nooit duidelijk geworden. Goed verdedigbaar is immers dat deze gedachte juist een meer directe bemoeienis met de feiten rechtvaardigt (vgl. het in deel 3 nog te bespreken Duitse bestuursprocesrecht).
166. Zie zijn aangehaalde annotatie onder ABRvS 20 februari 2001.
167. In Damen/Bröring 2006, p. 229.

materiële waarheidsvinding. Aan de rechter komt op zijn minst de bevoegdheid toe om – binnen de grenzen van het geschil – te controleren of feiten waarop partijen zich beroepen zich daadwerkelijk voordeden op het moment waarop het besluit werd genomen. Komt de bestuursrechter tot de overtuiging dat feiten die tot de bewijsomvang behoren zich niet voordeden, of dat ze anders lagen, dan kan dit zonder meer gevolgen hebben voor de rechtmatigheid van het besluit.

In de klassieke opvatting hoeft de bestuursrechter zich niet te laten leiden door de vraag of het bestuur ten aanzien van de feitenvaststelling een zorgvuldigheidsverwijt treft. Komt hij op basis van eigen feitenonderzoek, dan wel op basis van bewijslevering door een partij, tot de overtuiging dat relevante feiten ten tijde van het nemen van het besluit anders lagen dan het aangevallen besluit suggereert dan zal hij de in rechte vastgestelde feiten tot uitgangspunt moeten nemen voor zijn bindend oordeel. Dit uitgangspunt geldt in beginsel óók als het feiten betreft die het bestuursorgaan niet kende en ook niet behoorde te kennen omdat deze tot het bewijsdomein van de wederpartij behoren. Een en ander brengt met zich dat een bestuursorgaan kan worden geconfronteerd met een rechterlijk oordeel dat zijn besluit onrechtmatig is vanwege het niet verdisconteren van feiten die in het bewijsdomein van een aanvrager liggen, maar waarvan pas in rechte is komen vast te staan dat deze zich voordeden.

2.3.4 *Het zorgvuldigheidsmodel*

Wat op deze plaats wordt aangeduid als 'zorgvuldigheidsmodel' betreft in essentie het model dat door Daalder en Schreuder-Vlasblom is geschetst in het bekende NTB-artikel 'Balanceren boven nul'.[168] Schueler heeft dit model aangeduid als het retrospectieve proces.[169] Maar deze benaming heeft misschien wat weinig onderscheidend vermogen. Het bestuursproces, zoals dit in de Algemene wet bestuursrecht vorm heeft gekregen, is immers naar zijn aard retrospectief welke benadering ten aanzien van de feitenvaststelling men ook volgt. Het ziet in beginsel[170] op een in het verleden genomen besluit. Dit brengt met zich dat bewijslevering in de regel betrekking heeft op feiten die zich voordeden ten tijde van het tot stand komen van dit besluit of in ieder geval tijdens een tijdvak in het verleden vóór het nemen van het besluit.

Het zorgvuldigheidsmodel onderscheidt zich dus van de klassieke benadering in de wijze waarop de bestuursrechter zich mag inlaten met de feitenvaststelling. In de klassieke benadering is in beginsel een zelfstandige bevoegdheid tot feitenonderzoek en feitenreconstructie aan de orde. Hierbij vormt de bestuurlijke feiten-

---

168. Vgl. reeds M. Schreuder-Vlasblom, Tussen dominus litis en knecht van twee meesters. Op zoek naar een evenwichtige afbakening van het onderzoek naar de feiten door de administratieve rechter, NTB 1991, i.h.b. p. 75, p. 78. Zie ook het aangehaalde preadvies van deze auteur voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (1998). Voor een uitvoerige analyse van deze benadering zie bijv. B.J. van de Griend, Trechters in het bestuursprocesrecht (diss. UU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 59 e.v.
169. In Damen/Bröring 2006, p. 229.
170. Het in aanmerking nemen van feiten ex nunc met het oog op het zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72 lid 4 Awb) laat ik hier buiten beschouwing.

vaststelling een belangrijk *vertrekpunt*. In het zorgvuldigheidsmodel is de bestuurlijke feitenvaststelling echter méér dan een vertrekpunt. Er is gesproken over een *gezaghebbende* feitenvaststelling.[171]

Volgens de aanhangers van deze benadering is het om verschillende redenen (bijv. om redenen van bestuurlijke besluitvormingsconsistentie en ter voorkoming van rechterlijke overbelasting) niet de taak van de rechter de bestuurlijke feitenvaststelling geheel of gedeeltelijk over te doen.[172] Hij is – voor zover het beroep daar aanleiding toe geeft – slechts gehouden de bestuurlijke 'vaststelling' op rechtmatigheidsgebreken te toetsen. Het gaat in rechte daarom niet zozeer om de juistheid van de feiten, maar om de vraag of de feiten op een rechtmatige (d.w.z. 'zorgvuldige'[173]) wijze *door het bestuur* in kaart zijn gebracht.

De praktische gevolgen van het zorgvuldigheidsmodel voor het proces van bewijsvoering lijken op het eerste gezicht mee te vallen. Het onmiddellijkheidsbeginsel komt verder onder druk te staan. In de in hoofdzaak papieren bestuursrechtelijke procedure is dit misschien nog het geringste bezwaar. Voor zover het betrokken bestuursorgaan de bewijslast draagt van feiten kan de bewijsvoering zich in rechte binnen de grenzen van een goede procesorde nader ontvouwen. Ook tegenbewijs kan binnen deze grenzen worden geleverd en het bestuur kan zijn standpunten ten aanzien van de feiten in beginsel met nader bewijs onderbouwen. Ten aanzien van feiten die (bij besluiten op aanvraag) tot het bewijsdomein van de betrokken burger behoren, verandert echter het perspectief. In het zorgvuldigheidsmodel dient bewijs ten aanzien van deze feiten namelijk al in de bestuurlijke fase te worden geleverd. Laat de belanghebbende dit *verwijtbaar* na, dan is het niet vanzelfsprekend dat in de rechterlijke fase *alsnog* bewijs mag worden geleverd. De gedachte is namelijk dat het bestuur dit bewijs niet in zijn besluit heeft kunnen verdisconteren. Bijgevolg kan het bestuur geen zorgvuldigheidsgebrek worden aangewreven.

De voorstanders van het zorgvuldigheidsmodel hebben de scherpe kantjes van deze benadering afgehaald door de *winterbewaarprei-doctrine* van de Afdeling bestuursrechtspraak[174] tot maatstaf te verheffen. Het gaat hier om één van de zorgvuldigheidselementen van het model. Kort gezegd komt een en ander erop neer dat bewijslevering ten aanzien van feiten waarvan een aanvrager de bewijslast draagt in rechte alleen kan worden beperkt als vaststaat dat het verantwoordelijke bestuursorgaan in de besluitvormingsfase op een duidelijke wijze om 'bewijs' heeft verzocht, vervolgens tot het aanleveren van gegevens ook voldoende mogelijkheden heeft geboden en de aanvrager onder deze omstandigheden verwijtbaar heeft verzuimd om de gevraagde informatie te leveren. Het bestuur moet de aanvrager dus op een zorgvuldige wijze in het vervullen van zijn medewerkingslast begeleiden.[175] Voor

---

171. Zie Daalder/Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.
172. Vgl. Barkhuysen/Damen 2007, p. 76. De benadering zou met zich brengen dat de rechter in beginsel geen zelfstandige taak meer heeft om de feiten vast te stellen.
173. Vgl. De Bock 2000, p. 70 die spreekt over een 'gelaagde zorgvuldigheidstoets', vandaar het begrip 'zorgvuldigheidsmodel'.
174. ABRvS 19 augustus 1999, AB 1999, 403 m.nt. MSV.
175. Artikel 4:5 lid 1 Awb biedt hiervoor al een procedureel kader nu het uitgaat van een verplichting van het bestuursorgaan om een aanvrager de gelegenheid te bieden een onvolledige aanvraag binnen een gestelde termijn aan te vullen.

zover er nog ruimte is voor ongelijkheidscompensatie moet deze in de *bestuurlijke fase* door het bestuur worden gerealiseerd.[176] Deze opvatting doet echter weinig recht aan de rechterlijke verantwoordelijkheid tot het realiseren van ongelijkheidscompensatie. Deze verantwoordelijkheid lijkt mij nog steeds van belang temeer omdat het bestuur in praktijk meer moeite zal hebben om de burger te ondersteunen in diens procedurele belangen dan een onafhankelijke en onpartijdige rechter (zie verder paragraaf 2.4.2).

Het zorgvuldigheidsmodel heeft, zoals bekend, vooral sporen getrokken in de Afdelingsjurisprudentie. Te wijzen valt op de discussie over de bewijsfuik[177] die de gemoederen rond de eeuwwisseling hevig verhitte. Opmerkelijk was overigens dat de Afdeling bestuursrechtspraak dit fuikmodel óók aanwendde om beperkingen te stellen aan het leveren van tegenbewijs, zelfs in gevallen waarin duidelijk was dat de wederpartij geen verwijt trof wat betreft het niet overleggen van dit bewijs in de besluitvormingsfase.[178] De kritiek was niet van de lucht. Inmiddels is de rust wat teruggekeerd. Hierbij speelt een rol dat de wetgever zich in het kader van de wijziging van artikel 6:13 Awb enige tijd geleden goeddeels afkeerde van de institutionele bewijstrechter (of bewijsfuik).[179] Ik kom hier op terug. De bestuursrechtspraak lijkt de bewijstrechter echter niet geheel in de ban te hebben gedaan. Sporen van deze benadering worden, ook buiten het vreemdelingenrecht,[180] nog altijd in de bestuursrechtspraak aangetroffen.[181] Onder het maaiveld broeit het.

2.3.5 *Feitenonderzoek en feitenwaardering: zelfstandige rechterlijke bevoegdheden!*

Hoe moeten de twee 'basismodellen' worden beoordeeld? Bij het klassieke model past een bestuursprocesrecht dat het voeren van een onmiddellijke bewijsdiscussie *voor en ten overstaan* van de bestuursrechter krachtig ondersteunt. Te wijzen valt op de belastingrechtspraak.[182] Voor het model is veel te zeggen. De Waard plaatste in dit kader, tussen de regels door, een cruciale opmerking. Met het instellen van beroep

---

176. Zie Schreuder-Vlasblom 1998, p. 5. Zie over de begeleidingsplicht verder Barkhuysen/Damen 2007, p. 21 waar een overzicht wordt gegeven van de bestuursrechtspraak. Deze is niet constant. De Centrale Raad van Beroep die kennelijk meer opheeft met een zelfstandige rechterlijke bevoegdheid tot feitenvaststelling lijkt de begeleidingsplicht minder te benadrukken.
177. Vgl. de 'klassieker' van Damen. L.J.A. Damen, De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?, AAe 2000/1, p. 61 e.v. Zie, naast de overbekende silicose-rechtspraak, bijv. ABRvS 13 februari 2002, AB 2002, 123 m.nt. NV (te laat getuigenbewijs) en ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29 m.nt. NV (te late inbreng bankafschriften).
178. Hierover bijv. Van de Griend 2007, p. 127
179. In het kader van de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure. In werking getreden op 1 juli 2005, Stb. 2005, 320.
180. In het vreemdelingenrecht wist zich een enigszins autonome vorm van de omstreden bewijsfuik te ontwikkelen die in het asielrecht o.m is afgeleid uit de bewijslast die ten aanzien van de verblijfsvergunning bepaalde tijd op de aanvragende vreemdeling rust (artikel 31 lid 1 Ww 2000). Vgl. bijv. ABRvS 28 december 2005, AB 2006, 86 m.nt. I. Sewandono. Vgl. in dit verband ook Kamerstukken II 2007/08, 30 830, nrs. 8, 9, 10. Het initiatiefwetsvoorstel Verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken beoogt onder meer de bewijsfuik wettelijk aan banden te leggen.
181. Zie bijv. mijn noot onder ABRvS 5 maart 2008, JB 2008/96. Zie verder bijv. S.M.I. van Loon, Artikel 6:13 Awb en de onderdelenfuik. Verslag van de VAR-studiemiddag 'De onderdelenfuik' gehouden op 27 maart 2008, NTB 2008/10, i.h.b. p. 338.
182. Hierover Barkhuysen/Damen 2007, p. 86 e.v.

wordt een zaak volgens hem pas een echte rechtszaak en de rechterlijke fase is de fase waarin – zo nodig – ook *echt bewezen* moet worden.[183]
Deze gedachte spreekt mij aan, óók buiten de sfeer van tweepartijgeschillen, maar zij is in het actuele Nederlandse bestuursprocesrecht ondergesneeuwd. De besluitvormingsfase en de rechterlijke fase zijn hier bewijstechnisch inmiddels vergaand vervlochten. Dit leidt tot het standpunt dat het proces van bewijsvoering al in de bestuurlijke fase scherp moet worden aangezet. Deze fase staat, zo is de gedachte, daarom in het teken van bewijsverantwoordelijkheden en het nemen van bewijsbeslissingen. In de hedendaagse literatuur – te wijzen valt op de werken van Schreuder-Vlasblom en in minder mate Schuurmans[184] – is deze opvatting duidelijk aanwezig.[185] Door een sterke focus op 'bewijslevering' in de bestuurlijke fase wordt naar mijn smaak echter weinig recht gedaan aan het feit dat het leveren van bewijs naar zijn aard vooral is gerelateerd aan de strijd in rechte die tot een bindend rechterlijk oordeel moet leiden.[186] Uiteindelijk is hier ook het gezag van de rechterlijke uitspraak in het geding.

Helderheid begint mijns inziens met de erkenning dat 'echte' bewijslevering beter aansluit bij de rechterlijke fase dan bij de besluitvormingsfase. De rechterlijke fase mag in ieder geval niet onder een 'bewijsrechtelijk dictaat' van de bestuurlijke fase worden gesteld.[187] In het verlengde hiervan dient te worden benadrukt dat de bestuursrechter beschikt over zelfstandige *bevoegdheden* tot feitenonderzoek én feitenwaardering. Deze bevoegdheden zijn géén afgeleide van, en worden evenmin beperkt door, de bestuurlijke feitengaringsplicht (artikel 3:2 Awb). Met Schuurmans[188] kan worden opgemerkt dat de bestuursrechter inderdaad niet *de taak* heeft om de feitenvaststelling door het bestuur over te doen, maar hier voeg ik direct aan toe dat hij dit op onderdelen zonder twijfel wél *mag* en soms ook *moet* doen. De beantwoording van de vraag of het bestuur aan zijn feitengaringsplicht heeft voldaan vormt in mijn optiek niet meer dan een – zij het belangrijk – vertrekpunt voor de (re)constructie van het, voor de beslechting van het geschil relevante, feitencomplex waarop het uiteindelijke rechterlijk oordeel wordt gebaseerd.

De erkenning van een volwaardige bevoegdheid van de bestuursrechter met betrekking tot de feitenvaststelling, brengt nog geen antwoord op de vraag wanneer deze dan moet worden uitgeoefend en hoe intensief. In dit verband staat voor mij in ieder geval vast dat een rechterlijke bevoegdheid tot onmiddellijke bemoeienis met de feiten en partijverantwoordelijkheden ten aanzien van de feitengaring elkaar niet

---

183. De Waard 2006, p. 119.
184. Die toch meer ruimte lijkt te laten voor een actieve bemoeienis van de bestuursrechter met de feiten en het zorgvuldigheidsmodel waar het aankomt op de feitenvaststelling meer genuanceerd benadert.
185. Vgl. bijv. het rapport van de Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 29 onder verwijzing naar de visie van de evaluatieonderzoekers.
186. Vgl. bijv. de kritiek van Tak op Schuurmans wanneer hij spreekt over het straffeloos nemen van een stramien voor bestuurlijke besluitvorming als model voor rechterlijke besluitvorming. Tak 2008, p. 891.
187. In deze zin begrijp ik ook De Bock 2001, p. 43.
188. Y. Schuurmans, De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 138.

uitsluiten. Het gaat hier juist om een evenwichtig samenspel, waarbij ik aanvaard dat partijen eerst aan zet zijn. De intensiteit van het rechterlijke feitenonderzoek kan bovendien afhankelijk van de aard van de materie (bijv. de ingrijpendheid van een besluit) en de praktisch-financiële mogelijkheden van de bestuursrechter op een gedifferentieerde wijze invulling krijgen. Een principiële reductie van de rechterlijke bemoeienis met de feiten tot een zorgvuldigheidscontrole is echter te mager. In deel 4 zal ik op hoofdlijnen aangeven wanneer de bestuursrechter naar mijn mening toepassing moet geven aan artikel 8:69 lid 3 Awb.

2.3.6 Bezwaren tegen het zorgvuldigheidsmodel

Op deze plaats is het zinvol de bezwaren tegen het zorgvuldigheidsmodel in herinnering te roepen. Allereerst zwakt het model het uitgangspunt van materiële waarheidsvinding af. In een procesmodel waarbinnen nieuw gevormd objectief recht ter discussie staat kan dit snel leiden tot uitholling van het rechterlijke gezag en de aanvaardbaarheid van besluiten. Burgers mogen verwachten dat, wanneer zij een geschil met het bestuur aan de bestuursrechter voorleggen deze hen – als de feiten omstreden zijn – niet afscheept met het oordeel dat het bestuur de feiten zorgvuldig in kaart heeft gebracht. Rechterlijke feitencontrole draagt bij aan de legitimatie van de besluitvorming. Hierbij wijs ik erop dat ondanks zijn dienende functie het bestuur door alle dynamiek van de praktijk vaak minder onkreukbaar is dan de rechter.[189]

Een belangrijk bezwaar tegen het zorgvuldigheidsmodel is verder dat dit model de grip van het bestuur op de feitelijke grondslag van het geschil éénzijdig versterkt. Hierdoor wordt een onmiddellijke bestrijding van de door het bestuur vastgestelde feiten door de wederpartij in rechte bemoeilijkt. Dit effect wordt sterker zodra het bestuursorgaan ten aanzien van de feitenvaststelling (formeel) beleid hanteert en de bestuursrechter dit beleid benadert als ware het 'regulier' beleid. Hier wreekt zich het feit dat de Algemene wet bestuursrecht (beleidsmatige) regels betreffende feitenvaststelling en wetsinterpretatie over één kam scheert met 'echte' beleidsregels die zien op de invulling van discretie (vgl. artikel 1:3 lid 4 Awb). Schuurmans heeft in verschillende geschriften betoogd dat (bestuurlijk) bewijsbeleid de doelmatigheid van de bestuurlijke taakuitoefening en een efficiënte uitvoering van de wet kan bevorderen,[190] vooral in beschikkingenfabrieken. Ook de besluitvormingsconsistentie en gelijkheid kan ermee gediend worden. En hiermee kan ik het niet oneens zijn. Maar dit is een besluitvormingsvraagstuk. In rechte is het perspectief toch anders. De bestuursrechter miskent zijn verantwoordelijkheid met betrekking tot de feitenvaststelling zodra hij (tegen)bewijs ten aanzien van omstreden feiten niet zou toelaten omdat (een) bewijs(middel)[191] of een bewijsprocedure niet is voorzien bij

189. Vgl. in dit kader De Bock 2001, p. 45.
190. Zie o.m. Y.E. Schuurmans, De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht, in: Y.E. Schuurmans (red.), Bewijzen en beslissen, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2006, p. 39. Zie verder over deze problematiek Heldeweg 1993, p. 374 e.v. Hij wijst onder meer ook op de gevaren van 'formalisering van het bewijs' met het oog op de rechterlijke verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling.
191. De rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kan mijns inziens wel met zich brengen dat *de wetgever* bewijslevering beperkt tot aangewezen bewijsmiddelen.

bestuurlijk beleid of als hij volstaat met een marginale toets van dit beleid. Ik deel de opvatting van Bröring die ten aanzien van de feitenvaststellende beleidsregel het standpunt innam dat, gelet op tegenbewijs, steeds van een zodanige regel kan worden afgeweken. Het bepaalde in artikel 4:84 Awb vindt dan geen toepassing.[192] Ik voeg hier voor de duidelijkheid aan toe dat deze afwijking niet is voorbehouden aan het bestuur.

Andere argumenten tegen het zorgvuldigheidsmodel kunnen, zoals bekend, worden ontleend aan artikel 6 EVRM, het karakter van de bestuurlijke voorprocedure en de wenselijke finaliteit van de bestuursrechtelijke procedure. Wat dit laatste betreft is duidelijk dat een onmiddellijk feitenonderzoek door de bestuursrechter een bijdrage kan leveren aan definitieve geschilbeslechting. Een benadering waarin de bestuursrechter zich echter 'omkijkend' concentreert op de vraag wie ten aanzien van de feitenvaststelling 'bewijstechnische' steken heeft laten vallen tijdens de bestuurlijke besluitvormingsfase kan de oplossingsgerichtheid van het proces juist schaden.[193] Bovendien leidt een sterke focus op de bewijstechnische implicaties van de bestuurlijke besluitvormingsfase tot een (nog verdere) formalisering van, en polarisering binnen, verhoudingen die volgens mij naar hun aard toch echt informeel zouden moeten zijn.[194] In het verlengde hiervan kan ook niet onvermeld blijven dat de alom gesignaleerde subjectivering van het bestuursprocesrecht ('het primaat van de rechtsbescherming') niet pleit voor een terughoudende rechterlijke zorgvuldigheidscontrole van de feiten, zeker niet indien deze feiten – binnen de grenzen van het geschil – ter discussie worden gesteld.[195] Wel kan deze ontwikkeling met zich brengen dat de partijverantwoordelijkheden ten aan zien van de feitenvaststelling meer centraal komen te staan.

De vraag in hoeverre artikel 6 EVRM (in combinatie met artikel 13 EVRM) zich mogelijkerwijs verzet tegen het zorgvuldigheidsmodel (en strikt genomen indirecte bewijscontrole) is moeilijk te beantwoorden. Wil een stelsel van rechtsbescherming aan de eisen van de genoemde verdragsbepaling voldoen dan zal er in ieder geval sprake moeten zijn van (een effectieve toegang tot) een rechterlijke instantie met *full jurisdiction*.[196] Het moet dan gaan om een rechter die over zodanige bevoegdheden beschikt dat hij de voor de beslechting van het geschil relevante vragen ten aanzien van feiten én recht moet kunnen beantwoorden. Welke bevoegdheid de rechter ten aanzien van de feitenvaststelling precies moet kunnen uitoefenen is niet geheel duidelijk. Het Hof lijkt de eisen ten aanzien van de rechterlijke bemoeienis met de feiten vooral aan te scherpen naarmate het recht in kwestie fundamenteler van aard

---

192. Zie bijv. H.E. Bröring, Beleidsregels, Mon. Awb A5, Deventer: Kluwer 1998, p. 104. Vgl. ook Barkhuysen/Damen 2007, p. 338 en de aanbeveling om bewijsbeleid van het bestuursorgaan vol te toetsen.
193. Vgl. De Waard 2006, p. 122.
194. Vgl. reeds Damen 2000, p. 68.
195. In die zin De Waard 2006, p. 124.
196. Hierover – met veel rechtspraakverwijzingen – A. J. Kuipers, Het recht op *full jurisdiction*, in: R.L. Vucsán (red.), De Awb-mens: boeman of underdog? (Damen-bundel), Nijmegen: Ars Aequi 1996, p. 97 e.v.; A.M.L. Jansen, Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2004, p. 15 e.v.; Van Dijk/Van Hoof e.a. (red.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 561 e.v.

is.[197] Een verschijnsel dat bijvoorbeeld ook kenmerkend is voor het Duitse bestuurs(proces)recht.

Kuipers is een van de weinige auteurs die zich eenduidig heeft uitgesproken over de feitenvaststelling. Volgens hem volgt namelijk uit de relevante Straatsburgse rechtspraak dat de nationale rechter de feiten 'volledig op juistheid moet (kunnen) toetsen'.[198] Anderen zijn beduidend voorzichtiger en houden het erop dat de rechter de relevante feiten moet kunnen toetsen. Ten aanzien van de vaststelling van feiten in specialistische domeinen mag hij de bestuurlijke vaststelling in ieder geval afstandelijker toetsen indien is voorzien in een specifieke met (quasi-rechterlijke) waarborgen omgeven voorprocedure.[199] De Awb-evaluatieonderzoekers concludeerden op hun beurt dat de rechter bevoegd moet zijn de feiten vast te stellen of ten minste fouten moet kunnen herstellen.[200] Verder is van belang dat het rechtsbeschermingsconcept dat besloten ligt in artikel 6 EVRM uitgaat van de bescherming van subjectieve rechten. Een directe rechterlijke feitenwaardering ligt dan het meest voor de hand. Hieraan kan mijns inziens niet afdoen dat naar Nederlands recht de inzet van de bestuurlijke procedure de rechtmatigheid van een reeds genomen besluit is.[201]

Ten slotte kan aan de structuur van de Algemene wet bestuursrecht een belangrijk argument *tegen* het zorgvuldigheidsmodel worden ontleend. Dit is opmerkelijk. Daalder en Schreuder-Vlasblom baseerden dit model juist op de structuur van deze wet. Volgens de genoemde auteurs verloopt de bemoeienis van de bestuursrechter met de feiten via de band van artikel 3:2 Awb. Hun betoog besteedde echter geen aandacht aan de inbedding van artikel 8:69 lid 3 Awb. Deze bepaling is in het bekende NTB-artikel de afwezige,[202] terwijl dit toch de rechterlijke tegenhanger is van artikel 3:2 Awb. Zoals opgemerkt volgt uit de bevoegdheid van de bestuursrechter tot feitenaanvulling zonder twijfel dat deze zich met het oog op de relevante feiten niet tot een zorgvuldigheidscontrole hoeft te beperken. In zoverre is het systeemargument mijns inziens niet valide omdat artikel 8:69 lid 3 Awb deel uitmaakt van het geldend bestuursprocesrecht.

2.3.7 *Specialistische bewijsdomeinen en onzekerheidsmarges*

Dat de rechter zich direct mag inlaten met de vaststelling van feiten wordt traditioneel ook aanvaard binnen het leerstuk van beoordelingsvrijheid. Dit leerstuk gaat er immers van uit dat in geval van beoordelingsvrijheid aan het bestuur een zekere vrijheid ten opzichte van de rechter toekomt bij de beantwoording van de vraag of de door het bestuur vastgestelde feiten de toepassingscondities van een bestuursbevoegdheid vervullen (de feitenkwalificatie). Deze bestuurlijke vrijheid ziet echter *niet*

197. Barkhuysen/Damen 2007, p. 158.
198. Kuipers 1996, p. 110.
199. Van Dijk/Van Hoof 2006, p. 561.
200. Barkhuysen/Damen 2007, p. 157.
201. Anders kennelijk Daalder/Schreuder-Vlasblom 2000, p. 220.
202. Schreuder-Vlasblom heeft elders het ambtshalve feitenonderzoek en de hieraan gerelateerde deskundigenadvisering in een *historisch-institutionele* context geplaatst en laten blijken dat ambtshalve advisering volgens haar maar matig aansluit bij het huidige bestuursprocesrecht waarin de bewijsvoering primair aan partijen is. Zie bijv. Schreuder-Vlasblom 1998, p. 18 e.v.

op de *vaststelling* van de feiten. De juistheid van feiten mag en moet de rechter in beginsel *vol* toetsen.[203] Hij is hierbij niet gebonden aan de bestuurlijke vaststelling. Deze benadering,[204] die ik in essentie onderschrijf, moet vanuit een bewijstechnisch perspectief wel wat worden genuanceerd. Zo lopen feitenvaststelling en feitenkwalificatie in de rechtspraktijk – zeker bij de vaststelling van complexe feiten die door het bestuur moeten worden beoordeeld – soms gemakkelijk in elkaar over. Het ontrafelen van de bestuurlijke feitenkwalificatie en de rechterlijke feitenwaardering (die ziet op de vaststelling *sec*) wordt dan lastig. Deze problematiek speelt regelmatig in specialistische bewijsdomeinen. Het probleem met betrekking tot de bewijsbaarheid van bepaalde feiten is bovendien dat deze alleen door deskundigen (die onderling soms van mening verschillen over de aangewezen wijze van feitenvaststelling[205]) kunnen worden waargenomen. Dit kan zo zijn omdat alleen zij in staat zijn de relevante feiten te onderscheiden van andere feiten, dan wel omdat experts – en dit zijn niet zelden bestuursorganen (of hun adviseurs) – beschikken over adequate middelen om de relevante feiten waar te nemen, in kaart te brengen of om keuzen te maken inzake de manier waarop de feitenvaststelling het best kan plaatsvinden. Dit doet zich in diverse bestuursrechtelijke geschillen voor. Het gaat bijvoorbeeld om feitenexpertise ten aanzien van (milieu)technische feiten, feiten met betrekking tot de (politieke) veiligheid in een land, gedragskundige of pedagogische feiten[206] of economisch-markttechnische feiten.

Dat de bestuursrechter regelmatig de noodzakelijke expertise en middelen mist om de relevante feiten vast te stellen – en in beginsel noodgedwongen moet varen op het beter daartoe uitgeruste bestuur – geeft hem naar mijn mening echter nog géén vrijbrief om een toevlucht te zoeken tot een marginale toetsing van die feiten. Een methode die, zoals bekend, onder meer voet aan de grond kreeg in het asielrecht en daar op felle kritiek stuitte.[207] Terecht worden in die sfeer dan ook pogingen ondernomen om de koers te verleggen. Te wijzen valt op het initiatiefwetsvoorstel Verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken[208] dat – kort gezegd – onder meer de *bewijspositie* van de asielzoeker in rechte op verschillende punten beoogt te verster-

---

203. Zie bijv. A.P. Klap, Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?, NTB 2007/6, p. 185.
204. Zie over de heersende leer inzake beoordelingsvrijheid bijv. R.J.N. Schlössels, Kroniek beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 2006, p. 354.
205. Klap 2007, p. 186.
206. Vgl. bijv. mijn noot onder ABRvS 10 september 2008, JB 2008/251.
207. Hierover bijv. K. Groenendijk, Een venijnig proces, afscheidsrede RUN, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 14 e.v.; S. Essakkili & T.P. Spijkerboer, De marginale toetsing in asielzaken, NJB 2006, p. 1882 e.v. en E.C.H.J. van der Linden, De mantra der zorgvuldigheid: tussen de marges van de marginale toetsing van het bestuurlijk geloofwaardigheidsoordeel, in: A.W. Heringa, A.M.L. Jansen e.a. (red.), Het bestuursrecht beschermd (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 125 e.v. Zie verder Barkhuysen/Damen 2007, p. 88 e.v. Sommigen zien in dit verband het bekende *Salah Sheekh*-arrest – dat primair op een andere, deels bewijsrechtelijke materie zag – in ieder geval als een teken aan de wand (EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen; JB 2007/52 m.nt. D.W.M.Wenders). Toen ik de noot van Geertsema las onder ABRvS 23 mei 2008, AB 2009, 11 werd ik bevangen door het gevoel dat de problematiek inzake de terughoudende toetsing van het asielrelaas, mede gelet op de gebruikte terminologie en de ingebouwde verfijningen, inmiddels voor een gewone bestuursrechtjurist zoals de schrijver van dit preadvies volstrekt ondoorgrondelijk is geworden.
208. Zie i.h.b. Kamerstukken II 2007/08, 30 830, nrs. 8, 9 en 10 (gewijzigd voorstel).

ken. Op deze plaats is vooral van belang dat de indieners het eindoordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas bij de rechter leggen en krachtig afstand nemen van de idee van marginale toetsing van feiten:

> 'Feiten zijn waar of niet. Er kan natuurlijk wel onzekerheid over bestaan, maar dan gaat het om een inschatting van de waarschijnlijkheid door een waardering van de beschikbare bewijsmiddelen. Dat is bij uitstek en van oudsher een taak van de rechter.'[209]

Voor de bestuursrechter behoort mijns inziens steeds leidend te zijn de beantwoording van de vraag of hij *zelf* tot de overtuiging komt dat de te bewijzen feiten op basis van bewijslevering door partijen, eigen ervaringsexpertise dan wel op basis van aanvullend ambtshalve (deskundigen)onderzoek voldoende overtuigend in rechte zijn komen vast te staan. Gelet op gebrek aan deskundigheid en middelen mag[210] hij hier beperkte, maar soms ook ruimere onzekerheidsmarges, accepteren. Hier lijkt daarom weer sprake van een subtiel verschil in benadering, maar het betreft toch een principiële kwestie. Het gaat erom dat de rechter steeds verantwoording aflegt ten aanzien van de (on)zekerheidsmarge met betrekking tot de feiten waarmee *hij* als rechter genoegen neemt.

Een en ander kan ingewikkeld liggen indien de feitenvaststelling onlosmakelijk is verbonden met (een subjectieve) feitenkwalificatie of in gevallen waarin er geen sprake is van de vaststelling van bestaande feiten maar inschattingen van toekomstige omstandigheden. Dit laatste kan echter ook tot gevolg hebben dat de bewijstechnische feitelijke gegevens waarop een bestuurlijke inschatting is gebaseerd juist indringend op materiële juistheid worden getoetst. De nationale en communautaire rechtspraak inzake de toetsing van zogenoemde concentratiebesluiten in de mededingingsrechtelijke sfeer is hier illustratief.[211]

In de sfeer van specialistische bewijsdomeinen – waar het objectief vaststellen van feiten vaak lastig is – naderen de klassieke benadering en het zorgvuldigheidsmodel elkaar. Door het intensiveren en verfijnen van de zorgvuldigheidseisen die aan het bestuur worden gesteld en het aanscherpen van de bewijsstandaard die van het bestuur wordt verlangd, kan de rechter ook via een meer indirecte toets grip op een feitencomplex ontwikkelen. Schuurmans[212] heeft in dit verband op basis van een interessante analyse van communautaire rechtspraak aangetoond dat een in beginsel meer afstandelijke controle van feiten in combinatie met een verhoogde zorgvuldigheids- en motiveringscontrole een goede rechterlijke bewijswaardering kan waarborgen. Zij omschrijft de toets aan het zorgvuldigheidsbeginsel als het *noodzakelijke voorportaal*[213] om de rechterlijke toets ten aanzien van de feitenvaststelling waar

---

209. Kamerstukken II 2007/08, 30 830, nr. 9, p. 6 (onder verwijzing naar Schuurmans).
210. Soms zal hij deze marges wel noodgedwongen moeten aanvaarden omdat het (wettelijke) systeem van feitenvaststelling hem daartoe min of meer dwingt. Vgl. de serieuze moeilijkheden die de rechter ondervindt bij de beoordeling van de feitelijke grondslag van Bibob-besluiten die veelal steunen op moeilijk controleerbare adviezen.
211. Vgl. voor rechtspraak Ottow/Doing-Bierens 2008, p. 177 e.v., i.h.b. HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03P (*Commissie t. Tetra Leval BV*) en GvEA 14 december 2005, T-210/01 (*General Electric Company t. Commissie*).
212. Schuurmans 2007, p. 115 e.v.
213. Schuurmans 2007, p. 136.

te kunnen maken. Zo beschouwd sluit ik niet uit dat *in de praktijk* een brug tussen de 'twee modellen' kan worden geslagen. Dit verklaart waarom Verburg in zijn preadvies bijvoorbeeld de verschillen van inzicht tussen de aanhangers van de zorgvuldigheidstoets en – wat hij noemt – de 'zelfvaststellers' relativeert. De fundamenten van beide benaderingen ten aanzien van de (bewijstechnische) vaststelling van feiten zijn echter niet tot elkaar herleidbaar.

2.3.8 *De bewijsfuik: exit?*

Een zeer omstreden onderdeel van het zorgvuldigheidsmodel – en volgens sommigen een uitermate bedenkelijke praktijk[214] – is (of was?) de bewijsfuik. Hier is de vraag aan de orde of de bestuursrechter bewijs ten aanzien van feiten die tot het bewijsdomein van de aanvrager behoren in rechte moet weigeren indien vaststaat dat dit bewijs op een verwijtbare wijze niet tijdens de bestuurlijke fase is ingebracht (zie hiervoor). De bewijsfuik is een *institutionele* bewijsbeperking die moet worden onderscheiden van beperkingen ten aanzien van het inbrengen van bewijs die voortvloeien uit de goede procesorde (zie paragraaf 2.6.1). Deze laatste beperkingen vloeien voort uit de noodzaak om de rechtsgang ordelijk en onder verzekering van hoor en wederhoor te doen verlopen en niet uit het argument van machtenscheiding.

De bewijsfuik beperkt het bewijsvoeringsproces ten overstaan van de bestuursrechter principieel en staat reeds hierom op gespannen voet met artikel 6 EVRM. Tak acht de fuik zelfs 'lijnrecht in strijd' met deze verdragsbepaling.[215] Ook al volgen uit het EVRM geen scherpe (materieelrechtelijke) bewijsregels,[216] het beginsel van *fair hearing* vereist in elk geval dat een partij de mogelijkheid moet hebben om noodzakelijk bewijs voor zijn standpunt in rechte in te brengen.[217] Voor het EHRM staat het recht op bewijsaanbod in het teken van een geschil dat ziet op de vaststelling van een concreet civil right,[218] naar zijn aard een subjectieve rechtsaanspraak. Uiteindelijk is hier de rechtsvaststelling aan de rechter en niet aan het bestuur.[219] Deze rechter moet, lijkt mij, dan ook zeer zwaarwegende argumenten aanvoeren indien hij met een beroep op de taakverdeling tussen bestuur en rechter géén kennis wil nemen van

---

214. Tak 2008, p. 876.
215. Tak 2008, p. 877.
216. Ik vermoed dat de Straatsburgse rechtspraak wel wat meer materieel bewijsrecht bevat dan meestal wordt aangenomen. Nader onderzoek op dit punt zou zinvol zijn. Zo meet het Hof bijv. (in bepaalde zaken) de toelaatbaarheid van (wettelijke) bewijsvermoedens af aan de basisprincipes van een behoorlijke procedure (vgl. bijv. EHRM 23 september 2008, nrs. 19955/05 en 15085/06, NJB 2008, 2017 (Grayson en Barnham t. VK). Ook in de bekende, hiervoor aangehaalde zaak Salah Sheekh t. Nederland is in het licht van artikel 3 EVRM materieel bewijsrecht aan de orde. Klager hoefde volgens het Hof immers geen '*special distinguishing features*' aan te tonen.
217. Vgl. bijv. EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278 (*Mantovanelli*), r.o. 33-34. Het EVRM-recht heeft overigens meer in het algemeen bewijsrechtelijke relevantie via *the right to adversarial proceedings*. Hieruit volgt onder meer dat partijen in beginsel de mogelijkheid moeten hebben om kennis te nemen van en te reageren op alle aangevoerde bewijsstukken of documentatie. Zie met vele verwijzingen naar rechtspraak Van Dijk/Van Hoof 2006, p. 584 e.v.
218. De problematiek van de punitieve besluiten blijft hier buiten beschouwing.
219. Vgl. Simon 1999, p. 33 en H.J. Simon, De taakopvatting van de rechter in de bewijsvoering in het bestuursrecht. De bestuursrechtelijke fuik, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), De taakopvatting van de rechter, De Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 179.

rechtmatig bewijs dat relevant – of zelfs doorslaggevend – kan zijn voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een schending van een zodanig recht.

Ik zie geen reden – in beginsel ook niet om redenen van beleidsconsistentie of gelijkheid – om een bewijsfuik tussen de bestuurlijke voorprocedure en de beroepsfase te accepteren in geval van *tegenbewijs*. Een rechtszoekende mag, behoudens op grond van de goede procesorde, niet worden beperkt in zijn mogelijkheden om in rechte relevante feiten te bestrijden die tot de bewijslast van het bestuursorgaan behoren. Voor een institutionele bewijsbeperking ten aanzien van feiten die tot het specifieke bewijsdomein van de aanvrager van een besluit behoren zie ik alleen in zeer uitzonderlijke gevallen ruimte.[220] Ik plaats dit in het teken van het leerstuk van misbruik van recht. Het moet dan gaan om een situatie waarin het aan een aanvrager volstrekt duidelijk is welke noodzakelijke gegevens aan het bestuur moeten worden geleverd en wat de gevolgen zijn van een verwijtbaar verzuim op dit punt. Tevens moet boven iedere twijfel zijn verheven dat het gevraagde 'bewijs' correspondeert met de medewerkingslast van de aanvrager en dat de gevraagde informatie tijdens de bestuurlijke fase redelijkerwijs beschikbaar is.

Het lijkt mij in dit soort situaties (waarin dus *niet* vaststaat dat de feiten waaromtrent informatie wordt verzocht zich niet voordoen[221]) uiteindelijk nog het meest zuiver om de aanvraag in geval van een ernstig verzuim buiten behandeling te stellen (vgl. artikel 4:5 lid 1 Awb). Aangenomen mag immers worden dat in een zodanig geval de noodzakelijke informatie ontbreekt om de aanvraag te kunnen beoordelen; pakt het bestuursorgaan inhoudelijk toch door en volgt een afwijzing dan zal mijns inziens de feitenbeoordeling door het bestuur grondig moeten worden geëxpliciteerd, bijvoorbeeld door het uitgaan van een in beginsel verdedigbare aanname, een vermoeden of een schatting die ongunstig uitpakt voor de belanghebbende. De bewijsdiscussie in rechte kan zich hierop dan zonodig concentreren. Volgt er, ondanks een medewerkingsverzuim, een positief besluit dan neemt het bestuursorgaan het bewijsrisico mijns inziens in zoverre over.[222]

De wetgever heeft, gelet op het voorafgaande, in het kader van de totstandkoming van de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure[223] in het algemene bestuursprocesrecht terecht afstand genomen van de bewijsfuik. Voortbouwend op de visie van de commissie-Boukema[224] werd de 'onderdelentrechter' omarmd die met zich brengt dat bewijs dat voor het eerst in beroep wordt aangevoerd alleen door de bestuursrechter buiten beschouwing mag worden gelaten als dit bewijs ziet op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet aan de orde werd gesteld. Binnen de grenzen van de tijdens de bestuurlijke fase ter discussie gestelde besluitonderdelen zouden er in beroep ruime mogelijkheden bestaan voor het aanvoeren van nieuwe argumenten en nieuw bewijs. Deze

---

220. In de literatuur is erop gewezen dat het op een ernstig verwijtbare wijze te laat inbrengen van bewijs in dit verband ook anders kan worden gesanctioneerd dan door dit bewijs buiten beschouwing te laten, bijv. in de sfeer van de proceskosten. Vgl. Simon 2003, p. 179.
221. Staat dit wel vast dan kan een inhoudelijke afwijzing natuurlijk aan de orde zijn. Zie verder het preadvies van Verburg die meer uitvoerig ingaat op artikel 4:5 Awb.
222. Vgl. ABRvS 30 maart 2005, JB 2005/145.
223. Stb. 2005, 320.
224. Rapport van de Commissie Evaluatie Awb II, p. 21.

benadering is helder. Het valt dan ook te betreuren dat de parlementaire geschiedenis troebel is, dit terwijl er een cruciaal onderdeel van het bestuursprocesrecht in het geding is.

Zoals bekend is in dit verband essentiële informatie neergelegd in de brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer.[225] Met deze brief werd een poging ondernomen de grote onduidelijkheden rondom de diverse 'trechters' en 'fuiken', waaronder de bewijsfuik, weg te nemen. Het probleem met de inhoud van deze brief is dat hieruit enerzijds glashelder blijkt dat de bewijsfuik, zoals toegepast in oudere rechtspraak, wordt verworpen maar dat anderzijds tussen de regels door weer 'mitsen en maren' zijn geformuleerd. Zo is erop gewezen dat de aard van een besluit verschil kan maken en is op zijn minst de suggestie gewekt dat in driepartijrelaties het beperken van nieuwe (bewijstechnische) gegevens *toch* aan de orde kan zijn. Deze problematiek is vervolgens 'noodzakelijkerwijs' aan de rechtspraak[226] overgelaten. Gelet op de pittige discussie over de bewijsfuik had de wetgever hier meer helderheid moeten bieden. Ook had hij de problematiek van het bestrijden van 'nieuwe onderdelen' en aanvoeren van 'nieuwe gronden' veel scherper moeten scheiden van de bewijstechnische problematiek in strikte zin.

2.4 Partijenmodel versus inquisitoir proces

In de inleiding van dit preadvies is gewezen op de hybride structuur van het Awb-procesrecht. Het betreft een wonderlijke mix van inquisitoire elementen en bouwstenen die zijn ontleend aan het partijenmodel.

2.4.1 *Een partijenproces zonder bewijsregie?*

Dat de Awb-wetgever het bestuursproces als een partijenproces ziet staat niet ter discussie. Het omstreden concept van de wederkerige rechtsbetrekking gaf voeding aan deze gedachte.[227] De afgelopen jaren is ook steeds duidelijker geworden dat de 'civilisatie' van het bestuursprocesrecht krachtig doorzet. Ik laat deze ontwikkeling in dit preadvies rusten[228] en richt mij op enkele bewijsrechtelijke gevolgen.

Uit recent evaluatieonderzoek kwam naar voren dat de bestuursrechter meestal tot uitgangspunt neemt dat het in eerste instantie aan partijen is om met bewijsmiddelen te komen ter onderbouwing van hun stellingen.[229] Dit past bij de perceptie van het partijenproces. Er is – als men dit procesmodel ten minste onderschrijft – ook niet veel mis mee, op voorwaarde dat de rechter de bewijsverantwoordelijkheden van partijen inzichtelijk maakt. Zij lopen immers procesrisico's en kunnen worden afge-

225. Kamerstukken II, 2004/05, 29 421, nr. 11.
226. Kamerstukken II, 2004/05, 29 421, nr. 11, p. 3.
227. Vgl. PG Awb II, p. 174 (eerste kolom).
228. Zie mijn bijdrage 'De civilisatie van het bestuursproces', die in 2009 zal verschijnen in een bundel van het Nijmeegse onderzoeksprogramma Rechtspleging.
229. Barkhuysen/Damen 2007, p. 68.

rekend op niet-coöperatief gedrag (vgl. artikel 8:31 Awb). De keerzijde van procesrisico is processuele rechtszekerheid.

De kaarten komen daarom anders te liggen zodra partijverantwoordelijkheden los worden gekoppeld van rechterlijke bewijsregie. Bekend is de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waarin werd overwogen: 'In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen.'[230] Het probleem met dit soort vrijblijvende overwegingen is dat ze in het geheel niet stroken met hetgeen de wetgever bij de komst van het uniforme bestuursprocesrecht voor ogen stond.[231] Maar zelfs ten aanzien van een volwaardig partijenproces zoals het burgerlijk proces, waar stelplichten, uitgekristalliseerde partijverantwoordelijkheden en – in veel gevallen – deskundige rechtsbijstand gemeengoed zijn zou een zodanige overweging (te) ver gaan. Het is dan ook de vraag of deze bewijsbenadering verantwoord is.

Vanuit een bewijstechnisch perspectief laat een partijenmodel zich eigenlijk alleen goed denken als de rechter het bewijsvoeringsproces stuurt en in dit kader beschikt over noodzakelijke procedurele bevoegdheden (bijv. tot het geven van een formele bewijsopdracht). Hij zal tijdig moeten bepalen waar de grenzen van de bewijsomvang liggen, wat bijgevolg moet worden bewezen, door wie en wanneer. Op deze aspecten schiet het hedendaagse bestuursproces serieus tekort. In een bijdrage brachten Bolt en De Waard[232] deze problematiek in verband met het sterk afgekalfde beginsel van ongelijkheidscompensatie. Dit beginsel zou door de introductie van het partijenmodel en de opwaardering van de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursproces zijn natuurlijke habitat hebben verloren. Onder verwijzing naar de *Hinweispflicht* van de Duitse bestuursrechter (zie paragraaf 3.6) betoogden de auteurs dat deze ontwikkeling niet vanzelfsprekend is. Ongelijkheidscompensatie, gestoken in een nieuw jasje, is volgens hen óók in een subjectief georiënteerd partijenproces onmisbaar. Bolt en De Waard wezen er in dit kader op dat de bestuursrechter de burger procedureel meer zou moeten helpen door duidelijk te maken wat er van hem wordt verwacht.[233]

De schamele rechterlijke bewijsregie[234] in het Nederlandse bestuursproces kan naar mijn mening maar in beperkte mate worden toegeschreven aan het wettelijke instrumentarium van de bestuursrechter. Door aanscherping, herstructurering en aanvulling kan hier zeker winst worden behaald (zie deel 4), maar de bestuursrechter kan ook met de huidige inlichtingen- en medewerkingsplichten, de comparitiefiguur en zijn gevarieerde onderzoeksbevoegdheden al een heel eind komen. Hij moet dan wel bereid en in staat zijn de mogelijkheden van de wet optimaal en selectief te benutten en zich op te werpen als bewijstechnisch expert. Hij zal, gelet op de aard van een zaak, daadwerkelijk en op het juiste moment bewijsregie moeten voeren en

---

230. CRvB 1 juni 2005, JB 2005/237 m.nt. D.W.M. Wenders.
231. Vgl. Barkhuysen/Damen 2007, p. 70.
232. K. Bolt & B. de Waard, De Hintplicht, in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), Op tegenspraak (Damen-bundel), Den Haag : Boom Juridische uitgevers 2006, p. 223 e.v.
233. Bolt/De Waard 2006, p. 232.
234. Vgl. ook Damen 2006, p. 28.

adequaat op partijstandpunten over de feiten moeten reageren. Dit vergt primair een *rechterlijke cultuuromslag* die voldoende tijd en financiële middelen vóóronderstelt. Of deze omslag haalbaar is valt moeilijk te voorspellen. Rechterlijke passiviteit met betrekking tot de feitenvaststelling, het proces van bewijsvoering en het aanwenden van rechterlijke bevoegdheden zijn immers grootheden die inmiddels breed door de Nederlandse bestuursrechters lijken te worden onderschreven.[235] Positief is echter dat inmiddels enige proefprojecten zijn gestart waarbij (vroegtijdige) rechterlijke regie centraal staat.

2.4.2 *Een inquisitoir proces zonder een actieve rechter?*

Zonder rechterlijke bewijsregie zal het bestuursproces zijn ambities als partijenproces niet waar kunnen maken. Men kan deze bewijsregie, zoals Bolt en De Waard doen, plaatsen in het teken van 'moderne' ongelijkheidscompensatie (het bieden van procestechnische ondersteuning). Voor mij heeft daarnaast de 'klassieke' betekenis van ongelijkheidscompensatie niet afgedaan. Aan de relaties tussen materiële waarheidsvinding, ongelijkheidscompensatie en bestuursrechtelijk bewijsrecht besteedde ik eerder aandacht.[236] In dit preadvies volsta ik daarom met enkele opmerkingen.

Het bestuursproces omvat nog steeds belangrijke inquisitoire elementen. Een al te eenzijdige focus op het partijenmodel doet bijgevolg tekort aan de wettelijke structuur van het procesrecht, alsmede aan de principiële verschillen tussen bestuursorgaan en burger. Wat dit laatste betreft benadruk ik nogmaals dat het bestuursproces géén volwaardig partijenproces is, noch kan zijn, omdat bestuursorgaan en burger naar hun juridische *aard* zeer verschillende entiteiten zijn. Het hier bedoelde verschil is een staatsrechtelijke constante. Het gaat om het wezenlijke verschil tussen 'statelijke gezagsdrager' en 'autonoom (vrij) rechtssubject'. Daarnaast zijn er de feitelijke verschillen in krachtsverhoudingen. Deze zijn sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en kunnen natuurlijk sterk verschillen. Aan *beide* verschillen moet mijns inziens betekenis worden toegekend. Juist omdat bestuur en burger principieel verschillen heb ik moeite met een vergaande emancipatie van het bestuursorgaan als volwaardig rechtssubject dat op voet van gelijkheid in rechte de strijd over 'zijn' besluit moet kunnen aanbinden met de burger.[237] Dit beeld denatureert de verhoudingen binnen de democratische rechtsstaat. Het draagt ook bij aan de curieuze opvatting dat de bestuursrechter die een burger steunt in zijn procesvoering in aanvaring komt met de eis van onpartijdige rechtspraak.

In het werk van Schreuder-Vlasblom is dit laatste een terugkerend element.[238] Hiermee houdt verband de discussie over de vraag of de overheid aanspraken kan, of

---

235. Vgl. Barkhuysen/Damen 2007, p. 212-213.
236. R.J.N. Schlössels, Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel?, in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), De rechter bewaakt: over toezicht en rechters, Deventer: Kluwer 2003, p. 139 e.v., p. 158 e.v.
237. Een beeld dat bijv. goed naar voren komt in ABRvS 24 april 1998, JB 1998/145 m.nt. Schlössels.
238. Zie bijv. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 283, p. 369.

zou moeten kunnen ontlenen, aan artikel 6 EVRM.[239] Deze belangwekkende discussie blijft hier omwille van de omvang van dit preadvies rusten. Ik volsta met twee opmerkingen. De eerste is dat ongelijkheidscompensatie naar mijn oordeel niet in strijd is met artikel 6 EVRM en hierin zelfs moet worden ingelezen.[240] De tweede is dat ik het bestuur geenszins een goede rechtspleging ontzeg. Zo kan het bestuur als vertegenwoordiger van het algemeen belang in rechte vanzelfsprekend aanspraak maken op hoor en wederhoor. Maar dit wil nog niet zeggen dat aan de overheid (naar analogie) een beroep op *alle* rechten, regels en beginselen zou moeten toekomen die in artikel 6 EVRM liggen besloten.[241]

Voor mij staat vast dat het bestuur ten opzichte van alle burgers principieel dienend behoort te zijn, dus óók ten opzichte van zijn wederpartij in rechte. Deze dienende houding mag en moet de bestuursrechter naar mijn mening op een evenwichtige wijze verdisconteren in de procesvoering. Dit doet de eisen van een goede rechtspleging geen geweld aan. Opmerkelijk is overigens dat de degenen die de noodzaak van rechterlijke onpartijdigheid benadrukken juist het bestuur een versterkte bewijspositie in rechte toedelen door te benadrukken dat de bestuursrechter uit behoort te gaan van een gezaghebbende feitenvaststelling die in het aangevallen besluit ligt besloten. Bewijstechnisch staat het bestuur bij aanvang van de procedure daarom op voorsprong. Aan de overtuigende kracht van de 'onpartijdigheidsbenadering' draagt dit naar mijn smaak niet bij.

Het beginsel van ongelijkheidscompensatie is – zoals ook de wetgever[242] aangaf – richtinggevend[243] voor de rechterlijke bevoegdheid tot feitenaanvulling. Toepassing van artikel 8:69 lid 3 Awb dient naar mijn mening dan ook opnieuw vanuit dit perspectief te worden doordacht. Hier ligt, zoals Schuurmans[244] terecht vaststelde, vooral een taak voor de rechter. Het gaat om het beantwoorden van de vraag wanneer er reden bestaat om de bewijsvoeringslast van een burger-appellant over te nemen (zie nader deel 4).

2.5 Contouren van het materiële bewijsrecht

De harde kern van ieder bewijsrecht vormen de regels en beginselen die bepalend zijn voor het toewijzen van (een gedeelte) van de bewijslast (en bewijsrisico) aan de

---

239. Hierover recentelijk uitvoerig A.G. Maris, Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid, Deventer: Kluwer 2008, i.h.b. hoofstukken 5, 8 en 9. De nationale rechtspraak lijkt er in bepaalde situaties in afwijking van de heersende leer van uit te gaan dat bepaalde EVRM-waarborgen (bijv. de redelijke termijn) rechtstreeks door de overheid kunnen worden ingeroepen. Vgl. i.h.b. HR 8 juli 2005, AB 2006, 17 m.nt. Jansen (gemeente Uden). Jansen stelt echter, onder verwijzing naar rechtspraak en literatuur, dat het 'communis opinio' is dat grond- en mensenrechten niet zijn in te roepen door publiekrechtelijke rechtspersonen en bestuursorganen. Vgl. ten aanzien van (punitieve) EVRM-waarborgen ook Schreuder-Vlasblom 2008, p. 53.
240. In die zin ook Simon 1999, p. 31 en Wulffraat-van Dijk 1995. p. 342.
241. Zelfs Maris, wiens opvattingen ik moeilijk kan delen, gaat niet zover. Vgl. Maris 2008, p. 255.
242. PG Awb II, p. 175.
243. Waarmee niet is gezegd dat ongelijkheidscompensatie de enige reden is voor ambtshalve feitenonderzoek. Het bewerkstelligen van definitieve geschilbeslechting kan bijv. een andere reden zijn.
244. Schuurmans 2005, p. 238.

bij een geschil betrokken partijen. Ten aanzien van het bestuursprocesrecht wordt nog regelmatig beweerd dat dit is verstoken van regels van materieel bewijsrecht. Ook de wetgever huldigde bij het tot stand brengen van de Algemene wet bestuursrecht deze opvatting.[245] Zij is onjuist. Uit jurisprudentie en literatuur blijkt op een overtuigende wijze dat in bestuursrechtelijke geschillen materieelrechtelijke bewijsregels toepassing vinden. In de recente literatuur zijn de hoofdregels ook goed ontsloten.[246]

2.5.1 *Objectieve bewijsleer versus billijkheidsleer*

In de literatuur worden twee benaderingen onderscheiden die bij het verdelen van bewijslast kunnen worden gehanteerd. Het gaat hierbij, zoals zo vaak, om denkrichtingen die in bewijsrechtelijke stelsels meestal worden gecombineerd.

De billijkheidsleer ziet de verdeling van de bewijslast vooral als het resultaat van een 'verstandige procesbeslissing'. De rechter dient gelet op het partijendebat, ervaring, waarneming, gezond verstand, beginselen van een goede procesorde en noties van redelijkheid tot een aanvaarbare verdeling van de bewijslast te komen. Bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht leek de wetgever deze opvatting te omarmen.[247] De billijkheidsleer laat veel ruimte voor maatwerk, maar scoort minder goed waar het aankomt op het bieden van (bewijstechnische) rechtszekerheid.

De objectieve leer biedt beduidend meer rechtszekerheid omdat de bewijslastverdeling wordt opgevat als een gegeven dat reeds (op hoofdlijnen) ligt besloten in het materiële recht. De leidende gedachte is dat degene die zich beroept op een (voor hem gunstig) rechtsgevolg de bewijslast draagt ten aanzien van de feiten die deze rechtsregel activeren. Zo zal een persoon die zich ter verkrijging van schadevergoeding beroept op onrechtmatig handelen jegens hem die onrechtmatigheid moeten bewijzen. Zijn wederpartij die zich beroept op een rechtvaardigingsgrond draagt de bewijslast ten aanzien van de feiten die zien op deze grond. De objectieve leer biedt meer rechtszekerheid, maar biedt weer minder ruimte voor maatwerk. Bovendien vergt de leer veel van de wetgever. Deze zal zich bij het formuleren van rechtsregels terdege rekenschap moeten geven van bewijstechnische implicaties.

Beide bewijsbenaderingen komen bijvoorbeeld tot uitdrukking in artikel 150 Rv. Deze bepaling vormt de kernbepaling van het civiele materiële bewijsrecht. Hoofdregel is hier de objectieve leer, maar de bepaling laat ook ruimte voor andere verdelingsregels die kunnen voortvloeien uit bijzondere (wettelijke) regels of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid.

---

245. PG Awb II, p. 175 (rechterkolom).
246. Te wijzen valt op het aangehaalde proefschrift van Schuurmans en op de omvangrijke procesrechtelijke werken van Schreuder-Vlasblom en Tak. Schueler heeft blijkbaar niet zo'n hoge pet op van de praktische toepasbaarheid van deze 'goede pogingen' tot ontsluiting van het jurisprudentiële materiële bewijsrecht. Schueler 2008, p. 450. Ik ben positiever gestemd. De bestuursrechter die zich in de problematiek verdiept zal er zijn voordeel mee kunnen doen en vervolgens de juridisch 'ongeschoolde procespartij' adequaat kunnen voorlichten.
247. PG Awb II, p. 175 (rechterkolom).

2.5.2 *De hoofdregels: de Awb en de bijzondere wet*

Schuurmans heeft in haar proefschrift een drietal factoren[248] uitgewerkt dat in het Nederlandse bestuursprocesrecht richtinggevend is bij het bepalen van de op een partij rustende bewijslast. Het betreft:

a. de bewijsrechtelijke implicaties van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb;
b. de bewijsregels die volgen uit de (tekst van of de toelichting bij de) bijzondere wet; en
c. de 'vuistregels' (de op redelijkheid en billijkheid gebaseerde (aanvullende) noties inzake de verdeling van bewijslast).

Met betrekking tot beschikkingen kan als hoofdregel worden aangehouden dat het bevoegde bestuursorgaan – tenzij de bijzondere bestuurswet anders bepaalt – de bewijslast draagt met betrekking tot de (noodzakelijke) feiten die aan het besluit ten grondslag worden gelegd. Deze last vloeit voort uit het formele zorgvuldigheidsbeginsel waaruit, afhankelijk van de aard van het besluit en andere omstandigheden van het geval, voor het bestuursorgaan een specifieke onderzoeksplicht[249] voortvloeit. Deze onderzoeksplicht luistert in het bijzonder nauw bij ambtshalve *belastende* besluiten.[250] Ten aanzien van een ambtshalve te nemen besluit (bijv. een handhavingsbesluit of een ambtshalve intrekking van een vergunning of uitkering) kan een *andere* bewijslastverdeling in beginsel[251] alleen maar voortvloeien uit de (bijzondere) wet. Te wijzen valt bijvoorbeeld op artikel 17 Wet werk en bijstand dat op de uitkeringsgerechtigde een verplichting tot het verstrekken van inlichtingen legt, onder meer inzake gegevens ten behoeve van de voortzetting van de uitkering. Deze gegevens behoren tot het 'bewijsdomein' van de uitkeringsgerechtigde en het ontbreken van deze gegevens (en bijgevolg het niet bewezen zijn van de desbetreffende feiten) kan bij een ambtshalve te nemen besluit tegen hem werken. De bijzondere wet kan bij een ambtshalve te nemen besluit de bewijslastverdeling ook mitigeren door het bestuursorgaan te 'steunen' via een (weerlegbaar) bewijsvermoeden. Het orgaan zal dan eenvoudig slagen in zijn bewijs, waardoor de wederpartij zijn toevlucht moet zoeken tot tegenbewijs. De bijzondere wet kan in uitzonderlijke gevallen de bewijslast op punten ook echt omkeren.[252]

---

248. Vgl. bijv. reeds Simon 1999, p. 26 e.v. Zie verder de 'voorpublicaties' van Schuurmans: Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context, NTB 2004/1, p. 1 e.v. en Y.E. Schuurmans, Besluit gevraagd, bewijslast gekregen. De bewijslastverdeling bij het besluit op aanvraag, JBplus 2004, p. 213 e.v.
249. Ook in verband met de *bewijswaardering* kan op het bestuursorgaan een onderzoeksplicht rusten, bijv. indien het constateert dat bewijsmiddelen elkaar tegenspreken. Vgl. bijv. ABRvS 21 mei 2003, AB 2003, 346 m.nt. NV (ontvangststempel).
250. Vgl. bijv. CRvB 21 oktober 2008, Bestuursrecht Actueel 2008, 299 (zwarte uitbetaling).
251. In specifieke omstandigheden is in geval van (bepaalde) ambtshalve te nemen besluiten denkbaar dat op de wederpartij van het bestuursorgaan een (gedeeltelijke) bewijslast rust indien deze – bijv. gelet op administratie en bedrijfsvoering – over relevante informatie kan beschikken. Vgl. bijv. CRvB 23 oktober 1997, AB 1998, 78 m.nt. HBr. (verzekeringsplicht onderwijsgevenden).
252. Zie de voorbeelden bij Schuurmans 2005, p. 110 e.v.

Op de belanghebbende rust bij een ambtshalve te nemen besluit verder de bewijslast indien hij zich beroept op een zelfstandige norm.[253] In dat geval bestrijdt hij niet de (bevoegdheidsactiverende) feiten die het bestuursorgaan aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd, maar beroept hij zich op andere feiten die – als ze worden bewezen – een rechtsgevolg activeren dat maakt dat het rechtsgevolg van het besluit niet ongewijzigd in stand kan blijven. Een bekend voorbeeld betreft het beroep op planologisch overgangsrecht ten aanzien van bestaand gebruik in geval van een bestuurlijk handhavingsbesluit.[254] Het bestuursorgaan kan op zijn beurt dan tegenbewijs leveren. Het feit dat een burger een beroep doet op een van de bevoegdheidsnorm losstaande rechtsregel brengt overigens niet altijd met zich dat hij naast de bewijslast ook de volle bewijsvoeringslast draagt. De rechtspraak met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel is illustratief.[255]

In geval van een op aanvraag te nemen beschikking verandert het perspectief. Artikel 3:2 Awb dient dan te worden bezien in samenhang met artikel 4:2 lid 2 Awb. Dit artikellid legt op de aanvrager van de beschikking een medewerkingslast om aan het bestuursorgaan gegevens en bescheiden te verschaffen.[256] Deze last werkt naar geldend recht door in het bewijsrecht.[257] De aanvrager draagt (in rechte) de bewijslast met betrekking tot de volledigheid en de juistheid van de desbetreffende gegevens.[258] Van het bestuursorgaan wordt verwacht dat het de aanvrager in de bestuurlijke fase op een zorgvuldige wijze begeleidt bij het vervullen van zijn 'medewerkingslast' (vgl. de eerder genoemde *winterbewaarprei-doctrine*).[259] Indien blijkt dat een aanvrager redelijkerwijs niet over noodzakelijke gegevens kan beschikken (en hem hiervan geen verwijt valt te maken), kan het bestuursorgaan gehouden zijn de last ten aanzien van de feiten(re)constructie over te nemen en de ontbrekende gegevens te achterhalen. In dit geval is er echter géén sprake van een *omkering van de bewijslast*, omdat de aanvrager het bewijsrisico blijft dragen. Slaagt het bestuursorgaan er niet in de noodzakelijke gegevens te achterhalen dan werkt dit in het nadeel van de aanvrager.

De materiële hoofdregels met betrekking tot de bewijslastverdeling, zoals deze worden afgeleid uit het stelsel van artikel 3:2 en artikel 4:2 lid 2 Awb, kunnen door de bijzondere wetgever worden gewijzigd of aangescherpt. Hiervoor werd al melding gemaakt van de figuur van de (specifiek) wettelijke inlichtingenplicht, die (onder meer) voorkomt in de sfeer van de op aanvraag te nemen besluiten.[260] Ook

---

253. Hierover meer uitvoerig Schuurmans 2005, p. 112 e.v.
254. Zie bijv. ABRvS 8 februari 2000, AB 2000, 219 m.nt. A.G.A. Nijmeijer en M.A.A. Soppe.
255. Hierover Schuurmans 2005, p. 118, p. 183.
256. Het bestuursorgaan kan in dit verband een bewijsbeleid voeren. Een zodanig beleid, dat bijv. betrekking kan hebben op de uitleg van bewijsrechtelijke implicaties van een wettelijk voorschrift en de te accepteren bewijsmiddelen, mag een rechthebbende echter niet onaanvaardbaar frustreren in zijn mogelijkheden tot bewijsvoering (zie ook de opmerkingen in paragraaf 2.3.6). Vgl. bijv. CBb 5 september 2002, JB 2002, 344 m.nt. MP (uitbreiding varkensrechten).
257. Zie voor een verbijzondering artikel 4:6 lid 1 Awb. Bij een hernieuwde aanvraag ligt de bewijslast inzake *nova* bij de aanvrager.
258. CRvB 15 november 2002, JB 2003/42 m.nt. AMLJ (afwijzing kinderbijslag).
259. Hierover uitvoerig Schuurmans 2005, p. 155 e.v.
260. Vgl. bijv. ook ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 68 m.nt. Sewandono (gemeentelijke basisadministratie en polygamie) inzake een op verzoek te nemen GBA-wijzigingsbesluit en artikel 77 lid 1 Wet GBA.

bij het enigszins atypische ambtshalve besluit op aangifte speelt een inlichtingenplicht. Te wijzen valt op artikel 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen.[261] Bij sommige besluiten op aanvraag maakt de aard van de bevoegdheid overigens dat – onverminderd de op de aanvrager rustende verantwoordelijkheden tot medewerking – het zwaartepunt van de bewijsvoering (toch) bij het bestuursorgaan rust.[262] Verburg gaat in dit verband in zijn preadvies in op zogenoemde bestuursbevoegdheden die een 'claimrecht' voor de burger vestigen, zoals sociale verzekeringsuitkeringen.

Een bijzondere verdeling van bewijslast kan ten slotte volgen uit het (primaire) communautair recht, (het stelsel van) secundaire regelgeving of uit de totstandkomingsgeschiedenis hiervan. Geeft het Europese recht geen directe aanwijzingen of indicaties dan zal in een 'communautair' bestuursrechtelijk geschil het nationale bewijsrecht in beginsel toepassing kunnen vinden. Hier geldt het uitgangspunt van procedurele autonomie. Deze autonomie vindt, zoals bekend, in beginsel haar grenzen in het non-discriminatiebeginsel en in het doeltreffendheidsbeginsel.[263]

2.5.3 *De vuistregels*

In de literatuur is verder gewezen op de betekenis van bewijsrechtelijke *vuistregels*. Het gaat hier in beginsel om ongeschreven regels (van redelijkheid en billijkheid), richtlijnen of uitgangspunten met betrekking tot de verdeling van bewijslast.[264] Een bekende vuistregel is dat hij die ten aanzien van bepaalde feiten de schijn (sterk) tegen zich heeft de bewijslast van zijn wederpartij verlicht, tenzij hij erin slaagt die schijn te ontzenuwen.[265] Vuistregels structureren de verdeling van de bewijslast in situaties waarin de (bijzondere) wet zwijgt. Ook werken zij in aanvulling op een wettelijke bewijslastverdeling. Hoogendijk-Deutsch spreekt over 'natuurlijke regels' die zijn gebaseerd op gezond verstand.[266] Dit laatste spreekt aan. De verstandig denkende en redelijk oordelende rechter zal vuistregels, zo is mijn inschatting, vaak intuïtief in zijn bewijsbeslissing verdisconteren.

Zo ligt het voor de hand dat degene die zich beroept op iets ongewoons op dit punt in beginsel de bewijslast draagt. Dit houdt verband met het gegeven dat bij oordelen over feiten *ervaring* impliciet altijd een rol speelt. De menselijke ervaring creëert een vermoeden van (het bestaan van) frequent voorkomende feiten. Iets ongewoons past niet in een aannemelijk beeld en vraagt bijgevolg om (aanvullend) bewijs. Het gaat hier strikt genomen om een variant op de regel dat degene die zich op een uitzondering beroept ten aanzien hiervan de bewijslast draagt. Deze regel komt ook in diverse wettelijke bepalingen tot uitdrukking. Een voorbeeld biedt artikel 4:84 Awb. Dit artikel verplicht het bestuursorgaan te handelen overeenkomstig een beleidsre-

---

261. Vgl. HR 25 januari 2002, JB 2002/44 m.nt. R.M.P.G.N.-C. (coffeeshop).
262. Het gaat dan in de regel om het bewijs inzake weigeringsgronden dat in het bewijsvormingsproces centraal komt te staan.
263. Zie bijv. de instructieve noot van Widdershoven onder HvJ EG 24 april 2008, AB 2008, 326 (*Arcor AG t. Bundesrepublik Deutschland*).
264. Zie voor een meer uitvoerige analyse van de vuistregels Schuurmans 2005, p. 121 e.v., p. 200 e.v.
265. Zie bijv. Simon 1999, p. 31.
266. Hoogendijk-Deutsch 1992, p. 316.

gel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. De bewijslast ten aanzien van de hier bedoelde bijzondere omstandigheden (een uitzondering) zal berusten op degene die zich op deze omstandigheden beroept.[267]

Op iedere burger rust in de complexe hedendaagse samenleving verder een zorgplicht tot 'documentatie'. Wie deze plicht verwijtbaar of zelfs opzettelijk schendt, moet zich later niet beklagen als hij in rechte geen bewijs (meer) kan leveren. Dit leidt tot de – in verschillende omschrijvingen voorkomende – vuistregel dat een partij die het feitenonderzoek bemoeilijkt doordat zij bijvoorbeeld onvoldoende zorg heeft gedragen voor de in haar risicosfeer berustende bewijsstukken de nadelen hiervan moet dragen. Het bemoeilijken van feitenonderzoek door een partij is overigens ook een factor die de rechter kan verdisconteren in de bewijswaardering (door feiten bijvoorbeeld eerder aannemelijk te achten (lagere bewijsstandaard)), zonder de bewijslastverdeling als zodanig te heroverwegen. Uiteindelijk valt in algemene zin weinig te zeggen over de werking van de vele vuistregels, die deels tot uitdrukking komen in wettelijke bepalingen.[268] De literatuur hanteert gevarieerde opsommingen van regels en de toepassing is in belangrijke mate contextgeboden. Soms staat vast dat vuistregels een toegevoegde waarde hebben. Zo lijkt mij gelet op de verhouding tussen bestuursorgaan en burger een bijzondere betekenis toe te komen aan het uitgangspunt dat bewijs moet worden geleverd door de partij die daartoe de beste mogelijkheden heeft.[269] In deze regel kan de bestuursrechter de bijzondere bewijspositie van het bestuur verdisconteren.

De materie wordt per saldo echter niet toegankelijker doordat binnen bijzondere delen van het bestuursrecht voortdurend nieuwe vuistregels worden 'ontdekt' waarvan de toegevoegde waarde onduidelijk is.[270] Sommige bewijsprincipes hebben echter een meer universele gelding voor het procedurele bewijsrecht of voeren juist terug op een hoofdregel van materieel bewijsrecht. Ik noem er twee, die ik ontleen aan de opsomming van Tak.[271] Zo is er de door hem genoemde bekende regel 'wie stelt, moet adstrueren'.[272] Dit principe lijkt mij overigens geen vuistregel die in een bestuursrechtelijke context een goede graadmeter is voor de (materiële) verdeling van bewijslast. De eis van (feitelijke) adstructie van beroepsgronden maakt wel in algemene zin helder dat een appellant niet zomaar iets kan roepen (zie ook paragraaf 2.1.1).

De regel dat de bewijslast wordt gedragen door de partij die voordeel heeft van het bewijs van een voor haar gunstig feit voert vervolgens terug op de kern van de objectieve bewijsleer. Het vaststaan van een feit zal voor een partij namelijk in de regel

---

267. Zie bijv. ABRvS 12 november 2008, Bestuursrecht Actueel 2008, 300.
268. Zo geeft artikel 4:2 lid 2 Awb uitdrukking aan de vuistregel dat de partij in wier bewijsdomein het feit ligt ten aanzien hiervan de bewijslast draagt.
269. Over deze regel bijv. Schueler in Damen/Bröring 2006, p. 238.
270. Vgl. de zgn. 'vuistregels' in het economisch bestuursrecht die worden genoemd door Ottow en Doing-Bierens 2008, p. 179. Veel van die regels zeggen weinig over de verdeling van bewijslast. Te wijzen valt bijv. op de regel dat 'data moeten kloppen'.
271. Tak 2008, p. 887 e.v.
272. Mijns inziens niet te verwarren met het civielrechtelijke adagium 'wie stelt, moet bewijzen'.

voordelig zijn indien, en voor zover, dit feit als (rechts)feit een rechtsgevolg activeert dat gunstig is voor deze partij.[273] Hier is de hoofdregel in het geding die in het Duitse bestuursprocesrecht bekend staat als *Günstigkeitsregel* (zie nader paragraaf 3.3.3), en die daar terugvoert op het civiele procesrecht. Deze regel is (ook) nauw verwant aan artikel 150 Rv en wordt in ons land door verschillende auteurs in beginsel toepasbaar geacht in het bestuursprocesrecht.[274] Ik kom daar in deel 4 van dit preadvies kort op terug.

2.6 Het proces van bewijsvoering en de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure

Definitief bewijs moet in rechte worden geleverd. Dit is mijns inziens, zoals gesteld, in het bestuursprocesrecht niet anders. Met het oog hierop is van belang dat de rechterlijke procedure vanaf het moment van de ontvangst van het beroepschrift tot de (eind)uitspraak een tijdsperiode omspant waarin door partijen en bestuursrechter verschillende bewijstechnische proceshandelingen (kunnen) worden verricht.

2.6.1 Enkele temporele aspecten van bewijsvoering

Het bestuursproces valt globaal uiteen in een vooronderzoek en een onderzoek ter zitting. Omdat het proces van bewijsvoering, gelet op zijn legitimerende functie, ordelijk moet verlopen, stelt de goede procesorde temporele randvoorwaarden. Zo kan na bewijs in de regel tegenbewijs worden geleverd. Rechter en wederpartij mogen verder niet met (nieuw) bewijs worden overrompeld. Hoor en wederhoor zijn essentieel. Een na te streven uitgangspunt is verder dat partijen in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure duidelijkheid verkrijgen over het leveren van noodzakelijk (aanvullend) bewijs zodat dit bewijs ook tijdig door de betrokken partij *kan* worden geleverd.

Enkele leerstukken moeten goed van de hier aan de orde zijnde problematiek worden onderscheiden. Ten eerste betreft dit de institutionele bewijsbeperkingen, waaronder in het bijzonder de bewijsfuik. Hierover is in het voorafgaande al het nodige gezegd. Op de tweede plaats betreft dit de processuele mogelijkheden van het bestuursorgaan en de wederpartij(en) om de omvang van de rechtsstrijd (nog) te wijzigen of uit te breiden na het instellen van beroep. Voor de wederpartij van het bestuursorgaan betreft het hier de mogelijkheid om na het instellen van beroep nog (substantiële) wijzigingen aan te brengen in de beroepsgronden. Aan de zijde van het bestuursorgaan gaat het vooral om de bevoegdheid om hangende de procedure een besluit te wijzigen of – onder handhaving van het dictum – de feitelijke grondslag van het besluit (substantieel) te wijzigen. Deze problematiek,[275] die primair de omvang van het geschil raakt, wordt onder meer beheerst door specifieke wettelijke

273. Vgl. Schuurmans 2005, p. 144.
274. Bijv. Barkhuysen/Damen 2007, p. 21. Zie ook het krachtige pleidooi van Pieters om artikel 177 Rv (het huidige artikel 150 Rv) in het bestuursprocesrecht overeenkomstig toe te passen. Pieters 1996, p. 42, p. 47-48, p. 52.

bepalingen[276] en rechtspraak. Dit omvangrijke en complexe onderwerp blijft hier rusten, onder de opmerking dat wijziging of herijking van de rechtsstrijd vanzelfsprekend belangrijke bewijstechnische gevolgen kan hebben voor de bewijsomvang en het tijdstip waarop (nieuw) bewijs mag en moet worden geleverd. Zo zal het in een late fase toelaten van een nieuwe beroepsgrond met zich brengen dat zo nodig het proces van bewijsvoering moet worden verlengd. Dit geldt ook als het bestuursorgaan, bijvoorbeeld na toepassing van een 'bestuurlijke lus',[277] een besluit (deels) van een nieuw (ander) feitelijk fundament voorziet (en de bestuursrechter dit toelaat).

Uitgaande van een vaststaande omvang van het geschil, en de afwezigheid van procestechnische incidenten op dit vlak, wordt de temporele bewijslevering naar Nederlands bestuursprocesrecht – evenals in het burgerlijk proces[278] – vooral beheerst door de goede procesorde. In beginsel mag door appellant én bestuur binnen de grenzen van deze 'orde' gedurende de gehele procedure (in eerste aanleg) bewijs worden ingebracht of bewijsaanbod (zie onder 2.6.2) worden gedaan met betrekking tot relevante feiten die ter discussie staan. Tevens kan worden verzocht onderzoeksbevoegdheden aan te wenden. De bestuursrechter heeft veel vrijheid om hier (al dan niet) op te reageren, hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt. De Algemene wet bestuursrecht regelt ten aanzien van de temporele aspecten van de bewijsvoering verder niet veel.

Maar er is wel *iets* geregeld. Zo bepaalt artikel 8:58 lid 1 Awb dat partijen tot tien dagen voor de zitting nadere stukken kunnen indienen.[279] Het kan onder meer gaan om verschillende (m.n. schriftelijke) bewijstechnische stukken. Het tonen van een foto (ter zitting) valt er bijvoorbeeld niet onder.[280] Artikel 8:58 lid 1 Awb geeft uitdrukking aan de goede procesorde. Rechter en (weder)partij moeten de (nieuwe) informatie tot zich kunnen nemen en hierop kunnen reageren.[281] Deze regeling wordt in de rechtspraak (nog steeds) gedifferentieerd toegepast. Zo laat de Afdeling bestuursrechtspraak zich er, 'autonoom' toetsend aan de goede procesorde, niet van weerhouden (omvangrijke) stukken die eerder dan tien dagen voor de zitting zijn

---

275. Schreuder-Vlasblom sprak wat het bestuur betreft over de bestuurlijke 'correctieruimte'. Zie hierover in een bewijstechnische context Schreuder-Vlasblom 1998, p. 14-15.
276. Vgl. wat de beroepsgronden betreft i.h.b. de artikelen 6:13 en 8:69 Awb en wat het wijzigen (of intrekken) van een besluit betreft de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Zie met betrekking tot de (mogelijke) toekomstige wijziging van deze laatste bepalingen bijv. R.J.N. Schlössels, De lang verwachte wijziging van artikel 6:18 en 6:19 Awb: veel wol (te) weinig garen, als onderdeel opgenomen in: W. Konijnenbelt e.a., Herziening bestuursprocesrecht ter tafel, NTB 2006/8, p. 264 e.v. Zie verder ook de toekomstige algemene regeling van de bestuurlijke lus in de Algemene wet bestuursrecht.
277. In deel 4 zal ik enige opmerkingen wijden aan de bewijsrechtelijke implicaties van deze rechtsfiguur.
278. Binnen de grenzen van de goede procesorde is hier (in eerste aanleg) in beginsel bewijslevering mogelijk tot het moment waarop de rechter de dag van de uitspraak heeft bepaald. Vgl. bijv. V.C.A. Lindijer, De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 185.
279. Artikel 8:60 lid 4 Awb kent daarnaast bijv. een termijnregeling met betrekking tot het meebrengen respectievelijk oproepen van getuigen en deskundigen door partijen.
280. Zie bijv. ABRvS 3 oktober 2001, JB 2001/293.
281. Vgl. bijv. CBb 16 april 2008, JB 2008/136.

ingebracht buiten beschouwing te laten.[282] Daarnaast is de termijn van artikel 8:58 lid 1 Awb niet hard in die zin dat stukken die *binnen* deze termijn worden ingebracht zonder meer buiten beschouwingen moeten blijven. Staat echter vast dat stukken erg laat, bijvoorbeeld vlak voor de zitting of nog ter zitting, zijn ingebracht en dat de betrokken partij op een verwijtbare wijze het eerder inbrengen heeft nagelaten dan valt in de regel het doek.[283] Een en ander staat ter beoordeling van de bestuursrechter. Hecht deze bijvoorbeeld sterk aan feitenonderzoek en waarheidsvinding dan kunnen de processuele nadelen van een late indiening worden ondervangen door schorsing en heropening van het onderzoek (vgl. artikel 8:64 Awb).[284]

2.6.2 *Bewijsvoorlichting, bewijsaanbod en bewijsopdracht*

De Algemene wet bestuursrecht kent geen rechterlijke verplichting om partijen op enig moment in de procedure (bijv. tijdens het vooronderzoek ter comparitie of na het vooronderzoek maar vóór de zitting) concreet voor te lichten over hun bewijslast en de wijze waarop deze kan (moet) worden vervuld. In het kader van de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht is voor een zodanige verplichting gepleit.[285] De commissie-Ilsink zag hier, mijns inziens ten onrechte, weinig in.[286] De argumenten van de commissie om deze aanbeveling af te wijzen zijn onvoldoende draagkrachtig. Zo beriep de commissie zich op de grote zaakdifferentiatie in het bestuursrecht. Hierbij werd er tevens op gewezen dat de behoefte aan bewijslevering in de beroepsfase 'uiteraard' afhankelijk is van de door appellant aangevoerde beroepsgronden. Ook zou de behoefte aan rechterlijke voorlichting afhankelijk zijn van de reeds in de bestuurlijke fase geboden voorlichting.

Allemaal waar, maar argumenten tegen een verplichte rechterlijke bewijsvoorlichting kan ik er niet in lezen. Een rechterlijke plicht tot bewijsvoorlichting, die noodzakelijkerwijs in algemene termen moet worden geformuleerd, zou de bestuursrechter verplichten om in het licht van alle omstandigheden van het geval concreet aan partijen aan te geven welk (aanvullend) bewijs (nog) noodzakelijk is. Dit vraagt om maatwerk. De bestuursrechter zal dit als bewijstechnisch expert moeten bieden. Een wettelijke voorlichtingsplicht is beduidend minder vrijblijvend dan het ontwikkelen van 'informatiefolders' op welke mogelijkheid de commissie wees. De problemen in het Nederlandse bestuursrechtelijke bewijsrecht lijken echter te vragen om minder rechterlijke vrijblijvendheid. Op deze plaats wijs ik erop dat bewijsvoorlichting ook tijdig moet plaatsvinden. Het moment van de zitting lijkt mij in de regel te laat. Dit vraagt om een serieuze herbezinning inzake het vooronderzoek, aandacht voor zaakdifferentiatie en een herbezinning met betrekking tot het zittingsgericht werken. Inspiratie voor een rechterlijke voorlichtingsplicht kan worden ontleend

282. Zie bijv. ABRvS 15 augustus 2007, JB 2007/183 m.nt. Schlössels, alsmede de in de noot aangehaalde rechtspraak. Vgl. verder ABRvS 25 april 2007, AB 2007, 264 m.nt. L.J.A. Damen.
283. Zie o.m. CRvB 30 maart 2004, JB 2004/218 en ABRvS 6 augustus 2003, JB 2003/264.
284. Zie bijv. CRvB 11 januari 2008, AB 2008, 78 m.nt. Tollenaar.
285. Barkhuysen/Damen 2007, p. 338.
286. Commissie Evaluatie Awb III, p. 30.

aan de *Hinweispflicht* van de Duitse bestuursrechter (zie hiervoor onder 2.4.1; zie nader paragraaf 3.6).

Adequate bewijsvoorlichting door de bestuursrechter dient naar mijn mening vooraf te gaan aan meer gerichte rechterlijke interventies in het bewijsvoeringsproces. Op dit moment voorziet het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht niet in een (formele) tussenbeslissing met betrekking tot de bewijslastverdeling of de waardering van reeds bijgebracht bewijs.[287] Om echter gericht, sturend te kunnen intervenieren in de bewijsvoering door partijen (die mijns inziens de noodzakelijke opmaat vormt voor een afgewogen rechterlijk oordeel inzake eventueel ambtshalve onderzoek) dient de bestuursrechter te beschikken over geschikte bevoegdheden en bijbehorende sancties. Het Nederlandse bestuursprocesrecht is ook op dit punt niet bijster sterk ontwikkeld. De bestuursrechter beschikt over de bevoegdheid om partijen te verplichten inlichtingen te geven, in dit kader zo nodig te verschijnen of schriftelijke stukken te overleggen. Laat een partij dit na dan kan de rechter de gevolgtrekkingen maken die hem 'geraden' voorkomen (zie het stelsel van de artikelen 8:27, 8:28 en 8:31 Awb). Artikel 8:45 Awb biedt de bestuursrechter de bevoegdheid om partijen en anderen te verzoeken onder termijnstelling inlichtingen te geven en onder hen rustende stukken in te zenden. Bewijstechnisch zijn de procedurele en materiële gevolgen van het verzaken van deze verplichtingen tamelijk mistig. Meer concrete bevoegdheden ontbreken, waarbij valt te denken aan de rechterlijke bevoegdheid tot het geven van een formele bewijsopdracht aan een partij (onder termijnstelling), al dan niet in het kader van een tussenuitspraak. Ook een scherpe sanctieregeling, die meer rechtszekerheid zou kunnen bieden, ontbreekt. Zo kent het Nederlandse bestuursprocesrecht geen regeling die het niet nakomen van een rechterlijke verplichting tot het inbrengen van informatie of stukken onder strikte voorwaarden sanctioneert. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een sanctie die ertoe strekt het inbrengen van bewijstechnisch relevante informatie na het ongebruikt verstrijken van een door de rechter gestelde redelijke termijn in beginsel niet meer toe te staan (vgl. bijv. de Duitse regeling van § 87b VwGO; hierover paragraaf 3.2.4).

Ten slotte is in het Nederlandse bestuursprocesrecht de figuur van het bewijsaanbod[288] onvoldoende uitgekristalliseerd. De wijze waarop de bestuursrechter op een gericht aanbod moet reageren is maar beperkt door de wet genormeerd (vgl. bijv. ten aanzien van het getuigenbewijs artikel 8:63 lid 2 Awb[289]). De rechtspraak is boven-

---

287. Vgl. HR 17 december 2004, AB 2005, 84 m.nt. Y.E. Schuurmans. Zie ook CRvB 1 juni 2005, JB 2005/237 m.nt. D.W.M. Wenders.
288. Het onderscheid tussen *voorwaardelijk* en *onvoorwaardelijk* bewijsaanbod laat ik hier rusten. Zie bijv. de noot van Schuurmans onder het aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 17 december 2004.
289. Het horen van een getuige is niet verplicht en de bestuursrechter heeft hier enige discretie, maar indien niet op voorhand vaststaat dat het horen overbodig is (bijv. omdat gegevens niet relevant zijn voor de geschilbeslechting) zal in beginsel moeten worden gehoord. Zie bijv. CRvB 31 oktober 2006, AB 2007, 74 m.nt. Bröring. Niet horen dient in ieder geval te worden gemotiveerd. Vgl bijv. ABRvS 22 augustus 2007, AB 2008, 72 m.nt. Janssen en CRvB 6 mei 2008, JB 2008/149. Zie verder over het afwijzen van een concreet aanbod tot getuigenbewijs Schreuder-Vlasblom 2008, p. 389. De soepele Afdelingsrechtspraak inzake het passeren van getuigenbewijs waarbij geen gemotiveerde beslissing werd verlangd (vgl. i..h.b. ABRvS 26 januari 2005, AB 2005, 374 m.nt. De Bock) lijkt gelukkig te zijn aangescherpt. In het belastingrecht zijn de eisen traditioneel strenger. Vgl. o.m. de jurisprudentieanalyse bij Barkhuysen/Damen 2007, p. 39 e.v., p. 75.

dien niet eenduidig. Ook deze situatie is niet bevredigend. Zoals gesteld heeft het Nederlandse bestuursproces de ambitie een 'partijenproces' te zijn. Wat hier ook van zij (zie paragraaf 2.4.2), duidelijk is dat in dit geval een heldere regeling inzake het doen en passeren van een bewijsaanbod door een partij nuttig is. De wetgever zou hierin kunnen voorzien. Hiervoor is regelmatig gepleit.[290] In ieder geval mag worden verwacht dat de bestuursrechter partijen tijdig informeert over de implicaties van een bewijsaanbod. Verder dient hij een relevant gespecificeerd[291] bewijsaanbod te herkennen en hier tijdig op te reageren. De afwijzing van een aanbod tot bewijs dient expliciet te geschieden onder een draagkrachtige motivering.[292] Dit zou eveneens nader bij wet kunnen worden geregeld.

In dit kader zal dan wel helder moeten zijn wat precies onder een bewijsaanbod moet worden verstaan. Op basis van elementen die kunnen worden ontleend aan de geldende Nederlandse civielrechtelijke leer[293] en het Duitse bestuursprocesrecht[294] kom ik tot de volgende omschrijving. Onder een bewijsaanbod dient te worden verstaan het vormvrije onvoorwaardelijke en gemotiveerde tijdige aanbod van een procespartij aan de rechter om haar in staat te stellen door middel van een toelaatbaar bewijsmiddel naar keuze bewijs ten aanzien van specifieke en relevante feiten te leveren.

2.7 Conclusie

De traditie wil dat het Nederlandse bestuursprocesrecht uitgaat van een vrije bewijsleer. De standaardliteratuur onderstreept dit steevast. Bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht ging ook de wetgever ervan uit dat in het bestuursproces geen behoefte bestaat aan regels van materieel bewijsrecht. De bestuursrechter zou immers een actieve rechter zijn die materiële waarheidsvinding centraal stelt en die – als dit nodig is – naar redelijkheid en billijkheid de bewijslast over partijen verdeelt. Hierbij zou hij betekenis toekennen aan de gedachte van ongelijkheidscompensatie.

Dat de bestuursrechtelijke bewijsbenadering 'vrij' is moet direct worden genuanceerd. Wie kennis neemt van het Nederlandse bestuursprocesrecht zal snel belangrijke hoofdregels inzake het bepalen van de bewijsomvang en de verdeling van bewijslast in kaart kunnen brengen. Deze worden ook in de literatuur goed beschreven. Objectieve en billijkheidselementen worden in dit kader gecombineerd. In zoverre schetste de wetgever dan ook geen correct beeld van het bestuursrechtelijke bewijsrecht.

De rechtsontwikkeling heeft sinds de komst van de Algemene wet bestuursrecht verder uitgewezen dat de Nederlandse bestuursrechter steeds passiever is geworden. Hij doet weinig aan actief feitenonderzoek, werkt zittingsgericht en maakt bijgevolg

290. Zie reeds Hoogendijk-Deutsch 1992, p. 323; zie verder bijv. E. Nijhuis, Bewijsvoering in het bestuursrecht. Een tour d'horizon door de jurisprudentie, Gst. 7077 (1998), p. 318.
291. Zie ABRvS 3 juli 2002, AB 2003, 447 m.nt. BJS.
292. Vgl. bijv. ook Barkhuysen/Damen 2007, p. 340 (aanbeveling 20).
293. Zie bijv. Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 213.
294. Zie paragraaf 3.5.1 van dit preadvies.

(te) weinig werk van het gerechtelijk vooronderzoek. Vooral de bewijsrechtelijke mogelijkheden die dit onderzoek biedt worden onderbenut. Doordat in meer complexe zaken bewijsrechtelijke problemen bijvoorbeeld niet tijdig door partijen en bestuursrechter onder ogen worden gezien (bijv. tijdens een comparitie) komt bewijsrechtelijke voorlichting vaak te laat.[295] Gelijktijdig is de gedachte dat de (principieel) verschillende posities van bestuur en burger in het feitenonderzoek moeten worden verdisconteerd verdampt. Het processueel ondersteunen van de burger in zijn bewijsvoering wordt zelfs in verband gebracht met partijdige rechtspraak.

De Nederlandse bestuursrechter beschikt op grond van de wet over een indrukwekkend arsenaal aan bevoegdheden om de relevante feiten te onderzoeken, maar hij maakt hier weinig gebruik van. In het algemeen is ook slecht voorspelbaar hoe en wanneer de bestuursrechter zich laat aanzetten tot ambtshalve feitenonderzoek. Deze ontwikkelingen binnen het bestuursprocesrecht worden geflankeerd door het partijenkarakter van het bestuursproces sterk te benadrukken. Hierbij past dat bewijsverantwoordelijkheden primair bij partijen worden gelegd. Deze partijen weten vaak echter niet wat van hen wordt verwacht.

De Nederlandse bestuursrechter toont zich niet alleen passief met betrekking tot het feitenonderzoek maar hij stelt zich ook terughoudend op waar het aankomt op het voeren van bewijsregie. Van een gerichte bewijsregie – en een temporele sturing van het proces van bewijsvoering – is vrijwel geen sprake. Juist in een 'partijenproces' kan en mag bewijsregie echter niet ontbreken. Partijen moeten weten wat, wanneer en door wie moet worden bewezen. Weliswaar ontbreken in het Nederlandse bestuursprocesrecht diverse formele rechterlijke bevoegdheden tot sturing van de bewijsvoering (bijv. bewijsvoorlichtingsplicht, tussenuitspraak en formele bewijsopdracht), toch lijkt dit niet de belangrijkste verklaring voor de rechterlijke passiviteit. Er lijkt vooral sprake te zijn van een rechtscultureel probleem dat is versterkt onder invloed van productiedoelstellingen en beperkte financiële middelen. Een vruchtbare voedingsbodem om serieus werk te maken van feitenonderzoek en bewijsvoering ontbreekt hierdoor. De bewijsrechtelijke onzekerheid voor partijen wordt in de literatuur als een groot probleem ervaren. Deze onzekerheid wordt verder vergroot doordat bestuursrechters meestal slechts in (zeer) beperkte mate verantwoording afleggen waar het aankomt op hun bewijswaardering en de gevolge bewijsconstructie.

Bij dit alles komt dat het Nederlandse bestuursprocesrecht gebukt gaat onder een slepende discussie over de wijze waarop de bestuursrechter zich mag inlaten met de relevante feiten. Deze discussie raakt het bewijsrecht in het hart. De klassiek-rechtsstatelijke opvatting (directe feitenbemoeienis) staat hier (nog steeds) tegenover de zorgvuldigheidsbenadering. Deze laatste benadering legt het (gezaghebbende) primaat met betrekking tot de vaststelling van feiten bij het bestuur. De bestuursrechter is in dit verband gehouden tot een zorgvuldigheidscontrole. Hierbij staat primair de vraag centraal of het bestuursorgaan de relevante feiten zorgvuldig heeft vastgesteld en of de burger hierbij – onder begeleiding van het bestuur – zijn 'bewijs-

295. Zie hierover A.T. Marseille, De bestuursrechter en diens vrijheid. Van actief naar lijdelijk (en weer terug?), Trema 2007/10, p. 430.

verantwoordelijkheden' heeft genomen. Dit alles heeft tot gevolg dat zich in Nederland een soort van hybride bestuursrechtelijk bewijsrecht heeft ontwikkeld waarbij uit besluitvormingsregels 'bewijsregels' worden afgeleid. De gedachte dat het leveren van bewijs toch vooral is gerelateerd aan de rechterlijke fase is hierdoor naar de achtergrond verdwenen.

3 Feitenonderzoek door de rechter, partijverantwoordelijkheden en bewijsregels in het Duitse bestuursprocesrecht

3.1 Inleiding

In dit deel van het preadvies[296] wordt ingegaan op de rol van de Duitse bestuursrechter (in eerste aanleg) ten aanzien van de vaststelling van de feiten. Tevens worden de verantwoordelijkheden van partijen met het oog op het proces van bewijsvoering belicht. Ook komen andere kenmerken van het Duitse bewijsrecht in bestuursrechtelijke zaken aan bod.

Voordat wordt ingegaan op het bewijsrecht als zodanig volgen eerst enkele vergelijkende opmerkingen over het *Verwaltungsprozessrecht* en het Awb-procesrecht. Tevens wordt de reden voor rechtsvergelijking met het Duitse recht toegelicht.

3.1.1 Bestuursprocesrechten op het kruispunt van rechtsbescherming en controle

De keuze voor een meer uitvoerige rechtsvergelijking met het Duitse bestuursprocesrecht is niet willekeurig. Zoals zal blijken is er op rechtssystematische gronden veel voor een zodanige vergelijking te zeggen. Het Duitse bestuursprocesrecht en het Awb-procesrecht zijn op belangrijke punten verwant. Hierbij is niet onbelangrijk dat het Nederlandse bestuursprocesrecht steeds meer opschuift in de richting van een 'subjectief' georiënteerd procesmodel. Het Duitse model is in dit kader, zoals bekend, kenmerkend.

Toch is de directe aanleiding voor rechtsvergelijking gelegen in het derde evaluatieonderzoek van de Algemene wet bestuursrecht. In het kader van dit onderzoek is met het oog op het feitenonderzoek door de bestuursrechter al onderzoek gedaan naar het Duitse bestuursprocesrecht. De onderzoekers kwamen tot de opmerkelijke

296. Gebruikte Duitse afkortingen: AöR, *Archiv des öffentlichen Rechts*; Abs., *Absatz*; BGBl, *Bundesgesetzblatt*; BVerfG(E), *Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen)*; BVerwG, *Bundesverwaltungsgericht*; DVBl, *Deutsches Verwaltungsblatt*; GG, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*; NVwZ, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*; NVwZ-RR, *NVwZ Rechtsprechungs-Report*; VwGO, *Verwaltungsgerichtsordnung*; VwGOÄndG, *Gesetze zur Änderung der VwGO*; VwVfG, *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

conclusie dat de Duitse bestuursrechter in belangrijke mate bijdraagt aan de rechtszekerheid voor partijen op het punt van de bewijsvoering en zo weet te voorkomen dat hij veelvuldig uitspraken doet waarin partijen worden verrast door het oordeel dat feiten onvoldoende aannemelijk zijn geworden.[297] Door de onderzoekers werd daarom bij herhaling gepleit voor het putten van bewijsrechtelijke inspiratie uit het Duitse recht.[298] Kennelijk scoort het Duitse bestuursprocesrecht dus beter dan het Nederlandse waar het aankomt op bewijsrechtelijke vraagstukken. Problemen die in het Nederlandse stelsel als nijpend worden ervaren lijken in Duitsland (in ieder geval ten dele) te zijn ondervangen. Dit vormt een goede reden voor een nadere analyse van het Duitse bestuursrechtelijke bewijsrecht, zeker nu de Commissie Evaluatie Awb III rechtsonzekerheid met betrekking tot de bewijsvoering in het Nederlandse bestuursproces als een wezenlijk probleem heeft onderkend.[299]

Het Duitse bestuursprocesrecht kent een duidelijk subjectieve oriëntatie. Aan de rechtsbeschermingsfunctie – die ook een centrale positie inneemt in het Nederlandse bestuursprocesrecht – wordt veel betekenis toegekend. Dit komt goed tot uitdrukking in het stelsel van *Klagen*[300] dat ertoe strekt justitiabelen in staat te stellen in rechte op te komen tegen de schending van *hun* subjectieve (publieke) rechten door het bestuur. De inleiding van de rechtsgang door Klagen (die bijv. naast een verzoek tot *Aufhebung* of afgifte van een beschikking, tevens kunnen zien op het verkrijgen van een gebod tot overheidshandelen of een declaratoir) verraadt een 'civielrechtelijke' oriëntatie. De mogelijkheid tot het doen van tussenuitspraken en gedeeltelijke einduitspraken wijst hier eveneens op. Van belang is verder dat het formele en materiële bewijsrecht in bestuursrechtelijke zaken (ten dele) op het burgerlijk procesrecht is gebaseerd. Te wijzen valt in het bijzonder op de hoofdregels met betrekking tot het materiële bewijsrecht. Het Verwaltungsprozessrecht zoekt hier aansluiting bij het civiele recht. De bewijsaandraagplicht bij inleiding van de procedure (§ 82 Abs. 1 VwGO) is eveneens van civielrechtelijke herkomst. Toch kent het Verwaltungsprozessrecht ook elementen die terugvoeren op de publiekrechtelijke 'controlefunctie'. De rechterlijke plicht tot actief feitenonderzoek in het belang van de materiële waarheidsvinding – de *Untersuchungsgrundsatz*[301] (§ 86 Abs. 1 VwGO) – behoort in dit verband waarschijnlijk tot de meest markante bouwstenen van het Duitse model.

Zowel het Duitse als het Nederlandse bestuursprocesrecht stellen, zoveel is direct duidelijk, ieder op hun eigen wijze de rechtsbeschermingsfunctie centraal. Beide procesrechten kennen met het oog hierop rechtsfiguren die zijn ontleend aan het

---

297. Barkhuysen/Damen 2007, p. 155
298. Barkhuysen/Damen 2007, p. 332-333.
299. Commissie Awb III 2007, p. 27.
300. De *Klage* kan wellicht nog het beste worden vergeleken met een bepaald verzoek aan de bestuursrechter of – zo men wil – een vordering. Het Duitse bestuursprocesrecht kent een gevarieerd stelsel van Klagen dat deels op de wet steunt en deels op rechtspraak. Belangrijke Klagen zijn bijv. de *Anfechtungsklage*, de *Verpflichtungsklage* (gericht op het verkrijgen van een bevel tot het nemen van een bepaald besluit) en de *Feststellungsklage*. Op basis van deze laatste Klage is het bijv. mogelijk om de bestuursrechter te verzoeken de nietigheid van een besluit vast te stellen. Zie over de verschillende Klagen bijv. P. Willemsen, Een meer definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Nijmegen: WLF 2008, p. 14 e.v.

(civielrechtelijke) *recours subjectif*. Deze figuren geven uitdrukking aan de autonomie van partijen, welke 'autonomie' aan de zijde van het bestuur door wet- en rechtsbinding overigens beperkt is. Noch het Duitse, noch het Nederlandse procesmodel heeft echter volledig gebroken met elementen van het ambtshalve controlemodel. In zoverre moeten de gemaakte opmerkingen over de subjectieve oriëntatie van het Duitse bestuursprocesrecht in de juiste context worden geplaatst. Een vergelijking tussen beide procesrechten is juist interessant gelet op het samengaan van subjectieve en objectieve proceselementen.[302]

Van belang is in dit verband vooral de vraag welke invloed het bewijsrecht ondervindt (of kan ondervinden) van de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursproces. Hier kunnen verschillende wegen worden bewandeld. Men moet in ieder geval voorzichtig zijn met de opvatting dat een subjectieve oriëntatie van een (bestuurs)procesrecht zonder meer dwingt tot een meer civielrechtelijke stroomlijning van het bewijsrecht met inbegrip van het introduceren van vergaande partijverantwoordelijkheden, formele bewijsvoeringslasten en bewijsopdrachten.

Bij dit alles verdient aantekening dat het Nederlandse bestuursprocesrecht in essentie nog steeds is gebaseerd op het (objectieve) besluitmodel (het vernietigingsberoep). Het kent geen gedifferentieerd stelsel van *vorderingen* op basis waarvan het bestuursrechtelijke geding kan worden ingeleid. Het Nederlandse bestuursrechtelijke bewijsrecht is, voor zover dit al is uitgekristalliseerd, dan ook niet zozeer gericht op het bewijzen of bestrijden van vorderingen op tegenspraak. Toch beweegt het Awb-procesrecht zich steeds meer in de richting van een op subjectieve leest geschoeid procesmodel. Tevens is sprake van meer rechterlijke passiviteit waar het aankomt op het bewijzen van feiten. Juist tegen deze achtergrond is het zinvol te bezien of de ontwikkelingen in de sfeer van het bestuursrechtelijke bewijsrecht in ons land in de pas lopen met die in Duitsland. Volgt met andere woorden uit een subjectivering van het bestuursprocesrecht (noodzakelijkerwijs) ook een meer lijdelijke rechter?

3.1.2 Convergentie en divergentie van verwante procesrechten

In het Nederlandse bestuursprocesrecht werden de bakens in 1994 verzet van 'controle' naar 'rechtsbescherming'. Dit laatste begrip werd met name opgevat als 'geschilbeslechting'.[303] Richtinggevend werd in dit verband artikel 8:69 lid 1 Awb.

---

301. Zie over dit onderwerp uitvoerig het *Habilitationsschrift* (Universität Göttingen) van Marcel Kaufmann uit 2002 waarvan ik bij het schrijven van dit deel van het preadvies, naast de gangbare handboeken, tijdschriftartikelen en rechtspraak, dankbaar gebruik kon maken. M. Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen: Mohr Siebeck 2002. Via dit uitvoerige werk is nagenoeg alle (oudere) literatuur over het Duitse bestuursrechtelijke bewijsrecht ontsloten. De Awb-evaluatieonderzoekers beschikten kennelijk niet over dit werk, maar maakten wel gebruik van het wat oudere boek van R. Köhler-Rott, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess und die Mitwirkungslast der Beteiligten, München: Verlag V. Florentz 1997.
302. Zie over de 'mix' tussen deze elementen in het Duitse bestuursproces bijv. ook A.J. Bok, Omvang van het beroep. Een vergelijking met het Franse en Duitse bestuursprocesrecht, in: G.H. Addink e.a. (red.), Grensverleggend Bestuursrecht (Liber Amicorum prof. mr. J.B.J.M. ten Berge), Kluwer: Alphen aan den Rijn 2008, p. 309 e.v.
303. In het Duitse bestuursprocesrecht heeft 'rechtsbescherming' een meer specifieke inkleuring. Het gaat hier om geschilbeslechting naar aanleiding van de (mogelijke) *inbreuk op een subjectief (publiek) recht*.

Dit artikel bepaalt, zoals bekend, dat de rechter in beginsel uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift en de daarin geformuleerde beroepsgronden. Hiermee werd in navolging van het burgerlijke procesrecht met betrekking tot de afbakening van het geschil (vooral aan de zijde van de wederpartij van het bestuur) een versterking beoogd van de partijautonomie. Een belangrijk gevolg van de binding van de bestuursrechter aan de inhoud van het beroepschrift is dat deze, uitzonderingen daargelaten, het verbod van *ultra petita* moet respecteren. Een ander gevolg van het centraal stellen van de rechtsbeschermingsfunctie is het verbod op *reformatio in peius* (of in goed Duits het verbod op *Verböserung*). In beginsel mag een appellant ten gevolge van het instellen van een rechtsmiddel niet in een ongunstiger positie komen te verkeren.

Op deze punten sluiten het Awb-procesrecht en het Duitse bestuursprocesrecht op elkaar aan, zij het niet naadloos. Zo is het verbod op ultra petita naar Duits bestuursprocesrecht verwoord in § 88 VwGO. Hierin is bepaald: 'Das Gericht darf über das Klagebegehren nicht hinausgehen, ist aber an die Fassung der Anträge nicht gebunden.' De toepassing van deze – wat cryptisch geformuleerde bepaling – laat een opvallend verschil zien met het Nederlandse bestuursprocesrecht. De Duitse bestuursrechter is naar de heersende opvatting weliswaar gebonden aan een Klage – of beter aan de strekking van de Klage[304] –, maar niet zonder meer aan de (feitelijke) gronden waarop deze steunt.[305] Een Klage kan namelijk worden ingewilligd op andere gronden dan die door een partij zijn aangevoerd. Dit uitgangspunt is echter in discussie. Er is in Duitsland sprake van een b(l)oeiend debat over *unzulässige Fehlersuche*.[306] De rechtspraktijk lijkt overigens uit te wijzen dat de bestuursrechter de gulden middenweg bewandelt. Hij laat zich, wat de omvang van de toetsing en het feitenonderzoek betreft, in beginsel leiden door hetgeen door partijen wordt aangevoerd en vertrouwt op zijn ervaring.[307]

Het verbod op ultra petita maakt naar Duits bestuursprocesrecht deel uit van de ruimere *Verfügungsgrundsatz* (*Dispositionsmaxime*). Dit principe geeft uitdrukking aan de partijautonomie. Het is in beginsel aan partijen om de omvang van de rechtsstrijd af te bakenen (waarbij – vgl. het civiele procesrecht – verandering van een Klage binnen bepaalde grenzen aan de orde kan zijn (vgl. § 91 VwGO)). Partijen kunnen verder invloed uitoefenen op het einde van het rechtsgeding, bijvoorbeeld door het terugnemen van een Klage, door afstand van recht of door compromis. In het Nederlandse bestuursprocesrecht komt de partijautonomie in dit verband tot uitdrukking in de bevoegdheid om – binnen bepaalde grenzen – beroepsgronden te wijzigen of aan te vullen en in de bevoegdheid tot intrekking van het beroep.

---

304. Dit leidt weer tot het leerstuk van *Umdeutung*. Het is de bestuursrechter toegestaan om een Klage binnen de grenzen van het Rechtsschutzziel te herformuleren op voorwaarde dat bij toewijzing van de Klage géén reformatio in peius optreedt. Zo kan de rechter een Klage die is gericht tegen een vergunningvoorschrift opvatten als een Klage die er (mede) toe strekt het bestuur te verplichten om een nieuwe aangepaste vergunning af te geven.
305. Zie bijv. BVerwG NVwZ 2007, 104.
306. Hierover bijv. J. Arntz, Untersuchungsgrundsatz und anwaltliche Mitwirkung im Verwaltungsprozess, DVBl 2008, p. 80 e.v.
307. Arntz 2008, p. 82.

Het Nederlandse en Duitse bestuursprocesrecht zijn, zo blijkt, op wezenlijke punten aan elkaar verwant. Bovendien zijn beide procesrechten uitvoerig gecodificeerd en worstelen zij met vergelijkbare problemen. Te wijzen valt op de discussies over tijdigheid, finaliteit en doelmatigheid van bestuursrechtspraak.[308] Opmerkelijk is ook dat het Nederlandse bestuursprocesrecht zich steeds meer in de richting van het Duitse procesmodel lijkt te ontwikkelen. De toegenomen aandacht voor het vorderingenmodel en de figuur van de verzoekschriftprocedure wijst daarop.[309] Daarnaast speelt de discussie over een introductie van een Schutznormvereiste in de Algemene wet bestuursrecht. Deze discussie zal naar verwachting met het wetsvoorstel tot aanpassing van het bestuursprocesrecht tot een (voorlopige) ontknoping komen. Het Schutznormvereiste raakt, zoals bekend, het hart van het Duitse 'subjectieve' rechtsbeschermingsmodel. In geval van een onrechtmatige Verwaltungsakt mag de Duitse bestuursrechter die slechts *aufheben voor zover* de subjectieve rechten van de *Klager* hierdoor zijn geschonden (§ 113 Abs. 1). Deze rechten liggen vaak besloten in wettelijke normen met een specifiek beschermingsbereik of direct in de betrokken grondrechten.[310]

3.1.3 Untersuchungsgrundsatz versus bevoegdheid tot feitenaanvulling

Het voorafgaande maakt duidelijk dat het Duitse bestuursprocesrecht een bijzonder, in Nederland – zeker met betrekking tot het bewijsrecht – slechts beperkt verkend,[311] referentiekader biedt voor de beoordeling van ontwikkelingen in het Nederlandse bestuursprocesrecht. Dit geldt zeker nu de Verwaltungsgerichtsordnung voorziet in enkele interessante bewijsrechtelijke bepalingen die beoordeeld kunnen worden op hun waarde voor het Awb-procesrecht.

Maar er is meer. Op papier zijn het Nederlandse en Duitse bestuursprocesrecht óók verwant waar het aankomt op de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor het feitenonderzoek. Zoals in paragraaf 2.2.3 van dit preadvies naar voren

---

308. In Duitsland heeft de wetgever vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw maatregelen van diverse aard getroffen in het algemene bestuursprocesrecht en in de bijzondere bestuurswetgeving om de doelmatigheid van de rechtsbescherming te bevorderen. Men spreekt over *Beschleunigungsgesetzgebung* en *Entlastungsgesetzgebung*. Een overzicht van de diverse wettelijke maatregelen treft men aan bij F. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 35-36. Zie voor de oudere wijzigingen en een historische analyse bijv. P. Stelkens, Das Gesetz zur Neuregelung des Verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOÄndG) – das Ende einer Reform?, NVwZ 1991, p. 209 e.v. Te wijzen valt bijv. op het belang van de alleensprekende bestuursrechter in eerste aanleg (§ 6 VwGO), nieuwe mogelijkheden om vormfouten te herstellen en te passeren, het verruimen van de mogelijkheden voor het bestuur om een aangevallen besluit hangende de procedure nader te onderbouwen, het beperken van de mogelijkheid van hoger beroep, het beperken van de schorsende werking van beroep in de sfeer van het 'Baurecht' en diverse – wat wij zouden noemen – trechterconstructies ter versmalling van de rechtsstrijd. Enkele maatregelen zijn, mede naar aanleiding van rechtsstatelijke debatten, inmiddels weer teruggedraaid (zie Hufen 2008, p. 547).
309. Zonder volledigheid na te streven wijs ik op de denkbeelden van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, zoals weergegeven in haar eindrapport 'De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 82 e.v. Zie verder bijv. N. Verheij, Van besluit naar vordering? Vragen bij een Maastrichts bestuursprocesrecht, in: Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 275 e.v.
310. Hierover bijv. R.J.N. Schlössels, B.J. van Ettekoven, B. Schueler & M. van Harten, Bijdragen aan het relativiteitsdebat, NTB 2007, p. 245 e.v. Met vele literatuurverwijzingen.

kwam, ging de Nederlandse wetgever er bij de totstandkoming van het uniforme bestuursprocesrecht van uit dat de bestuursrechter een actieve rechter is die ambtshalve een (mede)verantwoordelijkheid draagt voor het vaststellen van de relevante feiten. Aan materiële waarheidsvinding, actief feitenonderzoek en ongelijkheidscompensatie werd door de wetgever – zij het onder enkele nuanceringen – principiele betekenis toegekend.[311] De bestuursrechter werd in dit kader voorzien van de bevoegdheid om de feiten aan te vullen (artikel 8:69 lid 3 Awb).

Ook naar Duits bestuursprocesrecht komt aan de bestuursrechter een bijzondere verantwoordelijkheid toe in de sfeer van het feitenonderzoek. De in de wet neergelegde Untersuchungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO) stelt namelijk voorop dat de rechter de feiten ambtshalve moet onderzoeken. Deze benadering heeft, zoals nog zal blijken, in Duitsland aanzienlijke gevolgen voor de inrichting van het formele en materiële bestuursrechtelijke bewijsrecht.

Inmiddels heeft de rechtsontwikkeling in Nederland uitgewezen dat de bestuursrechter weliswaar door de wetgever de rol is toebedacht van actieve feitenonderzoeker, maar dat deze rol slechts zeer beperkt wordt waargemaakt. Verklaringen hiervoor voeren terug op principiële ideeën over de taakverdeling tussen bestuur en rechter, de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure, de invulling van partijverantwoordelijkheden, beperkte financiële middelen voor gerechtelijk (voor)onderzoek, te weinig tijd, productiedoelstellingen en misschien ook wel op een zekere rechterlijke gemakzucht.

Van belang is verder dat het derde lid van artikel 8:69 Awb is geformuleerd als een *discretionaire* rechterlijke bevoegdheid. Dit gegeven lijkt rechterlijke passiviteit in de hand te werken: feitenonderzoek mag, maar het hoeft niet. De verantwoordelijkheid van de Nederlandse bestuursrechter met betrekking tot het feitenonderzoek is aanzienlijk vrijblijvender dan die van zijn Duitse collega. Hierbij komt dat de Nederlandse bestuursrechter het spaarzame gebruik van zijn bevoegdheid tot feitenaanvulling slechts beperkt toelicht. Bovendien is voor partijen vaak weinig inzichtelijk wanneer en in welke gevallen met het oog op de vaststelling van feiten ambtshalve onderzoeksbevoegdheden worden uitgeoefend, terwijl de motivering als het aankomt op het al dan niet uitoefenen van onderzoeksbevoegdheden, het afwijzen of honoreren van (informeel) bewijsaanbod en het al dan niet horen van getuigen te wensen overlaat. Waar men in de Duitse bestuursrechtspraak niet zelden uitvoerige beschouwingen aantreft over het al dan niet toelaten van getuigenbewijs (van enkele

---

311. Zie wat betreft de aandacht voor het Duitse bestuursprocesrecht op het punt van de bewijsproblematiek en de rechterlijke bemoeienis met de feiten – naast het aangehaalde Awb-evaluatieonderzoek – bijv. Y.E. Schuurmans & P.A. Willemsen, Bestuurlijke en rechterlijke feitenvaststelling, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), De rechtsstaat als toetsingskader, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 291 e.v. en K.J. de Graaf, Schikken in het bestuursrecht, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 246 e.v. Ook het rechtsvergelijkende preadvies van Willemsen stipt verschillende bewijsrechtelijke onderwerpen aan, maar richt zich vooral op het thema definitieve geschilbeslechting. P. Willemsen, Een meer defnitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht, Nijmegen: WLP 2008.

312. PG Awb II, p. 175.

pagina's overwegingen is men niet vies[313]), daar maakt de Nederlandse bestuursrechter weinig werk van de motivering van beslissingen in het kader van de bewijsvoering.

Juist op het punt van het feitenonderzoek en de bewijsvoering dienen zich dan ook belangrijke verschillen aan tussen het Nederlandse en het Duitse bestuursprocesrecht. Deze verschillen zijn maar gedeeltelijk te verklaren op basis van *de structuur* van het procesrecht en de aard van de geschillen. Basale opvattingen over de rechtsstatelijke taak van de bestuursrechter met het oog op feitenonderzoek lijken – naast verschillen in rechtscultuur en historische achtergronden – van belang. Een en ander maakt een vergelijking eens temeer interessant. Dit geldt zeker nu het hedendaagse Duitse bestuursprocesrecht, zoals hierna zal blijken, het uitgangspunt van actief feitenonderzoek door de rechter op een evenwichtige wijze weet te combineren met verantwoordelijkheden van partijen voor de bewijsvoering onder gelijktijdige aandacht voor procesdoelmatigheid.[314] Waar de Nederlandse bestuursrechter neigt naar lijdelijkheid en vergaande procesverantwoordelijkheden voor partijen, daar lijkt het Duitse bestuursprocesrecht rechterlijke activiteit juist met afgewogen partijverantwoordelijkheden te verenigen. Hierdoor wordt uitdrukking gegeven aan een *gedeelde verantwoordelijkheid* voor het proces van bewijsvoering.

3.2 De leer van de Untersuchungsgrundsatz

De Untersuchungsgrundsatz brengt met zich dat de Duitse bestuursrechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd de relevante feiten ambtshalve *moet* onderzoeken. Hiermee wordt uitdrukking gegeven aan het inquisitoire karakter van het bestuursproces.

3.2.1 Historische schets

De leer van de Untersuchungsgrundsatz kent een lange traditie en voert – en dit is opmerkelijk – onder meer terug op het Pruisische *civiele* procesrecht. De zogenoemde *Inquisitionsmaxime* was in dit Duitse land kenmerkend voor het burgerlijk proces vanaf het laatste kwart van de achttiende eeuw tot ongeveer het midden van de negentiende eeuw. De 'actieve rechter' werd in Pruisen ingevoerd in 1781 (*Corpus Juris Fridericianus Erstes Buch von Prozessordnung* van 26 april 1781). Er was sprake van een rechtspolitieke reactie op het oude (algemeen-Duitse) procesrecht waarin volgens de opvatting van de Pruisische regering advocaten een te grote rol speelden. De betrokkenheid van advocaten leidde, zo was de overtuiging, tot een slepende en ingewikkelde rechtsgang waarbinnen de rechtsbescherming van de 'gewone man' niet voldoende was gewaarborgd.

---

313. Ik geef toe dat juist deze overmatige motiveringsactiviteiten de Nederlandse bestuursrechter misschien de wenkbrauwen doen fronsen. Waar de Nederlandse rechtspraak op het punt van de bewijsrechtelijke motivering tekort schiet, daar draaft de Duitse rechtspraak soms door.
314. Zoals bekend heeft het Duitse bestuursprocesrecht geen al te beste naam gelet op doorlooptijden. Sinds de jaren negentig gaat er echter veel aandacht uit naar bespoediging.

Het was koning Frederik de Tweede ('de Grote') die een belangrijk stempel drukte op de hervormingen van het Pruisische procesrecht. In een lezenswaardige bijdrage in het Deutsches Verwaltungsblatt merkte Arntz, president van het Keulse Verwaltungsgericht, in 2008 enigszins gekscherend over hem op:

> 'Er hatte eine unüberwindliche Abneigung gegen Anwälte, die er offenkundig von seinem Vater, Friedrich Wilhelm I. geerbt hatte. Übrigens mochte er auch Richter nicht, hielt sie für faul und bestechlich und traute ihnen jede erdenkliche Schlechtigkeit zu.'[315]

Frederiks afkeer van advocaten won het van zijn afkeer van rechters. Dit had belangrijke gevolgen voor de autonomie van procespartijen in het Pruisische procesrecht evenals voor hun verantwoordelijkheden ten aanzien van de bewijsvoering. De rechter werd namelijk aangewezen als de eerstverantwoordelijke voor de *Sachaufklärung*. De functie van de traditionele advocaat werd overgenomen door ambtelijke *Justizkommissare* die partijen terzijde stonden. Partijen zelf werden verplicht om feiten volledig en naar waarheid naar voren te brengen, overigens zonder een helder processueel sanctiesysteem. Hoewel de advocaat weer in 1793[316] terugkeerde in het Pruisische proces werd vastgehouden aan de rechterlijke plicht tot ambtshalve feitenonderzoek. Deze werd niet langer exclusief gezien als een instrument van procesdoelmatigheid, maar tevens als een meer principieel element van het proces. De gedachte won terrein dat aan de rechterlijke plicht tot ambtshalve rechtstoepassing inherent was de verplichting tot waarheidsvinding. Hierbij kon de rechter zich overigens beperken tot de feiten zoals deze naar voren werden gebracht door partijen en zoals deze naar voren kwamen uit de proceshandelingen.[317]

De Pruisische rechtspraktijk wees in de jaren daarna uit dat de werkdruk voor de gerechten en de duur van procedures aanzienlijk toenam. Dit leidde in het civiele proces uiteindelijk weer tot het herstel van de partijautonomie waarbij, zoals Kaufmann signaleert,[318] onder invloed van Kantiaanse denkbeelden de noodzaak tot bewijs van feiten werd gerekend tot het domein van de betrokken partijen. Hiermee werd de Verhandlundsgrundsatz gevestigd die tot op heden kenmerkend is voor het civiele procesrecht.

Binnen het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming wist de plicht tot ambtshalve feitenonderzoek zich in de negentiende eeuw echter blijvend en stevig te verankeren. In de Duitse landen kwam onder invloed van rechtsstatelijke opvattingen, véél eerder dan in Nederland, 'echte' bestuursrechtspraak tot stand (nl. in de tweede helft van de negentiende eeuw). Hierbij verdient aantekening dat de Duitse landen ook voorheen al behoorlijk ontwikkelde administratieve stelsels kenden, waarbinnen geschilbeslechting door het bestuur of door semi-rechterlijke colleges was verzekerd (vgl. de *Administrativjustiz* (Württemberg, Bayern, Sachsen), *Kammerjustiz* (Preussen)). Binnen deze stelsels werd zonder uitzondering de nadruk gelegd

315. Arntz 2008, p. 78.
316. Zie de *Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten* (AGO) van 6 juli 1793.
317. Kaufmann 2002, p. 29.
318. Kaufmann 2002, p. 60.

op ambtshalve feitenonderzoek.[319] Voor de geschilbeslechting in bestuursrechtelijke zaken werd het civielrechtelijke uitgangspunt van partijautonomie gelet op de betrokkenheid van het *algemeen belang* ongeschikt geacht.

De komst van de 'echte' bestuursrechtspraak ging in de meeste Duitse landen niet zonder slag of stoot. Ook hier kwamen de voorstanders van onafhankelijke rechtspraak (al dan niet door de gewone rechter) en de voorstanders van geschilbeslechting binnen de bestuursorganisatie elkaar tegen. Anders dan in Nederland leidden de discussies niet tot een impasse. Er werd echter niet voor één uniform rechtsbeschermingsmodel gekozen. Zo ontstonden per land verschillen waar het aankwam op de hoeveelheid instanties, de omvang van de rechterlijke bevoegdheid (bijv. enumeratie versus algemene bevoegdheid (*Generalklausel*)) en de mate van scheiding van de functies van bestuur en rechtspraak. Ook ten aanzien van de invulling van de functie van het bestuursproces bestond verschil van opvatting. Zo neigde Pruisen naar een objectief-controlemodel, terwijl de zogenoemde Zuid-Duitse opvatting juist de bescherming van subjectieve rechten centraal stelde.[320] Vooral deze laatste opvatting liet zich inspireren door het civiele procesmodel. Het actuele Duitse bestuursprocesrecht, zoals neergelegd in de hedendaagse Verwaltungsgerichtsordnung, verenigt nog steeds elementen van de oudere Duitse administratieve procesrechten die steunden op verschillende en gevarieerde tradities. Het subjectief georiënteerde procesmodel werd uiteindelijk echter dominant.

Wat opmerkelijk mag heten is dat de Duitse bestuursrechtelijke rechtsgeschiedenis zonder enige twijfel uitwijst dat de keuze voor een objectief of subjectief procesmodel *niet* bepalend hoeft te zijn voor de rechterlijke taakopvatting in de sfeer van de bemoeienis met het feitenonderzoek en het proces van bewijsvoering. Dat de bestuursrechter zich, ook onafhankelijk van partijstandpunten, actief moet inlaten met het feitenonderzoek en de waarheidsvinding was in alle Duitse landen een breed gedragen opvatting. Ook in de op subjectieve leest geschoeide stelsels (Baden, Württemberg, Bayern en Sachsen) kwam dit uitgangspunt in de wetgeving goed naar voren. De overtuiging dat in het bestuursproces, anders dan in het civiele proces, steeds het algemeen belang is vertegenwoordigd vormde (en vormt) het belangrijkste fundament voor deze opvatting.

Opvallend genoeg werd naar aanleiding van het objectief georiënteerde Pruisische procesmodel nog de meest intensieve discussie gevoerd naar aanleiding van de vraag in hoeverre op de bestuursrechter een plicht rust tot materiële waarheidsvinding. De literatuur interpreteerde de toepasselijke wetgeving verschillend. Uiteindelijk koos het Pruisische *Oberverwaltungsgericht* voor de zogenoemde strenge variant van de *Untersuchungsmaxime*, maar de rechtspraak bleek niet constant.[321] Kaufmann wijst in dit verband op het uitvoerige rechtshistorische onderzoek van Richter[322] die tot de conclusie kwam dat *juist* in het Pruisische bestuursproces partijen een verantwoorde-

---

319. Kaufmann 2002, p. 64 e.v.
320. Zie hierover bijv. R.J.N. Schlössels, Bestuurlijke vrijheden en toetsing. Een rechtsvergelijkende en historische beschouwing over de intensiteit van administratieve rechtsbescherming in Nederland en Duitsland, in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof (red.), Vijf jaar JB en de Awb, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 76 e.v.
321. Kaufmann 2002, p. 92-93.
322. M. Richter, Die Untersuchungsmaxime im älteren Verwaltungsprozess, Frankfurt am Main 1998.

lijkheid droegen voor het feitenonderzoek. Rechtspraak waarin sprake is van vergaande bewijstechnische substantiëringslasten voor partijen wijst dit ook uit.[323]

3.2.2 *Algemene karakteristiek onderzoeksplicht en constitutionele verankering*

In het Duitse bestuursproces heeft de actieve feitenrechter zich tot op heden weten te handhaven. De Untersuchungsgrundsatz, die overtuigend steun vindt in de heersende leer, vormt anno 2009 nog steeds een wezenlijk element van het Duitse bestuursprocesrecht. De leer ziet op het gerechtelijke feitenonderzoek en niet op de uitleg en toepassing van het recht.[324] De Untersuchungsgrundsatz is neergelegd in § 86 Abs. 1 VwGO. Hierin is bepaald: 'Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.' Deze bepaling omvat drie elementen:

1. Er is sprake van een *plicht* (dus géén discretionaire bevoegdheid!) van de bestuursrechter om de voor de beslechting van het geschil relevante feiten uit eigen beweging te onderzoeken (de *Aufklärungspflicht*).
2. Er is sprake van een plicht om de partijen bij dit onderzoek te betrekken (en zoals nog zal blijken om hen aan te spreken op hun verantwoordelijkheden in het kader van het proces van bewijsvoering (zie paragraaf 3.5)). En
3. Er is sprake van een autonome positie van de bestuursrechter met betrekking tot de bewijsvoering; hij is niet gebonden aan partijstandpunten.

In § 86 Abs. 1 VwGO herkent men het uitgangspunt van een actieve rechter en een belangrijk aspect van – wat in Nederland wordt aangeduid als – de vrije bewijsleer. Dat de Duitse bestuursrechter, ook als het aankomt op het bewijs van feiten, *dominus litis* (of op zijn Duits *Herr des Verfahrens*) is brengt niet met zich dat het partijen niet zou vrijstaan om gericht bewijsaanbod te doen. Dit is een fundamenteel recht.[325] De rechter is echter niet gebonden aan stellingen van partijen over de feiten en evenmin aan een door hen met het oog hierop gedaan aanbod tot bewijs. Het afwijzen van een bewijsaanbod zal wel expliciet moeten geschieden bij gemotiveerde beslissing (§ 86 Abs. 2 VwGO). Verder moet hoor en wederhoor voor de rechter zijn verzekerd (§ 103 VwGO). Zie verder paragraaf 3.5.

Ook naar Duits recht is er intussen geen sprake van een strikte scheiding tussen de feitenvaststelling door het bestuur en het feitenonderzoek door de bestuursrechter. Het betrokken bestuursorgaan is onderworpen aan de bestuurlijke Untersuchungsgrundsatz (§ 24 Abs. 1; § 26 VwVfG) die – globaal gesteld – correspondeert met de onderzoeks- en vergaringsplichten die worden afgeleid uit het in artikel 3:2 Awb neergelegde (formele) zorgvuldigheidsbeginsel. Opmerkelijk is wél dat het Duitse bestuursorgaan een wettelijke voorlichtingsplicht jegens de burger in acht moet nemen (§ 25 VwVfG). De bestuursrechtelijk onervaren burger behoort te worden

---

323. Kaufmann 2002, p. 93.
324. Hiertoe is de rechter reeds verplicht op grond van het *Rechtsstaatsprinzip*. Zie Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 15. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2007, p. 1065.
325. Kopp/Schenke 2007, p. 1064, p. 1080.

geïnformeerd over zijn rechten en plichten in het besluitvormingsproces en zonodig te worden aangespoord tot (juiste) gegevensverstrekking.

Evenals voor de Nederlandse bestuursrechter vormen voor de Duitse bestuursrechter de door het bestuur vastgestelde feiten (die mede tot uitdrukking komen in de motivering van het besluit en in de bestuurlijke dossieropbouw) een belangrijk gegeven. Het is immers voor de bestuursrechter, gelet op de bijzondere expertise en uitvoerige onderzoeksmogelijkheden van het bestuur, onmogelijk het feitenbouwwerk vanaf het fundament volledig te reconstrueren.

Maar dit eist de Duitse wet ook niet. Waar het om gaat is dat de bestuursrechter op geen enkele wijze is *gebonden* aan de feiten die door het bestuur zijn vastgesteld (en evenmin aan door andere partijen gestelde feiten). In alle gevallen waarin hij twijfelt aan de juistheid van deze feiten of waarin hij tot de conclusie komt dat de bestuurlijke feitenvaststelling onvolledig is moet hij zelf verantwoordelijkheid nemen voor de bewijsvoering. In dit kader mag hij niet volstaan met een indirecte toets, in die zin dat hij slechts nagaat of gezegd kan worden dat het bestuur de feiten zorgvuldig heeft vastgesteld. Nogmaals, de rechter *moet* zich in deze gevallen op een directe wijze inlaten met het feitenonderzoek op straffe van schending van § 86 Abs. 1 VwGO. Hier ligt, lijkt mij, een belangrijk verschil met het relevante Nederlandse procesrecht.[326]

De Untersuchungsgrundsatz is – hoe kan het naar Duits recht ook anders – stevig constitutioneel verankerd. Althans, volgens de heersende leer.[327] De verplichting van de bestuursrechter tot actief feitenonderzoek, met als doel de werkelijke toedracht te reconstrueren, wordt op de eerste plaats geacht het algemeen belang te dienen (*Gemeinwohlargument*).[328] Tevens dient deze verplichting naar wordt aangenomen de effectiviteit van de grondwettelijk gegarandeerde rechtsbescherming tegen de overheid (vgl. artikel 19 Abs. 4 GG). In procedures tegen de overheid wordt de burger geacht niet zonder meer zelf in staat te zijn om op een intensieve wijze bij te dragen aan het feitenonderzoek.[329] Gelet op de principiële ongelijkheid tussen overheid en burger is de bestuursrechter onder omstandigheden daarom gehouden tot ongelijkheidscompensatie.[330]

---

326. Vgl. de evaluatieonderzoekers die – misschien wat voorzichtiger – spreken over een 'belangrijk nuanceverschil'. Zie K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?, JBplus 2007, p. 12.
327. Anders bijv. Kaufmann 2002, hoofdstuk 2. Hij komt op basis van uitvoerig onderzoek juist tot het standpunt dat de Untersuchungsgrundsatz niet zonder meer uit het relevante constitutionele recht, zoals de eis van effectieve rechtsbescherming, voortvloeit. In het licht van artikel 19 Abs. 4 GG – welk artikel uiteindelijk maar moeilijk verenigbaar is met objectieve rechtmatigheidscontrole en de hieraan inherente waarheidsvinding – ziet hij de verplichting tot ambsthalve feitenonderzoek zelfs als een anomalie (p. 243), alsmede als problematisch met het oog op de rechterlijke onpartijdigheid.
328. Vgl. Hufen 2008, p. 536.
329. Zie bijv. Th. Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 2. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2006, p. 217.
330. Een eveneens niet onbestreden opvatting. Vgl. bijv. wederom Kaufmann 2002, p. 278 e.v. die de relatieve gelijkheid tussen bestuur en burger benadrukt (vgl. de gedachte van wederkerig bestuursrecht) en in dit verband afstand neemt van o.m. M. Nierhaus, Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess, München: Verlag Vahler 1989. Kaufmann meent ook in het constitutionele recht geen steun te vinden voor de gedachte van ongelijkheidscompensatie.

De plicht tot feitenonderzoek volgt naar Duits recht daarnaast uit artikel 20 Abs. 3 GG. De rechter kan de binding van het bestuur aan wet en recht – zo luidt een breed gedragen opvatting – slechts op een adequate wijze verzekeren als hij zich 'onmiddellijk' inlaat met het feitenonderzoek. Rechtstoepassing en feitenonderzoek gaan, met het oog op de beoordeling van de toewijsbaarheid van een Klage, hand in hand. Het op een verantwoorde wijze invulling geven aan het algemene uitgangspunt van *ius curia novit* vereist dus dat de rechter óók streeft naar het vaststellen van de werkelijke toedracht.

Of bepaalde rechtsgevolgen uit een rechtsnorm voortvloeien kan door de rechter vervolgens pas worden bepaald als hij op basis van zelfstandig feitenonderzoek ook tot de *overtuiging* komt dat de relevante feiten – die de toepasselijke rechtsnorm activeren – zich in casu voordoen. Feitenonderzoek, in te richten en uit te voeren naar de maatstaven van de Untersuchungsgrundsatz, is naar Duits bestuursprocesrecht bijgevolg tevens een noodzakelijke voorwaarde voor de rechterlijke oordeelsvorming die in het teken staat van de *freie Beweiswürdigung* (§ 108 Abs. 1 VwGO). In paragraaf 3.4 komt de leer van de vrije bewijswaardering nader aan bod.

Het Duitse bestuursprocesrecht volgt waar het aankomt op het rechterlijke feitenonderzoek, zoveel is duidelijk, een benadering die bij de bespreking van het Nederlandse bestuursprocesrecht is aangeduid als 'de klassieke opvatting' (zie paragraaf 2.3.3). Hierbij is niet de invalshoek dat alleen wordt gecontroleerd of het feitenonderzoek door het bevoegde bestuursorgaan voldoet aan de toepasselijke eisen van rechtmatigheid (zorgvuldigheidsmodel), maar dat de bestuursrechter in beginsel zelf – met steun van partijen – onderzoekt of de feiten die de door de aanleggende partij gestelde aanspraak funderen zich daadwerkelijk voordoen. Deze benadering heeft natuurlijk goede papieren in het licht van de eis van *full jurisdiction* die volgt uit artikel 6 EVRM.

3.2.3 Feitenonderzoek en onmiddellijkheidsbeginsel

In zijn uitspraak dient de bestuursrechter via de motivering verantwoording af te leggen ten aanzien van het proces van bewijsvoering. Hierbij is van belang dat de rechter zijn oordeel in de regel slechts mag baseren op feiten en bewijzen waarover partijen (ter mondelinge zitting) hun mening hebben kunnen geven (§ 108 Abs. 2 VwGO). Hoor en wederhoor, maar óók het onmiddellijkheidsbeginsel (*Grundsatz der Unmittelbarkeit* (§ 96 Abs. 1 VwGO)) spelen in het Duitse bestuursprocesrecht bijgevolg een essentiële rol.

Voor het proces van bewijsvoering heeft dit belangrijke gevolgen. Hoofdregel is dat ten behoeve van de beoordeling van de Klage bewijs door en voor de rechter wordt verzameld, opgenomen en uiteindelijk aan de orde gesteld tijdens de mondelinge behandeling van de zaak (§ 101 Abs. 1 VvGO). Het gerechtelijke oordeel moet zo veel als mogelijk zijn gebaseerd op eigen waarneming en actief bewijsonderzoek door de betrokken rechters ter zitting, het daar verhandelde (zoals blijkt uit het verslag) en het in dit kader opgebouwde dossier. De rechter heeft in dit verband verschillende opties. Naast eigen waarneming (*Augenschein*) en het kennisnemen van stukken en documenten, gaat het om het horen van getuigen, deskundigen en

partijen (§ 96 Abs. 1 VwGO). De regels van het civiele bewijsrecht zijn, tenzij anders bepaald, van overeenkomstige toepassing (§ 98 VwGO).

Waar het aankomt op de eisen van onmiddellijkheid en mondelinge behandeling is vanuit bewijstechnisch oogpunt een drietal relativeringen van belang. Zo zou de opvatting dat het proces van bewijsvoering zich naar Duits bestuursprocesrecht concentreert ter zitting, of zelfs daar pas een aanvang neemt, op een ernstig misverstand berusten. Zoals zal blijken vervult het gerechtelijk vooronderzoek in het Duitse bestuursprocesrecht – in geval van een meervoudige behandeling – onder leiding van de *Vorsitzende* of *Berichterstatter* (rechter-rapporteur) een wezenlijke functie (zie nader onder paragraaf 3.6). Bij behandeling door een alleensprekende rechter verenigt deze de verschillende functies en treedt tijdens het vooronderzoek en de mondelinge behandeling op als procesmanager[331] (met name óók met het oog op het proces van bewijsvoering) en als oordelende rechter. Dit zal zich gelet op § 6 VwGO vooral voordoen bij eenvoudige en niet-principiële zaken (bulkzaken).[332]

Tijdens het vooronderzoek wordt het proces van Sachaufklärung al in belangrijke mate geïnitieerd en gestructureerd. Leidend is hierbij de bespoediging van de rechtsgang en het zo mogelijk *spruchreif* ('rijp voor uitspraak') ter (mondelinge) zitting brengen van de zaak. Dit typisch Duitse begrip mag intussen niet verkeerd worden begrepen. Het spruchreif[333] zijn van een zaak wil niet zonder meer zeggen dat de bestuursrechter deze zaak ook zelf kan afdoen. Bestuurlijke discretie kan daaraan in de weg staan. Bovendien geldt bij de Anfechtungsklage de bijzondere regel van § 113 Abs. 3 VwGO. Een 'vernietiging' kan hier in beeld komen als feiten nog nader (bestuurlijk) onderzoek behoeven. De bestuursrechter kan dan wegens onvoldoende duidelijkheid over die feiten nog niet zelf beslissen. De zogenoemde *Konzentrationsmaxime*, de taakopdracht aan de bestuursrechter om de procedure zo compact en snel als mogelijk te voeren (en tot helderheid te brengen), vereist in ieder geval veel bewijsregie. Het hedendaagse *Vorbereitendes Verfahren* is met dit doel ingericht. Het 'managen' van de zaak door de rechter(-rapporteur) staat centraal (zie voorts paragraaf 3.6).

Een tweede belangrijke relativering die met het oog op de Grundsatz der Unmittelbarkeit en met name ook het proces van bewijsvoering van belang is betreft de wettelijke mogelijkheden om verzameling van bewijs te doen plaatsvinden door een andere rechterlijke instantie dan de (volledige) behandelende kamer. Het Duitse bestuursprocesrecht voorziet hier in twee opties. Zo kan al tijdens het vooronderzoek – *zonder* bewijsopdracht – wederom ter bespoediging van de rechtsgang door de Vorsitzende of Berichterstatter bewijs worden verzameld en opgenomen op grond van § 87 Abs. 3 VwGO. Deze bevoegdheid is strikt geclausuleerd. Uitoefening ervan mag slechts betrekking hebben op afzonderlijke bewijsaspecten (*einzelner Beweise*) en niet op alle noodzakelijk bewijs. Verder moet vaststaan dat een vroegtijdige bewijs-

---

331. Zie Hufen 2008, p. 547.
332. Uitgangspunt ingevolge § 6 VwGO is dat de behandeling van – kort gezegd – eenvoudige en niet-principiële zaken door de meervoudige kamer wordt overgedragen aan een alleensprekende rechter. Overdracht is niet mogelijk aan een beginnend rechter gedurende het eerste jaar van zijn (proef)aanstelling en in beginsel evenmin nadat een zaak reeds mondeling is behandeld door de meervoudige kamer.
333. Hierover nader Willemsen 2008, p. 21.

opname in het belang is van een vereenvoudiging van (het vervolg van) de procedure. Het belangrijkste inhoudelijke criterium betreft echter de voorwaarde dat op voorhand aannemelijk moet zijn dat het betrokken gerecht ook zonder onmiddellijke waarneming van het proces van bewijsverzameling in staat moet zijn het resultaat hiervan op een objectieve wijze te waarderen. Volgens het Bundesverwaltungsgericht verzet deze clausule zich bijvoorbeeld niet tegen plaatsopneming (denk bijv. aan het waarnemen van afstanden of bestaande bouwwerken) omdat hierbij de persoonlijke waardering minder van belang is.[334] Bij getuigenverhoor – waar de geloofwaardigheid van een getuige in het geding kan zijn – ligt dit vaak anders.

Een tweede (alternatieve) bevoegdheid, van enigszins andere aard, is neergelegd in § 96 Abs. 2 VwGO. Op grond van deze bepaling kan in geval van een meervoudige behandeling de kamer al voor de mondelinge behandeling bij afzonderlijke bewijsbeslissing het verzamelen van specifiek bewijs opdragen aan een van haar leden. Ook is het op grond van deze bepaling mogelijk een andere rechterlijke instantie te verzoeken om bewijs te verzamelen. De bevoegdheid van § 96 Abs. 2 VwGO heeft een discretionair karakter. Bij de toepassing dienen de criteria van § 87 Abs. 3 VwGO in acht te worden genomen.[335] Het zal duidelijk zijn dat toepassing van de bevoegdheid tot bewijsverzameling door een rechter-lid op gespannen voet kan staan met het onmiddellijkheidsbeginsel. Toch wordt deze inbreuk toelaatbaar geoordeeld, waarbij zelfs niet zonder meer wordt uitgesloten dat bewijs dat berust op waarneming door de betrokken rechter uiteindelijk door de kamer gebruikt mag worden als de 'bewijsrechter' niet deel zou nemen aan de latere uitspraak.[336] Dit strijdt niet ten principale met het bepaalde in § 112 VwGO dat vereist dat de uitspraak slechts kan worden gedaan door de rechters die aan de behandeling van de zaak hebben deelgenomen.

Een derde, en laatste relativering, van het uitgangspunt van 'eigen waarneming' ligt besloten in de inherente rekbaarheid van het onmiddellijkheidsprincipe. Het ontbreekt in dit preadvies aan ruimte om met het oog hierop uitvoerig stil te staan bij de overvloedige en casuïstische Duitse rechtspraak. Volstaan wordt met enkele opmerkingen en voorbeelden.[337]

Het uitgangspunt van onmiddellijke verzameling van bewijs speelt bijvoorbeeld een geringere rol naarmate aan de 'persoonlijke indruk' van de rechter minder gewicht toekomt. Zo kan een deskundigenrapport, ook al is dit geproduceerd tijdens de bestuurlijke fase, in beginsel in de bewijsvoering worden betrokken zonder dat dit (uitvoerig) tijdens de mondelinge behandeling aan de orde komt. Hoor en wederhoor moet dan wel zijn verzekerd. Op de rechter rust tevens de plicht om een belanghebbende partij op het voornemen te wijzen een rapport in de bewijsvoering te betrekken als aannemelijk is dat deze partij van het bestaan van dit stuk niet op de hoogte is. Verenigbaar met het onmiddellijkheidsprincipe is bijvoorbeeld ook het volstaan met fotobewijs als alternatief voor plaatsopneming en het inbrengen van

334. BVerwG NVwZ-RR 1998, 524.
335. Kopp/Schenke 2007, p. 1178.
336. Kopp/Schenke 2007, p. 1178.
337. Zie bijv. uitvoerig Kopp/Schenke 2007, p. 1174 e.v.

een fotokopie in plaats van een origineel document, tenzij er bijvoorbeeld twijfel bestaat over het authentieke karakter daarvan.

Als hoofdregel geldt verder dat het hanteren van *middellijk* bewijs niet toelaatbaar is indien ook – binnen de grenzen van de redelijkheid – *onmiddellijk* bewijs door de rechter kan worden vergaard. In zoverre wordt rechterlijke luiheid afgestraft, vooral in de sfeer van getuigenverhoor. Het kennisnemen van 'getuigenbewijs' op basis van schriftelijke verklaringen of het horen van getuigen van 'horen zeggen' staat op gespannen voet met de eisen van onmiddellijkheid, maar volstrekt uitgesloten is een en ander niet. Indirect horen is in uitzonderlijke gevallen toelaatbaar als direct horen leidt tot onoverkomelijke moeilijkheden (denk bijv. aan de in het buitenland wonende getuige).

De rechter behoort ten slotte grote voorzichtigheid te betrachten indien hij zich ter vaststelling van de feiten wil baseren op inlichtingen van (overheids)instanties die hij slechts kent uit stukken van het verwerende bestuursorgaan. Het opdragen of overlaten van nadere *Aufklärung* aan een bestuursorgaan is niet toelaatbaar.[338]

3.2.4 *Enkele temporele aspecten van bewijsvoering; termijnstelling en uitsluiting van bewijs*

Hoewel in dit preadvies de nadruk ligt op de verdeling van de bewijsrechtelijke verantwoordelijkheden tussen rechter, bestuur en overige partijen is het nuttig om – net als bij de bespreking van het Nederlandse recht – iets te zeggen over *het tijdstip* van bewijslevering.

Gelet op het belang dat in het Duitse bestuursproces wordt toegeschreven aan *onmiddellijkheid* (zie paragraaf 3.2.3) ligt het voor de hand dat bewijsvoering tijdens de gerechtelijke fase het uitgangspunt is. Het vooronderzoek vervult een belangrijke functie met het oog op het in kaart brengen en reconstrueren van de relevante feiten. Maar het proces van bewijsvoering loopt door tijdens de mondelinge fase. Dit blijkt ook wel uit de wettelijke verankering van het recht om (ook) tijdens de mondelinge behandeling bewijsaanbod te doen (§ 86 Abs. 2 VwGO) en de strikt geclausuleerde mogelijkheid om dit af te wijzen (zie nader paragraaf 3.5). Voor een *principiële* 'bevriezing' van de bewijslevering na de bestuurlijke fase, ook als het feiten betreft ten aanzien waarvan de burger (in het kader van een aanvraag) de bewijslast draagt, biedt het Verwaltungsprozessrecht geen aanknopingspunten.[339] Binnen de grenzen van hoor en wederhoor kan zich het proces van bewijsvoering in beginsel in volle omvang ten overstaan van de bestuursrechter (die regie voert) voltrekken.

Is het eenmaal gekomen tot een procedure in eerste aanleg dat stelt het Duitse bestuursprocesrecht alles in het werk om de relevante feiten en het met het oog daarop beschikbare bewijs in een zo vroeg mogelijke fase ter tafel te krijgen. Zo is de

---

338. Kopp/Schenke 2007, p. 1073.
339. Dat er geen sprake is van enige principiële bewijsfuik tussen de bestuurlijke fase en de rechterlijke fase is kennelijk zo vanzelfsprekend dat er nauwelijks iets over wordt geschreven. In situaties waarin een belanghebbende serieus verwijtbaar heeft nagelaten in de besluitvormingsfase bewijstechnische informatie in te brengen die in zijn invloedssfeer ligt blijkt uit bepaalde rechtspraak wel dat bij uitzondering ter voorkoming van serieuze vertraging later ingebrachte informatie buiten beschouwing kan blijven. De goede procesorde lijkt hier maatgevend. Hierover A.T. Marseille, Hoe bezwaren tegen een besluit de beroepsprocedure kunnen overleven, JBPlus 2001/2, p. 72-73.

indiener van een Klage verplicht om al bij zijn inleidend geschrift alle relevante feiten en het beschikbare bewijs te vermelden (§ 82 Abs. 1 VwGO). Dit doet denken aan een civielrechtelijk georiënteerde volledigheids- en substantiëringsplicht. De bestuursrechter is op zijn beurt verplicht om in dit kader zo nodig binnen een te stellen termijn *Ergänzung* van de Klage te vorderen (§ 82 Abs. 2 VwGO). De hier aan de orde zijnde plicht met het oog op relevante feiten en bewijs geldt tevens voor het verwerende bestuursorgaan dat bovendien schriftelijk een standpunt moet innemen nadat de Klage ter hand is gesteld (§ 85 VwGO).

Vervolgens blijkt uit diverse bepalingen dat de rechterlijke activiteiten tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting erop zijn gericht de relevante feiten helder te krijgen (zie i.h.b. § 86 Abs. 3 VwGO en de hierin neergelegde rechterlijke Hinweispflicht (hierover nader paragraaf 3.6)). Partijen, maar in de praktijk veelal de wederpartij van het bestuur, worden in dit verband aangesproken op hun medeverantwoordelijkheden en hierover geïnformeerd. Hierbij moet worden opgemerkt dat de rechter (al tijdens het vooronderzoek) bevoegdheden tot termijnstelling kan inzetten om relevant (bewijs)materiaal dat in de invloedsfeer van een partij ligt en waarover deze partij redelijkerwijs kan beschikken tijdig boven water te krijgen. Deze bevoegdheden zijn neergelegd in § 87b VwGO. Zij staan wederom in het teken van de bespoediging van de procedure en het beperken van de onderzoekslasten voor de rechter. De voorzitter of de Berichterstatter kan (desgewenst al gelijktijdig met de vordering tot Ergänzung van de Klage (§ 82 Abs. 1 VwGO)) de aanleggende partij een termijn stellen om (nadere) informatie te verstrekken over feiten die volgens deze partij ten onrechte (in zijn nadeel) wel of juist niet door het bestuur in aanmerking zijn genomen (§ 87b Abs. 1 VwGO[340]).

Op grond van het tweede lid van § 87b VwGO kan de rechter of rapporteur een partij opdracht geven om binnen een bepaalde, redelijke[341] termijn feiten[342] aan te dragen of bewijzen te noemen of aan te duiden (*bezeichnen*, dus niet over te leggen[343]), stukken of zaken aan te brengen, dan wel elektronische documenten te doen toekomen voor zover hiertoe een verplichting bestaat.[344] Het niet voldoen aan een rechterlijke opdracht binnen de gestelde termijn *kan* overeenkomstig het bepaalde in § 87b Abs. 3 door de rechter worden gesanctioneerd.

Hier is de figuur van processuele (*formelle*) *Präklusion*[345] (uitsluiting; Latijn: praecludere)) aan de orde. De rechter is bevoegd om te laat in de procedure gebrachte informatie buiten beschouwing te laten en (in zoverre) zonder nader onderzoek over te gaan tot een oordeel indien aan drie *cumulatieve* eisen is voldaan: 1. de rechter moet

---

340. De regeling zoals neergelegd in § 87b VwGO werd begin jaren negentig van de vorige eeuw ingevoerd bij het vierde *Gesetz zur Änderung der VwGO* (4. VwGOÄndG van 17 december 1990, BGBl I 2809).
341. Deze eis moet worden ingelezen. Wat redelijk is, is afhankelijk van de aard van de zaak en de omstandigheden van het geval. Door de bank genomen is *zes weken* redelijk. Vgl. Kopp/Schenke 2007, p. 1103.
342. Het kan hier ook gaan om *nova*, zowel om feiten die eerst na de bestuurlijke procedure bekend zijn geworden als ook om nieuwe feiten ex nunc. Zie Kopp/Schenke 2007, p. 1102.
343. Vgl. Kopp/Schenke 2007, p. 1103.
344. Over de zinsnede '... soweit der Beteiligte dazu verpflichtet ist' melden de Duitse handboeken niet veel. Duidelijk is dat uit andere wettelijke bepalingen dan § 87b Abs.2 VwGO een verplichting of last moet kunnen worden afgeleid.

tot de overtuiging komen dat de toelating zou leiden tot een vertraging van de beëindiging van het geding,[346] 2. de desbetreffende partij moet – kort gezegd – een voldoende, niet-verschoonbaar verwijt treffen met betrekking tot het te laat (of niet) inbrengen van informatie, en 3. er moet vaststaan dat de rechter deze partij vooraf voldoende heeft voorgelicht (*belehrt*) ten aanzien van de gevolgen van een termijnoverschrijding.

Zoals gesteld is de rechter bevoegd om tot uitsluiting over te gaan, verplicht is hij daartoe niet. Uiteindelijk zal hij op grond van zijn rechterlijke discretie een verdedigbare afweging moeten maken tussen het belang van de waarheidsvinding (die in een publiekrechtelijke context altijd zwaar weegt) en de doelmatigheid van de rechtsgang. Uitsluiting vergt géén separate rechterlijke (bewijs)beslissing of tussenuitspraak, maar dient wél in de einduitspraak draagkrachtig te worden gemotiveerd. Een uitsluiting werkt in beginsel door in hoger beroep en in *Revision* bij het Bundesverwaltungsgericht (zie resp. § 128a VwGO en § 141 VwGO). In de literatuur is er vanuit de rechtspraktijk overigens op gewezen dat uitsluiting zelden plaatsvindt.[347] Waarschijnlijk gaat van de regeling een preventieve werking uit.

Een bijzonder aandachtspunt betreft ten slotte de 'verlengde bewijsvoering' door het bevoegde bestuursorgaan voor zover dit orgaan – bijv. in reactie op het gerechtelijke onderzoek – nog hangende de procedure (bewijstechnische) feiten (ex tunc) inbrengt ter nadere onderbouwing van een aangevallen besluit (in het kader van een Anfechtungsklage). Naar Duits recht is hier sprake van *nachschieben von Gründen*, een figuur die voor het Nederlandse bestuursrecht met name interessant lijkt met het oog op het repareren van besluiten in het kader van de 'bestuurlijke lus'. De praktijk van *nachschieben* wordt zowel in geval van beleidsvrije[348] als gebonden besluitvorming in essentie toelaatbaar geacht, op voorwaarde dat het bestreden besluit niet wezenlijk verandert, het geen feiten 'ex nunc' betreft en bovendien de verdedigingsrechten van de wederpartij van het bestuur niet worden geschonden.[349]

---

345. In het Duitse bestuurs(proces)recht wordt een onderscheid gemaakt tussen *materielle Präklusion* en *formelle Präklusion*. Hierover bijv. Hufen 2008, p. 390. In het eerste geval is er sprake van een situatie waarin een rechtszoekende heeft verzuimd om tijdig in een voorprocedure relevante inhoudelijke bedenkingen naar voren te brengen om zijn rechten veilig te stellen. Gevolg hiervan is – als er een bijzondere wettelijke grondslag bestaat voor uitsluiting – dat *deze* bedenkingen in het vervolg van de (rechterlijke) procedure zijn uitgesloten en dat het recht in zoverre 'verloren gaat' (een soort van inhoudelijke 'grondentrechter'). Vgl. Marseille 2001, p. 70-71. Een voorbeeld treft men aan in het *Planfeststellungsverfahren* (zie § 73 Abs. 4 VwVfG). In geval van formelle Präklusion sluit de wet het inbrengen van informatie (binnen een instantie) geheel uit omdat deze niet of niet tijdig in een eerdere fase van de procedure is ingebracht, hoewel dit mogelijk was en ook op de gevolgen van het niet-inbrengen is gewezen. Een voorbeeld treft men aan in het kader van de zgn. *Normenkontrolle* (de rechtsgang tegen – kort gezegd bepaalde algemeen verbindende voorschriften en bestemmingsplannen –, zie § 47 Abs. 2a VwGO). De Duitse literatuur plaatst ook de hier aan de orde zijn de § 87b Abs. 3 VwGO (vgl. bijv. ook § 106a Sozialgerichtsgesetz) in het teken van de processuele (formele) uitsluiting. Zie verder Willemsen 2008, p. 26-27.
346. Waarbij de wet nog bepaalt dat uitsluiting niet aan de orde kan zijn indien het voor de rechter mogelijk is om met een geringe inspanning de feiten ook zonder medewerking van partijen helder te krijgen.
347. F. Schifferdecker, Einwilligungsfiktion zur Klagerücknahme im Verwaltungsprozess, NVwZ 2003, p. 928. Vgl. Willemsen 2008, p. 27.
348. Zie in dit verband ook het bepaalde in § 114 VwGO, laatste volzin.
349. Zie bijv. R. Schmidt, Verwaltungsprozessrecht. Zulässigkeit und Begründetheit verwaltungsrechtlichter Verfahren, 10 Auflage, Bremen 2006, p. 271-272.

3.3 Bewijslast en bewijsvoeringslast in het Duitse bestuursrecht

3.3.1 De omvang en begrenzing van de Untersuchungsgrundsatz

Bij eerste beschouwing lijkt de Untersuchungsgrundsatz de Duitse bestuursrechter voor een zware, bijna onmogelijke opgave te stellen. Dit leidt bij de Nederlandse bestuursrechtjurist – die het Duitse bestuursprocesrecht al snel als 'te complex' afdoet – niet zelden tot een schrikbeeld van rechterlijke overbelasting en slepende procedures. Zo schetsten Schuurmans en Willemsen[350] een relatief negatief beeld van het relevante Duitse recht. Hier spelen inderdaad problemen en het Duitse besluitvormings- en procesrecht heeft, zoals gesteld, inmiddels ook de nodige aanpassingen ondergaan in het belang van een doelmatige rechtsbescherming. Dit doet er niet aan af dat de Untersuchungsgrundsatz in Duitsland niet alleen vanuit rechtsstatelijk oogpunt als juist, maar ook als werkbaar wordt ervaren.

Wat dit laatste betreft kan men de impact van de Untersuchungsgrundsatz voor de rechtspraktijk pas op waarde schatten als men zich realiseert dat dit uitgangspunt uiteindelijk is ingebed in een afgewogen stelsel van bewijsverantwoordelijkheden van rechter en partijen en bovendien wordt genormeerd door maatstaven van evenredigheid en redelijkheid. De Duitse bestuursrechter geeft verder op een *praktische* wijze (en dit is dus niet vreemd aan het Duitse recht!) invulling aan zijn onderzoeksplicht ten aanzien van de feiten. Van belang is dat de rechter over discretie beschikt om naar eigen inzicht te handelen (*Aufklärungsermessen*). In deze subparagraaf wordt met het oog hierop volstaan met enkele opmerkingen van algemene aard. In paragraaf 3.5 komen de procesverantwoordelijkheden van partijen nader aan bod.

De plicht tot feitenonderzoek wordt op de eerste plaats, en dit spreekt voor zich, beperkt door de aard van het aan de bestuursrechter voorgelegde geschil. De inhoud van de Klage en de mogelijke reactie van de rechter via een specifieke uitspraakbevoegdheid zijn hier van belang. Het feitenonderzoek beperkt zich meer in het bijzonder tot de feiten die volgens de rechter relevant zijn in het licht van de materieelrechtelijke *Anspruchvoraussetzungen*.[351] Vooral als een geschil veel *Grundrechtrelevanz* heeft, bijvoorbeeld in de sfeer van het asielrecht, rusten er aangescherpte onderzoeksverantwoordelijkheden op de rechter.

Omdat de inzet van het Duitse bestuursproces ziet op de bescherming van, of het afdwingen van een concreet publiek subjectief recht, ligt het in beginsel[352] voor de hand dat onderzoek naar de feiten slechts relevant is voor zover deze feiten het gestelde recht of de aanspraak (kunnen) funderen. In dit verband geldt de door het Bundesverwaltungsgericht geformuleerde hoofdregel dat de bestuursrechter gehouden is '... bis zur Grenze der Zumutbarkeit jede mögliche Aufklärung des Sachverhalts in jeder Hinsicht zu versuchen, sofern dies für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ist ...'.[353] Het gaat hierbij in essentie om het bewerkstelli-

350. Schuurmans en Willemsen 2003, p. 294.
351. Kopp/Schenke 2007, p. 1067.
352. Er doen zich in de procesgang ook feiten voor die de rechter los van de inhoud van de Klage moet onderzoeken, waarbij te denken valt aan feiten die relevant zijn met het oog op de ontvankelijkheid.
353. Zie o.m. de door Arntz aangehaalde rechtspraak en – meer recent – BVerwG NVwZ 2006, 627.

gen van Spruchreife,[354] dat wil zeggen het tot zodanige helderheid brengen van de feiten dat toewijzing of afwijzing van de Klage mogelijk is en het rechtsgeschil wordt beëindigd indien mogelijk zonder terugverwijzing naar het bestuur. Bestuurlijke discretie stelt in voorkomende gevallen vanzelfsprekend grenzen aan het bewerkstelligen van Spruchreife, alsmede aan het met het oog hierop noodzakelijke feitenonderzoek door de rechter. In de sfeer van de Anfechtungsklage die kan leiden tot 'vernietiging' (Aufhebung) van een Verwaltungsakt ligt een en ander, zoals opgemerkt, gelet op § 113 Abs. 3 VwGO bovendien genuanceerd. De wet biedt hier de mogelijkheid om – ook als de feiten nog niet volledig tot helderheid zijn gebracht en nader (bestuurlijk) onderzoek noodzakelijk is – in het belang van partijen tot Aufhebung over te gaan.

Wettelijk ontoelaatbaar bewijs, maar ook volstrekt ongeschikt of ondeugdelijk bewijs blijft buiten beschouwing. Dit geldt ook voor (een aanbod tot) bewijs dat slechts kan leiden tot een volstrekte herhaling van zetten. De bestuursrechter kan verder afzien van bewijsverzameling indien voor standpunten van een partij geen enkel geloofwaardig aanknopingspunt is, maar voorzichtigheid is hier – zeker bij het afwijzen van Beweisaufnahme ten gunste van een partij – geboden zodra zich in ieder geval de mogelijkheid voordoet dat de feiten zo liggen als wordt gesteld.[355]

Geen verplichting tot zelfstandig onderzoek naar de feiten bestaat in gevallen waarin de bestuursrechter op grond van de wet verplicht is om (in beginsel) de rechtskracht van uitspraken van andere rechterlijke instanties in acht te nemen,[356] in situaties waarin reeds een deeluitspraak is gedaan waarin relevante feiten zijn vastgesteld en in alle gevallen waarin er sprake is van evidente feiten, feiten van algemene bekendheid[357] of feiten die *gerichtskundig* zijn.[358] In het laatste geval gaat het om feiten die aan de behandelende rechterlijke instantie – of een lid daarvan – bekend zijn op basis van ambtelijke ervaring, bijvoorbeeld op grond van vergelijkbare zaken en (objectieve) deskundigenrapporten die hierin zijn uitgebracht.[359] Ook kan de rechter zich bedienen van objectiveerbare, algemeen aanvaarde technische inzichten die zijn neergelegd in richtlijnen.

Een beroep op het 'gerichtskundig' zijn van feiten kan echter niet onverkort worden gedaan. Dit geldt met name als er waarderende elementen in het geding zijn of in gevallen waarin partijen de desbetreffende feiten op een niet onaannemelijke wijze in twijfel trekken. De bestuursrechter gaat bovendien over de schreef als hij zich in geval van verschillende visies in de wetenschap slechts zou laten leiden door de 'heersende leer'. In dit verband is verder van belang dat de bestuursrechter zijn

---

354. Zie Kaufmann 2002, p. 350.
355. Kopp/Schenke 2007, p. 1071.
356. Te denken valt naar Duits recht aan de bestuursrechtelijke procedure inzake de intrekking van een rijbewijs na een strafrechtelijke veroordeling.
357. Goed te onderscheiden van zakelijke vermoedens. Hierbij gaat het om op algemene levenservaring '... beruhenden Wahrscheinlichkeiten, sofern sie nicht widerlegt werden ...', Kopp/Schenke 2007, p. 1273. Uitgaan van deze vermoedens ontslaat de rechter niet van zijn plicht tot feitenonderzoek, maar kan deze taak – behoudens tegenbewijs – wél lichter maken.
358. Kopp/Schenke 2007, p. 1069-1070.
359. Zie over deze laatste problematiek bijv. A. Schulz, Die Verwendung von Sachverständigengutachten als Urkunden und das Fragerecht der Beteiligten im Verwaltungsprozess, NVwZ 2000, p. 1367 e.v.

Aufklärungspflicht schendt als hij ten aanzien van de aan de orde zijnde feiten onvoldoende inhoudsdeskundig is, terwijl hij nalaat een deskundige te raadplegen. De bestuursrechter komt weliswaar discretie toe bij het al dan niet raadplegen van een deskundige, maar laat hij dit na in gevallen waarin voor twijfel vatbaar is dat hij zelf voldoende inhoudelijke kennis van zaken heeft, dan geldt een specifieke motiveringsplicht. De rechter moet dan aangeven op welke wijze hij zich de noodzakelijke kennis heeft verschaft.

De bestuursrechter mag bewijs construeren op grond van feiten die door het betrokken bestuursorgaan zijn vastgesteld en die niet worden bestreden of – op een aannemelijke wijze – door de wederpartij in twijfel zijn getrokken.[360] Zoals gesteld, bouwt de Duitse bestuursrechter net als de Nederlandse in beginsel voort op het door het bestuur gevormde dossier. Bewijs mag mede worden gebaseerd op tegenadviezen van deskundigen die door partijen zijn ingebracht. Hoe dan ook, de rechter zal zich steeds zelfstandig een beeld moeten vormen van de inhoud van een (ambtelijk) advies en in het bijzonder moeten nagaan of een advies als zodanig steunt op adequaat feitenonderzoek. Dit geldt eens temeer in zaken die naar hun aard, mede gelet op de fundamentele rechten die in het geding zijn, gevoelig liggen, zoals asielzaken.[361]

Arntz, die in zijn hoedanigheid van president van het Keulse Verwaltungsgericht kan spreken uit eigen ervaring, vestigde recentelijk nog de aandacht op een laatste niet te onderschatten relativering van de Untersuchungsgrundsatz. Uiteindelijk komt het aan op het *Fingerspitzengefühl* van de rechter. Of, en in hoeverre, door de bestuursrechter ambtshalve feitenonderzoek wordt verricht en bewijsregie wordt gevoerd is in niet onbelangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de ervaring van de rechter. Gelet op de relevante rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht schendt de bestuursrechter pas zijn onderzoeksplicht als onderzoek naar bepaalde feiten zich in verband met de oplossing van het geschil bij hem *aufdrängen musste* en hij onder deze omstandigheid het doen van onderzoek heeft nagelaten.[362] De noodzaak tot feitenonderzoek moet zich dus – vaak naar aanleiding van partijstandpunten – bij de rechter op een duidelijke wijze aandienen of manifesteren. Hiervan is overigens al sprake als de rechter serieus rekening moet houden met de *mogelijkheid* dat feiten anders liggen dan op het eerste gezicht lijkt.

3.3.2 Bewijstechnische implicaties van de Untersuchungsgrundsatz

De Untersuchungsgrundsatz heeft naar geldend recht verstrekkende gevolgen voor de inrichting en vormgeving van het Duitse bestuursrechtelijke bewijsrecht. De heersende leer neemt namelijk aan dat een stelplicht (*Behauptungslast*) en een formele plicht tot bewijsvoering (bewijsvoeringslast (*Beweisführungslast*)) niet verenigbaar zijn met het stelsel van § 86 Abs. 1 VwGO. Hieraan doet niet af dat op partijen – mede in

360. Kopp/Schenke 2007, p. 1077-1078.
361. Zie bijv. Hufen 2008, p. 538 onder verwijzing naar BVerwG NVwZ 1990, 878 en BVerfGE 63, 215, 225.
362. Zie Arntz 2008, p. 79 en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Vgl. reeds BVerwG NVwZ 1982, 309. Zie verder over de maatstaf van het *Sich-Aufdrängen*, Kaufmann 2002, p. 351-352.

hun eigen belang – verantwoordelijkheden rusten om de rechter te ondersteunen in diens feitenonderzoek.

In de Duitse literatuur wordt er in dit verband op gewezen dat partijen vaak in hun eigen belang *vrijwillig* een bewijsvoeringslast op zich nemen.[363] Het zal duidelijk zijn dat juridische kennis van partijen over het proces van bewijsvoering hier gewicht in de schaal legt. Dit geldt zeker in gevallen waarin de rechter weinig bewijsregie zou voeren. In dit kader is in ieder geval van belang dat er in het Duitse bestuursproces sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging bij het Bundesverwaltungsgericht en het Oberverwaltungsgericht (§ 67 Abs. 1 VwGO). Bij het Verwaltungsgericht in eerste aanleg bestaat deze plicht in beginsel niet, zij het dat bijstand en vertegenwoordiging natuurlijk wel mogelijk is. Ook is deze rechterlijke instantie bevoegd om vertegenwoordiging of bijstand te bevelen (§ 67 Abs. 2 VwGO). Hierbij hoeft het echter niet te gaan om een juridisch geschoold persoon. De Duitse bestuursrechter zal het aanwezig zijn van 'bijstand' verdisconteren in zijn (mate van) bewijsregie.

Zoals in paragraaf 1.2.2 al naar voren kwam, moet de *bewijsvoeringslast* worden onderscheiden van de (materiële) *bewijslast* en het hieraan inherente *bewijsrisico*. Naar Duits bestuursprocesrecht is dit niet anders. De Untersuchungsgrundsatz is naar de heersende opvattingen weliswaar onverenigbaar met een formele bewijsvoeringslast (*formelle Beweislast*) voor partijen – strikt genomen draagt immers de rechter deze last – maar dit zegt nog niets over de (verdeling van de) bewijslast en het te dragen bewijsrisico (materielle Beweislast) in gevallen waarin feiten niet overtuigend komen vast te staan (*non liquet*). Als de bestuursrechter op een rechtmatige wijze invulling heeft gegeven aan zijn onderzoeksplicht kan het, alle inspanningen ten spijt, immers toch voorkomen dat feiten niet of onvoldoende vast komen te staan. Onomstotelijke zekerheid is weliswaar niet vereist en in veel gevallen ook onmogelijk te verkrijgen. Wel vereist is een situatie waarin gezegd kan worden dat een verstandig en redelijk oordelend mens niet meer aan de juistheid van de feiten zal twijfelen.[364] Bewijs dat steunt op statistische aannames kan met het oog hierop te dun zijn.[365]

Indien nu naar het oordeel van de bestuursrechter moet worden aangenomen dat feiten niet op een overtuigende wijze in rechte zijn komen vast te staan, zal het niet bewezen zijn van de feiten voor rekening van partijen (bestuur of een andere partij) moeten blijven. Het komt dan, zo beschouwd, tot een materieel bewijsoordeel. De partij die de materiële bewijslast van feiten draagt, draagt in beginsel ook het risico voor het geval de feiten niet komen vast te staan. De vraag wie de bewijslast draagt is een vraag die aan de hand van het materiële bestuursrecht moet worden beantwoord en niet aan de hand van het procesrecht.

3.3.3 Enige hoofdregels inzake de bewijslastverdeling

In de Verwaltungsgerichtsordnung vindt men naast de Untersuchungsgrundsatz diverse regels over formeel bewijsrecht en over partijverantwoordelijkheden. Ook de

363. Würtenberger 2006, p. 220.
364. Vgl. Würtenberger 2006, p. 222.
365. Kopp/Schenke 2007, p. 1272.

hoofdregel met betrekking tot de (vrije) bewijswaardering is hier te vinden (zie hierover paragraaf 3.4). Regels van materieel bewijsrecht zal men er echter tevergeefs zoeken. Naar Duits recht wordt de procesrechtelijke codificatie niet gezien als de juiste plek voor dit soort regels. Overigens vindt men ook buiten het procesrecht geen systematische wettelijke regeling van het materiële bestuursrechtelijke bewijsrecht. Dit wordt in Duitsland kennelijk niet als een gemis ervaren. Het materiële bewijsrecht wordt in bestuursrechtelijke zaken namelijk geconstrueerd op basis van algemene aan het privaatrecht ontleende bewijsbeginselen. De concrete bewijslastverdeling vloeit vooral voort uit de bijzondere bestuurswetgeving. Tevens spelen, net als in Nederland, (ongeschreven) vuistregels een rol. In elk Duits studie- of handboek bestuursprocesrecht wordt wel uit de doeken gedaan welke hoofdregels van materieel bewijsrecht relevant zijn. Hierna worden deze regels belicht, waarbij ook hier geldt dat vanwege de omvang van dit preadvies met een schets moet worden volstaan.

Hoofdregel van het materiële bewijsrecht in bestuursrechtelijke zaken is dat de partij die zich op voor haar gunstige rechtsgevolgen beroept (bijv. het bestaan van een recht of een bevoegdheid tot handelen) de bewijslast draagt ten aanzien van de feiten die noodzakelijk zijn om dit rechtsgevolg te doen intreden. Men spreekt over *Günstigkeitsregel*, *Günstigkeitsprinzip*, *Normbegünstigungsprinzip* of *Normbegünstigungsklausel*.[366] Deze hoofdregel herkent men natuurlijk in veel bewijsrechtelijke stelsels. Zo valt te wijzen op het Nederlandse wetboek van Rechtsvordering (zie artikel 150 Rv). Er is, zo bevestigt het Duitse bestuursrecht, geen principiële reden om aan te nemen dat de hier aan de orde zijnde regel in het bestuursrecht niet toepasbaar is.

In een recente uitspraak van 21 mei 2008[367] bevestigde het Bundesverwaltungsgericht de hoofdregel, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak. In casu stelde een Turkse vereniging een door de bevoegde autoriteiten van het land Baden-Württemberg openbaar gemaakt Verfassungsschutzbericht ter discussie dat onder meer betrekking had op vermeend gevaarlijke activiteiten van de (in het bericht genoemde) rechtspersoon. Volgens de vereniging waren de bevindingen van het bevoegde gezag (die deze rechtspersoon al vele jaren observeerde) echter niet gebaseerd op de juiste feiten. In de desbetreffende overwegingen komt duidelijk naar voren dat in het Duitse bestuursrecht in beginsel de objectiefrechtelijke bewijstheorie wordt gehanteerd die in de toepasselijke materieelrechtelijke regels antwoorden zoekt inzake de verdeling van bewijslast:

> 'Die Beantwortung der Frage, wer das Risiko eines 'non liquet' trägt, gehört zum materiellen Recht und ist daher nicht etwa von der Zulässigen Klageart abhängig. Im Grundsatz trägt danach jeder Beteiligte den Rechtsnachteil für die Nichterweislichkeit der ihm günstigen Tatbestandsmerkmale (sog. Günstigkeitsprinzip oder Normbegünstigungsprinzip; (...)) Durch Auslegung der materiellrechtlichen Norm ist zu ermitteln, welche Verteilungsanordnung die in ihr enthaltene ungeschriebene Beweislast-

366. Kopp/Schenke 2007, p. 1268. Zie verder bijv. Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, 2. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2007, p. 332.
367. BVerwG 21 mei 2008, nr. 6 C 13.07.

norm trifft. Ein absolut geltendes materielles Prinzip der Beweislastverteilung gibt es im Verwaltungsrecht ebenso wenig wie im Zivilrecht...'

De hoofdregel kan intussen een bestuursrechtelijke inkleuring krijgen. Op dit punt draagt de bijzondere wetgever een specifieke verantwoordelijkheid. Via de formulering van wettelijke bepalingen kan immers worden aangegeven hoe de bewijslast, mede gelet op hun rechtsstatelijke verhouding, over bestuur en burger moet worden verdeeld. De bewijslastverdeling kan (in zijn uitwerking) bovendien worden genuanceerd door te werken met *gesetzlichen Vermutungen* die, behoudens tegenbewijs, een wettelijk vermoeden van het bestaan van bepaalde feiten in het leven roepen. Deze materie is casuïstisch omdat mede *het doel* van rechtsnormen bepalend kan zijn voor de verdeling van bewijslast.[368] Een gedetailleerde bespreking kan daarom in dit preadvies niet aan de orde zijn. Van belang is echter dat de hoofdregel, die in essentie neerkomt op de (civiele) regel dat 'wie stelt moet bewijzen' in het Duitse bestuursrecht wordt genuanceerd op basis van algemene constitutionele *Gerechtigkeitsvorstellungen* die moeten leiden tot een aanvaardbare verdeling van de bewijslast tussen overheid en burger. De grondrechten, de eis van effectieve rechtsbescherming en de redelijkheid en billijkheid vormen hier belangrijke ankers.

Als nuancerende vuistregel heeft hier tevens te gelden dat degene in wiens invloedssfeer bepaalde feiten of gebeurtenissen zich vooral manifesteren ten aanzien hiervan de bewijslast draagt indien juist hierdoor het leveren van een wezenlijke bijdrage aan het reconstrueren van de werkelijke toedracht relatief eenvoudig is (*Sphärentheorie*)[369] en omgekeerd de wederpartij zich in dit verband voor een onredelijke bewijscomplicatie zou zien gesteld. In incidentele gevallen kan ook omkering van bewijslast aan de orde zijn indien de burger in bewijsnood verkeert doordat bepaalde feiten niet of moeilijk bewijsbaar zijn omdat de overheid haar plichten tot archivering en/of verslaglegging heeft verzaakt.[370]

In veel gevallen kan men overigens zonder al te veel complicaties met de Günstigkeitsregel uit de voeten. Duidelijk is dat de hoofdregel in de sfeer van het begunstigende, presterende bestuur – waar, als het aankomt op rechtsbescherming, vooral de Verpflichtungsklage, de allgemeine Leistungsklage en de Feststellungsklage van betekenis zijn – een belangrijke rol speelt. Wie bijvoorbeeld een subsidie of uitkering aanvraagt, draagt de bewijslast voor het bestaan van de relevante feiten die de 'aanspraak' op de begunstigende prestatie van het bestuur rechtvaardigen. Komen deze feiten (mede) naar aanleiding van door de aanvrager aangedragen bewijsmiddelen ingevolge de ambtshalve rechterlijke Aufklärung *voldoende* vast te staan, dan

368. Denk bijv. aan rechtsnormen die op overheid, ambtenaar of burger een specifieke zorgplicht leggen en/of een specifiek gevaar beogen te keren. Zo zijn verschuivingen in de bewijslast denkbaar in geschillen tussen overheid en ambtenaar indien een ambtenaar bijvoorbeeld beheer voert over financiële middelen of als een militair zorg heeft te dragen voor uitrustingsstukken.
369. Kopp/Schenke 2007, p. 1269.
370. Kopp/Schenke 2007, p. 1271-1272.

zal de subsidie of uitkering in beginsel (moeten)[371] worden verleend. Slaagt de bewijsvoering echter *niet*, dan draagt de aanvrager hiervan het risico, resulterend in de afwijzing van de aanvraag.

Het bestuur draagt op zijn beurt de bewijslast ten aanzien van feiten die rechtsnormen activeren die zich juist verzetten tegen verlening, zoals weigerings- en uitzonderingsgronden. Slaagt de bewijsvoering ten aanzien van deze gronden niet, dan draagt het bestuur hiervan het risico in die zin dat deze gronden dan niet aan de burger kunnen worden tegengeworpen. Voor de duidelijkheid moet hier (nogmaals) worden benadrukt dat het feit dat een aanvrager in geval van begunstigend bestuur in beginsel in de rechterlijke fase de bewijslast draagt naar Duits recht nog niet impliceert dat hij ook de bewijsvoeringslast draagt. Deze berust ingevolge de Untersuchungsgrundsatz immers primair bij de bestuursrechter. Deze mag de aanvrager wél (wederom binnen de grenzen van de redelijkheid) aanspreken op zijn last tot medewerking. Ook mag hij zogenoemde *schuldhafte Sachaufklärungs- oder Beweisvereitelung* (denk bijv. aan het weigeren om zich medisch te laten keuren) bij de bewijswaardering in diens nadeel verdisconteren.[372] Van een omkering van bewijslast is in deze gevallen geen sprake.

In de sfeer van de *Eingriffsverwaltung* (belastend bestuur) – te denken valt aan bestuurlijke handhaving, belastingheffing of aan het intrekken van een begunstigend besluit – liggen de kaarten anders. Dit bevestigt ook de hierboven aangehaalde uitspraak van het Bundesverwaltungsgericht van 21 mei 2008.[373] Hier ligt de bewijslast naar heersende opvatting op rechtsstatelijke gronden bij het bestuur. Würtenberger[374] merkt hierover op:

> '... Denn der Verwaltung bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum die Beweislast abzunehmen, wäre mit der strikten Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht (art. 20 Abs. 3 GG) nicht zu vereinbaren. Da Grundrechtseingriffe und Freiheitsbeschränkungen vom Staat zu rechtfertigen sind, trägt er das Aufklärungsrisiko für die tatsächlichen Voraussetzungen belastenden Verwaltungshandelns.'

Ook hier geldt overigens dat de bewijslast ter zake van feiten die een uitzonderingsgrond activeren bij de wederpartij van het bestuur ligt. In het studieboek van Stern/Blanke wordt het simpele maar aansprekende voorbeeld gegeven van een hondenbelastingplichtige die zich beroept op het feit dat zijn hond een blindengeleidehond is.[375] Toch moet men ook hier voorzichtig zijn omdat een uitzonderingsgrond – anders gelezen – ook wel kan gelden als een bevoegdheids-

---

371. In geval van beleidsvrijheid (Ermessen) impliceert het bewezen zijn van de relevante feiten uiteraard nog niet dat er een 'aanspraak' aan de orde is. Is het Ermessen echter ingevuld door beleidsregels of een vaste bestuurspraktijk dan zal bij het bewezen zijn van een feitelijke situatie die in dit beleid 'past' verlening aan de orde zijn, *tenzij* het bestuur – dat op zijn beurt de bewijslast draagt ten aanzien van uitzonderingssituaties – voldoende aannemelijk weet te maken dat zich in casu een feitelijke situatie voordoet die een afwijking rechtvaardigt. Vgl. Kopp/Schenke 2007, p. 1270.
372. Kopp/Schenke 2007, p. 1271.
373. Zie r.o. 41.
374. Würtenberger 2006, p. 221.
375. Stern/Blanke, Verwaltungsprozessrecht in der Klausur, 9. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 25.

voorwaarde die juist wordt geactiveerd door feiten die in het bewijsdomein van het bestuur liggen.

Een aardig voorbeeld van een alledaagse bestuursrechtelijke zaak waarin verschillende aspecten van de Duitse bewijsleer samenkomen betreft BverwG 11 juli 2007.[376] Deze zaak zag op een geschil over een zogenoemde *Erschliessungsbeitrag* in verband met werkzaamheden (ter voltooiing) van een ontsluitingsweg in Beideritz (Sachsen-Anhalt). In casu was aan Klager, wonende in voormalig DDR-gebied, door het bevoegde gemeentelijke gezag een aanslag inzake een bijdrage opgelegd. Overeenkomstig de toepasselijke bouwvoorschriften was voor het kunnen verhalen van de kosten echter bepalend of de constructie van de weg vóór een bepaalde peildatum als voltooid kon worden aangemerkt. Ten aanzien van de relevante feiten bestond juist op dit punt grote onduidelijkheid, zowel wat betreft de feitelijke toestand van de weg vóór de peildatum als ten aanzien van de in het verleden (in DDR-tijd) door de gemeenteraad ter zake genomen besluiten. De Klager probeerde onder meer door middel van getuigenbewijs aan te tonen dat de weg reeds voor de relevante datum was voltooid, zodat kosten in verband met fundering, verharding, afwatering en verlichting die in de jaren negentig werden gemaakt niet konden worden verhaald omdat deze geen verband zouden houden met de *erstmalige Herstellung* van de weg.

Normaliter zou kunnen worden betoogd dat indien het kostenverhaal betrekking heeft op bouwwerkzaamheden die door de verhalende gemeentelijke overheid kunnen worden bewezen, de tegenwerping dat de weg al eerder was voltooid kan worden aangemerkt als een beroep op een uitzonderingsclausule. Degene die zich op een zodanige clausule beroept draagt in zoverre de bewijslast. Dit is echter geen wet van Meden en Perzen, zo leert het Bundesverwaltungsgericht onder verwijzing naar andere rechtspraak én de Sphärentheorie. Juist in de sfeer van het toepasselijke kostenverhaalrecht kan uit de tegenwerping dat een weg al eerder is voltooid niet zonder meer worden afgeleid dat de wederpartij van het bestuur op dit punt ook de bewijslast draagt. Deze last heeft het bevoegde gezag te dragen omdat de eis van erstmalige Herstellung herleidbaar is tot een voorwaarde die de publiekrechtelijke aanspraak vestigt. Het is in zoverre aan het gemeentebestuur om te bewijzen dat werkzaamheden die aan een (bestaande) weg worden verricht maken dat deze eerst na die werkzaamheden als voltooid moet worden aangemerkt. Hierbij zal zeker een rol spelen dat de gemeentelijke overheid in dit verband – als het goed is – kan putten uit diverse archiefbescheiden.

In veel bestuursrechtelijke zaken valt ten slotte geen al te scherp onderscheid te maken tussen begunstigend en belastend bestuur. Dit heeft tot gevolg dat de verdeling van de bewijslast genuanceerd kan liggen en in belangrijke mate afhankelijk is van de rechtsnormen die het concrete geschil beheersen. Als voorbeeld wordt in de Duitse literatuur vaak gewezen op geschillen over vergunningen waarbij de 'begunstiging' is ingebed in een voorafgaande verbodsnorm die de vrijheid van de aanvrager beperkt (*Verboten mit Erlaubnisvorbehalt*). Hier wordt uitgegaan van de vuistregel dat de aanvrager de bewijslast draagt ten aanzien van feiten die een algemene noodzakelijke voorwaarde zijn voor vergunningverlening en die in zijn invloedssfeer

376. BVerwG 11 juli 2007, nr. 9C5.06.

liggen, terwijl het bestuur de bewijslast draagt met betrekking tot feiten die weigeringsgronden activeren.[377] Zo is het denkbaar dat ten aanzien van een wapenverlof de aanvrager de bewijslast draagt ten aanzien van de noodzaak tot het voorhanden hebben, terwijl het bestuur moet bewijzen dat zich bij verlening een veiligheidsrisico voordoet.

3.4 De Grundsatz der freien Beweiswürdigung

Het Duitse bestuursprocesrecht kent het uitgangspunt van vrije bewijswaardering (§ 108 VwGO). 'Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der auf die aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung des Gerichts, nicht etwa auf starre Beweisregeln und eine Hierarchie der Beweise abstellt', aldus Hufen.[378] Dat de rechter zelfstandig het (beschikbare en in ogenschouw te nemen) bewijs waardeert is als zodanig niet kenmerkend voor de (vrije) bestuursrechtelijke bewijsleer. Uiteindelijk is de waardering van het in acht te nemen bewijs immers altijd aan de rechter. Zo kent ook artikel 152 lid 2 Rv het uitgangspunt van de rechterlijke bewijswaardering.

Paragraaf 108 VwGO heeft echter een strekking die verder gaat. De bepaling wordt in het Duitse bestuursprocesrecht met name bezien in een onverbrekelijke samenhang met de Untersuchungsgrundsatz. Zonder een adequaat rechterlijk feitenonderzoek is een rechtmatig bewijsoordeel ondenkbaar. Tegen deze achtergrond is het bij uitsluiting aan de rechter om naar zijn vrije overtuiging te oordelen of feiten die relevant zijn voor de toewijzing of afwijzing van een Klage zich in het voorliggende geschil voordoen. Hierbij moet hij alle feiten die in de (voor)procedure naar voren zijn gekomen – en ten aanzien waarvan hoor en wederhoor is toegepast (zie § 108 Abs. 2 VwGO) – op hun merites beoordelen. Hij is hierbij niet gebonden aan partijstandpunten, zelfs niet als partijen er onderling van uitgaan dat bepaalde feiten vaststaan, ofschoon dit laatste wel van aanzienlijke invloed kan zijn op het tot stand komen van de rechterlijke overtuiging. Evenmin is hij gebonden aan een bepaalde rangorde van bewijsmiddelen. Deze zijn, zoals het Bundesverwaltungsgericht dit uitdrukt 'grundsätzlich gleichwertig'. Dit leidt tot het volgende uitgangspunt:[379]

> 'Die Verwaltungsgerichte müssen den Aussage- und Beweiswert der verschiedenen Bestandteile des Prozesstoffes nach der inneren Überzeugungskraft der Gesamtheit der in Betracht kommenden Erwägungen bestimmen. Dabei sind sie lediglich an Logik (Denkgesetze) und Naturgesetze gebunden und müssen gedankliche Brüche und Widersprüche vermeiden.'

De rechter mag zijn overtuiging ten aanzien van het al dan niet vaststaan van feiten – onder respectering van de eisen van de logica – mede opbouwen met behulp van

377. Würtenberger 2006, p. 221.
378. Hufen 2008, p. 574.
379. Zie de aangehaalde uitspraak van 21 mei 2008, BVerwG 6 C 13.07, r.o. 28 onder verwijzing naar een uitspraak van 3 mei 2007, BVerwG 2 C 30.05.

algemene ervaringsregels, feitelijke vermoedens en *prima-facie*-bewijs. In dit laatste geval kan worden gedacht aan bewijs van het bestaan van een bepaalde oorzaak welk bewijs door de rechter wordt geconstrueerd op basis van een ander bewezen feitencomplex dat naar algemene ervaringsregels terugvoert op die oorzaak.[380]

De rechterlijke 'vrije overtuiging' wordt begrensd door objectieve (rechts)maatstaven. Een rechter die overtuigd is van het bestaan van feiten waaraan ieder helder denkend mens zou twijfelen gaat over de schreef. Absolute zekerheid is echter niet vereist. In de regel mag genoegen worden genomen met een zodanig hoge mate van waarschijnlijkheid, '... dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt'.[381] Een beroep op een hoge mate van waarschijnlijkheid of een (geloofwaardige) aannemelijkheid voldoen in de regel niet. Het is daarnaast aan de wetgever – uiteraard binnen eventuele bewijsgrenzen op grond van relevant communautair recht – om aan te geven wanneer de rechter genoegen mag nemen met een mindere mate van zekerheid of in welke gevallen zelfs een hogere mate van zekerheid wordt verlangd. Dit geldt bijvoorbeeld in gevallen waarin de wet eist dat feiten zonder twijfel vaststaan of dat hieromtrent zekerheid bestaat. In bijzondere gevallen kan de bestuursrechter genoegen nemen met minder zekerheid – maar hierover is veel discussie – op gronden van redelijkheid, bijvoorbeeld als er sprake is van onverwijtbare bewijsnood[382] of in gevallen waarin de aard van de materie met zich brengt dat bewijs aankomt op de geloofwaardigheid van een verklaring. Te denken valt aan de situatie waarin de rechter moet oordelen of iemand gewetensbezwaren heeft tegen militaire dienst.[383]

3.5 De procesverantwoordelijkheden van partijen, bewijsaanbod en processuele sancties

Hoewel de Untersuchungsgrundsatz in Duitsland door de heersende leer nog steeds als leidend principe wordt onderschreven, is dit uitgangspunt met het oog op de verantwoordelijkheden van partijen in zijn praktische en juridische uitwerking inmiddels genuanceerd. Beperkte financiële middelen stellen – zo wordt (ook) in Duitsland algemeen onderkend en aanvaard – beperkingen aan het ambtshalve rechterlijk onderzoek.[384] Daarnaast is naar huidig recht het inzicht gemeengoed dat de Untersuchungsgrundsatz samengaat met de *Beibringungsgrundsatz* en het *Kooperationsprinzip*. Partijen hebben eigen verantwoordelijkheden in de sfeer van de Sachaufklärung. De bestuursrechter mag en moet hen hierop aanspreken. Aan het verzaken van medewerking verbindt het recht concrete gevolgen. In algemene zin wordt wel

380. Hierover Wolff/Decker 2007, p. 393.
381. Kopp/Schenke 2007, p. 1263 met verdere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen. Zie verder BVerwG NVwZ 1987, 217. Zie bijv. ook Würtenberger 2006, p. 222 onder verwijzing naar Eyermann/Schmidt en Wolff/Decker 2007, p. 393.
382. Hiervan kan al geen sprake zijn als bijv. een bestuursorgaan – overigens rechtmatig – bepaalde feiten wegens het vertrouwelijke karakter niet in het geding brengt.
383. Zie over deze, en diverse andere situaties Kopp/Schenke 2007, p. 1263.
384. Hufen 2008, p. 536-537.

aanvaard dat de plicht tot ambtshalve onderzoek daar ophoudt, waar de plicht van partijen tot medewerking aanvangt.[385]

3.5.1 *Geldend recht: bewijsrechtelijke 'samenwerking' tussen rechter en partijen*

Zo beschouwd, rust op partijen – met name in hun eigen belang – een algemene 'verplichting' (een begrip dat bij veel Duitse auteurs gevoelig ligt) tot *samenwerking* met de rechter. Partijen dienen de rechter – met andere woorden – te ondersteunen in zijn 'bewijsvoeringslast' (die zij formeel niet dragen). Aan de bestuursrechter wordt in dit verband waar het aankomt op het proces van bewijsvoering een initiërende, sturende en modererende rol toebedacht.[386] Dit alles doet er niet aan af dat de gedachte dat er in het bestuursproces géén sprake is van echte bewijsvoeringslasten voor partijen nog steeds breed door de literatuur wordt onderschreven. De medewerking door partijen wordt primair geplaatst in het teken van het bewijsrisico.[387] Slaagt de bestuursrechter er door een gebrek aan medewerking niet in om feiten voldoende helder te krijgen, dan kan dit tot gevolg hebben dat de partij in wiens invloedssfeer deze feiten liggen (en waarvan deze partij de bewijslast draagt) de nadelige gevolgen van het niet vast komen te staan van de desbetreffende feiten moet dragen.

Hoe dan ook, § 86 Abs. 1 VwGO verankert een algemene medeverantwoordelijkheid van partijen voor het feitenonderzoek.[388] Aan de rechterlijke plicht tot ambtshalve onderzoek voegt deze bepaling immers toe '...; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen'. De betrokkenheid van partijen bij de Sachaufklärung manifesteert zich, en dit kan moeilijk worden ontkend, in de vorm van rechten én plichten (d.w.z. lasten).

Een fundamenteel recht van partijen betreft het aanvoeren van feiten en het aanbieden van bewijs. Partijen zijn vanzelfsprekend steeds bevoegd om feiten bewijstechnisch te onderbouwen en informatie in het proces te brengen. Het belangrijkste harde recht van partijen is echter het recht op onvoorwaardelijk (*unbedingt*) bewijsaanbod.[389] Hiervan is sprake als een partij tijdens de mondelinge behandeling serieus en uitdrukkelijk te kennen geeft ten aanzien van specifieke feiten (er moet sprake zijn van een duidelijk 'bewijsthema') door middel van een op grond van het (bestuurs)procesrecht beschikbaar bewijsmiddel (bijv. het horen van getuigen) bewijs te willen leveren en van de rechter hierover een voorafgaande beslissing verlangt. Op een zodanig bewijsaanbod *moet* de rechter via een mondelinge (tussen)beslissing reageren (zie § 86 Abs. 2 VwGO). Het recht om in dit verband door de rechter te worden gehoord is wezenlijk (§ 103 Abs. 1 VwGO). De gemotiveerde beslissing dient op grond van het proces-verbaal van de zitting kenbaar te

385. Vgl. Willemsen 2008, p. 24 en de door haar aangehaalde rechtspraak.
386. Hufen 2008, p. 537.
387. Zie bijv. Stern/Blanke 2008, p. 21 voetnoot 7 en de daar aangehaalde literatuur.
388. Deze algemene medeverantwoordelijkheid absorbeert naar de heersende inzichten als het ware de meer specifieke formele medewerkingsverplichtingen die voortvloeien uit de VwGO alsmede de specifieke medewerkingsverplichtingen die voortvloeien uit bijzondere materieelrechtelijke voorschriften, in die zin dat ook deze plichten worden geplaatst in het teken van de ondersteuning van de rechterlijke Amtsermittlung. Hierover uitvoerig Kaufmann 2002, p. 353 e.v.
389. Hierover bijv. Wolff/Decker 2007, p. 333.

zijn. Op deze wijze wordt de bestuursrechter gedwongen tot zorgvuldigheid en wordt het recht op effectieve rechtsbescherming ondersteund.[390]

Over dit alles mag men niet te licht denken. Wie kennisneemt van de rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht, waarin het afwijzen van een aanbod tot getuigenbewijs aan de orde is, komt er al snel achter dat aan het niet-horen van getuigen – ook al wordt er een kloeke getuigenlijst in het geding gebracht – een gedegen verhaal van de rechter ten grondslag moet liggen. Hierbij is tevens van belang dat de rechter verplicht is doel en strekking van een bewijsaanbod te interpreteren overeenkomstig de op grond van het privaatrecht algemeen geldende regels inzake de uitleg van een wilsverklaring.[391] De belangen van de betrokken procespartij dienen in dit kader goed in ogenschouw te worden genomen.

Een bewijsaanbod dat buiten zitting – bijv. in schriftelijke stukken – wordt gedaan is zogenoemde *vorsorglich*. Hierop mag de rechter, indien geen onvoorwaardelijk aanbod volgt, afwijzend reageren in de einduitspraak. Op een onvoorwaardelijk bewijsaanbod moet de rechter, zoals gesteld, echter steeds afzonderlijk gemotiveerd reageren. Hij is echter niet aan het aanbod gebonden (§ 86 Abs. 1 VwGO, laatste volzin). De rechter beslist op grond van zijn discretie immers over '... Inhalt und Umfang der Aufklärungsmassnahmen...'.[392]

De rechter (§ 86 Abs. 3 VwGO spreekt gelet op de meervoudige behandeling over de Vorsitzende) is op zijn beurt verplicht om binnen de grenzen van de redelijkheid alles in het werk te stellen om partijen gericht aan te zetten tot het verduidelijken van standpunten, het stellen van relevante feiten en het aanvullen van onvolledige feiten. Tevens dient hij hen aan te zetten tot het geven van iedere noodzakelijke toelichting die van belang is voor de vaststelling en beoordeling van die feiten. Hier is de voor het Duitse bestuursprocesrecht cruciale rechterlijke Hinweispflicht aan de orde (zie hierover nader paragraaf 3.6). Het zal duidelijk zijn dat partijen door de rechter moeten worden aangesproken op medewerkingsverantwoordelijkheden ten aanzien van feiten die in hun invloedssfeer liggen[393] en waarvan de vaststelling in rechte mede in hun belang is.

De in paragraaf 3.3.3 geschetste regels met betrekking tot de bewijslastverdeling zijn hierbij richtinggevend. Vloeit uit een bijzondere wet een zogenoemde *gesteigerte Mitwirkungspflicht* (verhoogde medewerkingsplicht) voort dan zal de rechter hier in het bijzonder betekenis aan moeten toekennen. Naast de op de wederpartij van het bestuur rustende verplichtingen, en verplichtingen die in het algemeen op partijen rusten zoals de plicht om vóór de mondelinge behandeling conclusies met bijlagen in te dienen,[394] moet worden gewezen op de verplichting van het betrokken bestuursorgaan tot het overleggen van (elektronische) documenten en het verstrekken van inlichtingen § 99 VwGO.[395]

---

390. Kopp/Schenke 2007, p. 1081.
391. Zie bijv. BVerwG 11 juli 2007, nr. 9 C 5.06, r.o. 18.
392. Wolff/Decker 2007, p. 333.
393. Hufen 2008, p. 551 en Kopp/Schenke 2007, p. 1077.
394. Zie de regeling van § 86 Abs. 4 VwGO en § 86 Abs. 5 VwGO.
395. Welke bepaling bovendien een uitvoerige regeling geeft voor gevallen waarin het bestuur stukken niet wil verstrekken omdat dit de belangen van een land of de bond schaadt, dan wel omdat stukken op grond van de wet (of naar hun aard) geheim zijn.

Als een partij geen gevolg geeft aan een oproep van de rechter in het kader van § 86 Abs. 3 VwGO dan kan dit nadelige gevolgen hebben. Het schenden of frustreren van een medewerkingslast (zo men wil verantwoordelijkheid) wordt in het Duitse bestuursprocesrecht direct in verband gebracht met de omvang van de op de bestuursrechter rustende verplichting om ambtshalve de feiten te onderzoeken. Deze kan in voorkomende gevallen zonder nader onderzoek en op basis van een aangepaste bewijswaardering bijvoorbeeld uitgaan van het niet bestaan van feiten waarop een betrokken partij zich in haar belang beroept. In dit verband gaat voor de betreffende partij tevens het recht verloren om bijvoorbeeld in Revision te klagen over het schenden van de rechterlijke Aufklärungspflicht.[396] Naast deze sancties dient hier nogmaals te worden gewezen op de regeling inzake *Präklusion* die in beeld komt als toepassing is gegeven aan het bepaalde in § 87b Abs. 2 VwGO (zie hierover paragraaf 3.2.4)

Ten slotte voorziet het Duitse bestuursprocesrecht nog in een ultieme, zware sanctie, die slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde kan zijn. Het betreft de zogenoemde *Fiktion der Klagerücknahme* (§ 92 Abs. 2 VwGO). Deze figuur is in de jaren negentig van de vorige eeuw ingevoerd[397] als bespoedigingsinstrument ('stok achter de deur') en aanstonds door het Bundesverwaltungsgericht beperkt.[398] Op grond van deze regeling wordt een Klage geacht[399] te zijn teruggenomen (vgl. het intrekken van een beroep) indien een justitiabele ondanks een specifieke en uitdrukkelijke rechterlijke vermaning gedurende langer dan twee maanden het proces (verwijtbaar) *nicht betreibt*. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan een partij die – ofschoon zij wordt bijgestaan door een advocaat – ernstig nalatig is bij het nakomen van een medewerkingsplicht waarop de rechter haar uitdrukkelijk heeft aangesproken. Zij wordt dan geacht geen belang meer te hebben bij rechtsbescherming.[400] Op de verstrekkende gevolgen[401] van (volstrekte) passiviteit dient de rechter in voorkomende gevallen uitdrukkelijk te wijzen.

3.5.2 *Het model Kaufmann: formele bewijsvoeringslasten?*

In het voorafgaande kwam al naar voren dat de heersende Duitse leer in het bestuursprocesrecht niet wil weten van een formele bewijsvoeringslast voor partijen. Toch zijn partijen medeverantwoordelijk voor de vaststelling van de relevante feiten. Zij dragen in ieder geval bij een non liquet het bewijsrisico. Deze wat hybride benadering is in de literatuur niet onbestreden gebleven. Zo heeft Kaufmann in zijn *Habilitationsschrift* (2002) het stelsel van verantwoordelijkheden en risicoverdeling in het Duitse bestuursprocesrecht opnieuw doordacht.[402] Zijn denkbeelden, die op punten

396. Kopp/Schenke 2007, p. 1077.
397. Ingevoerd bij het zesde *Gesetz zur Änderung der VwGO* (6. VwGOÄndG van 1 november 1996, BGBl I 1626).
398. Zie Hufen 2008, p. 552 met rechtspraakverwijzingen.
399. Door de rechter bij declaratoire beslissing vast te stellen, zie de laatste volzin van § 92 Abs. 2 VwGO.
400. Schifferdecker 2003, p. 928.
401. Waaronder ook het dragen van proceskosten. Zie § 155 Abs. 2 VwGO.
402. Zie m.n. Kaufmann 2002, p. 413 e.v.

afstand nemen van de gangbare benadering, kunnen in dit preadvies niet onvermeld blijven, ook al kan men diens uitgesproken ideeën over processuele gelijkwaardigheid van bestuur en burger en wederkerig bestuursrecht niet delen.

Kaufmann probeert eerst op basis van een uitvoerige constitutionele analyse duidelijk te maken dat het Grundgesetz niet verplicht tot de Untersuchungsgrundsatz. Hierbij neemt hij het (omstreden) standpunt in dat artikel 19 Abs. 4 GG ten aanzien van het bestuursproces zou uitgaan van gelijkheid van partijen. Bijgevolg zou ongelijkheidscompensatie op gespannen voet staan met de rechterlijke neutraliteit.[403] De juistheid van dit standpunt is in de Duitse literatuur direct in twijfel getrokken.[404] Het belangrijkste statement dat Kaufmann vervolgens maakt is dat de zelfstandige bewijsverantwoordelijkheid van partijen duidelijk moet worden benoemd. Naar geldend recht is deze verantwoordelijkheid zijns inziens op een (te) troebele wijze verweven met de Untersuchungsgrundsatz. Ook pleit hij voor meer helderheid ten aanzien van de bewijstechnische gevolgen van het niet-nakomen van medewerkingsplichten.[405]

Omdat Kaufmann geen principiële verschillen ziet tussen de basisstructuur van het bestuursproces en het civiele proces (in beide gevallen betreft het naar zijn oordeel een partijenproces waarbinnen de rechterlijke neutraliteit een groot goed is), gaat hij ervan uit dat zich óók in het bestuursprocesrecht een formele stelplicht (Behauptungslast) en een bewijsvoeringslast (Beweisführungslast) voor partijen laten denken. Hij leidt dit onder meer af uit de wettelijke structuur van het geldende Verwaltungsprozessrecht, waarbij hij wijst op §§ 82 Abs. 1, 86 Abs. 3 en 87b VwGO (Präklusion). Het beroep op de rechterlijke Hinweispflicht (§ 86 Abs. 3 VwGO) is in dit verband wat opmerkelijk, maar wel verklaarbaar. Kaufmann gaat er namelijk vanuit dat de bestuursrechter alleen zinvol sturing kan geven aan het feitenonderzoek als partijen hun standpunten eerst adequaat onderbouwen.[406] De omvang van de formele bewijsvoeringslast voor een partij leidt de auteur vervolgens rechtstreeks af uit de objectieve bewijslastverdeling. Hierbij doet hij onder meer een beroep op de in paragraaf 3.3.3 besproken Günstigkeitsregel en de Sphärentheorie. Dit deel van zijn werk is overigens het minst uitgewerkt. Duidelijk wordt wél dat een partij die de bewijslast draagt, in de regel ook de daarbij behorende bewijsvoeringslast draagt. Zo laat zich een sluitend systeem denken waarbij ieder relevant feit tot de bewijsverantwoordelijkheid van één der partijen – en dus niet de rechter – behoort.

Interessant is hoe Kaufmann tegen deze achtergrond de rechterlijke Untersuchungsgrundsatz waardeert. Volgens hem is het ten principale onjuist (en ook onzinnig) om deze op te vatten als een rechterlijke plicht om uitputtend feitenonderzoek te doen. Hij leest in § 86 Abs. 1 VwGO een *Reservekompetenz*[407] waaruit zich alleen onder strikte voorwaarden een plicht tot feitenonderzoek laat afleiden. Feitenonderzoek door de rechter komt zijns inziens in beeld zodra het de rechter niet lukt

403. Vgl. in Nederland de visie van Schreuder-Vlasblom.
404. Zie bijv. de bespreking van Kaufmanns werk door W. Fiedler, AöR 2004, p. 143.
405. Te denken valt aan gevolgen in de sfeer van het vaststellen van de bewijsomvang en de verdeling van bewijslast. Zie Kaufmann 2002, p. 363.
406. Kaufmann 2002, p. 423.
407. Kaufmann 2002, p. 432.

om partijen aan te zetten tot (nader) bewijs van essentiële feiten. De voorwaarden die Kaufmann in dat geval stelt aan rechterlijk feitenonderzoek zijn strikt, maar relatief duidelijk.[408] Volgens hem doet zich pas een plicht tot ambtshalve onderzoek voor als de rechter ernstig rekening moet houden met de mogelijkheid dat de feiten anders liggen dan dat zij zich aandienen. Tevens stelt hij als voorwaarde dat de *Ermittlungsaufwand* evenredig is. Het moet voor de rechter met andere woorden, zonder een al te grote inspanning mogelijk zijn om de juiste feiten te achterhalen. Ten slotte aanvaardt Kaufmann nog enkele andere factoren die de bestuursrechter kunnen aanzetten tot ambtshalve onderzoek, waarbij hij onder andere wijst op het waarborgen van de positie van derden,[409] de rechterlijke zorg voor de niet door een rechtshulpverlener bijgestane partij (waarmee hij ongelijkheidscompensatie dus niet geheel in de ban doet) en de aard en mate van een aan de orde zijnde rechtsinbreuk (een bij uitstek materieel criterium dat de rechter de nodige bewegingsruimte verschaft).

3.6 Bewijsvoering, regiefunctie van de rechter en het gerechtelijk vooronderzoek

Het Duitse bestuursproces staat – zo is de algemene opvatting van wetgever, rechtspraak en literatuur – in het teken van de *Konzentrationsmaxime*. Kerntaak van de bestuursrechter betreft het zo gecomprimeerd, doelmatig én zo snel als mogelijk realiseren van de rechtsgang.[410] De bestuursrechter is de regisseur van de procedure. Het gerechtelijk vooronderzoek staat in dit verband in het teken van het grondig (met name ook *bewijstechnisch*) voorbereiden van de zaak, zodat deze vervolgens zonder onderbrekingen mondeling kan worden behandeld en een einduitspraak spoedig in beeld komt.

Voor zover de zaak in eerste aanleg niet in aanmerking komt voor behandeling door een alleensprekende rechter vindt behandeling plaats door een meervoudige kamer. Het zullen hier in de regel zaken betreffen die te complex zijn voor behandeling door één rechter. Wordt een zaak meervoudig behandeld, dan komt in beginsel aan de Vorsitzende een centrale, tweeledige functie toe. Naast het voorbereiden van alle (tussen)beslissingen van de kamer is hij de regisseur ten aanzien van het (voor)onderzoek en oefent hij in dit verband de bevoegdheden uit die de wet hem toekent. Wat betreft het vooronderzoek gaat het hier ten eerste om de beoordeling van een binnengekomen Klage overeenkomstig § 82 Abs. 2 VwGO en het zo nodig verzoeken om Ergänzung. Deze taak mag zeker niet worden onderschat omdat reeds in deze vroege instructiefase een eerste (voorlopige) beoordeling plaatsvindt van de relevante feiten en het beschikbare bewijs.[411] Naar aanleiding van deze eerste 'scan'

408. Kaufmann 2002, p. 436 e.v.
409. De rechter moet alert zijn op één-tweetjes tussen bijv. een aanvrager en het bestuursorgaan. Een problematiek die in Nederland ook wordt onderkend. Zie bijv. Schueler in Damen/Bröring 2006, p. 228.
410. Bijv. Hufen 2008, p. 539-540.
411. Hufen 2008, p. 548.

kan aanstonds actie worden ondernomen. De Vorsitzende stelt in deze fase de Klage ook in handen van het bestuur dat wordt opgeroepen om hieromtrent schriftelijk een standpunt in te nemen (§ 85 VwGO).

Gedurende het vooronderzoek oefent de Vorsitzende talrijke bevoegdheden uit die zijn neergelegd in § 87 VwGO e.v. Deze staan vooral in het teken van de *Konzentrationsmaxime*. Zo beslist hij over onderbrekingen van het vooronderzoek en zijn aan hem diverse bevoegdheden toegekend in de sfeer van de kostenveroordeling. Veel van de bevoegdheden – en dit is met het oog op dit preadvies van belang – hebben betekenis voor het proces van bewijsvoering en de Sachaufklärung. Zo kunnen partijen vroegtijdig worden uitgenodigd om over de feiten van gedachten te wisselen en een compromis te beproeven. De Vorsitzende kan hen onder termijnstelling opdragen standpunten aan te vullen of te verduidelijken, alsmede stukken, elektronische documenten of andere daartoe geschikte voorwerpen aan het gerecht over te leggen. Tevens kan de Vorsitzende ambtshalve inlichtingen inwinnen, het verschijnen van partijen bevelen en getuigen en deskundigen voor de mondelinge behandeling oproepen. Partijen dienen over ieder rechterlijk bevel te worden geïnformeerd (zie § 87 Abs. 2 VwGO).

Zoals ter sprake kwam in paragraaf 3.2.3 kan tijdens het vooronderzoek onder bepaalde voorwaarden door de Vorsitzende ook bewijs worden verzameld (§ 87 Abs. 3 VwGO). Tevens kan § 87b VwGO toepassing vinden en de hiervoor besproken bevoegdheid om partijen onder termijnstelling en de sanctie van formelle Präklusion op te dragen feiten aan te dragen, bewijzen te noemen of aan te duiden, stukken of zaken in te brengen en elektronische documenten aan de rechter te doen toekomen.

In de praktijk wordt de functie van de Vorsitzende, als het aankomt op het (bewijstechnisch) managen en sturen van het vooronderzoek in een meervoudig te behandelen zaak, vaak (maar zeker niet altijd) overgenomen door de Berichterstatter (de rechter-rapporteur). Hufen omschrijft deze rechterlijke functionaris als de eigenlijke *Motor* van de procedure.[412] De rechter-rapporteur maakt in eerste instantie een inschatting met betrekking tot de rechtsvragen, de feiten en het met het oog op deze feiten beschikbare bewijs. Hij waardeert – althans voorlopig – partijstandpunten, wint informatie in en onderhoudt de contacten met de partijen. Dit kan schriftelijke correspondentie betreffen, maar ook een soort van 'comparitiecontact' is mogelijk. De rapporteur (of in voorkomende gevallen de Vorsitzende) kan partijen voor een bespreking uitnodigen en ter gelegenheid hiervan ook een schikking beproeven (§ 87 Abs. 1.1). Op grond van § 87 Abs. 3 VwGO verzamelt hij tevens (nieuwe) einzelne Beweise. Daarnaast kan het gerecht hem opdragen om op grond van § 96 Abs. 2 VwGO bewijs te verzamelen. Het Duitse recht biedt hier veel inspiratie voor de Nederlandse discussie over het (selectief) opwaarderen van het vooronderzoek en het beleggen van een regiezitting.

Uit het voorgaande kwam al naar voren dat de Duitse bestuursrechter een actieve rol vervult in de bestuursrechtelijke procedure. Hij is niet lijdelijk. In dit verband draagt hij een belangrijke verantwoordelijkheid voor het aansturen van het proces van bewijsvoering. Formeel rust op hem zelfs de gehele bewijsvoeringslast. Deze

412. Hufen 2008, p. 546.

hoeft hij overigens niet alleen te vervullen. Hij zou dit niet eens kunnen. Partijen dienen, zoals bleek, op hun (mede)verantwoordelijkheden te worden aangesproken. Hierbij mag echter niet uit het oog worden verloren dat de rechter de bewijstechnisch expert is en blijft. *Dat* partijen een medeverantwoordelijkheid dragen ten aanzien van het proces van Sachaufklärung staat vast en is onomstreden. Keerzijde van de medaille is echter dat de bestuursrechter partijen tijdig duidelijke aanwijzingen behoort te geven zodat er geen misverstand kan ontstaan over wat van hen wordt verwacht, wanneer dit wordt verwacht én wat de gevolgen zijn als aan een verzoek tot medewerking geen gehoor wordt gegeven. De rechter behoort dus bewijstechnische rechtszekerheid (duidelijkheid en voorspelbaarheid) *in concreto* te realiseren.

Afgezien van de meer specifieke rechterlijke opdrachten aan partijen (zie i.h.b. het reeds besproken § 87b VwGO) is de zogenoemde rechterlijke Hinweispflicht (instructie- of aanwijzingenplicht) hiertoe het centrale rechterlijke instrument.[413] Deze plicht is neergelegd in § 86 Abs. 3 VwGO. Toegespitst op het feitenonderzoek draagt deze bepaling de Vorsitzende (dan wel de alleensprekende bestuursrechter en in voorkomende gevallen de Berichterstatter[414]) op ervoor te zorgen dat onduidelijke verzoeken van partijen worden verduidelijkt, noodzakelijke verzoeken worden gedaan, ontoereikende opgave van feiten worden aangevuld en dat alle voor de vaststelling en de beoordeling van het feitenrelaas wezenlijke verduidelijkingen worden gegeven. De Hinweispflicht omspant de gehele procedure, dus óók het vooronderzoek en valt daarom deels samen met de verplichtingen tot Sachaufklärung die reeds voortvloeien uit §§ 82, 87 en 87b VwGO. Een schending wordt gezien als een zware procedurefout (*Verfahrensmangel*). Zij kan aanleiding geven voor Revision bij het Bundesverwaltungsgericht op grond van § 132 Abs. 2.3 VwGO. De literatuur brengt een schending tevens in verband met artikel 103 GG (de aanspraak op rechterlijk gehoor, die mede omvat de daadwerkelijke mogelijkheid om juridische en feitelijke inzichten voor de rechter naar voren te brengen).

In de hier aan de orde zijnde rechterlijke verplichting komt ook het – in het Nederlandse bestuursprocesrecht verdampte – uitgangspunt van *ongelijkheidscompensatie* tot uitdrukking. Hoewel de aanwijzingenplicht zich tot alle partijen richt, maakt de Duitse literatuur er namelijk geen geheim van dat zij in de rechtspraktijk vooral een instrument is om de zwakkere burger-partij (voor zover deze niet door een advocaat wordt bijgestaan) door de procedure te loodsen. Hufen merkt in dit verband over de genoemde plicht op: 'Sie gilt für alle Beteiligten, doch dient sie in der Praxis vor allen dem Ausgleich des in der Regel bestehenden Informationsvorsprungs der Behörden gegenüber dem Bürger.'[415] Het gaat erom dat de bestuursrechter een partij zo veel als mogelijk duidelijk maakt hoe zij, vanzelfsprekend binnen de grenzen van de aan haar ter beschikking staande juridische mogelijkheden, haar doel in rechte kan verwezenlijken.[416] Hierbij zal de rechter zorgvuldig moeten handelen omdat het

---

413. Zie hierover in de Nederlandse literatuur K. Bolt & B. de Waard, De Hintplicht, in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), Op tegenspraak (Damen-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 223 e.v.
414. Vgl. Wolff/Decker 2007, p. 335.
415. Hufen 2008, p. 549. Vgl. ook Würtenberger 2006, p. 47 die zinspeelt op het compenseren van (procestechnische) onervarenheid en gebrekkige rechtskennis.
416. Kopp/Schenke 2007, p. 1087.

geven van aanwijzingen er niet toe mag leiden dat eenzijdig een bepaalde partij in de procedure wordt bevoordeeld.[417] Met name in de sfeer van de bewijsvoering komt het erop aan dat de rechter partijen in ieder geval wijst op gebreken of hiaten in de onderbouwing van het door hen aangevoerde of veronderstelde relevante feitensubstraat.[418]

Tenslotte is opmerkelijk dat in de literatuur[419] op doelmatigheidsgronden een pleidooi wordt aangetroffen om zo mogelijk aan het einde van de mondelinge behandeling te anticiperen op de uitspraak. De rechter zou op basis van de alsdan naar zijn oordeel vaststaande feiten kunnen aangeven hoe de zaak juridisch door hem wordt gewaardeerd. In dit licht zouden partijen vervolgens een *laatste kans* moeten krijgen om hun standpunt (bewijstechnisch) aan te vullen. Het betreft hier echter geen positiefrechtelijke verplichting.

3.7 Conclusie

Ten aanzien van het Duitse bestuursrechtelijke bewijsrecht valt op dat de algemene rechterlijke plicht tot ambtshalve feitenonderzoek is ingebed in een fijnmazig stelsel van *mede*verantwoordelijkheden van partijen. In de literatuur wordt nog discussie gevoerd over het rechtskarakter van deze verantwoordelijkheden. Hierbij is de vraag opgeworpen of het gaat om plichten tot ondersteuning van de bestuursrechter in *diens* bewijsvoeringslast of juist om autonome formele bewijsvoeringslasten van partijen. Deze discussie doet echter niet af aan het feit dat partijen – zeker als zij worden bijgestaan door een rechtshulpverlener – zich aan de hand van het positieve procesrecht op hoofdlijnen wel een beeld kunnen vormen van wat van hen wordt verwacht. Van groter belang is dat partijen ook tijdens de procedure kunnen varen op rechterlijke aanwijzingen. In het Duitse bestuursprocesrecht wordt veel aandacht besteed aan de sturende rol van de rechter.

Hierbij is van bijzonder belang dat de bestuursrechter wordt geacht vanaf het begin van de procedure bewijsregie te voeren en partijen te informeren over de aard, inhoud en omvang van hun verantwoordelijkheden ten aanzien van het feitenonderzoek. Met het oog hierop worden partijen ook gericht voorgelicht over de gevolgen van het verzaken van hun procedurele 'plichten'. De rechtszekerheid op het punt van het proces van bewijsvoering wordt zo gewaarborgd en hier tekent zich een belangrijk verschil af met de houding van de Nederlandse bestuursrechter die, waar het aankomt op bewijsrechtelijke vraagstukken, (te) veel in het ongewisse laat.[420]

Typerend voor het Duitse stelsel is verder dat de (sterke) subjectieve oriëntatie van het procesrecht *niet* heeft geleid tot het afzweren van een actieve bestuursrechter. Het Duitse bestuursprocesrecht illustreert op heldere wijze dat het model van het *recours subjectif* niet noodzakelijkerwijs samen hoeft te gaan met een lijdelijke rechter die het

417. Zie bijv. Wolff/Decker 2007, p. 334.
418. De Hinweispflicht ziet overigens niet uitsluitend op de feiten. Zij kan ook zien op juridische aspecten (rechtsvoorlichting).
419. Zie bijv. Kopp/Schenke 2007, p. 1088 onder verwijzing naar Sendler en Hoecht.
420. Vgl. de conclusie van in Barkhuysen/Damen 2007, p. 155.

proces van bewijsvoering primair overlaat aan partijen. De suggestie van de Commissie Evaluatie Awb III dat de subjectivering van het bestuursprocesrecht hand in hand gaat met meer procesverantwoordelijkheden voor partijen en dat een terughoudende rol van de rechter bij de bewijsvoering hierbij goed aansluit moet in zoverre worden genuanceerd.[421] Hier is vooral een rechtspolitiek inzicht aan de orde, waarbij mijns inziens de verschillen tussen het bestuursproces en het burgerlijk proces op beginselniveau te veel uit het oog worden verloren. Het benadrukken van de gelijkwaardigheid van de partijen in het bestuursproces, de gedachte van wederkerig bestuursrecht en het vergaand afzwakken van de idee van ongelijkheidscompensatie met een (discutabel) beroep op de rechterlijke neutraliteit lijkt in Nederland steun te geven aan de rechterlijke passiviteit in de sfeer van het feitenonderzoek. Juist deze gedachten leven in het Duitse bestuurs(proces)recht beduidend minder en worden daar niet breed gedragen.

Het Duitse bestuursrecht lijdt ook minder dan het Nederlandse onder een verkrampte verhouding tussen bestuur en rechter. Dit blijkt duidelijk in de sfeer van het feitenonderzoek. Bewijsfuikachtige constructies die worden gebaseerd op machtenscheidingsargumenten treft men er niet aan. Vooral de constitutioneel stevig verankerde eisen van een effectieve rechtsbescherming tegen de overheid brengen met zich dat de bestuursrechter zich onmiddellijk met de feiten inlaat. Weliswaar wordt de feitenvaststelling door het bestuur tot uitgangspunt genomen, maar van enige binding aan 'gezaghebbende' oordelen van het bestuur over de feiten is geen sprake. Zelfstandige feitenvaststelling wordt in Duitsland vanuit rechtsstatelijk oogpunt juist gezien als een kernactiviteit van de bestuursrechter.

Het Duitse bestuurs(proces)recht staat in het teken van het Spruchreif maken van de zaak. Hier klinkt het uitgangspunt van finale geschilbeslechting goed door. Dit brengt met zich dat het bewijs ten aanzien van relevante feiten bij voorkeur al voor de mondelinge behandeling (in belangrijke mate) 'rond' moet zijn. Er wordt in principe zaaksgericht gewerkt. Niet het zo snel mogelijk ter zitting brengen is uitgangspunt, maar het zo snel mogelijk ter zitting brengen van een uitgekristalliseerde zaak. Dit wordt geacht de finaliteit te dienen.[422] De bestuursrechter mag en moet partijen, zoals gesteld, in dit verband *vroegtijdig* aanspreken op hun (wettelijke) bewijsverantwoordelijkheden (vgl. o.m. § 82 Abs. 1 VwGO) en hen hierover adequaat informeren. Komen partijen hun verantwoordelijkheden niet na dan kan dit vergaande gevolgen hebben (vgl. de figuur van formelle Präklusion). Overigens is het zo dat partijen ruime mogelijkheden hebben om bewijsaanbod te doen, ook (nog) tijdens de mondelinge behandeling. Op een serieus bewijsaanbod dient de bestuursrechter expliciet en gemotiveerd te reageren.

Verder lijkt binnen het Duitse bestuursprocesrecht het gerechtelijk vooronderzoek beduidend beter te zijn ontwikkeld dan in het Nederlandse bestuursprocesrecht. Vooral in de meer ingewikkelde zaken vervult de rechter-rapporteur (Berichterstatter) goede diensten, zeker met het oog op het proces van bewijsvoering. Zaaksge-

---

421. Vgl. Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 26.
422. En bijgevolg de tijdigheid. Tot een dergelijk inzicht is, zoals bleek, bijv. ook de Commissie Evaluatie Awb III gekomen. In bepaalde zaken kan juist een diepgravender (voor)onderzoek ertoe leiden dat per saldo tijdwinst wordt geboekt. Zie Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 34.

richt werken is vanaf het aanvangsmoment van de procedure het uitgangspunt. Ook formele bewijsbeslissingen worden in het Duitse bestuursprocesrecht beter, althans in ieder geval meer uitvoerig, gemotiveerd dan in het Nederlandse bestuursprocesrecht. Dit geldt bijvoorbeeld voor beslissingen naar aanleiding van het aanbod van getuigenbewijs.

Tenslotte is het bepaald opmerkelijk dat het materiële bewijsrecht in belangrijke mate is uitgekristalliseerd terwijl er géén sprake is van een nadere regeling van dit recht in de Verwaltungsgerichtsordnung. Afgezien van de Untersuchungsgrundsatz (§ 86 VwGO) is volstaan met een bepaling over de bewijswaardering door de bestuursrechter (§ 108 VwGO). Het Duitse bestuursprocesrecht gaat uit van de *objectieve bewijsleer*, waarbij de bestuursrechter de bewijslastverdeling in beginsel afleidt uit algemene vuistregels, de aard van bestuursbevoegdheden, bijzondere wettelijke voorschriften en uitgangspunten van materieel bewijsrecht die naar analogie worden ontleend aan het civiele recht. Niets wijst erop dat de Duitse literatuur en rechtspraktijk dit als onbevredigend ervaren.

4 Een kenbare bewijsleer: een verantwoordelijkheid voor wetgever, bestuursrechter en partijen

In het afsluitende deel van dit preadvies trek ik enkele conclusies. Deze conclusies worden primair gepresenteerd in de vorm van aanbevelingen aan de wetgever. De leidende vraag waarmee het bestuur van de VAR de preadviseurs op pad stuurde was immers of de wetgever moet overgaan tot een (nadere) wettelijke regeling van het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Hierbij is waarschijnlijk vooral gedacht aan de *algemene* bestuursrechtelijke wetgever. Moet het bestuursrechtelijke bewijsrecht in de Algemene wet bestuursrecht worden gecodificeerd? Dit is geen eenvoudig te beantwoorden vraag. Voor het materiële bewijsrecht dient zich al direct het probleem aan dat juist op de *bijzondere* bestuurswetgever een specifieke verantwoordelijkheid rust om hier bewijsrechtelijk maatwerk te leveren. Hij zal steeds moeten bezien of bepaalde typen besluiten, en de geschillen die daaruit kunnen voortvloeien, aanleiding geven tot een bijzondere verdeling van de bewijslast. De wetgever zal in dit verband ook moeten bezien of het bijvoorbeeld wenselijk is te werken met een wettelijk bewijsvermoeden. In algemene zin valt hier weinig over te zeggen.

Over aanvullingen en aanpassingen van de Algemene wet bestuursrecht valt vanuit bewijsrechtelijk oogpunt wel wat te zeggen. Maar ook hier moet men niet te veel verwachten. De lezer die een compleet uitgewerkt voorstel tot codificatie van *het* bestuursrechtelijke bewijsrecht[423] verwacht moet ik teleurstellen. Dit gaat de mogelijkheden van de individuele preadviseur te boven. Een integrale regeling van het bewijsrecht voor alle bestuursrechtelijke geschillen zou bovendien een wetgevingsoperatie met zich brengen die een grondige bezinning vereist met betrekking tot de voor- en nadelen van codificatie.

Op deze plaats herhaal ik het standpunt dat ik in deel 1 innam. De wetgever kan naar mijn inschatting slechts een relatief bescheiden bijdrage leveren aan het oplossen van de bewijsrechtelijke problemen waarmee het Nederlandse bestuurs-(proces)recht momenteel kampt. Toch moet zijn bijdrage niet worden onderschat. Naar mijn mening zal zij echter vooral – maar niet alleen – zijn gelegen in de sfeer

423. In het bestuursrecht is de verscheidenheid aan geschillen mijns inziens nog beduidend groter dan in het 'open' privaatrecht, zodat een integrale uniforme bewijsregeling reeds daarom moeilijk tot stand is te brengen. Zo vraagt bijv. het *bestraffende bestuursrecht* mijns inziens al om een afzonderlijke bewijsregeling.

van het formele bewijsrecht. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan maatregelen die een positieve invloed hebben op de (chronologische) structurering van het proces van bewijsvoering en de rechtszekerheid voor partijen. In beeld zijn dan concrete maatregelen die de bestuursrechter moeten aanzetten tot het voeren van een tijdige bewijsregie en het afleggen van (meer) verantwoording over bewijsrechtelijke beslissingen.

4.1 De wetgever: sturing, maar met mate...

Het bestuursrechtelijke bewijsrecht is niet 'vrij'. Rond de diverse bewijsregels en beginselen hangt wel mist zodat er sprake is van een verminderde kenbaarheid. De wetgever kan op verschillende punten een bijdrage leveren aan het verbeteren van deze kenbaarheid. Ik bespreek enkele aandachtsvelden en geef hierbij aan of optreden van de wetgever naar mijn mening zinvol is.

4.1.1 *Het materiële bewijsrecht, bewijslastverdeling en bewijswaardering*

In de Algemene wet bestuursrecht zou een 'echte'[424] algemene bepaling van materieel bewijsrecht kunnen worden opgenomen. In de literatuur is hiervoor gepleit. In dit kader is gewezen op de (voorganger van) artikel 150 Rv.[425] De hoofdregel uit het burgerlijk procesrecht – welke regel is gebaseerd op de gematigde objectieve bewijsleer[426] – zou in de Algemene wet bestuursrecht analoog van toepassing kunnen worden verklaard. Als hoofdregel zou dan gelden dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van bepaalde[427] feiten hiervan de bewijslast draagt. Zoals in deel 3 naar voren kwam is dit min of meer de hoofdregel die ook in het Duitse bestuursprocesrecht toepassing vindt.[428] Niets wijst erop dat dit uitgangspunt in dat rechtstelsel vanuit een bestuursrechtelijk oogpunt vragen oproept. Schuurmans heeft er, wat het Nederlandse bestuursrecht betreft, op gewezen dat de (hoofd)regel van bewijslastverdeling van artikel 150 Rv bovendien in grote mate ten grondslag ligt aan het systeem van artikel 3:2 en 4:2 lid 2 van de Awb.[429] Vantoepassingverklaring zou volgens haar in ieder geval de verdeling van het bewijsrisico verduidelijken.[430]

---

424. Dus een bepaling die niet primair behoort tot het besluitvormingsrecht (vgl. de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb).
425. Zie i.h.b. het krachtige pleidooi van Pieters 1996, p. 52.
426. Gematigd omdat de wetgever ook betekenis toekent aan de billijkheidsleer. Zie over de bewijsleren paragraaf 2.5.1
427. Artikel 150 Rv spreekt over 'gestelde' feiten, maar deze op de civiele stelplicht geënte formulering is in een bestuursrechtelijke context wat minder gelukkig.
428. Zie paragraaf 3.3.3.
429. Y.E. Schuurmans, Eenheid in het bewijsrecht. Een vergelijking tussen de uitgangspunten van het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht, in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer & L.J.M. Timmermans (red.), In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 286.
430. Schuurmans 2005, p. 318. Zij wijst er in dit verband terecht op dat de bijzondere wetgever dan ook zijn verantwoordelijkheid moet nemen door bepalingen zo te formuleren dat deze aansluiten op de hoofdregel.

De hoofdregel brengt bijvoorbeeld met zich dat het bestuursorgaan de bewijslast draagt in de sfeer van rechtsgevolgen die het op basis van een bestuursbevoegdheid in het leven kan roepen en dat diens wederpartij in beginsel de bewijslast draagt in geval van een beroep op een zelfstandige norm (bijv. een bepaald grondrecht, het vertrouwensbeginsel of een uitzonderingsclausule). Op grond van de bijzondere wet, de aard van een bestuursbevoegdheid of op grond van de redelijkheid en billijkheid kan vervolgens van de hoofdregel worden afgeweken. Wat dit laatste betreft laat een meer publiekrechtelijke invulling van de billijkheidsleer zich natuurlijk goed denken. De bestuursrechter kan immers terdege rekening houden met de verschillen (in verantwoordelijkheden) tussen bestuur en burger. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 150 Rv in een bestuursrechtelijke context primair zou zien op de verdeling van het bewijsrisico en niet zou beletten dat de rechter in voorkomende gevallen een deel van de bewijsvoeringslast op zich neemt (vgl. het Duitse bestuursprocesrecht). De bepaling is – met andere woorden – niet onverenigbaar met de idee van ongelijkheidscompensatie.[431]

Ik heb uiteindelijk misschien (nog) minder reserves dan Schuurmans[432] ten aanzien van artikel 150 Rv. Maar ik ben het met haar eens dat een algemene wettelijke regeling van de bewijslastverdeling als zodanig de *individuele* belanghebbende niet veel zal bieden bij het inschatten van zijn eigen bewijsrechtelijke positie. Het van toepassing verklaren van de hoofdregel van artikel 150 Rv op het bestuursprocesrecht heeft, wat mij betreft, daarom geen hoge prioriteit. Maar kwaad kan het niet.

Zinvol, en urgenter, lijkt mij een duidelijke wettelijke verankering van de rechterlijke verantwoordelijkheid met betrekking tot de bewijswaardering. Ik denk hierbij aan het herformuleren van artikel 8:77 lid 1 aanhef en onder b Awb tot een afzonderlijk lid, waarbij elementen van artikel 152 lid 2 Rv en § 108 Abs. 1 VwGO richtinggevend kunnen zijn. Een nieuw lid zou bijvoorbeeld kunnen luiden: 'De schriftelijke uitspraak vermeldt de gronden van de beslissing. De waardering van het bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. De rechter motiveert[433] zijn bewijsoordeel.' Een zodanige formulering zou de bestuursrechter in ieder geval aansporen tot een meer expliciete waardering van het beschikbare bewijs en tot het afleggen van verantwoording op het punt van deze waardering.

4.1.2 *Rechterlijke regie ten aanzien van de bewijsvoering*

In de literatuur wordt de opvatting dat de Nederlandse bestuursrechter méér en vooral tijdig bewijsregie moet voeren inmiddels breed gedragen. Onderschrijft men deze noodzaak, dan laten zich vervolgens enkele belangrijke aanpassingen en aanvullingen van het formele wettelijke bewijsrecht denken. Te wijzen valt op de

---

431. Vgl. de koudwatervrees van Heldeweg op dit punt. Heldeweg 1993, p. 346-347.
432. Haar reserves zijn wel verklaarbaar gelet op haar visie op de rechterlijke taak met betrekking tot de feitenvaststelling. Een regel als artikel 150 Rv past het beste in een systeem dat uitgaat van een direct debat over de feiten ten overstaan van de rechter die (desnoods) bewijsbeslissingen neemt en laat zich wat minder goed inpassen in een systeem waarbij de bestuursrechter primair een zorgvuldigheidscontrole verricht met het oog op de 'bewijsvoering' in de bestuurlijke fase.
433. De Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 33 toonde zich op dit punt niet afwijzend maar wel voorzichtig.

wettelijke verankering van een rechterlijke bewijsvoorlichtingsplicht,[434] de figuur van de rechterlijke bewijsopdracht en de (interlocutoire) tussenuitspraak.

In alle zaken waarin de bestuursrechter bewijstechnische complicaties vermoedt dient hij partijen adequaat voor te lichten over hun bewijsrechtelijke positie en verantwoordelijkheden.[435] Ook zal hij duidelijke informatie moeten geven over de gevolgen van het verzaken van bewijsverantwoordelijkheden. Bij deze taak van de rechter past mijns inziens een niet-vrijblijvende, wettelijke verplichting tot het geven van bewijsvoorlichting.[436] Over de vormgeving van een rechterlijke bewijsvoorlichtingsplicht in de Algemene wet bestuursrecht moeten de wetgevingsjuristen zich maar buigen. Paragraaf 86 Abs. 3 VwGO biedt mijns inziens echter bruikbare aanknopingspunten. Bewijsvoorlichting moet ook tijdig worden gegeven. Daarom ligt het voor de hand hier aansluiting te zoeken bij het tijdstip van de comparitie of regiezitting (vgl. artikel 8:44 Awb).

Om de grip van de bestuursrechter op de bewijsvoering verder te versterken is het wenselijk hem daarnaast de bevoegdheid toe te kennen tot het geven van een formele bewijsopdracht. De figuur van de bewijsopdracht laat zich vanzelfsprekend denken in het kader van een tussenuitspraak (zie hierna). De ontwikkelingen rondom de bestuurlijke lus zijn in dit kader interessant. Zo zou bij toepassing van 'de lus' vanwege een onzorgvuldige voorbereiding van een besluit bij tussenuitspraak aan het bestuursorgaan gelijktijdig een concrete bewijsopdracht kunnen worden gegeven. Het lijkt mij overigens zinvol te bezien of het geven van een formele bewijsopdracht ook los van een tussenuitspraak – bijv. bij mondelinge of schriftelijke rechterlijke beschikking – door de wetgever mogelijk moet worden gemaakt. In diverse situaties kan deze 'lichte' variant zonder tussenuitspraak uitkomst bieden. Te denken valt aan de situatie waarbij een appellant wordt opgedragen (nader) bewijs te leveren inzake dispositie indien hij zich beroept op gerechtvaardigd vertrouwen.

Of de formele bewijsopdracht moet worden versterkt met een specifiek sanctieregime dient te worden bezien. De belangrijkste 'materiële sanctie' op het niet-voldoen aan een formele bewijsopdracht ligt in de realisatie van het bewijsrisico. Daarnaast laat zich een meer processueel sanctiestelsel denken. Zo zou wettelijk kunnen worden bepaald dat overschrijding van de rechterlijke termijnstelling – uitzonderingen daargelaten – met zich brengt dat in een later stadium van de procedure bewijslevering ten aanzien van het bewijsthema van de opdracht is uitgesloten. Over het nut van een zodanige regeling (vgl. de Duitse regeling betreffende processuele Präklusion[437]) twijfel ik. De effecten laten zich niet goed voorspellen. Invoering zou, lijkt mij, ook aanpassing van artikel 8:58 lid 1 Awb (termijn voor indiening van nadere stukken) noodzakelijk maken.[438]

Als het initiatiefwetsvoorstel Wet bestuurlijke lus Awb[439] wet wordt zal de Algemene wet bestuursrecht worden verrijkt met de figuur van de tussenuitspraak. De

---

434. De verplichting van het bestuursorgaan om belanghebbenden tijdig en adequaat voor te lichten over medewerkingsverantwoordelijkheden laat ik hier rusten. Ik onderschrijf overigens het nut van een aangescherpte regeling op dit punt. Vgl. de aanbeveling van Barkhuysen/Damen 2007, p. 337.
435. Vgl. Barkhuysen/Damen 2007, p. 338 (aanbeveling 6).
436. Mede gelet op de aard van het bestuursproces en de (in beginsel) door de wetgever beoogde zelfredzaamheid van de burger die nu onder druk staat.
437. Zie paragraaf 3.2.4.

beoogde tussenuitspraak faciliteert primair de 'lus'regeling. Deze regeling staat in het teken van het bieden van een mogelijkheid aan het bestuursorgaan tot herstel van een gebrekkig besluit. De regeling wil op deze wijze een bijdrage leveren aan de efficiënte en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen binnen een redelijke termijn, met behoud van het besluitvormingsprimaat van het bestuur.[440] Hoewel de indieners[441] zich dit waarschijnlijk niet in volle omvang hebben gerealiseerd, zijn elementen van de beoogde regeling zeer relevant voor de bewijsvoering in het bestuursproces. Eerder wees ik er al op dat toepassing van de lus een uitgekristalliseerd proces van bewijsvoering veronderstelt.[442] In dit verband is van belang dat de indieners (mede) met het oog op de feitenvaststelling van de bestuursrechter een intensivering van het vooronderzoek verwachten. Hierbij zien zij een duidelijke functie voor de comparitie (artikel 8:44 lid 1 Awb). Deze kan fungeren als een soort regiezitting.[443] De voorgestelde regeling van de tussenuitspraak is daarom zo vormgegeven dat zij in de toekomst ook kan fungeren als instrument voor andere procesbeslissingen van de bestuursrechter. Een brede inzetbaarheid van de tussenuitspraak als 'communicatiemiddel' tussen bestuursrechter en partijen kan hierdoor haar beslag krijgen zonder een ingrijpende wijziging van de Algemene wet bestuursrecht.[444] Hiermee komt ook de bewijsrechtelijke tussenuitspraak eenvoudig in beeld. Dit is een belangrijk, niet direct beoogd wapenfeit van de hele 'lus'operatie.[445]

4.1.3 *Partijen*

Voor partijen moet hangende de procedure tijdig duidelijk zijn wat vanuit een bewijstechnisch oogpunt van hen wordt verlangd. De bestuursrechter draagt in dit verband een bijzondere regieverantwoordelijkheid. Daarnaast mag van partijen worden verwacht dat zij – onverminderd hun mogelijkheden tot bewijsvoering in een later stadium – beschikbare 'kennis' ten aanzien van voor hen relevante feiten en met het oog hierop beschikbaar bewijs in een zo vroeg mogelijke fase van de procedure op tafel leggen.[446] De rechter(-commissaris) dient hen hier zo nodig op aan te spreken. Het Duitse bestuursprocesrecht volgt deze benadering.[447] Het is naar mijn mening in dit verband zinvol nader onderzoek te doen naar de mogelijkheden om – indachtig de eigen karakteristiek van het bestuursprocesrecht – inspiratie te putten uit de

---

438. In die zin dat het laten verstrijken van een expliciet door de rechter gestelde termijn voor het inbrengen van bewijs in zoverre de hoofdregel m.b.t. het inbrengen van nadere stukken tot tien dagen voor de zitting terzijde stelt.
439. Zie het gewijzigde wetsvoorstel Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 5.
440. Kamerstukken 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 5.
441. De feitelijke ontwerpers van de regeling zullen hier wel oog voor hebben gehad...
442. R.J.N. Schlössels, De andere kant van de lus..., NTB 2008/8, p. 267-268.
443. Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 7.
444. Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 8.
445. Vgl. Schueler 2008, p. 453 over de belangrijke bewijsrechtelijke implicaties van de 'lus' en de tussenuitspraak.
446. Bijvoorbeeld in het kader van het formuleren van de beroepsgronden. Zie ook paragraaf 2.1.1.
447. Vgl. het bepaalde in § 82 Abs.1 VwGO. Zie nader paragraaf 3.2.4. Hierover ook Willemsen 2008, p. 28.

regeling van de volledigheids- en substantiëringsplichten van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[448]

Daarnaast verdient het aanbeveling dat de wetgever de bewijsrechtelijke positie van partijen in het bestuursproces steviger verankert. Zo is het vanuit een oogpunt van rechtszekerheid nuttig de regel van artikel 152 lid 1 Rv (ook) ten aanzien van het bestuursprocesrecht vast te leggen: 'Bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt.' Het is aan de bestuursrechter om de bewijskracht van middelen te beoordelen.[449] Dit is overigens al het uitgangspunt in het bestuursprocesrecht.

Van groot belang is ook een wettelijke verankering van het recht op bewijsaanbod, juist omdat dit recht (en de gemotiveerde afwijzing van een aanbod) in het actuele bestuursprocesrecht maar matig uit de verf komt.[450] Een duidelijk bewijsaanbod zal de bestuursrechter steeds zorgvuldig moeten bezien. Een afwijzing dient expliciet te geschieden (bij (mondelinge) rechterlijke beschikking of als onderdeel van een (tussen)uitspraak) en vereist een kenbare en draagkrachtige motivering.[451]

4.1.4 *Ambtshalve onderzoek*

Een wezenlijk probleem in het Nederlandse bestuursprocesrecht is dat de bestuursrechter zijn discretionaire bevoegdheid om de feiten aan te vullen (artikel 8:69 lid 3 Awb) opvat als een bevoegdheid om *in de regel* juist géén ambtshalve feitenonderzoek te doen. Dit leidt tot een grote, soms zelfs onverantwoorde, mate van passiviteit. De wetgever zou kunnen overwegen om – in navolging van het Duitse bestuursprocesrecht – de rechterlijke bevoegdheid tot aanvulling van de feiten te transformeren tot een plicht ('De rechtbank vult ambtshalve de feiten aan') en deze plicht vervolgens te verankeren in een afgewogen systeem van partijverantwoordelijkheden ('De rechtbank spreekt in dit verband partijen aan op hun bewijsverantwoordelijkheden'). Dit zou echter leiden tot een breuk met het bestaande Nederlandse systeem. Een dergelijke breuk lijkt mij niet nodig en politiek waarschijnlijk onhaalbaar.

Zinvolle mogelijkheden om de rechterlijke bevoegdheid tot feitenaanvulling en ambtshalve onderzoek nader wettelijk te omschrijven of te clausuleren, welke wens in de literatuur is uitgesproken,[452] zie ik niet. De uitgangspunten die een rol spelen bij de afweging om ambtshalve feitenonderzoek te doen hebben een beginselkarakter. Zij laten zich daarom niet gemakkelijk in de wet vangen, laat staan in één compacte bepaling. Rechterlijk beleid en controlemechanismen binnen het stelsel van bestuursrechtspraak (bijv. appelrechtspraak) zullen hier de weg moeten wijzen. Dit vereist ook een rechterlijke cultuuromslag onder een gelijktijdige bezinning op de doelstellingen van het bestuursprocesrecht.

---

448. Zie respectievelijk de artikelen 21, 111 lid 3 en 128 lid 5 Rv.
449. Vgl. voor een interessant voorbeeld over de verhouding tussen de bewijswaarde van een verklaring in een notariële akte en een proces-verbaal bijv. ABRvS 15 oktober 2008, AB 2009, 26 m.nt. F.R. Vermeer (coffeeshop 'Blue Dream').
450. Zie paragraaf 2.6.2.
451. Vgl. wat betreft het gemotiveerd passeren van een bewijsaanbod ook de Commissie Evaluatie Awb 2007 III, p. 33.
452. Vgl. bijv. Wulffraat-van Dijk, p. 344.

4.2 Bestuursrechter en partijen

Zoals in dit preadvies naar voren kwam, kan een belangrijk deel van de bewijsrechtelijke problemen in het Nederlandse bestuursproces worden ondervangen door een betere benutting van de mogelijkheden die het huidige (wettelijke) procesrecht biedt. Een omvangrijke wetgevingsoperatie is daar niet voor nodig. Dit geldt bijvoorbeeld voor het selectief inzetten van de comparitie met het oog op het proces van bewijsvoering en het (selectief) opwaarderen van het gerechtelijke vooronderzoek.

4.2.1 *Poortselectie: het vroegtijdig scheiden van bewijsrechtelijke schapen en bokken*

Maatwerk is van belang. Er is veel diversiteit aan bestuursrechtelijke geschillen. Dit geldt ook voor de bewijsrechtelijke problemen die zich in deze geschillen aandienen. In veel bestuursrechtelijke zaken is er sprake van onenigheid over de feiten, maar er dienen zich geen serieuze bewijstechnische vragen aan. Van de bestuursrechter mag bewijsregie worden verwacht, maar hij moet zijn kostbare tijd en schaarse middelen natuurlijk niet verkwisten aan bewijstechnische 'bulkzaken'. Juist daarom is het van groot belang dat in een vroeg stadium van de procedure (bijv. door een rechter-commissaris[453]) op basis van het gecomplementeerde dossier een bewijsrechtelijke inschatting van de zaak wordt gemaakt. Deze inschatting is een van de factoren – mijns inziens een zeer belangrijke – die gewicht in de schaal leggen bij het bepalen van het vervolgtraject.

Dit vervolgtraject kan, afhankelijk van de zaak, divers zijn wat betreft het (al dan niet) toepassen van een regiezitting, het toelaten van repliek en dupliek, het geven van een bewijsopdracht of het inzetten van ambtshalve onderzoeksbevoegdheden. Zie ik het goed, dan is dit ook de gedachte die de Commissie verbetervoorstellen in haar eindrapport voorstond toen zij stelde dat door poortselectie de voordelen van zittingsgericht werken en het zaaksgericht werken kunnen worden gecombineerd (mengkraan).[454] Ook de commissie-Ilsink voelde wel iets voor een selectief herstel van het vooronderzoek en een vroegtijdige regiezitting in meer complexe zaken.[455] Het is aan de bestuursrechters om deze 'selectieve' benadering in praktijk (meer) handen en voeten te geven. Bemoedigend is dat de eerste proefprojecten zijn gestart.

4.2.2 *Nogmaals: bewijsregie en partijverantwoordelijkheden*

Een evenwichtig bestuursrechtelijk bewijsrecht wordt gekenmerkt door een fijnmazig stelsel van afgewogen plichten, lasten, rechten en verantwoordelijkheden van

---

453. Welke positie deze functionaris bij de uiteindelijke behandeling van de zaak moet innemen laat ik hier verder rusten. Zie over mogelijke (bewijsrechtelijke) complicaties bij een meervoudige behandeling (bijv. 'de auditu') Wulffraat-van Dijk 1995, p. 333-334. Het Duitse bestuursprocesrecht lijkt hier echter geen onoverkomelijke problemen te zien. Zie paragraaf 3.2.3.
454. Zie onder punt 5.1 van het eindrapport van de Commissie dat beschikbaar is via rechtspraak.nl. Vgl. ook de jaarrede 2007 van VAR-voorzitter B.J. van Ettekoven, Agenda voor de bestuursrechtspraak: einde van de eenheidsworst, VAR-reeks 139, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, i.h.b. p. 10.
455. Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 31, p. 34.

bestuursrechter en partijen met betrekking tot de feitenvaststelling. Deze feitenvaststelling – die een rechterlijke bewijstechnische feitenwaardering[456] impliceert – is een voorwaarde om te kunnen komen tot de beslechting van het voorliggende geschil.

In dit preadvies is de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter (onmiddellijke bemoeienis met de feiten), het op een afgewogen wijze bieden van ongelijkheidscompensatie en het voeren van bewijsregie nadrukkelijk aan de orde gesteld. Hiermee zou gemakkelijk het beeld kunnen ontstaan dat de partijverantwoordelijkheden op het tweede plan staan. Dit zou dan een misverstand zijn. Wat wél waar is, is dat het naar mijn mening op de eerste plaats aan de bestuursrechter is om voor partijen verantwoordelijkheden aan de hand van de wet en het ongeschreven recht te ontsluiten. Hierbij is het tevens van groot belang dat de bestuursrechter niet alleen partijverantwoordelijkheden op het vlak van de bewijsvoering tijdig inzichtelijk maakt, maar partijen ook terdege en in duidelijke bewoordingen wijst op de gevolgen van het verzaken van deze verantwoordelijkheden. Een wettelijke bepaling die de rechter slechts de bevoegdheid geeft om uit het verzaken van verantwoordelijkheden gevolgtrekkingen te maken die hem 'geraden voorkomen' (vgl. bijv. artikel 8:31 Awb) biedt in dit verband weinig helderheid. Op voorhand moet partijen mijns inziens worden gewezen op meer concrete bewijsrechtelijke consequenties van het verzaken van bewijsverantwoordelijkheden. De rechter kan hier wat mij betreft gedifferentieerd optreden en bijvoorbeeld ook rekening houden met het feit dat een burger-partij wordt bijgestaan door een rechtshulpverlener.

4.2.3 *Het (meer) voorspelbaar toepassen van artikel 8:69 lid 3 Awb: een uitdaging!*

Een van de grootste uitdagingen voor het bestuursrechtelijke bewijsrecht is ten slotte het op een meer evenwichtige wijze inbedden van de rechterlijke bevoegdheid tot feitenaanvulling in een systeem waarbij ook de bewijsverantwoordelijkheden van partijen goed uit de verf komen. Aan artikel 8:69 lid 3 Awb – welke bepaling in het burgerlijke procesrecht ontbreekt – ontleent het bestuursrechtelijke bewijsrecht immers zijn eigen karakter. Uitgangspunt dient te zijn een selectieve, maar voorspelbare toepassing van de bevoegdheid tot feitenaanvulling. Het is aan de bestuursrechter om hier (veel meer) werk van te maken. Pasklare oplossingen zijn hier echter niet voorhanden, maar aan de hand van Nederlands en Duits onderzoek kunnen wel enkele piketpalen worden geslagen.

De gedachte van Kaufmann[457] dat de taak van de bestuursrechter om ambtshalve de feiten te onderzoeken steunt op een *Reservekompetenz* spreekt aan. Strikt genomen was dit ook het in ons land door Wulffraat-van Dijk verdedigde standpunt. De rechterlijke bevoegdheid tot feitenonderzoek werd door haar gepresenteerd als een vangnet voor het geval partijen niet in staat zijn ontbrekende gegevens te achterhalen.[458]

---

456. Nogmaals: goed te onderscheiden van de (bestuurlijke) feitenkwalificatie. De kwalificatievraag gaat in beginsel uit van vaststaande feiten. Het gaat hier om de vraag of deze feiten de normcondities van een bestuursbevoegdheid activeren.
457. Zie paragraaf 3.5.2.
458. Zie Wulffraat-van Dijk 1995, p. 128.

Uitgangspunt zou daarom moeten zijn dat de bestuursrechter eerst partijen tijdig en krachtig aanzet tot bewijsvoering en hun in dit verband uitdrukkelijk wijst op hun verantwoordelijkheden. Partijen zijn dus primair aan zet.

Vervolgens lijkt mij van belang dat in geval van een verzoek om ambtshalve onderzoek wordt gedifferentieerd tussen bestuur en andere partijen. Het ligt niet voor de hand dat de bestuursrechter het feitenonderzoek snel van het (vaak gespecialiseerde) bestuur overneemt. Hier lijkt nauwelijks verschillend over te worden gedacht. Het bestuur dient zijn eigen besluit zorgvuldig voor te bereiden en – tenzij uit wet of ongeschreven recht een andere bewijslastverdeling volgt – ook alle ter zake doende feiten in kaart te brengen. Dat het vervolgens aan de rechter is om in het kader van de *bewijswaardering* zelfstandig te beoordelen of de door het bestuur aangevoerde feiten overtuigend vaststaan is vers twee.

Sympathie heb ik in dit kader voor het voorstel van Schueler die er op heeft gewezen dat het bestuur in het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien geen 'onbeperkte' bewijsrechtelijke herkansingsmogelijkheden moet krijgen. Één bewijsrechtelijke herkansing (eventueel) na toepassing van 'de lus' moet zijns inziens het uitgangspunt zijn.[459] Slaagt het bestuursorgaan in tweede instantie niet in zijn bewijsvoering, dan zal de bestuursrechter in voorkomende gevallen serieus moeten overwegen zijn ambtshalve onderzoeksbevoegdheden aan te wenden in het belang van de materiële waarheidsvinding zodat een finale oplossing van het geschil toch in beeld komt.[460] De rechter moet dan met andere woorden, na de belangen van partijen in ogenschouw te hebben genomen, zijn verantwoordelijkheid ten aanzien van de feiten nemen. Prikkelend is in dit verband de suggestie van Schueler om in dit geval de kosten voor het feitenonderzoek in beginsel af te wentelen op het bestuursorgaan en daartoe de wet te wijzigen.[461] Of de handen hier voor op elkaar zijn te krijgen valt natuurlijk te bezien (zie de stellingen bij dit preadvies).

4.2.4 *Enkele indicaties voor het verrichten van ambtshalve feitenonderzoek*

Wat resteert is de beantwoording van de vraag wanneer de bestuursrechter meer in het algemeen is gehouden ambtshalve feitenonderzoek te verrichten. Zoals gesteld hebben de uitgangspunten die hierbij een rol spelen een beginselkarakter. Ik volsta daarom met een opsomming van de factoren die de bestuursrechter mijns inziens in ogenschouw mag (en moet) nemen in het licht van de omstandigheden van het geval.[462] Er zou al veel gewonnen zijn als de 'passieve' Nederlandse bestuursrechter zich in het licht van deze factoren gericht zou beraden over de noodzaak van ambtshalve onderzoek.[463] Het betreft:

---

459. Schueler 2008, p. 455.
460. Hierbij lijkt mij ook van belang te zijn dat het inschakelen van een deskundige door de bestuursrechter draagvlak bij alle partijen kan kweken om te komen tot een definitieve geschilbeslechting. Vgl. Koenraad 2007, p. 207.
461. Schueler 2008, p. 456. Over de modaliteiten van kostenverhaal in de sfeer van de ambtshalve deskundigenadvisering wordt overigens al langer nagedacht. Zie bijv. Koenraad 2007, p. 211. In beginsel komen kosten nu ten laste van het Rijk (artikel 8:36 lid 1 Awb).
462. Zie ook de door Verburg in zijn preadvies geformuleerde criteria voor het inschakelen van een deskundige door de bestuursrechter.
463. En in dit verband tot een kenbaar rechterlijk beleid komt!

1. De mate waarin hij twijfelt aan de juistheid van de feiten, eventueel na een herkansing voor het bestuur. Hierbij dient hij de noodzaak van waarheidsvinding met het oog op het algemeen belang en de betrokken belangen van derden in ogenschouw te nemen. Tevens dient hij te bezien of zich met het oog op het (kunnen) geven van een oordeel noodzakelijke feiten aandienen waarvan in redelijkheid niet kan worden verwacht dat partijen deze bewijzen.

2. De mate van ongelijkheid van procespartijen (waarbij ook gelet dient te worden op de aanwezigheid van rechtshulp), hun onderlinge krachtsverhoudingen op het punt van de feitenkennis en de (financiële) mogelijkheden om deze kennis te verwerven.[464] Een eerlijke procesvoering kan met zich brengen dat de bestuursrechter een (burger-)partij steunt met het oog op het feitenonderzoek. In dit verband zal hij ook alert moeten zijn op eventuele bewijsnood en de redenen daarvoor.

3. De mate van rechterlijke inspanning (tijd en geld) die gemoeid is met ambtshalve onderzoek, waarbij als richtlijn kan gelden dat eerder tot ambtshalve onderzoek wordt overgaan als deze inspanning in een redelijke verhouding staat tot de te verwachten meerwaarde voor de feitenvaststelling. Kan de bestuursrechter de feiten met een relatief kleine inspanning achterhalen, dan is dit in ieder geval een belangrijke indicatie voor ambtshalve onderzoek.

4. De mate waarin betekenis wordt toegekend aan finale geschilbeslechting. Ambtshalve onderzoek kan de finaliteit van het bestuursproces bevorderen.

5. De mate van ingrijpendheid van het aan de orde zijnde besluit voor de rechtspositie van de burger (denk aan het grond- en mensenrechtenperspectief), de complexiteit van de feitelijke grondslag en de (on)mogelijkheden van partijen om deze grondslag in een aanvaardbare mate van objectiviteit in kaart te brengen.[465]

4.3 Ter afsluiting

In dit preadvies zijn met het oog op het bestuursrechtelijke bewijsrecht enkele suggesties gedaan voor wijziging van de Algemene wet bestuursrecht. Hierbij is benadrukt dat van de wetgever niet te veel mag worden verwacht. Hij kan slechts

464. Dat ongelijkheidscompensatie reden kan zijn tot het verrichten van ambtshalve onderzoek onderstreept bijv. ook Wulffraat-van Dijk 1995, p. 129. Vgl. verder Koenraad 2007, p. 205. Een en ander volgt mijns inziens bovendien 'gewoon' uit de Algemene wet bestuursrecht, indien men ten minste de parlementaire geschiedenis van deze wet niet bij het oud vuil wil plaatsen. Vgl. PG Awb II, p. 464. Ook (serieuze) financiële beperkingen van een partij kunnen in dit verband een rol spelen. Vgl. Barkhuysen/Damen 2007, p. 334. Van mogelijke financiële (bewijstechnische) beperkingen bij een burger-partij is de hedendaagse bestuursrechtspraak echter zelden onder de indruk. Vgl. bijv. CRvB 18 oktober 2005, AB 2006, 179 m.nt. De Waard en ABRvS 10 september 2008, JB 2008/251 m.nt. Schlössels.

465. Vgl. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 345-346, p. 355.

sturen op hoofdlijnen. Verder is de bewijsrechtelijke verantwoordelijkheid van de bestuursrechter belicht in samenhang met de partijverantwoordelijkheden. Het was in hoofdzaak een juridisch verhaal.

Ter afsluiting past daarom de relativerende opmerking dat een gedegen proces van bewijsvoering altijd vraagt om voldoende tijd en geld. Ontbreken deze randvoorwaarden dan zullen meer wettelijke bevoegdheden en verplichtingen *alleen* geen oplossing bieden voor procesrechtelijke problemen. Dit geldt ook, en misschien wel in het bijzonder, voor de actuele bewijsproblemen die in het Nederlandse bestuursprocesrecht spelen. Productiedruk en schaarste aan middelen lijken in belangrijke mate bij te dragen aan de praktijk van zittingsgericht werken zonder gedegen vooronderzoek of voorselectie. Ook 'rechtsculturele' opvattingen – iets waar de wetgever maar zeer beperkt grip op kan ontwikkelen – zijn invloedrijk. Als de bestuursrechters zichzelf met overtuiging willen presenteren als lijdelijk en passief en bewijsregie zien als overbodig zal het moeilijk zijn om bewijstechnische verbeteringen te realiseren. Dit is een factor die niet mag worden onderschat.

Stellingen

1. Het analoog van toepassing verklaren van artikel 150 Rv op bestuursrechtelijke geschillen roept geen overwegende bezwaren op (maar is niet urgent).

2. De wet dient – ter voorkoming van 'bewijsonzekerheid' voor partijen – te voorzien in een wettelijke verplichting voor de bestuursrechter tot het geven van (vroegtijdige) bewijsvoorlichting.

3. De bestuursrechter dient – mede in het belang van finale afdoening – de bevoegdheid te krijgen om zo nodig te bepalen dat op kosten van het bestuursorgaan (nader) feitenonderzoek wordt gedaan zodra het bestuursorgaan na toepassing van 'een lus' niet blijkt te slagen in het verrichten van adequaat feitenonderzoek (voorstel Schueler).

4. Serieuze financiële beperkingen bij de wederpartij van het bestuur zijn gelet op het beginsel van ongelijkheidscompensatie een reden voor ambtshalve feitenonderzoek.

5. Feiten die bepalend zijn voor de beslechting van een rechtsgeschil dienen in rechte ten overstaan van de bestuursrechter en zo nodig op basis van ambtshalve onderzoek te worden bewezen. Het verder ontwikkelen van 'bewijsregels' voor de bestuurlijke besluitvormingsfase waaraan de rechter zich – behoudens een zorgvuldigheidscontrole – conformeert staat op gespannen voet met dit uitgangspunt en ondergraaft uiteindelijk ook het gezag van de rechterlijke uitspraak.

De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht

*Mr. dr. Y.E. Schuurmans**

1	**Inleiding**	**119**
2	**Vraagstukken van bewijs(recht) in het bestuursrecht**	**125**
2.1	Waarom bestuursrechtelijk bewijsrecht ontstaat	125
2.2	Abstracte bewijsproblemen in het proces	127
2.3	Verschillende typen bewijsregels	130
2.4	Bewijsrechtelijke misverstanden bij de invoering van de Awb	132
2.4.1	Een begrijpelijke keuze	133
2.4.2	De vrij-bewijsleer is niet uniek voor het bestuursrecht	133
2.4.3	Bewijsregels bestaan; afzien van een wettelijke regeling is niet zonder meer in het voordeel van de burger	134
2.4.4	Materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie zijn belangen die niet alles bepalend zijn voor het bewijsrecht	134
2.4.5	Discrepantie tussen uitgangspunten feitenvaststelling in de besluitvormingsfase en in het rechterlijk proces	135
2.5	Conclusie	136
3	**Principiële keuzes waarvan de vormgeving van het bewijsrecht afhangt**	**138**
3.1	Een uniforme bewijsregeling voor de besluitvormingsfase en het proces?	138
3.1.1	De overtuigingskracht van de feitenvaststelling	139
3.1.2	De taakopvatting van de rechter	140
3.1.3	Compensatie voor de uitoefening van eenzijdig overheidsgezag	144
3.1.4	De relativiteit van het belang van materiële waarheidsvinding	145
3.1.5	Tussenconclusie	146
3.2	Inzet op het vergroten van de objectiviteit van het bestuur of de deskundigheid van de rechter?	147
3.3	Evolueert het bestuursrechtelijk proces tot een volwaardig partijenproces?	149
3.4	Feiten waarvoor de rechter een bijzondere verantwoordelijkheid draagt?	151
3.5	Functie van het hoger beroep?	154
3.6	Beroepbaarheid algemeen verbindende voorschriften en ex ante wetsevaluatie?	155
3.7	Conclusie	157

* Ymre Schuurmans is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

4 Lessen uit het civiele en strafrechtelijk bewijsrecht 158
4.1 Het codificatiedebat 159
4.2 Ontwikkelingen in het strafrechtelijk bewijsrecht 162
4.2.1 De wettelijke bewijsregeling 162
4.2.2 Beperkte waarde wettelijke regeling bewijsmiddelen en bewijsminima 163
4.2.3 Afnamen en toename van eisen aan de rechterlijke bewijsmotivering 164
4.2.4 Invoering van kenmerken van een partijenproces 165
4.2.5 Vergroten deskundigheid rechter 167
4.3 Ontwikkelingen in het civiele bewijsrecht 168
4.3.1 De wettelijke bewijsregeling 168
4.3.2 Toenemende aandacht voor materiële waarheidsvinding 169
4.3.3 Ongelijkheidscompensatie in het bewijsrecht 171
4.3.4 Versterking regierol van de rechter 172
4.4 Conclusie 174

5 Slotbeschouwing 177

Stellingen 184

1 Inleiding

> 'A legal system will do almost anything, tolerate almost anything, before it will admit the need for reform in the system of proof and trial. (...) Why is it so hard for a legal system to reform a decadent system of proof? I think there are two main reasons. One is in a sense practical: nothing is quite so imbedded in a legal system as the procedure for proof and trial, because most of what a legal system does is to decide matters of proof – what we call fact-finding. (...)
> The inertia, the resistance to change that is associated with such deep-seated interests, is inevitably reinforced by the powerful ideological component that underlies a system of proof and trial. (...) Because the theory of proof purports to govern and explain the application of the adjudicative power, it plays a central role in legitimating the entire legal system.'[1]

'We need change' is een slogan die zich niet alleen leent voor een verkiezingsstrijd. Ook op deze VAR-jaarvergadering, waar de codificatie van het bewijsrecht ter discussie staat, is hij op zijn plaats. Tijd voor verandering, omdat belanghebbenden niet steeds begrijpen welke feiten relevant zijn voor een besluit. Omdat belanghebbenden niet steeds doorhebben wanneer zij de bewijslast dragen. Omdat rechtbanken ongelijke zaken een gelijke feitelijke behandeling geven. Omdat gelijke zaken in de verschillende rechtbanken een ongelijke feitelijke behandeling krijgen. Omdat het willekeurig is dat de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak deskundigenadviezen geeft aan de rechter op het gebied van milieu en ruimtelijke ordening, terwijl op andere rechtsgebieden niet een dergelijk adviesorgaan de rechter bijstaat. Omdat er wel bewijsregels gelden, maar deze regels geen doordacht samenhangend stelsel vormen. Tijd voor verandering!

Er zijn echter weinig mensen die in hun persoonlijk leven graag veranderingen opzoeken. En dat zal ook voor veel rechters, werknemers van bestuursorganen en advocaten opgaan. In het kader van het onderzoek naar de feitenvaststelling in de derde evaluatie van de Awb, waar bovengenoemde knelpunten uit bleken, stelden wij de vraag: welke veranderingen in het bewijsrecht lijken u wenselijk?[2] Rechters in de

1. John H. Langbein, Torture and plea bargaining, 46 U. Chi. L. Rev. 3 (1978), p. 19-20.
2. Mijn deelname aan het onderzoek 'Feitenvaststelling in beroep' in het kader van de derde evaluatie van de Awb is van grote waarde geweest. Zowel ter uitvoering van dat onderzoek als na afloop, heb ik verschillende bijeenkomsten op rechtbanken bijgewoond waarin de bewijsproblemen in het bestuursrecht centraal stonden. Van deze bijeenkomsten is geen zelfstandige verslaglegging gemaakt.

rechtbanken antwoordden in de regel: vrijwel geen.[3] In de afgelopen jaren zijn de doorlooptijden van beroep enorm teruggebracht. Dat is een grote winst die men niet zomaar wil prijsgeven. Voor ongeveer 80 procent van de zaken voldoet de huidige wijze van procesvoering. Echter, er zijn zaken waarin de feitenvaststelling meer aandacht behoeft, maar waarin dat niet gebeurt, mede door proceseconomische overwegingen. Ook vertegenwoordigers van bestuursorganen waren relatief tevreden. Hun meest gehoorde antwoord luidde: de huidige gang van zaken voldoet, alleen zouden we graag van tevoren beter weten waar de zitting over gaat, zodat we gedetailleerde vragen van de rechter beter kunnen beantwoorden. En belanghebbenden en hun advocaten? Zij gaven aan wél een probleem te hebben. Zij waren soms verrast om in de uitspraak te lezen dat zij een stelling niet aannemelijk hadden gemaakt. Zij waren zich regelmatig niet bewust van hun bewijslast. Deze bevindingen brengen mij tot de stelling dat mensen niet graag veranderen en dat juristen niet als vanzelf onder andere bewijsregels gaan werken.[4] Natuurlijk zijn er niet alleen problemen. Het bestuursrecht is een jong rechtsgebied en de Awb zit nog in de pubertijd. Er is ook al veel bereikt, bijvoorbeeld doordat de bewijslastverdeling tussen bestuursorgaan en belanghebbende de laatste jaren in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen. Desalniettemin zijn er serieuze knelpunten in het bewijsrecht naar voren gekomen.

Veranderingen zijn lastig. Problemen rond de feitenvaststelling doen zich al langer voor, onder meer door uiteenlopende tradities. Zoals de Commissie Evaluatie Awb aangeeft, was vóór de invoering van de Awb de praktijk van rechterlijke feitenvaststelling al gevarieerd.[5] Vooral rechters afkomstig uit de oude Raden van Beroep zullen zich herkend hebben in de omschrijving van de rechterlijke taak in de toelichting op de Awb: een actieve bestuursrechter, die over diverse onderzoeksbevoegdheden beschikt en streeft naar materiële waarheidsvinding. Van de oude Arob-rechters wordt wel gezegd dat zij altijd al veel terughoudender waren. Hun wijze van zaaksbehandeling zal niet direct veranderd zijn door de invoering van de Awb. Weliswaar komt in de parlementaire geschiedenis een bepaalde ideologie naar voren, maar er zijn geen bepalingen die de rechter tot feitelijk onderzoek verplichten. De rechterlijke onderzoeksbevoegdheden zijn met een grote discretie omgeven en artikel 8:77 Awb verplicht niet om bewijsbeslissingen en oordelen over betwiste feiten in de uitspraak te vermelden.

Beide typen rechters hebben kritiek geoogst. De klassieke Arob-rechter sloot met zijn passieve werkwijze niet aan op de in de parlementaire geschiedenis geuite ideologie. Dat levert problemen op, omdat dan bewijslevering door partijen centraal komt te staan. Een dergelijk proces vraagt om bewijsbepalingen die partijen instrueren en om tussenbeslissingen die partijen voorlichten over hun taak in hun zaak.[6]

---

3. Ook in de Verenigde Staten heeft men onderzoek gedaan onder bestuursrechters naar hun tevredenheid met de bewijsregels die zij toepassen. Grofweg gezegd gelden daar drie verschillende bewijsregimes. Een meerderheid gaf aan dat de voor hun rechtsgebied geldende bewijsregels tot bevredigende resultaten leiden; een meerderheid zei een voorkeur te hebben voor de eigen bewijsregels boven de andere regimes. Richard J. Pierce, 'Use of the Federal Rules of Evidence in Federal Agency Adjudications', 39 Admin. L. Rev. 11 (1987).
4. Vandaar wat boude stellingen ter introductie ten behoeve van het debat!
5. Commissie Evaluatie Awb III 2006/07, p. 26.
6. Vgl. B.J. Schueler, Last van de vrije bewijsleer, in: G.H. Addink e.a. (red.), Grensverleggend bestuursrecht. Opstellen voor prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Dergelijke bepalingen ontbreken in de Awb. Zo ontstaat een 'partijenproces', waarin partijen nogal aan hun eigen lot worden overgelaten. Rechtsonzekerheid is het gevolg.

Ook de klassieke rechter afkomstig uit de Raad van Beroep heeft onder vuur gelegen met zijn actieve werkwijze. Was het echt nodig om zo vaak op kosten van de rechtbank een deskundige te benoemen? De Awb geeft geen criteria voor de beslissing tot het instellen van een eigen onderzoek. Die beslissing zal dan in hoge mate afhankelijk zijn van de persoon van de individuele rechter en de cultuur binnen het rechtscollege. Omdat meningen verschillen over de taak van de rechter en de gewenstheid van ongelijkheidscompensatie, is het gevaar groot dat onderzoeksbevoegdheden willekeurig worden aangewend.[7] De klassieke Raad van Beroep-rechter ontving die kritiek in het rapport 'Ben ik overtuigd?'.[8] Zowel in het proces bij de passieve als bij de actieve rechter zijn knelpunten in het bewijsrecht ontstaan.

In het kader van de derde evaluatie van de Awb is geanalyseerd welke concrete bewijsproblemen zich in de praktijk in het beroep voordoen.[9] Onder de titels rechtsonzekerheid, terughoudendheid en verscheidenheid worden de volgende knelpunten benoemd:

- onduidelijkheid voor partijen of en in welke fase van de besluitvorming dan wel het proces door wie bewijs dient te worden geleverd. De uitspraak ('x heeft niet aannemelijk gemaakt dat') wordt daardoor soms als een verrassing ervaren;
- de belanghebbende die zonder deskundige rechtsbijstand procedeert, is minder effectief, doordat hij minder deugdelijk bewijsmateriaal overlegt dan de belanghebbende die wel deskundige rechtsbijstand inschakelt;
- standaardbewijsmotivering ('niet aannemelijk is gemaakt dat'), wat weinig sturing geeft bij verlengde besluitvorming en in het algemeen weinig informatie geeft aan partijen, samenleving en andere rechters;
- in gevallen een te terughoudende toetsing van de feiten door de bestuursrechter, zonder dat hij zich rekenschap geeft van de voorwaarden die artikel 6 EVRM stelt: een bijzondere rechtvaardiging door de technische aard van de feitenvaststelling en compensatie door semirechterlijke waarborgen in de besluitvormingsfase;
- vrijwel geen reële mogelijkheden om in beroep een verzuim in de bewijslevering te herstellen, voor een groot deel veroorzaakt door de organisatie van het proces (geen vooronderzoek, geen tussenbeslissing, vrijwel geen heropening van het onderzoek na de zitting);
- willekeur in de aanwending van onderzoeksbevoegdheden, met name in de deskundigenbenoeming;
- verschillen in de toetsingswijze van de feitenvaststelling tussen nationale rechter, EHRM en communautaire rechter.

---

7. De Raad van State waarschuwde hier destijds al voor, PG Awb II, p. 163.
8. A.H.J. Lennaerts, Ben ik overtuigd: rapport m.b.t. tot de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden door de rechtbank een medicus als deskundige dient te worden ingeschakeld in beroepsprocedures waarin medische vaststellingen onderdeel uitmaken van de besluitvorming (Werkgroep medisch toetsing; voorz.. A.H.J. Lennaerts) 1995.
9. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, paragraaf 11.3 (Knelpuntenanalyse).

Deze knelpunten zijn op diverse rechtbanken besproken, zowel in het kader van de expertmeetings voor het evaluatieonderzoek, als op bijeenkomsten achteraf waarop de onderzoeksresultaten zijn gepresenteerd.[10] Naar mijn eigen ervaring roepen de bevindingen onder rechters de volgende discussiepunten op:

- discussie over de taakopdracht van de rechter, in het bijzonder of het algemeen belang en het belang van derden grenzen stelt aan de zoektocht van de rechter naar de feiten. Sommige rechters uiten de angst om een schijn van partijdigheid te creëren wanneer ze meer onderzoek zouden doen of meer regie zouden voeren;
- discussie over differentiatie in zaaksbehandeling. De verkorting van de doorlooptijd van beroep wordt hoog gewaardeerd. Alleen voor zaken die dat echt nodig hebben, wil men meer tijd inruimen. De vraag is hoe, door wie en wanneer zaken moeten worden geselecteerd voor een uitgebreidere behandeling;
- discussie of de zitting het beginpunt of het eindpunt van de rechterlijke procedure zou moeten zijn. Veel rechters lijken er een voorkeur voor te hebben om de zaak snel op zitting te zetten om dan na afloop te beoordelen of nader onderzoek gewenst is. Het vooronderzoek wordt dan vervangen door een naonderzoek;
- discussie of de rechter in eerste aanleg dan wel de appelrechter het bewijsrecht, waaronder ook de aanwending van de eigen onderzoeksbevoegdheden, moet ontwikkelen;
- discussie over de gewenstheid om meer bewijsregels voor de bestuurlijke fase dan wel voor de rechterlijke fase te ontwikkelen. Bij sommige rechters bestaat de vrees dat verdere normering van de feitenvaststelling tijdens de besluitvorming de perverse werking heeft dat het rechterlijke bewijsrecht helemaal uit zicht verdwijnt.

Veranderingen zijn lastig, maar hangen wel in de lucht. De aandacht vanuit de rechterlijke macht voor de onderzoeksbevindingen was overweldigend en op diverse bijeenkomsten is van gedachten gewisseld over benodigde veranderingen. De commissie-Ilsink heeft naar aanleiding van de onderzoeksresultaten de regering aangeraden om een wettelijke regeling van het bewijsrecht te overwegen.[11]

Als preadviseurs zijn wij door het bestuur van de VAR met de vraag op pad gestuurd of er bewijsregels in de Awb moeten worden opgenomen en zo ja, wat voor een soort regels? Zowel het preadvies van Schlössels als dit preadvies bevat een 'algemene' verhandeling over het bewijsrecht in het bestuursrecht en de vraag naar codificatie. Waar Schlössels het probleem hoofdzakelijk benadert vanuit de theorie van het bestuursrecht, neem ik in dit gedeelte van het preadvies primair het bewijsrecht als vertrekpunt. De idee daarachter is de volgende. Men kan het vraagstuk naar de wenselijke ontwikkeling van het bestuursrechtelijk bewijsrecht vanuit twee verschillende gezichtspunten benaderen. De bestuursrechtelijke theorie stelt het doel van het proces en de taak van de bestuursrechter centraal. Vanuit opvattingen over

---

10. Aan de expertmeetings hebben meegedaan rechters uit de rechtbanken Assen, 's-Gravenhage, Groningen, Leeuwarden en Haarlem. Na afloop van het onderzoek zijn de bevindingen besproken op studiedagen van o.a. de rechtbanken Amsterdam, Breda en 's-Gravenhage.
11. Commissie Evaluatie Awb III 2006/07, p. 33. Zie voor een reactie van de onderzoekers daarop NTB 2007, p. 160-162.

rechtsbescherming, ongelijkheidscompensatie en machtenscheiding kan worden gezocht naar de daarbij best aansluitende bewijsregels. Die benadering is belangrijk, omdat zij de fundamenten van het bestuursrechtelijk proces blootlegt en mede bepaalt binnen welke marges het bewijsrecht kan worden vormgegeven. Lastig is dat juist ook over die fundamenten onenigheid bestaat in het bestuursrechtelijk discours, wat tot verhitte (en mogelijk zelfs oneindige) discussie kan leiden. De eisen die voortvloeien uit Awb, beginselen van behoorlijke rechtspraak, de rechtsstaatidee, het Europese en internationale recht leiden niet dwingend tot één bepaald systeem. De bewijsrechtelijke theorie stelt het probleem van waarheidsvinding in een proces centraal. Zo kan men analyseren waarom bewijsdiscussies in een proces ontstaan en tegen welke knelpunten partijen en de rechter aanlopen. Vanuit die bewijsproblemen kan worden gezocht naar bewijsregels die deze problemen het beste oplossen. Deze twee verschillende benaderingen zullen elkaar uiteraard raken. Ook de bewijsrechtelijke benadering leidt niet dwingend tot een bepaald systeem van bewijsrecht. Waar men een bewijsprobleem tegenkomt, kan de visie op rechtsbescherming, ongelijkheidscompensatie en machtenscheiding mede bepalen welke oplossing men wenselijk acht, zoals in paragraaf 3 wordt uitgewerkt. Maar dat hoeft niet altijd zo te zijn. Zo zal bijvoorbeeld blijken dat niet bij elk bewijsprobleem de oplossing afhankelijk is van een keuze in de taak van de bestuursrechter.

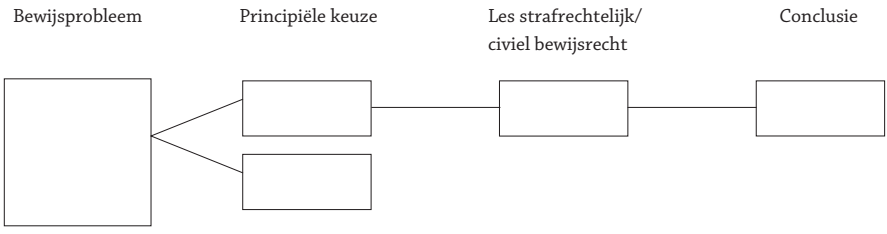
Dit preadvies is op de volgende wijze opgebouwd. Paragraaf 2 begint met een analyse van 'het bewijsrechtelijke probleem' in het bestuursrecht. Zo wordt beschreven waarom bewijsrechtelijke regels ontstaan en welke bewijsproblemen men op abstract niveau kan onderscheiden. Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag in hoeverre deze wat abstracte bewijsproblemen specifiek zijn voor het bestuursrecht. Het is belangrijk de aard van bewijsproblemen goed te doorgronden. Zo komt bijvoorbeeld naar voren dat een terughoudende opstelling van de rechter bij het ene bewijsprobleem meer vanzelfsprekend is dan bij het andere. Tot slot zal een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende typen bewijsregels. Bewijsregels kunnen niet alleen het belang van waarheidsvinding dienen, maar ook andere belangen. Wil men bewijsregels uit andere rechtsregimes toepassen in het bestuursrecht, dan bepalen vooral die overige belangen in welke mate dat kan.

Uit de beschrijving van de bewijsproblemen volgt niet meteen een oplossing. Het openingscitaat beweert dat verandering van juridische regels het meest lastig is op het gebied van het bewijsrecht. Een verklaring daarvoor zou zijn dat regels van feitenvaststelling zo verbonden zijn met de inrichting van het proces, dat een bezinning op het proces zelf nodig is, voordat die veranderingen kunnen worden doorgevoerd. Bovendien zijn oplossingen niet waardeneutraal, maar veelal ook afhankelijk van de visie op het bestuursrechtelijk proces. In paragraaf 3 zal worden besproken welke principiële keuzes gemaakt dienen te worden, voordat het bewijsrecht nader kan worden vormgegeven. Die keuzes liggen, binnen bepaalde randvoorwaarden, voor een deel bij de wetgever en voor een deel bij de rechterlijke macht. Worden concrete bewijsproblemen opgelost zonder zich rekenschap te geven van de principiële keuzes, dan bestaat het gevaar dat men reparaties aan een huis verricht, zonder acht te slaan op de fundering van het huis en het bouwplan. Dat loopt niet altijd goed af.

Het bestuursrecht is niet het enige rechtsgebied dat met de vraag is geconfronteerd of het bewijsrecht codificatie behoeft en zo ja, welke regels voor wettelijke

regeling in aanmerking komen. Doen zich binnen het strafrecht en het civiele recht dezelfde knelpunten voor? Wat zijn de ervaringen met de bewijsregels uit het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering? Wat zijn de ontwikkelingen in het bewijsrecht geweest? Kan daaruit worden opgemaakt dat de ene oplossing van het bewijsprobleem meer voor de hand ligt dan de andere? Zo zal bijvoorbeeld blijken dat herdefiniëring van de verhouding tussen rechter en partijen in beide rechtsgebieden noodzakelijk is gebleken om het bewijsrecht hanteerbaar te houden in een tijd waarin de zaaksdruk enorm is toegenomen. In paragraaf 4 wordt bezien welke lessen kunnen worden getrokken uit het strafrechtelijk en civiele bewijsrecht. Helaas is de omvang van dit preadvies te beperkt om het bewijsrecht binnen die twee andere rechtsgebieden aan een volledige rechtsvergelijking te onderwerpen.

Schematisch kan de opbouw van het preadvies als volgt worden weergegeven:



Dit preadvies richt zich primair op het bewijsrecht voor het rechterlijk proces. De beschreven bewijsrechtelijke knelpunten hebben betrekking op die fase. Bovendien zijn de regels van feitenvaststelling voor de besluitvormingsfase al goeddeels gecodificeerd. Toch kan de bestuurlijke fase niet buiten beeld blijven. De in paragraaf twee beschreven bewijsproblematiek doet zich ook voor bij de besluitvorming. De principiele keuzes die gemaakt dienen te worden, hebben voorts tevens betrekking op de verhouding tussen het bewijsrecht in de bestuurlijke fase en dat in de rechterlijke fase.

Doel van dit preadvies is om de eigen aard van het bestuursrechtelijke bewijsrecht te achterhalen. Die eigen aard kan gelegen zijn in de aard van de problematiek, die bewijsregels trachten op te lossen (paragrafen 2 en 3). De eigen aard kan ook gelegen zijn in de aard van het bestuursprocesrecht, vergeleken met het civiele en strafrechtelijke procesrecht (paragraaf 4). Bestaat zicht op die eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht, dan ontstaat voor de wetgever zicht op de keuzes die hij moet maken alvorens tot codificatie van bewijsrecht over te kunnen gaan.

Ten tijde van de voorbereiding van het preadvies verbleef ik voor onderzoek en onderwijs in de Verenigde Staten. Dit stuk bevat echter geen zelfstandige rechtsvergelijking met het Amerikaanse bestuursrechtelijke bewijsrecht.[12] In het volle bewustzijn van grote verschillen in rechtsstelsels, is wel aan die studie inspiratie ontleend, zoals de voetnoten laten zien.

12. Een bijdrage waarin die rechtsvergelijking wel wordt gemaakt, zal in 2009 in het NTB verschijnen.

2 Vraagstukken van bewijs(recht) in het bestuursrecht

In deze paragraaf wordt beschreven waarom in elk rechtsstelsel, ook in het bestuursrecht, bewijsregels ontstaan. Vervolgens wordt geanalyseerd welke abstracte bewijsproblemen zich in het proces voordoen en met wat voor een soort bewijsregels die problemen worden opgelost. Ook wordt bezien of een bepaald bewijsprobleem in het bestuursrecht relatief vaak voorkomt. Daarna wordt uitgelegd dat bewijsregels soms meer belangen dienen dan enkel waarheidsvinding. Er bestaan verschillende typen bewijsregels. De 'theorie' achter de keuze om geen bewijsrecht op te nemen in de Awb, lijkt die bewijsproblematiek onvoldoende te doorgronden.

2.1 Waarom bestuursrechtelijk bewijsrecht ontstaat

Het is logisch dat in het bestuursrecht bewijsregels zijn ontstaan. Het is logisch dat in elk rechtsstelsel, dat niet volledig op willekeur berust, bewijsregels ontstaan. Bewijsregels zijn regels van feitenvaststelling. Bewijsregels kunnen verschillende doelen dienen, zoals in paragraaf 2.3 zal worden toegelicht. Het bekendste en meest belangrijke doel is waarheidsvinding. Maar, waarheidsvinding is inherent problematisch, vooral in een juridisch proces.[13] We kunnen filosoferen over de vraag of, zelfs als tijd en middelen onbeperkt zijn, we voor 100 procent achter de waarheid kunnen komen. Bij heel veel feitenvaststellingen zal enige vorm van twijfel aanwezig zijn. Weten we 100 procent zeker dat de overgelegde foto niet gemanipuleerd is? Weten we zeker dat de toegepaste wetenschappelijke methode om het alcoholpercentage in bloed te meten nooit valse resultaten oplevert? Weten we zeker dat de opsporingsambtenaar in een proces-verbaal exact zijn waarneming heeft opgeschreven en dat die waarneming valide is? Weinig mensen zullen willen beweren dat in deze wereld feiten met een zekerheid van 100 procent kunnen worden vastgesteld. Het juridisch proces geeft een eigen dimensie aan dit probleem: tijd en middelen zijn beperkt en een van de partijen kan er belang bij hebben om de waarheid niet te achterhalen. De noodzaak om bewijsregels te formuleren, ontstaat wanneer het lastig is de feiten

13. Zie voor een uitwerking van die stelling voor de drie rechtsgebieden o.a. Y.E. Schuurmans (red.), Bewijzen en beslissen, Deventer: Kluwer 2006. Ook in het strafrecht wordt dit onderkend, zie o.a. het theoretisch kader van M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 15-22.

met voldoende zekerheid vast te stellen. Of zoals Schueler het mooi verwoordt: 'Het bewijsrecht heeft niet als doel om zekerheid te creëren omtrent de feiten maar strekt tot processuele zorgvuldigheid in de omgang met de onzekerheid waarmee de feitenvaststelling onvermijdelijk omgeven is.'[14] Bewijsregels dienen in het krachtenveld van het proces een midden te vinden: zo dicht mogelijk bij de waarheid komen, binnen een beperkt tijdsbestek, met beperkte middelen. Per rechtsgebied kan dat midden verschillen.

Een reden om geen bewijsrecht in de Awb op te nemen, werd gevonden in de aard van het bestuursrechtelijk proces en de taak van de bestuursrechter. In het bestuursrechtelijk proces wordt materiële waarheidsvinding nagestreefd; de bestuursrechter is actief en kan bij bewijsproblemen diverse onderzoeksbevoegdheden aanwenden.[15] Zelfs wanneer men dat uitgangspunt volledig onderschrijft, zullen in de praktijk nog bewijsregels ontstaan. In een proces waarin tijd en middelen schaars zijn, zal de rechter niet voor elke feitelijke onduidelijkheid zelf een eigen onderzoek willen instellen. Er kunnen regels ontstaan over omstandigheden waaronder de rechter van eigen onderzoek afziet. Wat dient hij te beslissen wanneer hij niet bereid is om een eigen onderzoek in te stellen? Wat dient te gebeuren wanneer de rechter ook na een eigen onderzoek twijfelt over de feiten? Hoe met die feitelijke onzekerheid om te gaan? De rechter formuleert vermoedens; de rechter vraagt bewijslevering aan partijen; de rechter concludeert dat een stelling niet aannemelijk is gemaakt en deelt het bewijsrisico toe aan een van de partijen. Zie daar: bewijsregels zijn geboren.

Vormt het dan een oplossing om het bestuursorgaan de verantwoordelijkheid te geven om alle feitelijke onduidelijkheden op te lossen? Nee, het bestuursorgaan zit in een soortgelijke positie. Ook het bestuur beschikt over beperkte tijd en middelen en zal gebruik maken van bewijsvermoedens en bewijslastverdelingen om aan feitelijke onzekerheden een einde te maken. Voor het bestuursorgaan bestaan zelfs redenen om bij een grotere onzekerheid al wat eerder tot een rechtsvaststelling over te gaan. Bestuursorganen handelen veel meer zaken af dan de rechterlijke organen doen. Een tijdige en efficiënte uitvoering van de wet kan meebrengen dat het bestuursorgaan mogelijk al tot actie overgaat bij enkel 50 procent zekerheid ten aanzien van de feiten. Een te omvangrijke bestuurlijke onderzoeksplicht kan de bestuurstaak belemmeren.[16] De wens om een wettelijke regeling efficiënt uit te voeren, kan ook tot gevolg hebben dat het bestuur een duidelijke voorkeur heeft voor een bepaald type bewijsmateriaal. Het ene bewijsmiddel is nou eenmaal meer geschikt om een feit aan te tonen dan een ander bewijsmiddel. Het bestuursorgaan zal doorgaans bewijsmateriaal prefereren dat betrouwbaar is, dat afkomstig is uit een objectieve bron en dat gemakkelijk door het bestuursorgaan is te verifiëren en waarderen. Zo kan het bestuursorgaan de bewijslevering standaardiseren en bijvoor-

14. Schueler 2008, p. 446.
15. PG Awb II, p. 175. Zie ook Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, paragraaf 3.2; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, paragraaf 2.2.
16. Y.E. Schuurmans, De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht, in: Y.E. Schuurmans (red.), Bewijzen en beslissen, Deventer: Kluwer 2006, p. 37 e.v.

beeld alleen genoegen nemen met een bewijs van inschrijving in de Gemeentelijke basisadministratie, met een rapport van een door het bestuursorgaan aangewezen deskundige of met authentieke bankafschriften. Al het onderzoek naar de feiten op het bord van het bestuursorgaan leggen is voorts geen optie, omdat sommige informatie veel beter door de burger kan worden achterhaald. Het bestuur kan bijvoorbeeld soms lastig achter de financiële of fysieke positie van een burger komen, zonder diens privacy te schenden. Al deze factoren leiden ertoe dat in de praktijk bewijsregels ontstaan. Het bestuursorgaan hanteert regelmatig bewijsvermoedens, het vormt beleid ten aanzien van de feitenvaststelling, er ontstaan wettelijke regelingen met informatieplichten voor belanghebbenden, het bestuursorgaan verdeelt de bewijslast en werpt belanghebbenden tegen bepaalde gegevens niet te hebben overgelegd Zie daar: nog meer bewijsregels zijn ontstaan. En die regels ontstaan juist als het niet zo gemakkelijk is de materiële waarheid te achterhalen.

2.2 Abstracte bewijsproblemen in het proces

Bewijsregels komen tot stand in gevallen waarin 'het bewijs' problematisch is. In de situatie waarin partijen over al het bewijsmateriaal beschikken, het feit gemakkelijk vast te stellen is én het bewijsmateriaal van de een, overduidelijk veel overtuigender is dan het materiaal van de ander, zal geen bewijsrechtelijk vraagstuk ontstaan. Wanneer ontstaat wel een bewijsrechtelijke discussie; onder welke omstandigheden is de feitenvaststelling problematisch? Begrip van deze omstandigheden is belangrijk, omdat zij de reden zijn waarom rechters (of andere feitenvaststellers, zoals bestuursorganen) bewijsregels formuleren.

- *Bewijsmateriaal ontbreekt*: In beginsel kan het rechtsfeit gemakkelijk worden bewezen, als al het bewijsmateriaal voorhanden zou zijn. Het bewijsmateriaal wordt echter in het proces niet overgelegd. Een reden kan zijn dat het bewijsmateriaal onder een partij berust die het niet wil overleggen (bijvoorbeeld omdat het vertrouwelijke informatie bevat, of omdat het de positie van die partij verzwakt). Misschien wil de partij het bewijsmateriaal wel overleggen, maar begrijpt zij niet dat die last op haar rust (bijvoorbeeld, de belanghebbende weet niet dat hij een accountantsverklaring moet overleggen). Ook kan de informatie onder derden berusten en slagen partijen er niet in die informatie te verkrijgen (bijvoorbeeld, de bank wil geen gegevens aan de burger verstrekken of partijen willen niet de kosten dragen die aan het onderzoek verbonden zijn). Daarnaast is het mogelijk dat het bewijsmateriaal niet langer bestaat of zoek is (de administratie is na vijf jaar vernietigd).
- *Complexe feitenvaststellingen*: Het ene rechtsfeit is gemakkelijker te bewijzen dan het andere rechtsfeit. Het recht op bijstand hangt af van het rechtsfeit 'dat het inkomen lager is dan de bijstandsnorm'.[17] De hoogte van iemands inkomen is in beginsel gemakkelijk eenduidig vast te stellen. Andere rechtsfeiten kunnen bijzonder lastig zijn om te bewijzen omdat ofwel de *werkelijkheid*, ofwel de

17. Artikel 19 Wet werk en bijstand.

beschrijving van het rechtsfeit bijzonder complex is.[18] Voor het eerste geval geldt dat, hoeveel bewijsmateriaal je ook bijeenbrengt, de feitenvaststelling inherent een benadering van de werkelijkheid blijft. Zo is het lastig eenduidig vast te stellen of een voorgenomen concentratie van bedrijven de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zal gaan belemmeren.[19] Welke invloed de concentratie heeft op de vraag naar en het aanbod van een bepaald product, blijft een waarschijnlijkheidsbeoordeling.
Het rechtsfeit zelf kan ook complex beschreven zijn, zoals 'significante belemmering' (in plaats van een concreet marktaandeel). Of denk aan het verbod om, zonder leeftijdsvaststelling aan de hand van een legitimatiebewijs, tabaksproducten te verkopen aan een persoon die niet 'onmiskenbaar de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt'.[20] '16 jaar' is in beginsel een gemakkelijke feitenvaststelling; 'niet onmiskenbaar 16 jaar' is complex. De complexe termen wijzen niet naar een eenduidige feitenconstellatie. In het proces ontstaat discussie of de waarschijnlijkheidsbeoordeling toereikend is (complexe werkelijkheid) en welk feitencomplex onder de kwalificatie van het rechtsfeit valt (complex rechtsfeit).

– *Bewijswaardering*: Partijen beschikken over het relevante bewijsmateriaal en hebben dit allebei overgelegd. Het rechtsfeit kan in beginsel gemakkelijk worden vastgesteld. Partijen verschillen echter van mening welke conclusie uit het overgelegde bewijsmateriaal dient te worden getrokken. De feitenvaststeller staat voor de vraag hoe het bewijsmateriaal moet worden gewaardeerd en welke lezing van de feiten hij meer geloofwaardig acht. Bij die waardering moet ook worden bepaald of een bewijsstuk überhaupt wel waarde toekomt (is het onrechtmatig verkregen?) en hoe groot die waarde is (bijvoorbeeld, hoe betrouwbaar is de bron; is het bewijsmateriaal gemanipuleerd?).

Deze verschillende typen bewijsproblemen kunnen zich in alle rechtsgebieden voordoen. Per rechtsgebied kan wel het accent wat anders liggen. Zo spelen bijvoorbeeld in veel strafzaken getuigenverklaringen een essentiële rol in het bewijs van de strafbare gedraging. Logisch is dat dan juist in het strafrecht een debat ontstaat over de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen, in de zin van de cognitieve capaciteit om waarnemingen achteraf accuraat te herinneren en weer te geven.[21] Dat zou men dan kunnen zien als zowel een element van de 'complexe feitenvaststelling' in het strafrecht, als een probleem van bewijswaardering. Uiteraard bestaat ook veel aandacht voor het vraagstuk of het bewijsmateriaal op rechtmatige wijze is verkregen. Het civiele recht kent een grote partijautonomie, waarbij partijen meer als tegenstanders binnen het proces kunnen worden gezien dan in het publiekrecht. Dat heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat de omstandigheid dat het 'bewijsmateriaal ontbreekt' relatief veel voorkomt, omdat een van de partijen 'op de stukken zit' en deze weigert aan de tegenpartij kenbaar te maken. Er is geen publiek orgaan dat ook de belangen van de

---

18. Zie ook A.P. Klap, Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?, NTB 2007, p. 183-194 en de noot van K.E. Geertsema bij ABRvS 23 mei 2008, AB 2009, 11.
19. Artikel 41 Mededingingswet.
20. Artikel 8 Tabakswet.
21. Zie o.a. de werken van H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar.

tegenpartij dient te behartigen.[22] Zo ontstaan specifieke bewijsregels om machtige partijen met een enorme kennisvoorsprong, zoals de werkgever of de medische sector, tot bewijslevering te verplichten.[23] Tevens bestaat veel aandacht voor de situatie waarin onvoldoende bewijsmateriaal voorhanden is om tot een feitenvaststelling over te kunnen gaan. De rechter verdeelt dan het bewijsrisico.

Ook het bestuursrecht heeft een eigen dimensie waarbinnen deze bewijsproblemen zich voordoen. Zo bestaat relatief veel aandacht voor de situatie dat bewijsmateriaal ontbreekt. De besluitvormingsfase is een fase waarin partijen veelal door samenwerking het bewijsmateriaal vergaren.[24] Het bestuursorgaan zou niet 'de tegenstander' van de burger moeten zijn en hoort te handelen vanuit het algemeen belang. Daarbij horen verschillende inspanningsplichten om al het relevante bewijsmateriaal te vergaren. Zo bestaat er veel aandacht voor de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan en de informatielast van de burger.[25] Veel bewijsregels (of feitenvaststellingsregels voor de besluitvormingsfase)[26] beogen te voorkomen dat partijen geraken in de situatie 'bewijsmateriaal ontbreekt'.

Daarnaast verdient het probleem van de 'complexe feitenvaststelling' bijzondere aandacht in het bestuursrecht. Soms zijn feiten lastig objectief vast te stellen.[27] Bij de prognose van een toekomstige gebeurtenis is dat evident (bijvoorbeeld de beoordeling van de mededingingsrechtelijke gevolgen van een voorgenomen concentratie). Maar ook historische feiten kunnen complex zijn, waarbij de werkelijkheid kan worden benaderd aan de hand van verschillende onderzoeksmethoden. Denk bijvoorbeeld aan de bekende *Silicose*-zaak, waarbij de longaandoening zowel aan de hand van een foto als een scan kon worden vastgesteld.[28] Allebei benaderen ze de werkelijkheid op een andere manier, met een andere uitkomst. Natuurlijk is ook in andere rechtsgebieden de werkelijkheid complex. Verschil is alleen dat in het bestuursrecht eerder standaardisatie van het feitenonderzoek plaatsvindt. Het beginsel van rechtsgelijkheid verlangt dat het bestuursorgaan deze werkelijkheid voor belanghebbenden in beginsel steeds op dezelfde wijze benadert.[29] Het zou toch willekeurig zijn als de aanspraak van de ene verzoeker om een silicosevergoeding wordt bepaald aan de hand van een foto en het verzoek van een ander aan de hand

---

22. Zie over competitie en coöperatie in de verschillende rechtsgebieden en de invloed op het bewijsdebat, A.F.M. Brenninkmeijer, De strijd om het bewijs, in: Y.E. Schuurmans (red.), Bewijzen en beslissen, Deventer: Kluwer 2006, p. 11-18. Zie voor de invloed van partijautonomie op het bewijsdebat W.D.H. Asser, Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek, in: N.J.M. Kwakman (red.), Partijautonomie of materiële waarheid?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, m.n. p. 17.
23. Zie paragraaf 4.3.3.
24. Bij sanctiebesluiten ligt dat in beginsel anders.
25. Y.E. Schuurmans, Eenheid in het bewijsrecht. Een vergelijking tussen de uitgangspunten van het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 286.
26. Aangezien het bewijsrecht regels geeft die het beslissende orgaan hanteert ten einde tot een feitenvaststelling te komen, kunnen de termen bewijsregels en regels van feitenvaststelling m.i. met elkaar worden uitgewisseld. Zij lossen dezelfde soort bewijsproblemen op.
27. Zie voor een uitgebreide analyse M.A. Heldeweg, Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1993.
28. ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 360 m.nt. MSV.
29. Schuurmans 2006, p. 40-41.

van een scan, terwijl de methoden niet allebei even accuraat zijn. Bovendien kan de uitvoeringspraktijk, waarbij soms duizenden besluiten per jaar worden genomen, verlangen dat een vaste onderzoeksmethode wordt gebruikt.[30]

Wat ook een verschil met andere rechtsgebieden kan zijn, is de specifieke expertise van het bestuur. In paragraaf 3 kom ik daar verder op terug. Daarnaast komt het in het bestuursrecht veelvuldig voor dat de aard van de wettelijke bepaling de feitenvaststelling complex maakt. In de wet zijn de rechtsfeiten waaraan de intreding van het rechtsgevolg is gekoppeld vaak niet uitputtend en concreet omschreven.[31] Elk rechtsgebied kent vage normen, maar los van beschrijvingsproblemen bestaan in het bestuursrecht ook meer beleidsmatige redenen om rechtsfeiten vaag te houden. Dat geeft bestuursorganen ruimte om politiek-bestuurlijke afwegingen te maken bij de aanwending van bevoegdheden. Feitenvaststelling en feitenkwalificatie kunnen erg sterk met elkaar verweven raken,[32] waardoor de rechter soms meer een metaoordeel geeft over de feitenvaststelling. Zo kan een vreemdeling ongewenst worden verklaard 'in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland'.[33] Deze rechtsfeiten wijzen niet naar een eenduidig feitencomplex. Bovendien kunnen beleidsmatige overwegingen mede bepalen hoe men die vage feitelijke norm invult. Wat moet de vreemdeling op zijn kerfstok hebben wil zijn verblijf hier ter lande de internationale betrekkingen schaden? In de selectie van feiten (welke handelingen zijn relevant?) en de bereidheid om die feiten voor waar te houden (hoe ernstig moet het vermoeden zijn dat hij die handelingen daadwerkelijk heeft gepleegd; de bewijsstandaard), kan het politieke oordeel doorklinken. Een strikt onderscheid tussen een waardevrije feitenvaststelling en een normatieve feitenkwalificatie valt dan lastig te maken.

Ik denk dat het belangrijk is de verschillende aard van bovengenoemde bewijsproblemen te doorgronden. De principiële keuzes die gemaakt dienen te worden ter oplossing van de bewijsproblemen verschillen. Zo zal bijvoorbeeld blijken dat de taakopvatting van de rechter bij het ene bewijsprobleem belangrijker is voor zijn bewijsoordeel, dan bij het andere. Voorts laat het ene bewijsprobleem zich gemakkelijker oplossen dan het andere.[34] Zo blijken de drie grootste rechtgebieden voor het bewijsprobleem 'bewijswaardering' dezelfde hoofdregel te hanteren: de rechter is daarin in beginsel vrij.

2.3 Verschillende typen bewijsregels

De in de vorige paragraaf geschetste bewijsproblemen leiden tot verschillende bewijsregels. Zo zal de omstandigheid dat bewijsmateriaal ontbreekt aanleiding zijn om regels te formuleren die de overlegging van het ontbrekende bewijsmateriaal bevorderen, dan wel regels die conclusies verbinden aan de geconstateerde bewijs-

30. Schuurmans 2006, p. 37-40.
31. E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul, NTB 2000, p. 215.
32. Klap 2007, p. 186 en 189.
33. Artikel 67, lid 1, sub e Vw 2000.
34. Paragraaf 3.1.2.

nood. In de eerste categorie vallen regels over de bewijsleveringslast van partijen, over bewijsdomeinen, over de inzet van eigen onderzoeksbevoegdheden van de rechter, over bewijsvoorlichting en communicatie. De tweede categorie regels verbindt conclusies aan de bewijsnood. De rechter kan gebruikmaken van vermoedens om de bewijsnood te 'verhelpen' of regels van bewijsrisico formuleren om de gevolgen van de bewijsnood aan een partij toe te delen. De complexiteit van de feitenvaststelling is niet door de rechter weg te nemen. Wel kan hij spelregels formuleren om met de complexiteit om te gaan. Zo ontstaan regels over deskundigenbewijs, vermoedens, bewijsbeleid en toetsingsintensiteit. De complexiteit van de feitenvaststelling lijkt inherent naar vrij formele bewijsregels te leiden. In het kader van de bewijswaardering formuleert de rechter regels over de waarde van het bewijsmateriaal. Hij zal daarbij bijzondere aandacht hebben voor de objectiviteit van de bron waaruit het bewijsmateriaal is verkregen en de zorgvuldigheid die bij de bewijsverzameling in acht is genomen.

Omdat elk rechtsgebied zijn eigen dimensie geeft aan de in vorige paragraaf beschreven bewijsproblemen, zal per rechtsgebied het ene type bewijsregel meer tot ontwikkeling komen dan het andere type bewijsregel. Ook belangrijk om te realiseren is dat de bewijsregels die men naar aanleiding van de problemen formuleert, niet *alleen* het belang van materiële waarheidsvinding behartigen. Anders zouden in elk rechtsgebied exact dezelfde bewijsregels kunnen worden toegepast; elk rechtsgebied hecht immers belang aan materiële waarheidsvinding. Bewijsregels kunnen echter ook andere belangen dienen, zoals behartiging van het materiële recht of behartiging van een ander zelfstandig belang.[35] Die andere belangen kunnen een rem zetten op waarheidsvinding.

Behartiging van het materiële recht geschiedt met name via bewijsvermoedens en bewijslastverdelingen. Neem het volgende voorbeeld. Het Reglement rijbewijzen geeft regels die de veiligheid in het verkeer bevorderen. Het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen geeft verklaringen van geschiktheid af aan eenieder die voldoet aan de bij ministeriële regeling vastgestelde eisen met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke geschiktheid tot het besturen van motorrijtuigen. Personen die aan alcohol zijn verslaafd, zijn niet geschikt om achter het stuur te kruipen. Welke bewijsregels moeten worden toegepast als een (voormalig?) verslaafde om de afgifte van een geschiktheidsverklaring vraagt? Het betreft een aanvraag en voor de besluitvorming zijn gegevens nodig die in het bewijsdomein van de aanvrager liggen. Hij 'zit' op de gegevens inzake zijn gezondheid en fysieke gesteldheid. Het belang van materiële waarheidsvinding wordt het best behartigd wanneer de persoon in wiens invloedssfeer de gegevens liggen, ze dient te verstrekken. Maar om hoeveel gegevens gaat het dan? Hoeveel zekerheid is nodig? Welke waarschijnlijkheidsbeoordeling is aanvaardbaar? Dat zijn vragen waar je met 'het belang van waarheidsvinding' niet uitkomt. De belangen die de materiële regeling dient, geven wel een antwoord. Het verkeersbelang verlangt dat een vrij hoge bewijsstandaard wordt gehanteerd. Zo verlangt de bij de regeling behorende bijlage dat voormalig verslaafden aantoonbaar

35. Vgl. Jack B. Weinstein, The Uniformity-Conformity Dilemma Facing Draftsmen of Federal Rules of Evidence, 69 Colm. L. Rev. 353 (1969), p. 361.

zijn gestopt met dit misbruik en dat zij alleen geschikt kunnen worden geacht na een herkeuring op basis van een specialistisch rapport. Een strenge opstelling van de keurend arts is aangewezen, gezien de gevaren die het gebruik van deze middelen oplevert voor de verkeersveiligheid.[36] Het belang dat het materiële recht behartigt, bepaalt mede hoe bewijsregels in het concrete geval moeten worden toegepast.

Bewijsregels kunnen ook een ander zelfstandig belang dienen. Neem bijvoorbeeld artikel 8:29 Awb, dat een regel van feitenvaststelling bevat. Zijn daarvoor gewichtige redenen aanwezig, dan kan een partij weigeren de door de rechter gevraagde stukken te overleggen. Die regel bevordert niet de materiële waarheidsvinding in het concrete proces. Sterker, hij belemmert die zelfs. Andere belangen worden behartigd door deze feitenvaststellende regel, zoals de bescherming van brongegevens en de onderzoeksmethoden van het bestuursorgaan. Ook zijn er regels die, naast materiële waarheidsvinding, oog hebben voor andere belangen. Denk bijvoorbeeld aan regels met betrekking tot de bewijslevering in het proces. Wie wat moet doen, wordt mede bepaald door de rechter-partijverhouding binnen het proces. Zo zal de stelplicht in het civiele recht in zekere zin materiële waarheidsvinding bevorderen. De rechter raakt op de hoogte van alle door partijen relevant geachte informatie. Dat de rechter voorts alleen gestelde en betwiste feiten aan zijn oordeel ten grondslag mag leggen, is een uitvloeisel van de partijautonomie. De regel inzake de stelplicht behartigt naast materiële waarheidsvinding, ook de autonomie van partijen.

Wil men bewijsregels uit het ene rechtsgebied overnemen in het andere rechtsgebied, dan dient men zich rekenschap te geven van de andere belangen die bewijsregels behartigen. Soms zal de bewijsregel dermate worden beïnvloed door het materiële recht of door een ander zelfstandig belang, dat deze regel zich niet voor toepassing leent in een ander rechtsgebied. Soms spelen deze andere belangen echter geen enkele rol en kan de bewijsregel ook in andere rechtsgebieden worden toegepast. De van overeenkomstige toepassing verklaring van bewijsrechtelijke bepalingen uit het strafrecht of het civiele recht kan dus niet worden tegengehouden met enkel een beroep op 'de eigen aard van het bestuursrecht'.

2.4 Bewijsrechtelijke misverstanden bij de invoering van de Awb

De keuze van de wetgever om geen bewijsrecht in de Awb op te nemen, kan kort als volgt worden weergegeven. In de memorie van toelichting wordt de nadruk gelegd op de actieve attitude van de rechter, die de bevoegdheid heeft de feiten aan te vullen en over diverse onderzoeksbevoegdheden beschikt. In een dergelijk stelsel zou minder behoefte bestaan aan materieel bewijsrecht.[37] De Raad van State had nog vrij uitdrukkelijk erop aangedrongen om algemene regels van bewijsrecht in de Awb op te nemen, bijvoorbeeld door in een schakelbepaling het civiele bewijsrecht van overeenkomstige toepassing te verklaren.[38] Naar het oordeel van de wetgever verzetten echter de karakteristieken van materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompen-

36. Zie ABRvS 29 augustus 2007, JB 2007/191.
37. PG Awb II, p. 175.
38. PG Awb II, p. 165.

satie zich daartegen. Het civiele bewijsrecht zou te veel uitgaan van de gelijkwaardigheid van partijen en partijautonomie en dat past niet binnen het bestuursrechtelijk proces.[39] In deze subparagraaf wordt beschreven waarom de keuze om geen bewijsrecht in de Awb op te nemen destijds een begrijpelijke was, maar ondeugdelijk werd beredeneerd.

2.4.1 *Een begrijpelijke keuze*

Het is erg gemakkelijk om kritiek te leveren op de Awb-wetgever. Voor verschillende procesrechtelijke onderwerpen, zoals bijvoorbeeld de omvang van het geding en het doel van hoger beroep, kan worden gewezen op de onduidelijke en tegenstrijdige parlementaire geschiedenis ter zake. Met de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie voor de boeg, de toenemende betekenis van de bezwaarschriftprocedure, het voornemen om beroep open te stellen tegen algemeen verbindende voorschriften en uiteindelijk het bestuursrecht in te passen binnen de gewone rechterlijke organisatie, is het vanzelfsprekend dat de memorie van toelichting veel openlaat en passages bevat die voor velerlei uitleg vatbaar zijn.

In paragraaf 3 van dit preadvies wordt uiteengezet van welke principiële keuzes de vormgeving van het bestuursrechtelijke bewijsrecht afhankelijk is. Bewijsregels vragen onder andere om explicitering van de verhouding tussen partijen, tussen partijen en de rechter, tussen de besluitvormingsfase en de rechterlijke fase en tussen rechtspraak in eerste aanleg en hoger beroep. Bijzonder begrijpelijk is dan ook dat de wetgever begin jaren negentig niet al die principiële keuzes heeft gemaakt en een regeling van het bewijsrecht achterwege heeft gelaten. Die keuze is alleen niet goed beredeneerd. Waarom zouden we ons daar nu nog druk over maken? Omdat de redenering bepaalde misverstanden over bewijsregels bevat en omdat de Awb tegenstrijdige uitgangspunten kent, die voor concrete bewijsproblemen zorgen. Voor oplossing van de bewijsproblemen dienen enkele misverstanden te worden rechtgezet.

2.4.2 *De vrij-bewijsleer is niet uniek voor het bestuursrecht*

De wetgever heeft destijds aansluiting gezocht bij de vrij-bewijsleer, waarbij de bewijsbeslissingen aan het vrije oordeel van de rechter zijn overgelaten. In het bestuursrecht lijkt de vrij-bewijsleer als een bijzonder kenmerk van dat rechtsgebied te worden gezien. Inderdaad is het bijzonder dat een wettelijke regeling van het (materiële) bewijsrecht geheel ontbreekt, maar het uitgangspunt van de vrij-bewijsleer is weinig onderscheidend. Ook in het civiele recht en het strafrecht is de hoofdregel dat de rechter vrij is in zijn bewijsoordelen, tenzij wettelijke regels die vrijheid aan banden leggen. Verwijst men in die rechtsgebieden naar een vrij bewijsstelsel, dan doelt men op de vrijheid van de beslisser om al het beschikbare bewijsmateriaal aan zijn beslissing ten grondslag te leggen en de vrijheid om het bewijsmateriaal naar eigen inzicht te waarderen. Die vrijheid valt de rechter zowel in het civiele recht als in het strafrecht ten deel.[40] Nijboer acht de term 'vrij stelsel' nogal misleidend,

---

39. PG Awb II, p. 169.
40. J.F. Nijboer, Strafrechtelijk bewijsrecht, vijfde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 38 e.v.; Pitlo/Hidma & Rutgers, Bewijs, achtste druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 63-65.

doordat deze de afwezigheid van ieder bewijsrechtelijk voorschrift veronderstelt. Dat is lastig voor te stellen; in ieder geval zal toch de instantie worden aangewezen die bevoegd is de bewijsbeslissing te nemen.[41] De vrij-bewijsleer ziet met name op de 'bewijswaardering' (paragraaf 2.2, het derde bewijsprobleem). Hoewel die leer in het strafrecht en het civiele recht wordt erkend, zijn er desondanks redenen overtuigend bevonden om andere bewijsproblemen wel te reguleren. Een keuze voor de vrij-bewijsleer is dus niet als vanzelf een argument om geheel geen wettelijke bewijsregels op te nemen.

2.4.3 *Bewijsregels bestaan; afzien van een wettelijke regeling is niet zonder meer in het voordeel van de burger*

Dat men geen wettelijke regeling geeft voor het bewijs, betekent niet dat daarmee geen bewijsregels ontstaan. Partijen en de rechter worden nog steeds met de in paragraaf 2.2 genoemde bewijsproblemen geconfronteerd. Hoe die bewijsproblemen dan worden opgelost, is volledig aan het vrije oordeel van de (individuele) rechter overgelaten. Dat kan leiden tot grote rechtsonzekerheid voor procespartijen en tot willekeur. Die realiteit lijkt bij de invoering van de Awb onvoldoende onder ogen te zijn gezien. In het civiele recht is men daar wel al langer achter. De wetgever heeft juist in het belang van de rechtszekerheid een wettelijke regeling getroffen voor de bewijslastverdeling. Daarbij is bewust de billijkheidsleer als hoofdregel van bewijslastverdeling verworpen.[42] Die theorie, die per geval naar individuele rechtvaardigheid zoekt, geeft rechtssubjecten onvoldoende houvast. Dat is bezwaarlijk omdat een bewijslastverdeling in grote mate de uitkomst van het geschil kan bepalen.[43] In het belang van rechtzoekenden is gekozen voor een vaste wettelijke regel. Anders dan de toelichting van de Awb-wetgever lijkt te suggereren, kunnen wettelijke bewijsregels ook het belang van de burger dienen. Hij weet waar hij aan toe is en kan bij de rechter aanspraak maken op toepassing van een voor hem gunstige bewijsregel. Inmiddels heeft de derde evaluatie van de Awb laten zien dat rechtsonzekerheid en willekeur inderdaad behoorlijke knelpunten zijn geworden in het vrije bestuursrechtelijke bewijsrecht.[44]

2.4.4 *Materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie zijn belangen die niet allesbepalend zijn voor het bewijsrecht*

De suggestie van de Raad van State om via aan schakelbepaling het civiele bewijsrecht van overeenkomstige toepassing te verklaren, is van de hand gewezen. De karakteristieken van materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie zouden zich daartegen verzetten. Materiële waarheidsvinding is wat dat betreft een weinig onderscheidend element. Elk procesrecht kent daaraan waarde toe en veel

---

41. Nijboer 2008, p. 38.
42. G.R. Rutgers, R.J.C. Flach & G.J. Boon, Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, Deventer: Kluwer 1988, p. 85 e.v.
43. Schuurmans 2005, p. 45.
44. Zie paragraaf 1.

bewijsregels zullen materiële waarheidsvinding behartigen. Wel relevant is dat bewijsregels daarnaast ook nog andere belangen kunnen dienen, zoals in de vorige paragraaf is beschreven. Eén daarvan is inderdaad ongelijkheidscompensatie, maar dat is maar een van de vele mogelijkheden. De civiele bewijsregels die van partijautonomie uitgaan (en geen ruimte bieden voor ongelijkheidscompensatie), moet men onderscheiden van de civiele bewijsregels die geen of andere zelfstandige belangen behartigen. Neem als voorbeeld artikel 152 Rv, dat bepaalt dat bewijs in beginsel kan worden geleverd door alle middelen. Die bewijsregel dient waarheidsvinding; partijautonomie komt op geen enkele wijze in het artikel tot uitdrukking. Niet alle civielrechtelijke bewijsregels kunnen bij voorbaat van de hand worden gewezen.

2.4.5 *Discrepantie tussen de uitgangspunten van feitenvaststelling in de besluitvormingsfase en in het rechterlijk proces*

Hiervoor is gezegd dat de wetgever over het hoofd heeft gezien dat in de praktijk bewijsregels worden toegepast. Dat is misschien wat kort door de bocht, want in dezelfde Awb worden diverse regels gegeven die ook bewijsrechtelijke implicaties hebben. Deze staan echter in de hoofdstukken 3 en 4 en niet in de hoofdstukken die het beroep bij de rechter reguleren. Omdat het civiele en strafrechtelijke bewijsrecht regels geeft voor de rechterlijke procedure, zijn de bestuursrechtelijke besluitvormingsregels lastiger als bewijsrecht te herkennen. Welk etiket wordt geplakt op artikelen als 3:2, 4:2 lid 2 en 4:5 Awb is niet zo relevant.[45] Wél relevant is dat aan die artikelen niet alleen waarden als materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie ten grondslag liggen, maar óók uitgangspunten die daarmee op gespannen voet kunnen staan. De bewijsregels uit de besluitvormingsfase sluiten niet zonder meer aan op het uitgangspunt van totale rechterlijke vrijheid en onbeperkte waarheidsvinding in beroep.

Zo beoogt het tweede lid van artikel 4:2 Awb een evenwichtige verdeling te geven van lasten tussen burger en bestuursorgaan bij het verzamelen van de feiten.[46] In de memorie van antwoord bij artikel 3:2 Awb is heel duidelijk gesteld dat de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan niet wordt geactiveerd door de enkele omstandigheid dat de belanghebbende onvoldoende gegevens heeft verstrekt.[47] Ook heeft de wetgever onder ogen gezien dat bestuursorganen beleidsregels maken met betrekking tot de feitenvaststelling, zodat het onderzoek naar de feiten wordt gestandaardiseerd. De plicht om de materiële waarheid te vinden, is voor het bestuursorgaan enigszins gerelativeerd. Ook artikel 4:5 Awb stelt grenzen aan dat belang. Verstrekt een aanvrager onvoldoende gegevens om de aanvraag te kunnen beoordelen, dan kan zijn aanvraag, na een ongebruikte herkansingsmogelijkheid, buiten behandeling worden gelaten. Vervolgens kan in beroep in beginsel slechts worden geklaagd over de rechtmatigheid van de afdoeningswijze. De aanvrager kan in de regel niet een inhoudelijk oordeel met betrekking tot zijn aanvraag afdwingen door alsnog de gegevens te verstrekken in beroep. In de besluitvormingsfase bestaat

45. Zie ook paragraaf 2.2.
46. PG Awb I, p. 239.
47. PG Awb I, p. 205.

niet alleen aandacht voor het belang van materiële waarheidsvinding, maar ook voor proceseconomische overwegingen en de eigen procesverantwoordelijkheid van de belanghebbende.[48] Op dit moment sluiten de bewijsrechtelijke uitgangspunten van de Hoofdstukken 3 en 4 Awb versus Hoofdstuk 8 Awb niet goed op elkaar aan en bestaat er geen samenhangend stelsel van bewijslevering en feitenvaststelling.[49] Voor een bewijsregeling in beroep moet worden bedacht hoe tussen de belangen van materiële waarheid, proceseconomie en eigen procesverantwoordelijkheid van partijen een doordacht midden te vinden. Paragraaf 3 gaat nader op die principiële keuze in.

2.5 Conclusie

Bewijsregels ontstaan in elk rechtsgebied, met name wanneer het lastig is de materiele waarheid te achterhalen. Drie verschillende bewijsproblemen noodzaken de rechter om bewijsregels te formuleren: de situatie waarin bewijsmateriaal ontbreekt, de situatie waarin de feitenvaststelling complex is en de situatie waarin partijen van mening verschillen over de conclusies die moeten worden getrokken uit het overgelegde bewijsmateriaal.

De eigen aard van het bestuursrecht vraagt in het bijzonder aandacht voor het probleem van ontbrekend bewijsmateriaal en de complexe feitenvaststelling. Doordat het algemeen belang betrokken is bij besluitvorming, wordt er een groot belang aan gehecht dat al het relevante bewijsmateriaal op tafel komt. Daar dient eenieder zich voor in te spannen: zowel het bestuursorgaan, de burger als de rechter. In de jurisprudentie zijn de bewijsleveringslasten van het bestuursorgaan (de onderzoeksplicht) en van de burger (de informatielast) in het bijzonder tot ontwikkeling gekomen.

Elk rechtsgebied kent complexe feitenvaststellingen, doordat ofwel de werkelijkheid, ofwel de beschrijving van het rechtsfeit complex is. In het bestuursrecht leidt de complexe werkelijkheid gemakkelijk tot standaardisatie van de feitenvaststelling. Uit een oogpunt van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en efficiëntie van de bestuurspraktijk kiest het bestuursorgaan regelmatig voor een vaste methode van bewijslevering. Voorts is de complexe beschrijving van het rechtsfeit kenmerkend voor het bestuursrecht. De vage feitelijke norm is veelal bewust gekozen en biedt ruimte aan politiek-bestuurlijke afwegingen. Daardoor kan het lastig zijn de feitenvaststelling en de feitenkwalificatie strikt van elkaar te onderscheiden. In een dergelijk geval geeft de rechter eerder een metaoordeel over de feitenvaststelling. Bij de complexe feitenvaststelling is het vanzelfsprekend dat de rechter zich terughoudend opstelt, in de zin dat hij niet al te gemakkelijk zijn eigen oordeel voor dat van het bestuursorgaan in de plaats zal stellen.

In het bestuursrecht zullen dus vooral bewijsregels ontstaan ter oplossing van de bewijsproblemen 'bewijsmateriaal ontbreekt' (o.a. wie moet welk bewijsmateriaal

48. PG Awb I, p. 39 en 40; zie ook Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 18.
49. Zie ook Schuurmans 2005, p. 44-45 en Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 73-74.

overleggen?) en 'complexe feitenvaststelling' (o.a. is de toegepaste onderzoeksmethode valide en hoe dient de rechter te toetsen?).

Het is de vraag in welke mate bewijsrechtelijke bepalingen uit het civiele recht of het strafrecht deze bewijsproblemen kunnen oplossen. Het antwoord daarop hangt af van de belangen die de bewijsrechtelijke bepaling behartigt. Is dat alleen het belang van materiële waarheidsvinding, dan is er in beginsel geen probleem. Soms zal de bewijsregel dermate worden beïnvloed door het materiële recht of door een ander zelfstandig belang, dat deze regel zich niet voor toepassing leent in een ander rechtsgebied. Men kan dus niet in het algemeen zeggen of 'de eigen aard van het bestuursrecht' zich verzet tegen toepassing van bewijsrechtelijke bepalingen uit het strafrecht of het civiele recht. Dat is bij de invoering van de Awb wat te gemakkelijk gedaan. Gaat de wetgever in de toekomst codificatie van het bewijsrecht ter hand nemen, dan dienen meer misverstanden uit de wereld te worden geholpen. De vrij-bewijsleer is niet uniek voor het bestuursrecht. Zij is ook het uitgangspunt in het civiele recht en het strafrecht. Waarom is de vrij-bewijsleer ten aanzien van de 'bewijswaardering' geaccepteerd in die rechtsgebieden, maar heeft men ten aanzien van andere bewijsproblemen wel regeling gewenst geacht? Blijken zal dat de belangen van rechtzoekenden een wettelijke regeling van het bewijs kunnen verlangen. De behoefte aan een eigen, specifieke bewijsregeling voor het bestuursrecht kan niet alleen worden verklaard vanuit bestuursrechtelijke karakteristieken als materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie. Die kenmerken zijn niet uniek voor het bestuursrecht en zijn niet allesbepalend voor de vormgeving van het bewijsrecht. Daarnaast dient de wetgever zich er rekenschap van te geven dat de uitgangspunten bij de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase en de rechterlijke fase thans uiteenlopen. In de besluitvormingfase is, naast waarheidsvinding, meer aandacht besteed aan de eigen procesverantwoordelijkheid van de belanghebbende en de proceseconomie. Spelen die andere belangen naast waarheidsvinding eenzelfde rol in de rechterlijke fase? Deze verschillende uitgangspunten in de wet leiden tot verwarring en knelpunten in bestuursrechtelijk bewijsrecht. In de volgende paragraaf wordt bezien welke keuzes gemaakt dienen te worden, voordat deze knelpunten kunnen worden opgelost.

3 Principiële keuzes waarvan de vormgeving van het bewijsrecht afhangt

In de vorige paragraaf is in kaart gebracht welke bewijsproblemen zich voordoen, welke bewijsregels naar aanleiding daarvan ontstaan en welke belangen bewijsregels, naast waarheidsvinding, kunnen dienen. Vervolgens hangt het van verschillende normatieve keuzes af hoe men het bewijsprobleem wenst op te lossen. Voor welke principiële keuzes komt men dan te staan? Die vraag staat in deze paragraaf centraal. Het openingscitaat uit de inleiding beweert dat het bijzonder lastig is veranderingen in het bewijsrecht door te voeren. Deels zou dat een praktische oorzaak hebben: het proces van feitenvaststelling is in hoge mate verweven met de inrichting van het juridisch proces. Daarnaast zou een ideologische factor spelen. Aan het bewijsrecht liggen normatieve keuzes ten grondslag, zoals de afweging tussen het belang van materiële waarheidsvinding en het belang van proceseconomie of tussen het vertrouwen in het democratisch gelegitimeerde bestuur en de onafhankelijke rechter. In deze paragraaf wordt verkend welke keuzes in de vormgeving van het proces gemaakt dienen te worden en wat de invloed daarvan is op het bewijsrecht. De paragrafen 3.1 tot en met 3.4 bevatten de meer normatieve keuzes. In de paragrafen 3.5 en 3.6 staat de inrichting van het proces op de voorgrond.

3.1 Een uniforme bewijsregeling voor de besluitvormingsfase en het proces?

De meest principiële keuze die naar mijn mening gemaakt dient te worden is de keuze tussen een uniform bewijsrecht, dat geldt voor zowel de besluitvormingsfase als de beroepsfase, dan wel een eigen bewijsrecht voor beide procedures. Die keuze stelt als vanzelf de vraag op de voorgrond hoe de taak tot feitenvaststelling van het bestuur zich verhoudt tot de taak van de rechter.[50] En dat is de lastigste vraag.

---

50. Deze vraag naar de taakverdeling tussen bestuur en rechter heeft in het Amerikaanse bestuursrecht bijzonder veel aandacht gekregen. Daar mag de rechter – net als in Duitsland – met beklemtoning van rechtsstatelijke argumenten, de bestuurlijke feitenvaststelling in beginsel slechts marginaal toetsen, heel anders dan in Duitsland. Toch kan het niveau van rechtsbescherming hoog zijn, omdat ook beroep openstaat tegen algemeen verbindende voorschriften en de feitelijke grondslag daarvan succesvol kan worden bestreden. Zie mijn in het NTB 2009 te verschijnen artikel, waarin hoofdzakelijk verwezen wordt naar: Kenneth Culp Davis, An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process, 55 Harvard Law Review 364 (1942) en Ernest Gellhorn, Rules of Evidence and Official Notice in Formal Administrative Hearings, 1971 Duke Law Journal 1.

Op het eerste gezicht lijkt het wellicht het gemakkelijkst om één bewijsregeling te maken, die zowel het bestuursorgaan in acht neemt als het een besluit voorbereidt als de rechter wanneer hij in beroep oordeelt. Maar hebben bestuur en rechter wel eenzelfde soort taak en een even grote verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling? Kunnen zij allebei even goed het bewijsmateriaal verzamelen en waarderen? Wiens feitenvaststelling heeft het grootste gezag? Speelt materiële waarheidsvinding in beide fasen een even grote rol? Pas als men een beeld heeft van de taak van het beslissende orgaan, kan men oordelen welke bewijsbepalingen relevant zijn. Zou men bijvoorbeeld oordelen dat de bestuursrechter alleen de feitenvaststelling zou moeten toetsen, dan ligt het minder in de rede om in hoofdstuk 8 Awb artikelen over de bewijsverzameling en bewijswaardering op te nemen. Zou men aan de andere kant in het proces meer belang hechten aan materiële waarheidsvinding, dan tijdens de besluitvormingsfase, dan zouden bijvoorbeeld beleidsregels met betrekking tot de feitenvaststelling en bewijsvermoedens niet door moeten werken in beroep. In deze subparagraaf wordt verkend in welke mate de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase en de rechterlijke fase van elkaar kunnen verschillen en welke invloed dat heeft op het bewijsrecht.

3.1.1 De overtuigingskracht van de feitenvaststelling

In het proces wordt er in beginsel naar gestreefd om zo dicht mogelijk bij de materiele waarheid te geraken, in een zo kort mogelijk tijdsbestek en tegen beperkte kosten. Kan het bestuursorgaan of de rechter dat doel het beste bereiken? Wiens feitenvaststelling is het meest overtuigend?

Een reden om bestuursorganen in het leven te roepen en een eigen bestuurstaak toe te bedelen, is veelal gelegen in hun deskundigheid. Bij het bestuursorgaan werken naast juristen doorgaans ook materiedeskundigen. Bestuursorganen zullen veelal gegevens verzamelen, voordat zij een beleid formuleren of algemeen verbindende voorschriften maken. Daarnaast vergaren zij veel informatie tijdens de beschikkingverlening. De individuele feitenvaststelling kan vergelijkenderwijs geschieden. Het bestuursorgaan weet welk bewijsmateriaal het dossier bevat wanneer het de aanvraag verleent en hoe dat er uit ziet wanneer het de aanvraag afwijst, of aan de hand van welk bewijsmateriaal wél en aan de hand van welk bewijsmateriaal niét tot handhaving wordt overgegaan. Het bestuursorgaan kan op die wijze zorgen voor een consistent beleid en voor rechtsgelijkheid, ook als het op de feitenvaststelling aankomt.

Zal de feitenvaststelling van de rechter dichter bij de materiële waarheid liggen dan de feitenvaststelling van het bestuur? Welk bewijsmateriaal kan de rechter met algemene jurisdictie eigenlijk beter waarderen dan het bestuursorgaan, dat door toedeling van een specifieke bestuurstaak specifieke deskundigheid heeft opgebouwd? In het Amerikaanse bestuursrecht wordt geantwoord: geen.[51] Het bestuursorgaan is door

51. Zo toetst de (civiele) rechter de feitenvaststelling gemaakt door het hoofd van het bestuursorgaan (in een soort administratief beroep), en niet de (daaraan voorafgaande) feitenvaststelling gemaakt door de *Administrative Law Judge*, want het bestuur wordt meer geschikt geacht om tot een feitenvaststelling te komen. Argumenten worden ontleend zowel aan de deskundigheid van het bestuur, als aan de verwevenheid van feitenvaststelling en beleid, als aan de machtenscheiding.

zijn expertise veel beter in staat de bewijswaarde van bewijsmateriaal te bepalen. Als het bestuursorgaan het netjes doet, is de kans dat zijn feitenvaststelling de waarheid benadert in beginsel groter dan wanneer de rechter dat doet. Waarom zou een afbakening van de relevante markt door de rechter (of één door hem ingeschakelde deskundige) meer accuraat zijn dan de afbakening gemaakt door de Nederlandse Mededingingsautoriteit? Waarom kan de rechter beter dan het CBR vaststellen of voldoende zeker is dat een (voormalig) alcoholverslaafde thans zijn levenswijze zo heeft aangepast dat hij niet langer een gevaar in het verkeer vormt? Wanneer men redeneert vanuit het belang van waarheidsvinding, dan trekt het bestuur met zijn expertise in beginsel aan het langste einde. (Voor mensen die het nu al rood voor de ogen wordt, deze stelling wordt in paragraaf 3.3 genuanceerd.)[52] Een ander praktisch argument is gelegen in de proceseconomie. De rechterlijke procedure is niet toegerust om een uitgebreid onderzoek naar de feiten te doen. Veelal zal het goedkoper zijn om het deskundige bestuur de relevante feiten te laten vergaren.[53]

De feitenvaststelling door de rechter kan meer gezag hebben dan de feitenvaststelling door het bestuur, omdat de rechter onafhankelijk is. Het bestuursorgaan doet het niet altijd netjes. Soms door een gebrek aan tijd of middelen, soms omdat het bestuur de ene feitenvaststelling beter uitkomt dan de andere. Zo zullen sommige bestuursorganen ongetwijfeld met streefcijfers werken, bijvoorbeeld met betrekking tot het aantal te verlenen vergunningen. En misschien dat het van pas komt de bezwaren van omwonenden ongegrond te achten, omdat de verleende bouwvergunning een project mogelijk maakt dat de locale economie stimuleert? De feitenvaststelling door het bestuur loopt het gevaar onvoldoende objectief te zijn. In dat licht kan de feitenvaststelling door de rechter meer overtuigend zijn.

De expertise van het bestuursorgaan en de onafhankelijkheid van de rechter zijn twee verschillende krachten, die bepalen of de feitenvaststelling overtuigend is. Naar mijn oordeel verschilt het per feitencomplex welke kracht het grootst is. Ter verbetering van de kwaliteit van de feitenvaststelling kunnen beide krachten worden vergroot.

3.1.2 De taakopvatting van de rechter

Naast bovengenoemde bewijsrechtelijke en meer praktische argumenten, speelt ook de dogmatische discussie. Schlössels besteedt daar in paragraaf 2.3 van zijn preadvies uitgebreid aandacht aan. Kort gezegd, worden de volgende argumenten genoemd. Het primaat van het bestuur wordt enerzijds verdedigd door de principiële scheiding van macht te benadrukken, zoals ook Daalder en Schreuder-Vlasblom hebben gedaan in hun artikel 'Balanceren boven nul'.[54] Het bestuur komt de bestuurstaak toe en het is niet aan de rechter om de rechtsvaststelling over te doen.

---

52. Naast het daar te noemen argument dat het bestuurorgaan niet ten aanzien van alle feiten expertise heeft, kan het natuurlijk voorkomen dat de ambtenaar bij het bestuursorgaan net in dienst is en tegenover een ervaren rechter staat. Er staat 'in beginsel'.
53. Vgl. de ontwikkeling in het strafprocesrecht, waarin het onderzoek ter zitting zich in de praktijk is gaan richten op het evalueren en verifiëren van de resultaten van het vooronderzoek, Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 53.
54. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, in het bijzonder p. 215.

Zou de rechter naar eigen inzicht de feiten vaststellen, dan lijken bestuursorganen niet veel meer te zijn dan bewijsverzamelaars; de rechtsbedeling is in handen van de rechter. Een ander principieel argument ligt in de vrije bestuursbevoegdheden en de mogelijke verwevenheid van feitenvaststelling en feitenkwalificatie.[55] Welke concrete feiten het rechtsfeit kunnen opleveren, vormt deels een beleidsmatige beslissing. De rechter mag het beleidsmatige aspect niet aan zich trekken en kan bij grote verwevenheid niet de hele feitenvaststelling overdoen. Aan de andere kant wordt benadrukt dat de rechter duidelijk ook een eigen verantwoordelijkheid draagt, mede op grond van artikel 6 EVRM. De rechter dient volledige rechtsmacht te hebben, zowel ten aanzien van het recht, als ten aanzien van de feiten. Hij is gehouden geschilpunten over de feiten te beslechten. Dat moet hij voorts doen binnen een redelijke termijn. Ook het communautaire recht kan randvoorwaarden geven, waarbinnen de rechter feitelijke geschilpunten dient op te lossen.[56]

Het leerstuk van de machtenscheiding en de regels van het Europese recht dwingen niet logisch tot één rechterlijke taakopvatting. De discussie over de taakopvatting is voorts niet allesbepalend voor de vormgeving van het bewijsrecht. Persoonlijk zie ik er weinig in de rechter ofwel als 'feitenvaststeller' dan wel als 'feitentoetser' te portretteren. Op dit moment beoordeelt de bestuursrechter besluiten; zijn oordeelsvorming zal niet los van dat besluit geschieden. Op welke wijze de rechter toetst, zal in grote mate afhangen van de aard van het feitencomplex.[57] Bij een gemakkelijk vast te stellen feitencomplex is de rechter in staat om nauwgezet te toetsen. Is de hoogte van een bouwwerk in geding, dan kan de rechter vrij gemakkelijk aan de hand van bewijsmateriaal nagaan of de door het bestuursorgaan vastgestelde hoogte overeenkomt met de werkelijke hoogte. Tussen nauwgezet toetsen en zelf vaststellen zit dan weinig verschil. Ook bij een complexe feitenvaststelling lijkt het contrast weinig relevant. Een rechter zal niet snel geneigd zijn geheel zelfstandig een economische analyse toe te passen en zelf de relevante markt af te bakenen voor een bepaald product of geheel zelfstandig te bepalen of een verzoeker om afgifte van een rijbewijs alcoholverslaafd is. Rechters zullen in dat geval zich veeleer toetsend opstellen en nagaan of het feitelijk oordeel van het bestuursorgaan op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en voldoende is gemotiveerd.

Daarnaast is het de vraag of de rechter er psychologisch gezien toe in staat is om geheel zelfstandig tot een feitenvaststelling te komen. Onderzoek wijst erop dat rechters, net als gewone mensen, in eerste instantie intuïtief beslissingen nemen.[58] In sommige gevallen zal dat intuïtieve oordeel gecorrigeerd worden door beredenering (wat overigens tijd kost). Dat intuïtieve oordeel wordt gebaseerd op de informatie die de rechter in het dossier vindt. Daarbij lijkt de rechter bijvoorbeeld gevoelig te zijn voor *anchoring*. Bij getalsmatige beoordelingen blijken rechters sterk te worden

55. Zie nader paragraaf 2.2.
56. Zie Barkhuysen, Damen e.a. 2007, paragraaf 3.3 voor een uitgebreide analyse van het Europees en internationaal kader voor de feitenvaststelling.
57. Zie ook Schuurmans 2005, p. 275-276.
58. Zie bijvoorbeeld Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases, 93 Cornell L. Rev. 1 (2007), met vele verwijzingen.

beïnvloed door de waarde waarmee zij als eerste bekend raken. Uit experimenten komt bijvoorbeeld naar voren dat de hoogte van de schadevergoeding die rechters toekennen sterk afhankelijk is van het bedrag dat in de vordering wordt genoemd.[59] Verder zijn er aanwijzingen dat rechters te weinig waarde toekennen aan statistische conclusies (hun waarschijnlijkheidsbeoordeling en de statistische kans lopen soms behoorlijk uiteen) en overschatten zij regelmatig de voorspelbaarheid van vroegere gebeurtenissen, met de kennis van achteraf. Natuurlijk gelden deze psychologische beperkingen ook voor ambtenaren die een besluit nemen. Alleen zij stellen aanvankelijk het dossier samen, waardoor zij minder met het probleem van *anchoring* worden geconfronteerd. Het is dus de vraag hoe onafhankelijk de rechter tot een feitenvaststelling komt. En maakt het daarbij eigenlijk uit of hij uit het dossier eerst het besluit leest met de visie van het bestuursorgaan of eerst het beroepschrift met de visie van de belanghebbende?

Wanneer is de taakopvatting van de rechter dan wel relevant? In paragraaf 2.2 zijn drie verschillende bewijsproblemen onderscheiden: de situatie dat bewijsmateriaal ontbreekt, de complexe feitenvaststelling en de bewijswaardering. Voor deze laatste twee problemen lijkt de taakopvatting minder relevant. Zoals hiervoor beschreven, bepaalt veeleer de aard van het feitencomplex de rechterlijke toetsingswijze. De taakopvatting van de rechter zal met name een rol spelen in een zaak waarin relevant bewijsmateriaal ontbreekt. Ziet de rechter voor zichzelf een taak weggelegd om onderzoek in te stellen en het ontbrekende bewijsmateriaal te achterhalen? De rechter met de 'klassieke opvatting' zal daar eerder toe geneigd zijn dan de rechter die toetst aan de hand van het 'zorgvuldigheidsmodel'.[60] Laatstgenoemde gaat voornamelijk na of de last tot bewijslevering tijdens de besluitvorming toekwam aan de belanghebbende dan wel het bestuursorgaan. Een rechter die zich uitsluitend op die vraag concentreert, komt niet toe aan de vraag wanneer hij zelf een onderzoek naar de feiten dient in te stellen. Met Schlössels[61] en Tak[62] ben ik van mening dat een strikte toetsing aan de hand van het zorgvuldigheidsmodel niet goed past in het systeem van de Awb. Inderdaad zou een bepaling als artikel 8:69 lid 3, waarin de rechter de bevoegdheid heeft om de feiten aan te vullen, anders zinloos zijn. En aan al die onderzoeksbevoegdheden komt hij dan ook niet toe. Helaas is dat nu wel goeddeels de werkelijkheid. Maar ik vraag mij af of dat komt door een bewuste keuze voor het zorgvuldigheidsmodel of door een perverse werking van managementinstrumenten en het financieringsmodel voor de rechtspraak. Voor die werking biedt de rechtspraak ruimte; mij zijn geen uitspraken bekend waarin de uitspraak in eerste aanleg wordt vernietigd, omdat de rechtbank een feitelijk geschilpunt onvoldoende heeft onderzocht en beslecht.[63] Voor de oplossing van het probleem dat bewijsmateriaal ontbreekt, dient inderdaad een keuze te worden gemaakt. Waar houdt de

59. Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 19-21.
60. Zie paragraaf 2.3 van het preadvies van Schlössels.
61. Paragraaf 2.3.6. van zijn preadvies.
62. A.Q.C. Tak, Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk, derde druk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 891.
63. Natuurlijk zijn er wel uitspraken waarin de appelrechter zelf alsnog dat onderzoek doet.

verantwoordelijkheid van partijen op en waar begint de eigen verantwoordelijkheid van de rechter? De paragrafen 3.3 en 3.4 gaan daar nader op in.

In de discussie over de rechterlijke taak bij de feitenvaststelling komt regelmatig de angst aan bod dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten, wanneer hij zelf feiten vaststelt. Maar bestaat er ook niet een gevaar dat de rechter, wanneer hij veel te weinig over de feiten zegt, op de stoel van de wetgever kruipt? Aan Schreuder-Vlasblom ontleen ik graag het volgende citaat:

> 'De motivering dient een zodanig inzicht te geven in de gedachtegang van de rechter, dat zijn beslissing voor partijen en voor derden – onder wie een hogere rechter – aanvaardbaar, controleerbaar en bestrijdbaar is. *Omdat hij moet beslissen over een concreet geval en slechts daartoe tot rechtsoordelen komt*, moet duidelijk zijn wat de relevante feiten zijn, in hoeverre die betwist zijn, in hoeverre en op welke wijze de betwiste feiten aannemelijk zijn geworden en op basis van welke onbetwiste of aannemelijk gemaakte feiten via toepassing daarop van welke rechtsnormen het oordeel is gevormd. Dat vergt een duidelijke scheidslijn tussen de vaststelling van de feiten, dus het oordeel over de bewijsvoering en de rechtsoverwegingen en vermelding van de rechtsnormen waarop het oordeel is gebaseerd.'[64] [cursief YS]

De rechter heeft rechtsmacht om concrete geschillen te beslechten, niet om bij algemene verordening uitspraak te doen. Laat de rechter de relevante feiten van de casus achterwege, dan neigt zijn uitspraak naar het afkondigen van regels. Zo heeft waarschijnlijk eenieder met belangstelling kennisgenomen van de uitspraak van de Afdeling van 10 september 2003, waarin voor het eerst in klare taal stond geschreven dat het bestuursrecht geen argumentatieve fuik kent.[65] Daarin wordt enkel overwogen dat de betrokken beroepsgrond direct verband houdt met datgene wat in de beslissing op bezwaar is overwogen, waardoor er geen reden is om niet mede op grondslag daarvan uitspraak te doen. Onduidelijk blijft welke beroepsgrond in deze zaak was aangevoerd, als ook wat met betrekking tot dat punt in het besluit was overwogen. Zo wordt een (nieuwe) rechtsregel afgekondigd, zonder dat de toepassing van die regel op het concrete geval enige uitleg krijgt. Dat is meer een taak die bij de wetgever thuishoort. Zonder uitleg van de casuïstiek is de beslissing slecht te begrijpen en zal eerder het beeld ontstaan dat een rechtspolitieke keuze wordt gemaakt.[66] De taakopdracht van de rechter verlangt van hem dat hij het concrete geval voldoende feitelijk duidt.

---

64. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, derde druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 61.
65. ABRvS 10 september 2003, AB 2004, 4 m.nt. RW.
66. In het jaarverslag van 2006 vestigt de Raad van State zelf ook aandacht op het mogelijke conflict tussen de rechtsvormende taak van het college en de noodzaak de feiten te duiden, omdat de rechter enkel aan het geschil rechtsmacht ontleent, Jaarverslag Raad van State 2006, p. 94 en 95.

3.1.3 *Compensatie voor de uitoefening van eenzijdig overheidsgezag*

De belanghebbende wordt in het bestuursrecht geconfronteerd met de eenzijdige uitoefening van overheidsgezag. Op informatiegebied heeft de overheid veelal een voorsprong, onder meer doordat haar organen over meer bevoegdheden beschikken om informatie te verzamelen. De eenzijdige gezagsuitoefening dient in beginsel gecompenseerd te worden, waarbij een rol speelt dat het bestuursorgaan als algemeenbelangbehartiger zich óók het belang van de getroffene moet aantrekken. Ongelijkheidscompensatie kan op verschillende wijzen en zowel door het bestuur als de rechter geschieden.
In het bestuursrecht dient de informatieachterstand van de belanghebbende te worden gecompenseerd. Het moet bijvoorbeeld voor hem mogelijk zijn om te vernemen op welke gegevens het bestuursorgaan zich baseert en op welke wijze het die gegevens heeft vergaard. Zo wordt onder artikel 3:2 Awb verlangd dat het bestuursorgaan zich op concrete en verifieerbare feiten beroept, die zo nauwkeurig worden omschreven dat de belanghebbende daar tegenbewijs tegen kan leveren.[67] De ongelijkwaardige positie zou ook gedeeltelijk kunnen worden gecompenseerd door verplichte rechtsbijstand in te voeren. Nu dat niet is gebeurd in het bestuursprocesrecht, dient het bestuursorgaan niet alleen openheid van zaken te geven, maar ook de bewijslevering door de belanghebbende enigszins te begeleiden. Zo wordt van bestuursorganen verwacht dat zij belanghebbenden de mogelijkheid bieden om tegenbewijs te leveren,[68] en enige voorlichting geven over het van hen verwachtte bewijsmateriaal.[69] De compensatieplicht bij de feitenvaststelling is voor het bestuursorgaan onder artikel 3:2 Awb behoorlijk ontwikkeld.

Vervolgens is het de vraag hoe in de fase van beroep de eenzijdige machtsuitoefening dient te worden gecompenseerd. Gelden de plichten die worden afgeleid uit het zorgvuldigheidsbeginsel enkel voor het bestuursorgaan of gelden soortgelijke plichten ook voor de rechter? De informatieachterstand zal veelal behoorlijk zijn gecompenseerd omdat het besluit is gemotiveerd en het bestuursorgaan het hele besluitvormingsdossier heeft overgelegd. Maar hoe zit het met de begeleiding bij de bewijslevering in beroep? Waarom zou een zorgvuldig handelend bestuursorgaan wel die sturing dienen te geven en kan dat niet van de rechter worden verlangd? Of draagt de rechter minder verantwoordelijkheid voor een zorgvuldig en compleet onderzoek naar de materiële waarheid? Bij de inrichting van het proces dient te worden bezien hoe de verantwoordelijkheid van de rechter voor een deugdelijke feitenvaststelling zich verhoudt tot de verantwoordelijkheid van het bestuur. Acht men die verantwoordelijkheid van de rechter gelijk of groter dan die van het bestuur, dan dient hij bij bewijsproblemen minstens dezelfde zorgvuldigheidsnormen in acht te nemen en in het vooronderzoek of op een regiezitting instructie te geven over welk bewijsmateriaal hij van wie verlangt.

---

67. Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 september 2004, AB 2005, 107 m.nt. Vermeer; Vz. ABRvS 20 juni 2008, JB 2008/192; CRvB 7 november 2006, AB 2007, 73.
68. Schuurmans 2005, p. 97-99.
69. Schuurmans 2005, p. 155-160.

3.1.4 *De relativiteit van het belang van materiële waarheidsvinding*

Uit paragraaf 2.1 kwam naar voren dat in een juridisch proces wordt gestreefd naar materiële waarheidsvinding, maar dat binnen de perken van tijd en geld dat belang altijd relatief zal zijn. De vraag doet zich voor of in de besluitvormingsfase en het proces die relativiteit even groot is. Vooral bestuursorganen die als 'beschikkingenfabrieken' functioneren, zullen op relatief goedkope en snelle wijze de beschikkingen willen nemen. Een van de functies van de bezwaarfase is verlengde besluitvorming en het herstel van gebreken. Het lijkt dan logisch dat materiële waarheidsvinding in de primaire besluitvormingsfase meer moet concurreren met proceseconomie dan in de bezwaarfase. Acht men het legitiem dat het bestuursorgaan op een gegeven moment stopt met het onderzoek, of dat het volgens vast beleid alleen bepaalde bewijsmiddelen accepteert, dan is het vervolgens de vraag wat de rechter moet doen. Kan het belang van materiële waarheidsvinding in het proces groter zijn dan in de besluitvormingsfase? Mag het bestuur gebruikmaken van meer vermoedens dan de rechter? Moet de rechter ook bewijsmiddelen accepteren die het bestuur in zijn beleidsregels had uitgesloten? Zo ja, dan betekent dat het einde van een trechtermodel. Zou men het belang van proceseconomie en materiële waarheidsvinding in de verschillende fasen van de bestuursrechtelijke procedure anders afwegen, dan kan dat tot uiteenlopend bewijsrecht leiden, bijvoorbeeld ten aanzien van vermoedens.

Daarnaast speelt nog de vraag of het belang dat wordt gehecht aan waarheidsvinding zou moeten variëren naar het materiële recht. Standaardisatie van de bewijslevering kan een beperking opleveren in de waarheidsvinding. Aan de andere kant maakt standaardisatie een goedkope en snelle uitvoering van de wet mogelijk. Zelf vind ik het van het belang van het materiële recht afhangen in welke mate standaardisatie bezwaarlijk is. In mijn proefschrift geef ik verschillende voorbeelden waarin de rechter een beperking van de bewijsmiddelen toestaat.[70] Een voorbeeld biedt een premieregeling van het Bedrijfschap Schildersbedrijf, waarbij een premie kan worden verkregen voor onderhoudsbuitenschilderwerk aan laagbouw dat op een bepaalde wijze is afgeschermd. In de beleidsregel staat dat het declaratieformulier voor de premie vergezeld moet gaan met een of meerdere foto's van het werk in uitvoering, anders wordt het verzoek afgewezen. Het beleid doorstaat de toets van het CBb.[71] Per seizoen worden 3000 tot 4000 aanvragen ingediend voor deze variant van de winterpremie. De declaratie betrof een eenmalig bedrag van 3000 gulden. Het belang van het materiële recht en het belang van een snelle en goedkope uitvoering maken het naar mijn oordeel weinig bezwaarlijk dat de bewijslevering wordt gestandaardiseerd. Bovendien konden burgers gemakkelijk aan het verlangde bewijsmateriaal komen. Vergelijk die situatie met een verzoek van een vreemdeling om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning asiel, onder meer omdat hij minderjarig is. Ook dan is de bewijslevering gestandaardiseerd, waarbij aan de hand van röntgenfoto's de uitrijping van de sleutelbeenderen en de hand/pols wordt vast-

70. Schuurmans 2005, p. 162 e.v.
71. CBb 22 maart 2002, 01/428.

gesteld, naar aanleiding waarvan de leeftijd wordt bepaald.[72] Ook hier heeft het bestuursorgaan vele aanvragen te beoordelen. Maar moet de afweging tussen gemakkelijke wetsuitvoering en het belang van het materiële recht niet anders uitvallen? Bovendien is de onderzoeksmethode omstreden en kunnen burgers niet gemakkelijk (tegen)bewijsmateriaal verkrijgen.[73] Naar mijn mening leent de afweging tussen materiële waarheidsvinding en efficiënte uitvoeringspraktijk zich niet voor een zwart-witkeuze.

3.1.5 Tussenconclusie

De feitenvaststelling door het bestuursorgaan en de feitenvaststelling door de rechter verschillen van elkaar. In beginsel beschikt het bestuursorgaan over meer expertise om feiten vast te stellen; de rechter heeft de troef van zijn onafhankelijkheid in handen. De toetsingswijze van de rechter zal in hoge mate afhangen van de aard van het feitencomplex. Bij gemakkelijk vast te stellen feiten kan hij beter aangeven of de feitenvaststelling juist was, dan wanneer het complexe feiten betreft. De rechter zal dan veeleer nagaan of het bestuurlijk feitelijk oordeel zorgvuldig tot stand is gekomen en voldoende is gemotiveerd. De taakopvatting van de rechter is met name dan relevant wanneer hij zich voor de situatie gesteld ziet dat bewijsmateriaal ontbreekt. Blijft hij dan enkel partijen aanspreken op hun bewijsleveringslasten of stelt hij zelf een onderzoek in? Ten aanzien van dit punt dient een meer principiële keuze te worden gemaakt dan thans is geschied. De eigen verantwoordelijkheid van de rechter verdient nadere overdenking. Acht men zijn verantwoordelijkheid voor materiële waarheidsvinding even groot of zelfs groter dan die van het bestuur, dan moet de rechter op zijn minst de formele zorgvuldigheidsplichten naleven die hij ook op het bestuur legt. Dat betekent onder meer dat hij partijen meer moet begeleiden bij de bewijslevering. Het betekent ook een vaarwel voor het trechtermodel. Weegt men het belang van materiële waarheidsvinding in het rechterlijk proces zwaarder dan tijdens de besluitvorming, dan kunnen bewijsbeleid en bewijsvermoedens niet zomaar doorwerken in beroep. In dat geval draagt de rechter een zelfstandige verantwoordelijkheid voor de feiten, wat vraagt om een eigen bewijsrecht. Bestrijdt men deze zelfstandige verantwoordelijkheden van de rechter, dan functioneert de rechter als toetser van de zorgvuldigheid en volledigheid van de bestuurlijke feitenvaststelling. In dat geval hoeft in Hoofdstuk 8 Awb geen bewijsregeling te worden opgenomen. Die opvatting vraagt veeleer om een toetsingsregeling in Hoofdstuk 8 Awb, waarbij duidelijkheid bestaat omtrent de omvang van de toets en de aan te leggen maatstaf.

---

72. C12/1.3 Vc 2000.
73. Zie voor een overzicht van deze kritiek Eefje van den Heuvel-Vromans, Het lichaam als leugendetector: leeftijdsonderzoek door botanalyse, Huub Dijstelbloem & Albert Meijer (red.), De migratiemachine. De rol van technologie in het migratiebeleid, Amsterdam: Van Gennep 2009, p. 99 e.v.

3.2 Inzet op het vergroten van de objectiviteit van het bestuur of de deskundigheid van de rechter?

Wanneer bewijsrecht in de Awb wordt opgenomen, zal dat bewijsrecht tot doel hebben de materiële waarheid zo dicht mogelijk te benaderen (in een korte periode tegen redelijke kosten). Dat kan door ofwel de waarborgen in de besluitvormingsfase, ofwel de waarborgen in het rechterlijk proces aan te zetten. Zoals hiervoor is beschreven ligt het gezag van het bestuur in diens deskundigheid. Dat gezag kan worden aangetast omdat het bestuur, anders dan de rechter, niet onafhankelijk is. Wil men de bestuurlijke feitenvaststelling verbeteren, dan dienen de waarborgen voor een objectieve feitenvaststelling nader te worden ontwikkeld. Zo kunnen beleidsregels omtrent de vaststelling van feiten de besluitvorming meer inzichtelijk maken en rechtsgelijkheid bevorderen. In de bezwaarfase zit al een element dat de objectiviteit van de besluitvorming vergroot: de adviescommissie van artikel 7:13 Awb. Wat haar taak is bij de feitenvaststelling is nog weinig geduid. Die taak zou verder kunnen worden ontwikkeld. Zo kunnen (onafhankelijke) juristen nagaan of het dossier evenwichtig is opgebouwd, of aan het bevestigende respectievelijk weersprekende bewijsmateriaal evenveel aandacht is besteed en of de belanghebbende zijn mogelijke bewijslast heeft begrepen.[74] Protocollen en trainingen zouden bezwaarschriftencommissies kunnen helpen bij deze taak. Men kan nog veel verder gaan door een onafhankelijke jurist al bij de primaire besluitvorming in te zetten. Bij ingrijpende sanctiebesluiten zou deze onafhankelijke jurist bijvoorbeeld op de bewijsverzameling kunnen toezien, enigszins vergelijkbaar met een rechtercommissaris. De in te voeren bestuurlijke lus vormt ook een instrument waarmee de objectiviteit kan worden vergroot.[75] Is het feitenonderzoek misgegaan en wordt het besluit vernietigd, dan kan het bestuursorgaan de mogelijkheid worden geboden om het gebrek in het onderzoek te herstellen. De rechter kan daarbij de regie houden en bijvoorbeeld een bewijsopdracht geven. De rechterlijke sturing en controle kan de objectiviteit van het onderzoek bevorderen.

Het gezag van de rechter bij de feitenvaststelling ligt in diens onafhankelijkheid. Dat gezag kan worden aangetast omdat de rechter met algemene jurisdictie over weinig deskundigheid ten aanzien van de feiten beschikt. Wil men de rechterlijke feitenvaststelling verbeteren, dan dient de expertise van de rechter te worden vergroot. Die expertise kan hij zelf ontwikkelen door bijvoorbeeld cursussen te volgen. Daarmee wordt hij niet zelf een specialist, maar heeft hij wel meer bagage om de juiste vragen aan het bestuursorgaan te stellen.[76] De rechter kan dan het besluit meer nauwgezet controleren en bijvoorbeeld meer beredeneerd beslissen of hij zelf een deskundige dient in te schakelen. Dat kan deels ook worden bereikt door rechters minder te laten rouleren over verschillende sectoren. Een ware plicht om

---

74. Zo heeft in het Amerikaanse bestuursrecht een *Administrative Law Judge* (ALJ) die functie. Hij of zij houdt een *evidentiary hearing* waarin het dossier wordt samengesteld, waarbij wordt nagegaan of de belanghebbende al zijn relevante bewijsmateriaal heeft ingebracht. Zie nader Paris R. Baldacci, A Full and Fair Hearing: The Role of the ALJ in Assisting the *Pro Se* Litigant, 27 J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judges 447 (2007), p. 452 e.v.
75. TK 2007/08, 31 352.
76. Vgl. Nijboer 2008, p. 355-356.

onder bepaalde omstandigheden een deskundige te benoemen, moet nog worden ontwikkeld.

De waarheidsvinding wordt bevorderd wanneer de opdracht aan de deskundige welbewust wordt geformuleerd. Een willekeurig advies hoeft de rechter immers niet dichter bij de waarheid te brengen dan het bestuursorgaan reeds had gedaan. Zo dient de rechter na te gaan of de expertise van de deskundige daadwerkelijk valt binnen het deskundigheidsgebied waarop de opdracht betrekking heeft. Zijn opdracht dient vervolgens helder en onderzoekbaar te zijn. Dat is de opdracht niet zonder meer wanneer men vraagt om een oordeel te geven over de alcoholverslaving van degene die om een geschiktheidsverklaring verzocht. De opdracht levert meer precieze informatie op wanneer men de deskundige vraagt te adviseren over de wetenschappelijke aanvaardbaarheid van de door het bestuursorgaan gehanteerde onderzoeksmethode en de voorwaarden waaronder het onderzoek heeft plaatsgevonden. De eisen die thans in het strafrecht voor de deskundigenbenoeming worden ontwikkeld, kunnen als inspiratie voor de bestuursrechter dienen.[77] Meer deskundigheid wordt ook in het proces gebracht wanneer rechtscolleges een eigen deskundig adviesorgaan ter beschikking hebben, zoals de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak. Op dit moment lijkt het nogal willekeurig in welke zaken dat orgaan adviseert. Waarom dient een rechtscollege bij een milieutechnische beoordeling te beschikken over een eigen adviesorgaan met experts en ligt dat anders wanneer een rechtscollege een mededingingsrechtelijke marktanalyse beoordeelt? Meer inzicht waarom men een deskundige benoemt en waarom met welke opdracht zal de materiële waarheidsvinding bevorderen.

Natuurlijk kan men op dit punt antwoorden: waarom bevorderen we niet én de bestuurlijke objectiviteit én de rechterlijke deskundigheid? In het belang van waarheidsvinding zou dat heel mooi zijn. Maar omdat aan bijna elke verandering in het procesrecht ook een prijskaartje hangt, zal een keuze misschien toch nodig zijn. In de rechtsbeschermingsketen kunnen de bestuurlijke fase en de rechterlijke fase als communicerende vaten worden gezien. Zou het bestuur bijzonder weinig waarborgen in acht hoeven nemen bij zijn feitenvaststelling, dan zou dat in de rechterlijke fase moeten worden gecompenseerd. Bestaan in de rechterlijke fase zeer beperkte mogelijkheden om feitelijke geschilpunten te beslechten, dan dient de besluitvormingsfase met bijzondere waarborgen te worden omkleed. De werking van de communicerende vaten is terug te zien in de Europeesrechtelijke jurisprudentie. Bij de complexe feitenvaststelling blijft het voor de rechter inherent lastig om zich diepgaand met de inhoud te bemoeien. Bij een specialistische feitenvaststelling accepteren zowel het EHRM als het HvJ dat de rechter de feiten terughoudend toetst, maar daarvoor verwachten zij wel compensatie. Onder artikel 6 EVRM wordt verlangd dat de bestuurlijke voorfase met quasi-rechterlijke waarborgen wordt omkleed.[78] In het Nederlandse systeem valt daar zeker nog een slag te maken, waarbij ik vooral denk aan hogere eisen aan het feitenonderzoek in de bezwaarfase. Ook het HvJ zet bij een

77. Zie paragraaf 4.2.5.
78. Zie o.a. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 96 e.v.

marginale toets van de feitenvaststelling het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel aan.[79] Dat doet het niet alleen maar omdat het feitenvaststelling primair de taak van het bestuur acht. Dat doet het óók vanuit de eigen rechterlijke verantwoordelijkheid. Om de bestuurlijke feitenvaststelling goed te kunnen controleren, dient het bestuursorgaan, zowel in omvang als in nauwkeurigheid, voldoende informatie te verstrekken. In het geval van de complexe feitenvaststelling lijkt het geen optie om alléén maar te kijken naar de verbetering van het bewijsrecht in beroep. Bovendien is het goed om te beseffen dat er ook inhoudelijke redenen kunnen zijn waarom de rechter 'passief' is. Rechterlijke terughoudendheid bij een complexe feitenvaststelling is geen probleem; een gebrek aan compenserende maatregelen is dat zeker wel.

Een keuze voor het nader ontwikkelen van de bewijswaarborgen in de bestuurlijke fase bleek in discussies op rechtbanken omstreden. Het gevaar bestaat dat daardoor de rechterlijke verantwoordelijkheid geheel uit beeld verdwijnt. Dat gevaar lijkt reëel als men de jurisprudentie van de afgelopen jaren bekijkt: in rechtspraak wordt veelvuldig de bewijsleveringslast van het bestuursorgaan en de bewijsleveringslast van de belanghebbende nader uitgelegd. Maar zijn het niet juist die rechters zelf die hun eigen verantwoordelijkheid moeten nemen? Vereist de eigen taak om geschillen te beslechten niet dat zij zich voldoende laten voorlichten om een besluit op rechtmatigheid te kunnen toetsen? Bewijsregels voor de bestuurlijke fase kunnen ook meer inhoud en richting geven aan de rechterlijke toets.

3.3 Evolueert het bestuursrechtelijk proces tot een volwaardig partijenproces?

Een deel van de bewijsregels heeft als doel het proces van bewijsverzameling te reguleren. Voor die regels is de verhouding tussen partijen onderling en partijen en rechter van fundamenteel belang. De bewijsregels dienen aan te sluiten bij de onderlinge verantwoordelijkheden van de procesdeelnemers. Zo zal de (on)gelijkwaardigheid van partijen een rol spelen bij de vraag van wie bewijslevering kan worden verwacht en dus de verdeling van de bewijsvoeringslast beïnvloeden. In de bestuurlijke fase bepaalt het samenspel van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb en de materiële wet die bewijslastverdeling. Uit de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan worden behoorlijk wat verplichtingen afgeleid om de belanghebbende te begeleiden en te ondersteunen bij de bewijslevering. Op dat vlak is het bestuursrechtelijk bewijsrecht behoorlijk ontwikkeld en lijkt niet zo veel discussie te bestaan.

Vooral de verhouding tussen partijen en rechter heeft de laatste jaren aanzienlijke veranderingen ondergaan. Het beginsel van ongelijkheidscompensatie is steeds

79. Y.E. Schuurmans, De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), Europees recht effectueren, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 135-137.

verder op de achtergrond geraakt,[80] de grenzen van het geding zijn steeds strakker getrokken rond de geschilpunten van partijen en partijen dienen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen.[81] Met deze ontwikkelingen is het bestuursprocesrecht steeds meer tot een partijenproces geëvolueerd. Met de verheffing van geschilbeslechting tot het primaire doel van het proces lijkt dit deels een onontkoombare ontwikkeling. Als het geschil van partijen centraal staat, ligt het in de rede om partijen dat geschil toe te laten lichten. Maar hoe groot kan die verantwoordelijkheid van partijen worden? Voordat het bewijsrecht voor het beroep kan worden vormgegeven, zal de wenselijkheid van de verhouding rechter-partijen moeten worden bezien.[82] Die verhouding bepaalt in welke mate partijen met de verantwoordelijkheid van bewijslevering kunnen worden belast, dan wel in welke mate de rechter zijn eigen verantwoordelijkheid moet nemen. Op dit moment hangen we in het midden. De rechter heeft een taak, maar jurisprudentie ontbreekt die de rechter verplicht om onderzoek te doen. Er is bijvoorbeeld vrijwel geen jurisprudentie waarin wordt bepaald dat de rechtbank een deskundige had moeten benoemen.[83] Van partijen wordt verwacht dat zij bewijs leveren, maar partijen kunnen de rechter niet 'dwingen' om daarbij enige sturing te krijgen. De rechter hoeft niet gemotiveerd te reageren op een bewijsaanbod en bewijsopdrachten worden nauwelijks gegeven. Voorts is de medewerkingsplicht van partijen in beroep, bijvoorbeeld door het geven van mondelinge of schriftelijke inlichtingen op rechterlijk verzoek, weinig genormeerd en wordt vooral de burger tijdens het proces daar nauwelijks op aangesproken.[84] Met deze inrichting van het proces zal de feitenvaststelling niet verder tot ontwikkeling komen. Het wordt tijd om links of rechts af te slaan en dat heeft invloed op de bewijsregels die nodig zijn. Wordt gekozen voor een meer volwaardig partijenproces, dan dient het proces een structuur te bieden waarbinnen partijen zinvol hun stellingen naar voren kunnen brengen en met elkaar in debat kunnen treden. Dan ligt het in de rede codificatie van de comparitiezitting, de bewijsopdracht en de passering van een bewijsaanbod te overwegen. Hangt men sterk aan het eigen feitenonderzoek door de rechter, dan dienen de onderzoeksbevoegdheden en de motivering van zijn bewijsoordeel veel meer te worden genormeerd.

---

80. Zie o.a. R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), De rechter bewaakt: over toezicht en rechters, Deventer: Kluwer 2003, p. 139 e.v.; L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), Partijautonomie of materiële waarheid?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21 e.v.
81. Zie m.n. CRvB 1 juni 2005, JB 2005/237 m.nt. Wenders.
82. Zie ook Schueler 2008.
83. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 66.
84. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 38. Damen 2006, p. 31 vat dit samen met de stelling 'De partijautonomie van de burger lijkt te zijn geworden tot de vrijheid om de procedure te verliezen'.

3.4 Feiten waarvoor de rechter een bijzondere verantwoordelijkheid draagt?

De eigen verantwoordelijkheid van de rechter voor de feiten is nog weinig tot ontwikkeling gekomen. In deze paragraaf wordt bezien of die rechterlijke verantwoordelijkheid moet variëren naar gelang de aard van de feiten. Deze paragraaf leidt niet tot een beslisboom, aan de hand waarvan men zwart-witkeuzes maakt als 'wel eigen onderzoek instellen' en 'geen eigen onderzoek instellen'. De hieronder te noemen elementen zijn naar mijn mening relevant, maar niet allesbepalend. De factoren kunnen bijvoorbeeld helpen om aan zaaksdifferentiatie te doen. De kritiek uit de derde evaluatie van de Awb heeft rechtbanken voor de vraag gesteld of alle zaken wel dezelfde behandeling zouden moeten krijgen. Aanwezigheid van een van de elementen zou voor de rechter aanleiding kunnen zijn om meer regie te voeren, een vooronderzoek in te stellen, eerder een tussenbeslissing met bewijsopdracht te nemen, een eigen onderzoeksbevoegdheid aan te wenden of minder hoge eisen te stellen aan de adstructieplicht van eiser, omdat hij zelf óók een verantwoordelijkheid draagt.

Je zou de vraag natuurlijk ook kunnen omdraaien. Bestuurlijke discretie ziet in beginsel op de feitenkwalificatie en niet op de feitenvaststelling. De rechter dient vol te toetsen en vanuit dat uitgangspunt is het logisch om op zoek te gaan naar bijzondere rechtvaardigingen waarom de rechter bij feitenvaststellingen meer terughoudend mag zijn. Voor die aanpak wordt hier niet gekozen, omdat ik denk dat het de discussie niet zo veel verder helpt. Thans is het de praktijk dat de bestuursrechter zich weinig bezighoudt met feitelijke geschilpunten. Redenerend vanuit de concrete knelpunten lijkt het mij het meest constructief om op zoek te gaan naar factoren die de rechter tot meer activiteit zouden moeten aanzetten.

Welke feitencomplexen zouden om een aangezette rechterlijke verantwoordelijkheid vragen? Verschillende elementen lijken mij relevant: 1) in welke mate de deskundigheid van het bestuursorgaan daadwerkelijk ziet op het relevante feitencomplex; 2) de grootte van het gevaar dat de feitenvaststelling niet voldoende objectief heeft plaatsgevonden; 3) de mate waarin het recht in geschil door rechtsschepping door het bestuursorgaan tot stand is gekomen; 4) het gewicht en de aard van de rechten in geschil.

In paragraaf 3.1.1 is bij de overtuigingskracht van de feitenvaststelling de nadruk gelegd op de deskundigheid van het bestuur. In beginsel heeft het bestuurorgaan door zijn expertise de beste kaarten in handen om de materiële waarheid te achterhalen. Echter, niet alle feiten die het bestuursorgaan heeft vast te stellen, houden direct verband met diens specifieke bestuurstaak. Zo dient een uiterst specifiek deskundig orgaan als de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) niet alleen de relevante markt vast te stellen, maar ook feiten die minder exclusief behoren tot diens expertise, zoals de vraag op welke dag een aanvraag is ingediend, of een doorzochte ruimte de feitelijke kenmerken van een woning heeft of hoeveel schade is veroorzaakt bij de uitoefening van toezicht. Feitenvaststellingen waarvoor expertise dient te worden aangewend, dienen te worden onderscheiden van feitencomplexen waarvoor de expertise van het bestuursorgaan minder relevant is. In het eerste geval moet de rechter zich afvragen of hij een dergelijk feitencomplex daadwerkelijk gezagheb-

bend kan vaststellen. In het tweede geval bestaan er in beginsel geen redenen om terughoudend te zijn. Het probleem wordt nog lastiger wanneer het bestuursorgaan zelf de vereiste deskundigheid ontbeert en een deskundigenadvies inwint. Het dient dan na te gaan of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen, wat een vrij marginale toets is. Daarna komt de terughoudende rechter. Helaas geldt in het proces niet de rekenregel dat twee keer marginaal vol is. Heeft de vaststelling van de feiten (door de door het bestuur ingeschakelde deskundige) dan voldoende gezag? Voor de rekenschap die de deskundige zich geeft van zijn eigen oordeel maakt het wellicht verschil of hij verantwoording aflegt aan het college van B&W, dan wel aan de rechter die hem benoemt. Bij ingeschakelde expertise door het bestuursorgaan zou de rechter bij twijfel misschien eerder moeten overgaan tot het benoemen van een eigen deskundige.

Tegenover de deskundigheid van het bestuur stond de onafhankelijkheid van de rechter. In een samenleving waarin de rechter zich veel te terughoudend opstelt ten aanzien van de feiten, bestaat het gevaar dat het bestuursorgaan de feitenvaststelling misbruikt voor beleidsmatige doeleinden. Door van een belanghebbende bijzonder veel bewijsmateriaal met een hoge overtuigingskracht te verlangen, kan het bestuur bereiken dat het die belanghebbende sporadisch een voorziening hoeft toe te kennen. Dat kan beleidsmatig goed uitkomen. Aan de andere kant kan het zodanig lage eisen aan het bewijsmateriaal stellen, dat het altijd de door hem verlangde rechtshandeling kan verrichten. Juist de feitenvaststelling leent zich ervoor om beleidsmatige doelen te bereiken, zonder dat men de beleidskeuze hoeft te expliciteren. De rechter zou daarvoor een bijzondere waakzaamheid moeten hebben. Hij zou een deel van zijn activiteit kunnen reserveren voor de toetsing van besluiten van bestuursorganen die bijzonder gevoelig zijn voor politieke of andere 'perverse' invloeden. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan bestuursorganen die een 'restrictief' beleid voeren, aan bestuursorganen die vergunningen verlenen voor organen binnen dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon en aan besluitvorming die inzet kan zijn van (lokale) verkiezingen (bijvoorbeeld grote bouwprojecten). De pijn die een besluit kan veroorzaken, is voor het bestuursorgaan voorts bijzonder voelbaar wanneer het zelf beoordeelt hoeveel schade het dient te vergoeden. De objectiviteit van de schadebepaling is kwetsbaar. Wat dat betreft valt het toe te juichen wanneer de procedure van het zelfstandig schadebesluit deels wordt vervangen door een verzoekschriftprocedure, waarin de rechter het verzoek beoordeelt, in plaats van het besluit.[85]

Het meer dogmatische argument dat de rechter het meest lijkt tegen te houden in bemoeienis met de feiten, is zijn taakopdracht. Veel bestuursrechtelijke wetten voorzien in potentiële rechtsgevolgen, die pas tot een aanspraak leiden na bestuurlijke oordeelsvorming, waarbij beleidsmatige aspecten een rol kunnen spelen. Het bestuur doet met zijn besluitvorming in beginsel aan rechtsschepping en de rechter waakt ervoor die taak over te nemen.[86] Is een besluit veeleer rechtsvaststellend van karakter, dan hoeft de taakopvatting de rechter minder tegen te houden in een

85. Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad – mei 2007.
86. Zie ook paragraaf 4.3 van het preadvies van Verburg.

feitenvaststelling. Zijn taak is bijvoorbeeld weinig problematisch bij de beoordeling van besluiten met een punitief karakter.[87] Ook de regeling van de boete in de Vierde tranche van de Awb gaat ervan uit dat de rechter het bewijs, van de feiten die de overtreding constitueren, vol toetst.[88] Zonodig moet de overtreding ten overstaan van de rechter worden bewezen.[89] Bovendien kan voor de rechter voor het eerst een beroep worden gedaan op rechtsregels, waaraan geen enkele 'gezaghebbende feitenvaststelling' van het bestuur vooraf is gegaan. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bepaling van openbare orde in het geding is,[90] waarin eiser een beroep doet op een fundamentele recht[91] of een verzoek om schadevergoeding indient. De belanghebbende heeft recht op effectuering van die rechten, ook zonder dat het bestuursorgaan zich daar een oordeel over vormt. De rechterlijke taakopvatting is dan geen enkel argument om zich terughoudend op te stellen ten aanzien van de feiten.

Voorts kan het besluit zo ingrijpend zijn of kunnen regels rechten en belangen beschermen, die naar hun aard zo een zwaar gewicht hebben, dat de rechter een duidelijke eigen verantwoordelijkheid draagt voor de feitenvaststelling.[92] Met name besluiten die punitief van karakter zijn,[93] die toepassing geven aan communautair recht[94] en besluiten die mogelijk een fundamenteel recht raken,[95] trekken dan (wederom) de aandacht. Die invloed van de aard van het recht is duidelijk waar te nemen bij de verdeling van de bewijslast. Bij alle drie de genoemde besluiten wordt de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan extra aangezet. Zo worden hoge eisen gesteld aan de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het sanctiebe-

---

87. Zie ook Schreuder-Vlasblom 2008, p. 300.
88. TK 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 128 (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht).
89. TK 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 131.
90. Zie nader Schuurmans 2005, p. 238 e.v.
91. Vgl. A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout, Slotbeschouwing, in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), Proportionaliteit in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2005, m.n. p. 224 en J.H. Gerards, Fundamental Rights and Other Interests: Should It Really Make a Difference?, in: Eva Brems (ed.), Conflicts between Fundamental Rights, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 674.
92. Ook in het strafprocesrecht wordt gepleit voor meer differentiatie, waarbij het niveau van rechtsbescherming afhankelijk wordt gemaakt van de belangen die voor individu en samenleving op het spel staan. De inzet van rechterlijke onderzoeksbevoegdheden kan dan afhankelijk worden gemaakt van de mogelijk op te leggen sanctie. Zo zouden niet alle punitieve sancties over een kam worden geschoren. Zie Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 27-28. Ook EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Jussila t. Finland*) wijst in die richting.
93. F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, paragraaf 4.6. In beginsel zou de rechter goed in staat moeten zijn de van hem verlangde intensieve toets aan te leggen. De bestuurlijke boete is volgens de memorie van toelichting vooral bedoeld voor feiten die relatief eenvoudig zijn vast te stellen (geen complexe werkelijkheid). Voorts maakt opzet of schuld in beginsel geen deel uit van de bestuursrechtelijke delictsomschrijving (minder complexe beschrijving van het relevante rechtsfeit), TK 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125. Dat betekent dat de wetgever deels bepaalt in welke mate bewijsproblemen in het proces kunnen worden voorkomen. Zie ook G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 667.
94. Schuurmans 2007, waarbij in eerste instantie gedacht zal worden aan het staatssteunrecht.
95. T. Barkhuysen, Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht, in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht (Preadvies VAR, 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 44-45; Gerards 2008, p. 655-690, ook voor discussie op dat punt.

sluit door het bestuursorgaan.[96] Waar het bestuursorgaan in het algemeen van de aanvrager de relevante informatie kan vragen op grond van artikel 4:2 lid 2 Awb, kan het een zelfstandige plicht hebben om te onderzoeken of de aanvrager een aanspraak ontleent aan het communautaire recht; het moet zich bijvoorbeeld inspannen om informatie dat onder andere bestuursorganen berust te verkrijgen.[97] Wordt een burger aangetast in een fundamenteel recht, dan dient het bestuur te bewijzen dat inmenging in de vrijheid van de belanghebbende gerechtvaardigd was.[98] Moet dat ook gevolgen hebben voor de rechterlijke taak? Voor waarborging van sommige van deze rechten draagt de overheid als geheel een verantwoordelijkheid, waarbij ook de rechter zijn eigen deel moet nemen. Bovendien kan de rechter het onderzoek door het bestuursorgaan alleen effectief controleren wanneer hijzelf zich voldoende in de feiten verdiept en daarbij over al het relevante bewijsmateriaal beschikt. De aangezette verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan lijkt weinig waard wanneer de rechter vervolgens terughoudend zou toetsen.

3.5 Functie van het hoger beroep?

In de voorgaande paragrafen zijn verschillende meer normatieve keuzes geschetst aan de hand waarvan het bewijsrecht nader moet worden vormgegeven. Ook de inrichting van het proces bepaalt welke bewijsregels ontstaan. In deze paragraaf wordt gewezen op de invloed van de functie van het hoger beroep. In de volgende paragraaf worden mogelijke bewijsrechtelijke gevolgen geschetst wanneer de feitelijke grondslag van regels meer in de aandacht komt te staan.

Het hoger beroep wordt traditioneel uiteenlopende functies toegedicht, zoals de controlefunctie, de herkansingsfunctie en de rechtseenheidsfunctie. De verschillende functies zullen de ontwikkeling van het bewijsrecht verschillend beïnvloeden. De hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges combineren thans de taak van feitenrechter en rechter die de rechtseenheid bewaakt. Die combinatie leidt niet tot een eenduidige taak. De Raad van State heeft in jurisprudentie en jaarverslag met name de controle- en rechtseenheidsfunctie benadrukt. Nieuw bewijsmateriaal kan wel worden ontvangen, indien het materiaal een reeds eerder aangevoerde grond onderbouwt en past binnen de in eerste aanleg gevoerde discussie.[99] Een veel bredere discussie over de feitenvaststelling valt buiten de omvang van het geding in appel. De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven lijken in de praktijk meer ruimte te geven aan de herkansingsfunctie en wat ruimhartiger

---

96. ABRvS 15 februari 2001, AB 2001, 194 m.nt. BS en JB 2001/88 m.nt. CLGFHA; ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176 m.nt. OJ en JB 2002/279 m.nt. Geers.
97. ABRvS 14 november 2007, AB 2007, 396 m.nt. Sewandono; CRvB 29 juli 2008, JB 2008/211 (verblijfsrecht ontleend aan EG-recht).
98. O.a. H.J. Simon, Het EVRM en de bestuurlijke besluitvorming, JBplus 2003, p. 180; U. Erdal, Burden and the standard of proof in proceedings under the European Convention, E.L.Rev. Human Rights Survey 2001, p. HR/68-HR/85; K. Rogge, Fact-Finding, in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1993, p. 677-701; Tobias Thienel, The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights, German Yearbook of International Law 2008, p. 543 e.v.
99. Jaarverslag Raad van State 2005, p. 98 en bijvoorbeeld ABRvS 25 mei 2007, LJN AT6178 en ABRvS 5 maart 2008, JB 2008, 95.

nieuw bewijsmateriaal te accepteren.[100] Welke invloed heeft dit op het bewijsrecht? De functie van het hoger beroep zal mede bepalen in welke mate het bewijsrecht, *toegepast in de rechterlijke fase*, tot ontwikkeling zal komen. De controlefunctie laat de appelrechter beoordelen of de rechtbank een juiste beslissing heeft genomen en of de procedure is verlopen volgens de regels en beginselen van het procesrecht. Zouden bewijsregels in Hoofdstuk 8 Awb worden opgenomen, dan geeft de controlefunctie in beginsel de grootste kans dat die bewijsregels ook daadwerkelijk tot ontwikkeling komen. De appelrechter expliciteert dan bijvoorbeeld of de rechtbank de bewijslast juist heeft verdeeld en of al dan niet terecht is afgezien van het aanwenden van een eigen onderzoeksbevoegdheid. Aan de herkansingsfunctie zijn voor partijen vele voordelen verbonden, zeker ook in het kader van definitieve geschilbeslechting. Maar voor de ontwikkeling van een coherente bewijsregeling in beroep zijn de voorwaarden niet optimaal, in een stelsel waar geen rechtseenheidvoorziening is. Beoordeelt de appelrechter de gronden ten aanzien van de feitenvaststelling, zonder aan te geven wat de rechter in eerste aanleg had moeten doen, dan blijft de rechtspraak ondoorzichtig. Natuurlijk geldt in zekere mate voor al het procesrecht in Hoofdstuk 8 Awb dat die regels meer tot ontwikkeling komen onder de controlefunctie. Maar juist de feitenvaststelling is bijzonder casuïstisch, waardoor algemene regels gemakkelijk buiten het zicht blijven. Deze invloed van het appel op bewijsrechtelijke beslissingen lijkt men ook thans wel waar te nemen. Wie in de databank van het tijdschrift Administratiefrechtelijke Beslissingen (AB) zoekt naar regels over de inzet van rechterlijke onderzoeksbevoegdheden, zoals een deskundigenbenoeming of een descente, wordt hoofdzakelijk verwezen naar uitspraken van de Afdeling.[101] Voldoende aandacht voor de controlefunctie lijkt onontbeerlijk om een daadwerkelijk stelsel van bewijsrecht te creëren.[102]

3.6 Beroepbaarheid algemeen verbindende voorschriften en ex ante wetsevaluatie?

De bewijsregels die tot nu toe zijn ontstaan, zien met name op de bewijsplichten die bestuursorgaan en belanghebbende toekomen wanneer een beschikking wordt genomen en later in rechte wordt bestreden. Deze afsluitende paragraaf heeft een hoog speculatief gehalte, maar laat zien dat die oriëntatie van het bewijsrecht op de beschikking niet altijd zo hoeft te zijn. Zou beroep tegen algemeen verbindende

---

100. Zie nader P.A. Willemsen, De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, paragraaf 4.4.2; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 544 e.v.
101. Zie ook het evaluatieonderzoek, waarin hoofdzakelijk naar uitspraken van de Afdeling wordt verwezen, Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 63, 64 en 67. Natuurlijk kan men dan tegenwerpen dat de belanghebbende niet veel beter wordt van die jurisprudentie, omdat de rechtbank nooit verplicht wordt geacht de deskundige in te schakelen, of dat de Centrale Raad het feitelijke geschil oplost door zelf onderzoek te doen.
102. Vgl. W.H.B. Dreissen, Promis. Over de nieuwe wijze van bewijsmotivering en de rol van de Hoge Raad, DD 2008, p. 368 e.v., die waarschuwt dat motiveringseisen gemakkelijk tot een lege huls verworden wanneer de Hoge Raad zijn taakopvatting ten aanzien van het feitenoordeel niet bijstelt.

voorschriften en beleidsregels niet langer zijn uitgezonderd in artikel 8:2 Awb, dan is de stap snel gemaakt dat ook hun feitelijke grondslag bij de bestuursrechter kan worden bestreden. Is voldoende onderzocht dat de ernst van of het aantal ongevallen significant afneemt wanneer de schuifdeur van de taxi is uitgerust met een tweede deurklink?[103] Worden schoolboeken daadwerkelijk goedkoper wanneer scholen de boeken zelf aanschaffen?[104] Staat ook beroep bij de bestuursrechter open tegen dergelijke besluiten van algemene strekking, dan zal dat nieuwe bewijsrechtelijke vragen oproepen en het bewijsrecht, toegepast op beschikkingen, beïnvloeden. Zo is het voor te stellen dat een onderscheid wordt gemaakt tussen 'regelgevingsfeiten' en 'procesfeiten'. Feiten waarvan in regelgeving of beleid is uitgegaan dienen bijvoorbeeld in hun eigen procedure te worden bestreden, terwijl in het proces waar de beschikking wordt getoetst, enkel de individuele feiten aan de orde komen.[105] Voorstelbaar is dat het bewijsrecht ook bepalingen zou bevatten over participatie van en gegevensinbreng door belanghebbenden bij de voorbereiding van besluiten van algemene strekking. Van echte toekomstmuziek valt echter niet te spreken, nu er weinig animo lijkt te zijn om artikel 8:2 Awb te wijzigen.

Wel bestaat de laatste tijd steeds meer aandacht voor de informatie en gegevens waarop regelgeving berust. Effectbeoordelingen van regelgeving (ex ante evaluaties) lijken aan een opmars bezig, mede door ontwikkelingen op Europees niveau.[106] Bij een keuze voor een van de verschillende beleidsopties zal een rol spelen wat de mogelijke gevolgen zijn van die opties. Daaraan ligt een feitenonderzoek ten grondslag, bijvoorbeeld doordat een kosten-batenanalyse, een proeftuinproject of raadpleging van belanghebbenden heeft plaatsgevonden. Mogelijk wordt die informatie steeds meer openbaar, bijvoorbeeld als de wetgevingsadvisering door de Raad van State zich steeds meer richt op de deugdelijkheid van het onderliggende feitenonderzoek van regelgeving.[107] Om mijn pure speculatie niet te ver door te voeren, houd ik het kort, maar gedacht kan bijvoorbeeld worden aan dan nieuwe vragen voor het bewijsrecht. In welke mate kunnen belanghebbenden in beroep tegen een beschikking klagen over onrechtmatigheid van regelgeving door onjuist uitgevoerd feitenonderzoek in de ex ante evaluatie? Welke gevolgen moeten er aan worden verbonden als de Raad het feitenonderzoek onbetrouwbaar heeft bevonden, maar de wetgeving toch is aangenomen, mede door een democratisch gelegitimeerd orgaan? In welke mate komt een belanghebbende een beroep toe op een hardheidsclausule, omdat de gevolgen van de regeling voor zijn specifieke positie niet zouden zijn voorzien? En wie draagt dan de bewijslast? Moet het bestuursorgaan voldoende aanknopingspunten bieden om de feitelijke grondslag van regelgeving effectief te kunnen bestrijden?

---

103. Artikel 5 lid 4 Regeling permanente eisen taxi's.
104. Voorbeeld ontleend aan R.A.J. van Gestel, Wetgeving en wetenschap, AA 2009, p. 33 e.v.
105. Deze onderverdeling is terug te vinden in het Amerikaanse bestuursrecht waarbij *official notice* wordt gegeven van voornamelijk de regelgevingsfeiten. Zie bijvoorbeeld Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, Administrative Law and Process in a Nutshell, 5th ed., St. Paul, MN: Thomson/West 2006, p. 300 e.v.
106. Zie o.a. A.C.M. Meuwese, Impact assessment als onderdeel van een 'gemeenschappelijke wetgevingscultuur' in Europa (Preadvies Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid 2008), te verschijnen.
107. Vgl. J.B.M. Vranken & R.A.J. van Gestel, Een nieuwe Afdeling advisering bij de Raad van State: drie denkrichtingen, NJB 2008, afl. 44-45.

Te veel speculatieve vragen om thans rekening mee te houden bij opname van bewijsrecht in de Awb. Maar mocht de beroepbaarheid van algemeen verbindende voorschriften ooit werkelijkheid worden of de ex ante wetsevaluaties meer tot ontwikkeling komen, dan zal dat zijn invloed hebben op het bewijsrecht.

3.7 Conclusie

Bewijsregels vragen om een bezinning op de verhouding tussen de besluitvormingsfase en de rechterlijke fase, op de verhouding tussen partijen onderling en hun verhouding tot de rechter. Of deze aspecten bij een (zesde?) tranche van de Awb worden geherdefinieerd, is de vraag. Maar dat lijkt onontbeerlijk voor een verdere ontwikkeling van een inzichtelijk, consequent en daarmee eerlijker bestuursprocesrecht, zowel ten behoeve van de feitenvaststelling als definitieve geschilbeslechting.

Het bestuursprocesrecht groeit in de richting van een partijenproces. Die ontwikkeling moet ofwel ongedaan worden gemaakt (waarbij een stelsel hoort waarbij rechters kunnen worden aangesproken op hun eigen onderzoeksplicht en motivering van hun bewijsoordeel) ofwel bewust worden gekozen (waarbij partijen reële mogelijkheden krijgen om bewijs in beroep te leveren). De grootste uitdaging zal zijn de verantwoordelijkheid van de rechter voor de feitenvaststelling vorm te geven. Bepaalde feitencomplexen vragen om meer intensieve aandacht van de rechter. Factoren die daarbij een rol spelen, zijn de mate waarin bestuurlijke expertise daadwerkelijk van belang was voor de feitenvaststelling, het gevaar dat de feitenvaststelling misbruikt is om beleidsmatige keuzes te verhullen, de mate van rechtsschepping die met het besluit heeft plaatsgevonden en de aard van het besluit. Ziet men de rechterlijke verantwoordelijkheid enkel als een afgeleide van het bestuur, dan past daarbij toetsingsrecht; bij een zelfstandige verantwoordelijkheid hoort een eigen bewijsregeling. Een te eenzijdige oriëntatie op de rechterlijke verantwoordelijkheid bergt overigens het gevaar in zich dat bewijsrechtelijke waarborgen bij de besluitvorming over het hoofd worden gezien. Een zorgvuldige feitenvaststelling door het bestuursorgaan baat meer burgers dan een zorgvuldige feitenvaststelling door de rechter. Bij complexe feitenvaststellingen zal het voor de rechter inherent lastig zijn om zich diepgaand met de inhoud te bemoeien. Voldoende waarborgen bij de besluitvorming zijn dan onontbeerlijk.

Naast de rechter-partijverhouding beïnvloeden ook andere elementen van het proces het bewijsrecht. Feitenvaststellingen zijn naar hun aard casuïstisch, waardoor algemene regels van feitenvaststelling niet als vanzelf naar voren komen. Wanneer appelrechters de controlefunctie van het hoger beroep laten liggen, zal een bewijsrecht voor het rechterlijk proces weinig tot ontwikkeling komen. Het bewijsrecht zou een verandering ondergaan wanneer algemeen verbindende voorschriften appellabel zouden zijn of wanneer ex ante wetsevaluaties meer tot ontwikkeling komen.

Binnen het bestuursrecht dienen nog de nodige keuzes te worden gemaakt, voordat een samenhangend stelsel van bewijsrecht kan ontstaan. Die keuzes verdienen discussie. Mogelijk levert de ontwikkeling van het bewijsrecht in het strafrecht en het civiel recht een bijdrage aan dat debat. Welke keuzes zijn daar gemaakt en hoe werken die keuzes uit in een tijd waarin de procesdruk behoorlijk is toegenomen? De volgende paragraaf gaat daar op in.

4 Lessen uit het strafrechtelijk en civiele bewijsrecht

Het bestuursrecht vormt uiteraard niet het enige rechtsgebied waarop behoefte bestaat aan regels van feitenvaststelling, waarbij men zoekt naar een balans tussen waarheidsvinding en overige belangen. In deze paragraaf wordt bezien welke lessen kunnen worden getrokken uit die zoektocht in het civiele recht en het strafrecht.[108]

Traditioneel leent het bestuursrecht zich meer voor een vergelijking met het strafrecht dan met het civiele recht. Ook het strafrecht maakt deel uit van het publiekrecht, waarbij een belanghebbende wordt geconfronteerd met de eenzijdige uitoefening van overheidsgezag. Zowel het OM als bestuursorganen zijn *repeat players* die expertise kunnen opbouwen. De macht van de overheid op informatiegebied is veelal groot, omdat haar organen over diverse bevoegdheden beschikken om informatie te verzamelen. Een ander kenmerk is dat het overheidsorgaan niet zonder meer als 'partij' kan worden gekwalificeerd. Zowel OM als bestuursorgaan dienen het algemeen belang, waaronder óók het belang van de getroffene valt. In het publiekrecht dient in beginsel compensatie te worden geboden voor de eenzijdige gezagsuitoefening.[109] Beide rechtsgebieden leggen in dat kader in theorie een grote verantwoordelijkheid bij de rechter. In het strafrecht wordt wel gezegd dat de bewijslast op hem rust.[110] Daarmee wordt dan bedoeld dat het bewijs ten overstaan van de rechter moet worden geleverd, dat hij een zelfstandige onderzoeksbevoegdheid heeft en dat hij de verantwoordelijkheid draagt voor de uiteindelijke feitenvaststelling. Interessant om te bezien is hoe de rechter in het strafprocesrecht met deze verantwoordelijkheid omgaat. Neemt hij de verantwoordelijkheid wel daadwerkelijk op zich? Komt hij toe aan ongelijkheidscompensatie? Hoe gaat hij om met de expertise van het OM en de omstandigheid dat vrijwel al het feitenonderzoek in de voorfase heeft plaatsgevonden? De aandacht wordt gevestigd op de verbetering van de bewijsmotivering in de laatste jaren, de tendens in het strafprocesrecht om meer naar een partijenproces toe te groeien en de verhoging van de deskundigheid in het rechterlijk proces.

---

108. Deze rechtsgebieden behoren niet tot mijn specifieke expertise en, de redenering uit paragraaf 3.1.1. doortrekkend, kan dat afbreuk doen aan de overtuigingskracht. Voor deze paragraaf maak ik dankbaar gebruik van mijn ervaringen binnen het interdisciplinaire keuzevak Bewijsrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. W.D.H. Asser, prof. mr. J.F. Nijboer en mr. A.F.M. Brenninkmeijer zijn op geen enkele wijze verantwoordelijk voor deze paragraaf, maar zonder de gedachtewisseling met hen in de afgelopen jaren, zou ik hem niet schrijven.
109. Vgl. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 34.
110. Corstens 2008, p. 665.

Heden ten dage lijkt het evenwel gemakkelijker om parallellen te trekken tussen het bestuursrechtelijke en het civiele bewijsrecht. Dat komt doordat in de praktijk de bewijslevering in het proces primair een taak van partijen is. De rechter ziet voornamelijk toe op de bewijslevering door partijen en hakt knopen door. De rol van de bestuursrechter is daarmee steeds meer gaan lijken op de rol van de civiele rechter. Interessant om te bezien is hoe de civiele rechter met die rol omgaat. Klagen partijen daar ook over de onvoorspelbaarheid van de procedure? Vreest de civiele rechter ervoor dat hij door regie zich onvoldoende onpartijdig opstelt in het geding? Bij de invoering van de Awb is benadrukt dat overeenkomstige vantoepassingverklaring van het civiele bewijsrecht ongewenst is, omdat aan dat bewijsrecht partijautonomie ten grondslag ligt. Is dat daadwerkelijk het geval? De aandacht wordt gevestigd op de tendens om aan materiële waarheidsvinding een steeds groter belang te hechten, de mogelijkheden om in het civiele bewijsrecht aan ongelijkheidscompensatie te doen en aan de versterking van de regierol van de rechter.

In paragraaf 4.1 wordt eerst geïllustreerd dat ook in de andere rechtsgebieden discussie bestaat over de wenselijkheid van codificatie van het bewijsrecht. Paragraaf 4.2 beschrijft de voornaamste ontwikkelingen in het strafrechtelijk bewijsrecht. Eerst wordt kort de aard van de bewijsbepalingen in het Wetboek van Strafvordering (Sv) weergegeven. Vervolgens komen de voornaamste tendensen op bewijsrechtelijk gebied aan bod. Daarbij worden onderwerpen geselecteerd die vanuit het bestuursrechtelijke perspectief in het bijzonder relevant lijken. Paragraaf 4.3 doet vervolgens hetzelfde voor het civiele bewijsrecht: een korte weergave van de aard van de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en een beschrijving van de voornaamste ontwikkelingen.

4.1 Het codificatiedebat

Voor de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is een discussie gevoerd over de wenselijkheid van codificatie van het bewijsrecht. Velen waren het erover eens dat in het strafrecht vaste bewijsregels dienden te worden toegepast; men verschilde echter van mening of die vaste regels ook in de wet zouden moeten worden neergelegd.[111] Voorstanders van codificatie bepleitten dat de wetgever over meer mogelijkheden dan de rechter beschikt om een deugdelijk bewijsstelsel te scheppen. Als ook voorstanders van de vrij-bewijsleer erkennen dat er vaste regels van bewijs bestaan, waarom zou men dan de rechter niet aan die vaste regels willen binden? Zonder binding bestaat er een gevaar dat de rechter zich uiteindelijk door zijn subjectieve overtuiging laat leiden. 'Een wettelijke regeling is waarborg voor de rechtszekerheid en beschermt tegen het gevaar van rechterlijke willekeur en onkunde.'[112]

Bij anderen leeft de vraag of de wetgever wel in staat is om vooraf *in abstracto* de bruikbaarheid en waarde van bewijsmiddelen te bepalen. Feitenvaststelling lijkt een

111. W.H.B. Dreissen, Bewijsmotivering in strafzaken, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 20 e.v.; J.F. Nijboer, Naar een vrije bewijsregeling?, DD 1982, p. 182-192.
112. Nijboer 1982, p. 189, met een verwijzing naar M.S. Pols.

casuïstische bezigheid. Daarnaast bestaat de angst dat een wettelijke regeling de strafrechter belemmert in het vinden van de materiële waarheid. Algemene wettelijke regels die op het concrete geval dwingend worden toegepast, kunnen tot onware uitkomsten leiden. Wordt de rechter bijvoorbeeld gedwongen om bepaald bewijsmateriaal uit te sluiten, dan bestaat de kans dat hij een verdachte vrijspreekt, terwijl deze het strafbare feit heeft gepleegd. Ook wordt gewaarschuwd voor formalisme. Het gevaar bestaat dat de rechter zich meer op vorm richt (is het bewijsmiddel overeenkomstig de wettelijke regeling in de procedure gebracht?), dan op de inhoud (is het middel overtuigend?).[113] Voorts lijkt de gedachte te bestaan dat afwezigheid van wettelijke bewijsregels de rechterlijke motivering ten goede komt. Die motivering kan niet volstaan met een standaardverwijzing naar een wetsartikel, maar dient concreet de feiten te duiden waarop de veroordeling is gebaseerd en de reden waarom aan het bewijsmateriaal bewijskracht is toegekend.[114]

Rond 1910 is het de heersende opvatting geworden dat algemene regels over de bewijsbeslissing in de wet horen,[115] al blijft de roep bestaan om in het strafprocesrecht meer richting een vrij bewijsstelsel te gaan.[116] In de strafrechtelijke discussie zijn argumenten genoemd die opvallende overeenkomsten vertonen met de bestuursrechtelijke discussie. Tegenstanders van een wettelijke bewijsregeling wijzen op de angst voor een belemmering van materiële waarheidsvinding en formalisme; voorstanders wijzen erop dat door de wetgever een meer doordacht stelsel kan worden gecreëerd, dat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevordert.

De geschiedenis van het civiele bewijsrecht leert dat het bewijsrecht niet over een nacht ijs tot stand komt. Het bewijsrecht dat aanvankelijk was opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering 1838 was ontleend aan het Franse recht. Pogingen om het bewijsrecht te veranderen hebben ongeveer tachtig jaar in beslag genomen. Een belangrijke factor die verantwoordelijk was voor de vertraging was de koppeling van de vernieuwing van het bewijsrecht aan een algehele herziening van het burgerlijk proces.[117] Die ervaring illustreert dat het lastig is het bewijsrecht vorm te geven, zonder een fundamentele bezinning op doel en aard van het proces.

Al de eerste wetsvoorstellen beoogden meer vrijheid in het civiele bewijsrecht te brengen. De rechter kreeg een grotere vrijheid in het aannemen van bewijsmiddelen en het waarderen ervan. Behoorlijk wat oude wetsbepalingen kwamen daarmee te vervallen. De wens om over te gaan naar een meer vrij bewijsstelsel werd breed gedragen. Wil het proces beantwoorden aan zijn doel om binnen de grenzen van het geschil de materiële waarheid zo dicht mogelijk te benaderen, dan moet de wetgever zuinig zijn met bewijsbelemmerende voorschriften.[118] In het tachtigjarig debat is vooral discussie ontstaan rond de toelating van partijen als getuige, de bewijslastver-

---

113. Dreissen 2007, p. 25.
114. Dreissen 2007, p. 24.
115. Nijboer 1982, p. 191.
116. Zie het voorstel van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 437 e.v.
117. PG nieuw bewijsrecht, p. 5-6.
118. PG nieuw bewijsrecht, p. 17.

deling en de vraag in hoeverre de wettelijke bewijsregels zouden moeten gelden voor het kort geding en de verzoekschriftprocedure.[119] De laatste twee discussiepunten stellen rechterlijke vrijheid versus rechterlijke binding aan bewijsregels aan de orde.

Twee theorieën van bewijslastverdeling concurreren met elkaar: de billijkheidsleer en de objectiefrechtelijke theorie. Volgens de billijkheidsleer verdeelt de rechter per geval de bewijslast, waarbij de billijkheid een leidend beginsel is. De bewijslastverdeling mag in geen geval leiden tot onevenwichtigheden tussen partijen. De kansen om te winnen dienen voor hen gelijk te zijn. Dat doel wordt het dichtst benaderd door de bewijslast zo te verdelen dat 'het leveren van het bewijs voor de daarmee belaste partij lichter is dan het leveren van het bewijs van het tegendeel voor de wederpartij zou zijn geweest'.[120] De theorie geeft de rechter alle vrijheid om te streven naar individuele rechtvaardigheid. De objectiefrechtelijk theorie daarentegen bindt de rechter aan vaste regels.[121] Uit het materiële recht vloeit voort welke partij de bewijslast draagt. De partij die zich op bepaalde rechtsgevolgen beroept, dient de daaraan ten grondslag liggen feiten te bewijzen. Na discussie in de wetenschap en in het wetgevingstraject wordt uiteindelijk gekozen voor de objectiefrechtelijke theorie als hoofdregel, onder terzijdeschuiving van het advies van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving.

> 'Daarmee zou een te grote onzekerheid ontstaan omtrent de inhoud van de rechterlijke beslissing. Het is van groot belang dat partijen vóór de aanvang van het proces kunnen voorzien met de bewijslast van welke feiten zij bezwaard zullen zijn. Dit is niet te bereiken, indien een rechter zich steeds laat leiden door wat hij in het concrete geval billijk acht, te minder, waar het billijkheidsgevoel in vele gevallen van verdeling van bewijsrisico geen duidelijk richtsnoer geeft.'[122]

De objectiefrechtelijke theorie wordt de hoofdregel, de billijkheid een argument om van die hoofdregel af te wijken. Dit stelsel dwingt de rechter zo precies mogelijk te formuleren welke elementen hij in het gegeven geval essentieel acht om een afwijking van de hoofdregel te rechtvaardigen. Dat wordt gezien als een grote meerwaarde voor de rechtsontwikkeling en vergroot de mogelijkheid van controle in cassatie.

Duidelijke bewijsregels brengen rechtszekerheid en bevorderen rechtsgelijkheid. Maar ook in het civiele recht is dat een relatief belang, zo illustreert de discussie over de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels op het kort geding en de verzoekschriftprocedure. Efficiëntie en de rechter-partijverhouding kunnen zich verzetten tegen toepassing van vaste bewijsregels. Toepasselijkverklaring in kort geding zou ernstig afbreuk doen aan de efficiënte en effectieve manier waarop het kort geding functioneert.[123] Toepasselijkverklaring in de verzoekschriftprocedure zou tot een ongewenste toename van het contentieuze karakter leiden.[124] Bij de herziening van

---

119. PG nieuw bewijsrecht, p. 7-8 en 19.
120. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 31.
121. Zie nader W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer: Kluwer 2004, hoofdstuk 2.
122. PG nieuw bewijsrecht, p. 87.
123. PG nieuw bewijsrecht, p. 12.
124. PG nieuw bewijsrecht, p. 11.

het burgerlijk procesrecht in 2001 is men op dit laatste teruggekomen. In de praktijk bleek de bewijsregeling ook in de verzoekschriftprocedure bruikbaar en te worden toegepast.[125] Het huidige artikel 284 Rv verklaart dan ook inmiddels de bewijsrechtelijke afdeling van toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich verzet.

Van het codificatiedebat in het civiele recht kan worden geleerd dat de vormgeving van het bewijsrecht in beginsel een bezinning op het procesrecht vergt. Met het doel van materiële waarheidsvinding voor ogen, is voor een behoorlijk vrij stelsel gekozen. Bij de vraag naar binding van de rechter aan wettelijke regels worden argumenten genoemd als rechtszekerheid en rechtsontwikkeling (pro) en efficiëntie en een andere rechter-partijverhouding (contra). In het civiele recht is men echter teruggekomen op het standpunt dat de algemene bewijsregels zich niet lenen voor toepassing in de verzoekschriftprocedure enkel vanwege die andere rechter-partijverhouding.

Uiteindelijk is ervoor gekozen om zowel in het strafrecht als in het civiele recht een behoorlijk vrij bewijsstelsel te hanteren. Het belang van materiële waarheidsvinding is daarmee gediend. Toch zijn bepaalde basisbepalingen gecodificeerd, omdat te veel rechterlijke vrijheid gemakkelijk kan leiden tot rechtsongelijkheid en een aantasting van de rechtszekerheid.

4.2 Ontwikkelingen in het strafrechtelijk bewijsrecht

4.2.1 *De wettelijke bewijsregeling*

De bewijsrechtelijke bepalingen in het Wetboek van Strafvordering vormen een 'negatief-wettelijk' stelsel. Daarmee wordt bedoeld dat de rechter het feit niet bewezen mag verklaren als hij uit de door de wet erkende bewijsmiddelen niet de overtuiging heeft gekregen dat de verdachte het feit heeft begaan.[126] Het stelsel vindt men terug in de artikelen 338-344a (Titel VI, Derde afdeeling, Bewijs), 350 en 359-360 (enkele bepalingen uit Titel VI, Vierde afdeeling, Beraadslaging en uitspraak) Sv. De afdeling over bewijs bevat diverse bepalingen die de wettige bewijsmiddelen definiëren. Er wordt bijvoorbeeld uitgelegd wat onder een getuigenverklaring en onder schriftelijke bescheiden moet worden verstaan. De wettige bewijsmiddelen worden limitatief opgesomd. Daarnaast geven de artikelen verschillende bewijsminima aan. Zo mag het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, niet uitsluitend worden aangenomen op de bekennende verklaring van de verdachte of op de verklaring van één enkele getuige.

---

125. TK 1999/2000, 28 855, nr. 3, p. 157.
126. Corstens 2008, p. 665; Nijboer 2008, p. 37. Zie voor een puntig overzicht van de kenmerken van de wettelijke bewijsregeling ook J.B.H.M. Simmelink, Bewijsrecht en bewijsmotivering, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 398-399.

Vervolgens leggen genoemde artikelen uit de afdeling over beraadslaging en uitspraak de rechter een plicht op om in het vonnis rekenschap te geven van zijn feitenvaststelling. De beslissing of het feit door de verdachte is begaan, moet in het vonnis worden vermeld en gemotiveerd.[127] Deze algemene motiveringseis geldt niet alleen in geval van bewezenverklaring, maar ook van vrijspraak; al zal bij vrijspraak regelmatig kunnen worden volstaan met de formule dat het bewijs niet wettig en overtuigend geleverd is.[128] Wijkt de rechter af van door partijen uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, dan verplicht sinds 2005 het tweede lid van artikel 359 Sv hem de reden daarvan in het vonnis neer te leggen.[129] Daarmee is de motiveringsplicht van de rechter vergroot. Het derde lid van genoemd artikel verlangt dat een bewezenverklaring steunt op de inhoud van de in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen die redengevend zijn geweest. De rechter kan zijn feitenvaststelling dan in beginsel motiveren door de essentiële onderdelen van het bewijsmateriaal in het vonnis op te nemen en daarnaar te verwijzen als reden van zijn overtuiging. Artikel 360 Sv vraagt onder bepaalde omstandigheden om een meer uitgebreide motivering, bijvoorbeeld als verklaringen van anonieme getuigen worden gebruikt.

4.2.2 *Beperkte waarde wettelijke regeling bewijsmiddelen en bewijsminima*

De inspiratie die het bestuursrecht zou kunnen halen uit de bewijsafdeling uit Sv lijkt beperkt. De opsomming van de wettige bewijsmiddelen wordt in het algemeen achterhaald bevonden. Door technologische ontwikkelingen zijn de wetsartikelen verouderd en in de praktijk is in wezen een vrij bewijsstelsel ontstaan. De artikelen 338-344a Sv geven uiteindelijk weinig garanties voor de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal. Door de 'eigen waarneming van de rechter' kan veel bewijsmateriaal als wettig bewijsmiddel in het geding worden gebracht. Voorts heeft de zogenaamde de auditu-rechtspraak het bewijsrecht ingrijpend veranderd. Met de acceptatie van buiten rechte afgelegde getuigenverklaringen als bewijsmiddel is het strafrechtelijk proces veel meer een papieren proces geworden. Het zwaartepunt van de bewijsverzameling en bewijslevering is van het proces naar de voorfase verschoven.[130] In veel zaken wordt op de terechtzitting enkel het in het voorbereidend onderzoek vergaarde bewijsmateriaal geëvalueerd.[131]
Ook de bewijsminima hebben in de praktijk een behoorlijk beperkte betekenis. De bewijsminima vragen om een bevestiging van de tenlastelegging door verschillende bewijsmiddelen. Volgens de rechtspraak hoeft echter niet elk onderdeel van de tenlastelegging die dubbele bevestiging, zodat een afzonderlijk feit uiteindelijk ook best op basis van één middel bewezen kan worden geacht.[132] De bewijsminima houden verband met de kwetsbare bewijswaarde van sommige bewijsmiddelen. De getuige en de verdachte kunnen een heel ander belang dan waarheidsvinding

127. Artikel 358 lid 2 jo. 350 jo. 359 lid 2 Sv.
128. Zie Corstens 2008, p. 715 e.v.
129. Wet van 10 november 2004, Stb. 2004, 580.
130. Corstens 2008, p. 668; Dreissen 2007, p. 75 e.v.; Simmelink 2001, p. 406-407.
131. Corstens 2008, p. 686.
132. Corstens 2008, p. 677; Dreissen 2007, p. 92; Simmelink 2001, p. 408.

hebben en daardoor een leugenachtige verklaring afleggen. De betrouwbaarheid wordt voorts verminderd wanneer de identiteit van de getuige geheim blijft. In het bestuursrecht lijkt de behoefte aan dergelijke bewijsminima klein. Getuigenbewijs speelt bij weinig besluiten de hoofdrol. De behoefte aan anonieme getuigen lijkt beperkt[133] en zogenaamde kroongetuigen kent het bestuursrecht niet. Een verschil tussen het bestuursrecht en het strafrecht is dat het onderzoek door het bestuursorgaan en de bewijsverzameling een hoge organisatiegraad kent. Bij besluiten op aanvraag is dat vanzelfsprekend; door aanvraagformulieren wordt de bewijsverzameling gestructureerd en georganiseerd en daarbij heeft ook de burger belang. Maar ook door uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden en registratiesystemen beschikt het bestuursorgaan over veel (schriftelijk) bewijsmateriaal. De informatie is regelmatig los van een verdenking verzameld. Bovendien speelt het 'op heterdaad betrappen' een minder grote rol. Vrij veel overtredingen van bestuursrechtelijke regels hebben een wat langduriger karakter, zoals de illegale permanente bewoning van het zomerhuisje of de zwart betaalde bijbaan van de bijstandsgerechtigde.

4.2.3 *Afnamen en toename van eisen aan de rechterlijke bewijsmotivering*

De waarde van de bewijsrechtelijke bepalingen in de afdeling over beraadslaging en uitspraak is veel groter. Aanvankelijk zag men echter ook daar dat de rechterlijke macht de onderkant van de wettelijke regeling opzocht, onder meer door de productiedruk en de wens om binnen een redelijke termijn recht te spreken. Zo zijn eerst in de praktijk en later ook in de wet uitzonderingen aanvaard op de regel dat de redengevende bewijsmiddelen in het vonnis dienen te worden opgenomen.[134] Een daarvan vormt het verkort vonnis, dat in de praktijk in de regel wordt gewezen.[135] In het verkort vonnis hoeven de bewijsmiddelen niet te worden opgenomen.[136] De verdachte wordt dan veroordeeld, zonder dat wordt uitgelegd op basis van welke gegevens de rechter het feit bewezen acht. Pas wanneer een rechtsmiddel wordt aangewend, dient het vonnis alsnog te worden uitgewerkt.[137] Dat betekent dat de in eerste aanleg veroordeelde moet beslissen of hij appelleert, zonder dat hij kennis heeft van de gronden van zijn veroordeling. In het bestuursrecht wordt vaak opgekeken naar de eisen waarmee de bewijslevering in het strafrecht is omgeven, maar op dit punt heeft de burger meer aan een bestuursrechtelijk besluit dan aan een rechterlijk verkort vonnis.

Het strafprocesrecht heeft zich gevoelig getoond voor kritiek op de beperkte rechterlijke motivering. Inmiddels zijn verschillende verbeteringen doorgevoerd. In 2005 is de rechterlijke motiveringsplicht vergroot, doordat de rechter dient uit te leggen waarom hij afwijkt van door partijen uitdrukkelijk onderbouwde standpunten. De motiveringsplicht is voorts uitgebreid voor vonnissen die worden vormgegeven

---

133. Zie ook het preadvies van Koopman.
134. Dreissen 2007, p. 112 e.v.
135. Corstens 2008, p. 720. Dit gaat veranderen door Promis; de wens is om eind 2010 alle meervoudige zaken volgens de motiveringseisen van Promis af te doen, Jaarplan Rechtspraak 2008, p. 10.
136. Artikel 138b Sv.
137. Artikel 365a Sv.

volgens Promis (project motiveringsverbetering in strafvonnissen).[138] De rechter dient in dat geval meer kenbaar te maken dat hij de bewijswaarde van het bewijsmateriaal heeft onderzocht. Zo dient hij bijvoorbeeld uit te leggen hoe hij tegenstrijdig bewijsmateriaal waardeert. Het bewijsmateriaal wordt niet langer opgesomd, maar de inhoud van het relevante bewijsmateriaal wordt in eigen woorden door de rechter samengevat, met verwijzing naar de vindplaats in het dossier.[139]

De motivering van het bewijsoordeel dient verschillende doelen. Vrij vanzelfsprekend bevordert de motivering de controle door de hogere rechter[140] en licht de motivering partijen en samenleving in over de inhoud van het bewijsoordeel. Daarnaast wordt in het strafrecht de motiveringsplicht duidelijk in het licht van waarheidsvinding geplaatst. De zogenaamde inscherpingsfunctie maakt de rechter bewust van zijn eigen verantwoordelijkheid voor de bewijsbeslissing.[141] Moet de rechter in eigen woorden uitleggen waarom het overgelegde bewijsmateriaal hem al dan niet overtuigt, dan dwingt hem dat om na te gaan of zijn intuïtieve oordeel ook daadwerkelijk logisch is. Komt de mate waarin de rechter zich overtuigd voelt overeen met de kans dat het feit zich heeft voorgedaan? Aangegeven wordt dat door Promis de discussie in de raadkamer een sterk zelfcontrolerend effect heeft gekregen.[142] Zegt de rechter enkel dat hij de opvatting van het OM onderschrijft, dan kan bovendien bij verdachte en samenleving het idee ontstaan dat de rechter te weinig distantie heeft ten opzichte van het OM.

4.2.4 *Invoering van kenmerken partijenproces*

De strafrechter draagt een bijzonder grote verantwoordelijkheid in het proces en voor de feitenvaststelling. Zijn positie is evenwel aan het schuiven, doordat enkele kenmerken van een partijenproces ook in het strafrecht hun intrede hebben gedaan. Een impuls daartoe is gegeven door de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, die een fundamentele herbezinning op het strafprocesrecht ter hand heeft genomen. Zij vestigt er de aandacht op dat het verband tussen een niet-lijdelijke rechter en materiele waarheidsvinding niet logisch dwingend is.[143] Men kan waarborgen voor waarheidsvinding ook vinden in andere kenmerken, bijvoorbeeld in het contradictoire proces. Dat de rechter op eigen initiatief een aanvullend onderzoek kan doen, vormt een uitgangspunt dat men wenst te behouden. De concrete invulling van die verantwoordelijkheid mag echter mede afhankelijk zijn van de rol die de andere procesdeelnemers vervullen en van de belangen die op het spel staan.[144] De opstelling van

---

138. Overigens is de motiveringsplicht ook deels beperkt onder artikel 359, lid 3 en Promis, namelijk bij een bekennende verdachte.
139. Dreissen 2008, p. 365.
140. Ontbreekt die motivering, dan vormt de appelrechter geheel zelfstandig een feitelijk oordeel. Het is dan maar de vraag of dat oordeel van de appelrechter dichter bij de materiële waarheid ligt dat het oordeel van de rechtbankrechter. Zie Y. Buruma, Motiveren: waarom?, in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), Systeem in ontwikkeling. Liber Amicorum G. Knigge, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 75.
141. Buruma 2005, p. 76-77; Dreissen 2007, p. 395-398.
142. C.H.W.M. Sterk & C.R.L.R.M. Ficq, Promis: inzicht in de gedachtegang van de rechter, NJB 2008, p. 155.
143. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 18.
144. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 23.

de rechter wordt meer afhankelijk van het procesgedrag van de verdachte, waarbij een rol speelt of deze van rechtsbijstand is voorzien.

De aanscherping van de motiveringsplicht die nadien in artikel in 359, tweede lid Sv is gerealiseerd, is uitdrukkelijk geplaatst in het teken van de ontwikkeling naar een meer contradictoire strafprocedure. De uitspraak dient in het licht van de discussie ter terechtzitting inzicht te geven in de redenen die hebben geleid tot de veroordeling.[145] De rechter sluit meer aan bij het geschil dat partijen verdeeld houdt.[146] Daardoor is de opstelling van de verdachte van toenemend belang. Neemt hij een met argumenten onderbouwd uitdrukkelijk standpunt in, dan kan hij een gemotiveerde reactie van de rechter terugverwachten. Voordat de rechter tot motiveren verplicht is, worden wel behoorlijke eisen aan het verweer gesteld. Dat verweer dient de verdachte in relevante juridische termen te presenteren en het moet voldoende steunen op het bewijsmateriaal.[147] Bekent de verdachte aan de andere kant, dan verlagen de motiveringseisen en hoeven geen bewijsmiddelen in het vonnis te worden opgenomen.

Dat van de verdachte een meer actieve rol wordt verwacht als hij van de rechter een bepaalde beslissing wenst, ziet men op meer vlakken.[148] Met de stroomlijning van het hoger beroep hebben OM en verdachte bijvoorbeeld de taak gekregen om bezwaren tegen de uitspraak in eerste aanleg naar voren te brengen; het hof richt zijn onderzoek op die bezwaren.[149] Het karakter van het strafprocesrecht verandert voorts door de invloed van artikel 6 EVRM, waarin de rechten van de verdediging een meer prominente rol spelen dan in het nationale strafrecht. Zo veronderstelt Nijboer dat de 'inquisitoire stijl van procederen' langzaam maar zeker wordt afgebroken.[150]

Zo ziet men dat ook in het strafrecht het belang van materiële waarheidsvinding, hoewel groot, zeker relatief is.[151] In de praktijk was dat al langer de status quo; door hoge zaaksdruk en weglekkende deskundigheid door het rechterlijke roulatiebeleid is het feitenonderzoek steeds beperkter geworden.[152] Thans bevat ook het Wetboek van Strafvordering aanwijzingen voor de relativiteit van waarheidsvinding. Soms kan worden volstaan met een verkort vonnis; bij een bekennende verdachte hoeft de bewezenverklaring beperkt te worden gemotiveerd; in appel wordt niet geheel opnieuw een zoektocht naar de waarheid ingesteld. Overigens bestaat wel weerstand tegen deze ontwikkelingen en tegen de groei richting een partijenproces. Het belang van efficiënte en effectieve vervolging zou te veel ten koste gaan van het belang van

---

145. TK 2003/04, 29 255, nr. 8, p. 2.
146. EK 2004/05, 29 255, C, p. 1.
147. Zie voor een overzicht van de jurisprudentiële ontwikkelingen C.B. Veldman & A.F. Stamhuis, De verweren in de zin van... Een tussenstand in de ontwikkeling van het responderen op verweer, DD 2008, p. 685-709.
148. Zie nader J.W. Fokkens, De wijziging van artikel 359 lid 2 Sv: een stap op weg naar een contradictoir strafproces, in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), Systeem in ontwikkeling. Liber Amicorum G. Knigge, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 142 e.v.
149. Artikel 415 lid 2 Sv; Corstens 2008, p. 756.
150. Nijboer 2008, p. 55 en 348.
151. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 20-21.
152. Vgl. J.D. den Hartog, De selectie en waardering van bewijsmateriaal, in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), Systeem in ontwikkeling. Liber Amicorum G. Knigge, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 222 en 224.

de verdachte bij een met voldoende waarborgen omkleedde rechtspositie.[153] De verdachte wordt voorts tot een verdediging gedwongen, wordt meer afhankelijk van de kwaliteit van zijn rechtsbijstandverlener en de compensatie van zijn ongelijke positie komt op de tocht te staan.[154] De verantwoordelijkheid voor de omvang en kwaliteit van de waarheidsvinding wordt verschoven van de rechter richting partijen.[155]

4.2.5 *Vergroten deskundigheid rechter*

De drang om feitelijke oordelen zo objectief mogelijk vast te stellen is groot en lijkt toe te nemen in een samenleving die steeds verder verwetenschappelijkt. Kwantificeren lijkt objectiveren. Het toenemende belang van expertise binnen de rechtspleging is in het strafrecht onderkend. Dat moest ook wel, doordat pijnlijk zichtbaar is geworden hoe een weinig kritische houding van de rechter ten opzicht van deskundigeninformatie kan leiden tot rechterlijke dwalingen.[156] Inmiddels zijn er verschillende initiatieven om de deskundigheid van rechtspraak te verbeteren, zoals cursussen bij de SSR en het ontwikkelen van materiedeskundigheid bij strafrechters.[157] Begin 2009 is de Wet deskundige in strafzaken aangenomen, waarbij in een landelijk openbaar register van gerechtelijke deskundigen wordt voorzien.[158] Deze wet regelt de taak van de deskundige, verscherpt de kwaliteitseisen die worden gesteld aan de deskundige en de verdediging krijgt meer invloed op de totstandkoming en de inhoud van het deskundigenonderzoek. De deskundige dient bijvoorbeeld op basis van artikel 51l in zijn verslag aan te geven welke methode hij heeft gevolgd, in welke mate deze methode en de resultaten daarvan betrouwbaar kunnen worden geacht en welke bekwaamheid hij heeft bij de toepassing van de methode. Al met al krijgt de strafrechter aanzienlijk meer instrumenten in handen om de deskundigheid in het proces te vergroten. Dubbelaar en Nijboer merken overigens op het wat merkwaardig te vinden dat bij al deze initiatieven alleen naar de strafvorderlijke kant wordt gekeken.

> 'Zoals het rechtsvergelijkend en bewijstheoretisch bezien helemaal geen vreemde gedachte is om te kijken naar feitenonderzoek en bewijs in het algemeen (over de grenzen der rechtsgebieden heen), is het ook niet vergezocht om na te denken over regelingen die deel zouden uitmaken van een uniform statuut voor deskundigen, inclusief de registratie, voor bijvoorbeeld strafzaken, civiele zaken en bestuurszaken.'[159]

---

153. Nijboer 2008, p. 341.
154. Nijboer 2008, p. 175.
155. Dreissen 2007, p. 403.
156. Met als bekendste voorbeeld de Schiedammer parkmoord.
157. Jaarplan Rechtspraak 2008, p. 21.
158. Wet deskundige in strafzaken, Stb. 2009, 33 en het bijbehorende Besluit houdende kwaliteitseisen aan deskundigen in strafzaken.
159. M.J. Dubbelaar & J.F. Nijboer, De procespositie van deskundigen eindelijk wettelijk verankerd, DD 2008, p. 37. De sectoren bestuursrecht en civiel recht moeten het doen met een deskundigenindex. Mogelijk wordt uiteindelijk aansluiting gezocht bij het register, Jaarplan Rechtspraak 2008, p. 13.

4.3 Ontwikkelingen in het civiele bewijsrecht

4.3.1 *De wettelijke bewijsregeling*

Het civiele bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vindt men in de titel over de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg.[160] De regeling bestaat uit algemene bepalingen van bewijsrecht, gevolgd door enkele paragrafen waarin specifieke bewijsmiddelen nader worden gereguleerd. Artikel 149 Rv bepaalt de grenzen van het feitelijk debat. De rechter mag enkel feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of door partijen zijn gesteld. Gestelde feiten dienen door de wederpartij te worden betwist. Geschiedt dat niet of onvoldoende, dan staat in beginsel het feit vast. Vervolgens geeft artikel 150 Rv aan welke partij voor bewijslevering heeft zorg te dragen. Beroept een partij zich op de intreding van een bepaald rechtsgevolg, dan dient zij de feiten die dat rechtsgevolg doen intreden te bewijzen. Bijzondere regels en de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen een uitzondering op die hoofdregel rechtvaardigen. Artikel 149 en 150 Rv leggen voor een groot deel de taakverdeling tussen rechter en partijen bij de bewijslevering vast. Partijen bepalen de omvang van het feitelijk geschil en bij hen ligt het initiatief tot bewijslevering.

In beginsel kent het civiele recht een vrij-bewijsstelsel. Uitgangspunt is dat het bewijs met alle middelen kan worden geleverd en dat de rechter naar eigen inzicht waarde kan hechten aan het bewijsmateriaal.[161] Echter, aan bepaalde bewijsmiddelen is dwingende bewijskracht toegekend, zoals aan de authentieke akte en aan het strafrechtelijke vonnis dat een bewezenverklaring bevat. Ook dan staat overigens tegenbewijs open. Bewijsmiddelen die in een aparte paragraaf worden uitgewerkt betreffen akten en vonnissen, de openlegging van boeken, bescheiden en geschriften, getuigenbewijs, deskundigenbewijs en descente. Daarnaast zijn er bewijsverrichtingen onder toeziend oog van de rechter mogelijk, voordat een zaak aanhangig is gemaakt, zoals een voorlopig verhoor van een getuige of een deskundige. Een laatste belangrijke bewijsbepaling vindt men terug in een ander boek van Rv, in de artikelen 843a/843b (de exhibitieplicht). Een belanghebbende kan onder voorwaarden inzage verlangen in bepaalde bescheiden die onder een ander berusten.

Anders dan wellicht menig bestuursrechtjurist veronderstelt, is 'het bewijsaanbod' niet in het algemeen geregeld in Rv. Natuurlijk kunnen partijen aanbieden om zo nodig bewijs te leveren van hun stellingen, maar van hen wordt ook het nodige initiatief verwacht om uit eigen beweging de relevante stukken te overleggen.[162] Partijen kunnen aanbieden wat zij willen, maar alleen bij een aanbod tot getuigenbewijs is de rechter onder voorwaarden verplicht op het aanbod in te gaan. Is het aanbod ter zake dienend en voldoende gespecificeerd, dan dient de rechter die partij

---

160. Zie voor een beknopt overzicht o.a. Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, eenentwintigste druk, Den Haag: Elsevier 2006, hoofdstuk V en Stein/Rueb, Compendium van het burgerlijk procesrecht, zestiende druk, Deventer: Kluwer 2007, hoofdstuk 7.
161. Artikel 152 Rv.
162. M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed, Burgerlijk procesrecht praktisch belicht, vierde druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 256.

de mogelijkheid te bieden het bewijs ten overstaan van hem met getuigen te leveren.[163] Evenmin is 'de bewijsopdracht' specifiek geregeld. De mogelijkheid om een tussenvonnis te wijzen, stelt de rechter in het algemeen in staat nadere bewijslevering te gelasten, waarbij hij bepaalt welk feit behoort tot de bewijslast van welke procespartij.[164] Rueb waarschuwt ervoor dat de civiele bewijsregeling zo de indruk kan wekken dat bewijslevering in het civiele proces alleen geschiedt op basis van een uitgewerkt oordeel van de rechter welke feiten moeten worden bewezen en door wie.[165] Dat is niet de werkelijkheid. In beginsel onderbouwen partijen uit eigen initiatief hun stelling met (voornamelijk schriftelijke) stukken in de dagvaarding, in een conclusie of ter comparitie. Pas als dat bewijsmateriaal niet toereikend blijkt te zijn, zal nadere bewijslevering bij tussenvonnis worden gevraagd. Dat nader te leveren bewijs betreft vrijwel steeds getuigen- of deskundigenbewijs. Dat na het tussenvonnis nog schriftelijke stukken worden overgelegd, is uitzonderlijk.[166]

Ook al geeft de regeling enkel bewijsregels voor het rechterlijk proces, het bereik van de regeling is groter. In het burgerlijk procesrecht wordt benadrukt dat juist door de wettelijke bewijsregeling partijen een inschatting kunnen maken van hun procespositie en daardoor beredeneerd kunnen kiezen al dan niet een procedure te starten.[167]

4.3.2 *Toenemende aandacht voor materiële waarheidsvinding*

In de vergelijking met het publiekrecht lijkt de civiele rechter op het eerste gezicht gemakkelijk geportretteerd te kunnen worden als een rechter die met handen en voeten gebonden is aan de feiten zoals die door partijen worden gepresenteerd en met formele waarheden genoegen neemt.[168] Dat beeld is niet juist. Partijen leggen een geschil aan de rechter voor en bepalen waar dat geschil over gaat.

> 'Op het Europese continent is, anders dan in Engeland, uitgangspunt dat een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing door een onpartijdige en onafhankelijke rechter vergt dat een partij, gezien haar belang bij de zaak, geen volledige zeggenschap heeft over de wijze waarop de feiten worden opgehelderd die tussen partijen in geschil zin. Dit brengt mee dat de rechter een actieve rol heeft bij de toepassing van het bewijsrecht.'[169]

Het civiele bewijsrecht is in de loop van de jaren steeds vrijer geworden, onder meer door de wens de rechter zo veel mogelijk recht te laten doen op basis van de mate-

---

163. Artikel 166 Rv.
164. Artikel 232 Rv ziet op het tussenvonnis. Bij het getuigenbewijs heeft de wetgever het noodzakelijk geacht de bewijslevering door een tussenvonnis te doen inleiden, artikel 166 lid 2 Rv.
165. Stein/Rueb 2007, p. 126.
166. Stein/Rueb 2007, p. 126.
167. Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 82.
168. Zie voor een vergelijking tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk bewijsrecht C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen, Het procesrecht en de waarheidsvinding (preadvies NVvP, nr. 13), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001 en Schuurmans 2007.
169. G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 38.

riële waarheid.[170] In 1988 heeft een grote herziening van het civiele bewijsrecht plaatsgevonden. Daarbij is onder meer de opsomming van bewijsmiddelen vervangen door de vrij-bewijsleer. Voorts kreeg de rechter meer armslag om onderzoek naar de feiten te doen, onder meer door bewijslevering te vragen in het kader van de comparitie en door ambtshalve getuigen- of deskundigenbewijs te bevelen of een descente in te stellen.[171] 'De nieuwe wet wordt beheerst door de gedachte dat de rechter zo veel mogelijk vrij dient te zijn bij het vinden van een goede oplossing op het gebied van het bewijsrecht; de wet behoort hem daarbij zo min mogelijk belemmeringen in de weg te leggen.'[172] Vervolgens is in 2002 de wijze van procederen in eerste aanleg ingrijpend herzien; de regeling waarvan het bewijsrecht onderdeel uitmaakt. Belangrijke uitgangspunten van de herziening betreffen de wens tot vereenvoudiging van het procesrecht, deformalisering, modernisering van de verhouding tussen rechter en partijen en streven naar efficiëntie.[173] Die wijziging werkt door in het bewijsrecht. De mondelinge comparitie is de hoofdregel van procesvoering geworden; de rechter heeft de bevoegdheid gekregen om in elke stand van het geding partijen te gelasten bepaalde bescheiden over te leggen en stellingen toe te lichten; voor partijen is een waarheidsplicht geïntroduceerd[174] en zij dienen zelf ernaar toe te werken dat alle relevante feiten boven tafel komen. Hen komt een substantiërings- dan wel bewijsaandraagplicht toe. Eiser dient in de dagvaarding onder meer de bewijsmiddelen te noemen waarover hij kan beschikken en gedaagde vermeldt in de conclusie van antwoord de bewijsmiddelen die hij tot zijn beschikking heeft.[175] Deze wijzigingen bevorderen dat de rechter zo snel mogelijk en zo volledig mogelijk van de relevante feiten op de hoogte raakt.

Wat de rechterlijke taak ten aanzien van de feitenvaststelling precies inhoudt, is een vraag die volop in de aandacht staat. Volgens artikel 24 Rv onderzoekt en beslist de rechter op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd. Tot 2002 ontbrak deze bepaling en werd uit de rechterlijke opdracht om de rechtsgronden aan te vullen, het verbod afgeleid om de feiten aan te vullen.[176] Dit negatieve verbod is in artikel 24 Rv in een positieve verantwoordelijkheid getransformeerd en in de rechtspraak zou die verschuiving zichtbaar zijn. 'Het gaat er niet meer zozeer om of de rechter zich binnen de grenzen van de vordering, het verweer en het processuele debat van partijen mag inlaten met de feiten die partijen stellen. Reeds bij geringe aanknopingspunten mag hij aan een

---

170. Zie voor een overzicht van de ontwikkeling in het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure De Groot 2008, p. 57-66.
171. Artikelen 166, 194 en 201 Rv.
172. P.A. Stein, 'Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure', NJB 1988, p. 387. Vgl. De Groot 2008, p. 60.
173. Stein/Rueb 2007, p.14.
174. Artikel 21 Rv. Zie o.a. C.J.M. Klaassen, Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRv, NJB 2002, p. 1450-1458; B.T.M. van der Wiel, De rechtsverhouding tussen procespartijen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.
175. Artikel 111, lid 3 Rv en artikel 128, lid 5 Rv. Uit onderzoek blijkt overigens dat de civiele rechter vrijwel nooit een sanctie oplegt wanneer partijen niet voldoen aan hun substantiërings- of bewijsaandraagplicht, T. Novakovski, Een functionele substantiëringsplicht: illusie of werkelijkheid?, RM Themis 2006, p. 4.
176. De Groot 2008, p. 51.

partij vragen of zij met bepaalde verstrooid aangetroffen stellingen bedoelt een bepaald standpunt in te nemen, als deze vraag past binnen het doel van de civiele procedure.'[177] Een harde scheidslijn die bepaalt wanneer de rechter wel of niet feiten aan zijn beoordeling ten grondslag mag leggen, is lastig te geven. Wel duidelijk is dat de autonomie van partijen niet zo ver gaat dat zij de intensiteit van het onderzoek naar de feiten bepalen, dat de rechter onderzoeksbevoegdheden heeft en dat hij op de comparitie partijen om opheldering van stellingen kan vragen. Daarmee lijkt de wijze waarop de feitelijke grenzen van het geschil worden getrokken in het civiele recht en het bestuursrecht naar elkaar toe te groeien. Partijen bepalen de omvang van het geschil. Daarbinnen heeft de rechter de nodige armslag om nadere informatie van partijen te vragen en eigen onderzoeksbevoegdheden aan te wenden. Artikel 149 Rv geeft nog wel uitdrukking aan de partijautonomie, maar niet gezegd kan worden dat het beginsel in het algemeen leidend is in het civiele bewijsrecht.[178] De onderzoeksgroep van de Fundamentele herbezinning zag mogelijkheden tot verdere harmonisatie. 'Sluitstuk is de erkenning in het civiele procesrecht van een bevoegdheid als voor het bestuursrecht is neergelegd in artikel 8:69 lid 3 Awb, namelijk dat de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen.'[179] De Minister van Justitie is terughoudend en wijst op de trend in het bestuursrecht om zeer beperkt van deze bevoegdheid gebruik te maken. Toch is de strekking van het pleidooi niet verloren gegaan. 'Denkbaar is dat aan de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling wordt toegevoegd die verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.'[180]

4.3.3 Ongelijkheidscompensatie in het bewijsrecht

Wie in handboeken burgerlijk procesrecht zoekt naar 'ongelijkheidscompensatie', zal al snel het boek weer dichtslaan. Toch zou het een misverstand zijn wanneer men denkt dat het civiele bewijsrecht geen mogelijkheden biedt om ongelijke procesposities te compenseren. Er zijn diverse mogelijkheden om de zwakkere partij te helpen bij haar bewijslevering. De eerste mogelijkheid ligt in handen van de wetgever. De wetgever kan door middel van bewijsvermoedens in de wet de bewijslevering vergemakkelijken. Een voorbeeld biedt artikel 3:34 BW. Heeft iemand met een geestelijke stoornis een rechtshandeling verricht die voor hem nadelig was, dan wordt vermoed dat zijn wil niet met zijn verklaring overeenkwam. De rechtshandeling is dan door het wilsgebrek vernietigbaar. Het vermoeden maakt bewijslevering door de geestelijk gestoorde onnodig en zijn tegenpartij dient te bewijzen dat wil en verklaring wél overeenkwamen. Het vermoeden is niet zozeer opgenomen omdat het vermoede feit

177. De Groot 2008, p. 55.
178. In de regeling van de bewijsmiddelen lijkt de partijautonomie bijvoorbeeld geen grote rol te spelen.
179. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, Een nieuwe balans (interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 82.
180. Kamerstukken II 2006/07, 30 951, nr.1, p. 11-13, citaat op p. 13 (reactie Minister van Justitie op fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht).

het meest waarschijnlijk is, maar omdat het vermoeden een belang dient dat de wetgever belangrijk achtte. De zwakkere partij wordt een handje geholpen bij de bewijslevering. Het BW kent behoorlijk wat van dergelijke vermoedens met een normatief karakter.[181] Om dezelfde reden kan de wet een bijzondere regel van bewijslastverdeling bevatten, die afwijkt van de hoofdregel van artikel 150 Rv.[182]

Zonder de bewijslast om te keren of gebruik te maken van vermoedens heeft de rechter nog een instrument in handen: de verzwaarde motiveringsplicht. Eiser dient de feiten te stellen die ten grondslag liggen aan het door hem ingeroepen rechtsgevolg. Betwist gedaagde deze feiten, dan dient gewoonlijk eiser bewijs te leveren. Dit algemene systeem van stellen en betwisten kan worden aangepast als tussen partijen een groot verschil bestaat, met name op informatiegebied. De rechter verhoogt dan de betwistingsplicht van gedaagde. Deze moet dusdanig gemotiveerd de stelling van eiser betwisten, opdat hij eiser aanknopingspunten verschaft voor de bewijslevering. Deze regel lijkt op de bestuursrechtelijke regel dat een partij bewijs moet leveren van de gegevens die tot haar 'bewijsdomein' behoren. Met behulp van de verzwaarde motiveringsplicht kan de wederpartij dus gedwongen worden tot verstrekking van cruciale gegevens die onder haar berusten. De rechter gaat daar alleen toe over 'wanneer in bepaalde procesconstellaties een zo ernstige verstoring van het processuele evenwicht dreigt dat de realisering van het materiële recht, zonder ingrijpen te veel in gevaar zou komen'.[183] Sinds de jaren vijftig is de Hoge Raad deze constructie gaan toepassen, waarbij hij de zwakke partij compenseert. Zo ziet men bijvoorbeeld bij medische aansprakelijkheid regelmatig dat de arts een plicht heeft om de patiënt te helpen bij zijn bewijslevering door informatie te verstrekken waarover alleen de arts kan beschikken.[184] Overigens bevat ook het algemene procesrecht enige voorziening om ongelijkheid te compenseren. Het beginsel van verplichte procesvertegenwoordiging wordt gezien als een element dat leidt tot meer gelijkheid van partijen in de procedure.[185]

4.3.4 *Versterking regierol van de rechter*

Partijautonomie en een lijdelijke rechter zijn een minder onafscheidelijk duo dan men wellicht denkt. In het civiele proces is het beginsel van de lijdelijke rechter de laatste jaren naar de achtergrond verdrongen door de regierol van de rechter.[186] Partijen mogen niet langer bepalen hoe lang de procedure duurt en welke proceshandelingen zij verrichten. Zij hebben bij aanvang van de procedure mededelingsplichten gekregen bij de dagvaarding en de conclusie. Daarnaast is de comparitie na antwoord de standaardprocedure geworden. Tijdens de comparitie kan de rechter inlichtingen inwinnen en hij kan partijen proberen tot een schikking te brengen.

181. Zie Asser 2004, p. 93 e.v.
182. Asser 2004, p. 73 e.v.
183. Asser 2004, p. 116.
184. Asser 2004, p. 180 en 220.
185. Stein/Rueb 2007, p. 38.
186. De Groot 2008, p. 43.

De feitengaring wordt als een zeer belangrijk onderdeel van de comparitie gezien.[187] Vooraf kan de rechter partijen laten weten dat hij bepaalde stellingen toegelicht wil krijgen of bepaalde stukken behoeft. Vragen over de feiten worden op de comparitie vooral aan partijen zelf gesteld en niet aan hun advocaat. Zij waren er veelal zelf bij en kunnen nuances aanbrengen in het bestaande beeld van de feiten.[188] Er is wel ruimte voor juridische argumentatie, maar daarvoor is de comparitie niet primair bedoeld. Deze juridische argumentatie staat al in de dagvaarding en in de conclusie van antwoord en veelal wordt de juridische argumentatie niet heel anders door wat ter comparitie over de feiten wordt gezegd. Als uitgangspunt is ervoor gekozen dat pleiten ter comparitie niet plaatsvindt en dat partijen geen pleitnota's overleggen.[189]

De comparitie verschilt van karakter met de zitting waarop partijen een pleidooi houden.[190] Bij een pleidooi houden de advocaten van beide partijen vrijwel ongehinderd een eenzijdig betoog. Zij selecteren de onderwerpen en leggen de nadruk op een door hun gekozen onderwerp. Bij de comparitie daarentegen heeft de rechter de leiding over het debat. Hij bepaalt welke onderwerpen besproken worden en hoe lang hij bij een bepaalde kwestie stil wil staan. Opvallend is dat tijdens het verkrijgen van inlichtingen van alle procesdeelnemers de rechter het langst aan het woord is.[191] Hij lijkt voor de regie dus de nodige tijd uit te trekken. Zoals gezegd is het de opzet van de comparitie dat eerst over de feiten wordt gesproken en pas later, zo nodig, over de juridische argumentatie. Wordt er toch door advocaten gepleit, dan blijken de pleidooien meer bondig wanneer er na de feitengaring wordt gepleit, in plaats van aan het begin van de zitting.[192] Voor de comparitie lijken rechtbanken zo een twee uur uit te trekken.[193]

In veel zaken is de comparitie tevens de laatste mogelijkheid om de rechter van het eigen standpunt te overtuigen. In de regel wordt geen gelegenheid meer geboden om na de comparitie te re- of dupliceren of pleidooi te houden.[194] Dat dwingt partijen ertoe om hun mededelingsplicht serieus te nemen, om uit eigen initiatief de relevante stukken te overleggen en goed voorbereid ter comparitie te verschijnen. Zij hebben niet langer de mogelijkheid om hun kruit droog te houden.

In de loop van de tijd is de civiele procedure steeds meer geënt op de regiefunctie van de rechter. Het is de bedoeling dat hij instructies geeft voorafgaand aan de comparitie en ter comparitie leidt hij actief het debat tussen partijen. Naarmate de rechter meer activiteit ontplooit, wordt de persoon van de rechter belangrijker en het verloop van de procedure minder voorspelbaar. Om binnen de rechterlijke macht voor enige uniformiteit te zorgen, is een interne 'Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord' opgesteld. Deze richt zich niet tot partijen, maar nu deze ook op

---

187. Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 209; R.J. Verschoof, De praktijk van de comparitie na antwoord, Trema 2004, p. 343.
188. Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord, punt 13 en 45.
189. Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord, punt 13 en 52.
190. Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 218.
191. Janneke van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*, Research Memoranda Raad voor de rechtspraak nr. 5, jrg. 4, 2008, p. 40.
192. Verschoof 2004, p. 343.
193. Van der Linden 2008, p. 38 en Verschoof 2004, p. 344.
194. Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 210.

rechtspraak.nl is gepubliceerd, is het voor partijen enigszins voorspelbaar hoe de comparitie verloopt. In de praktijk blijft echter de nodige diversiteit bestaan en blijft met name een 'maatwerkinstructie' achterwege (waarbij gericht gevraagd wordt om nog toe te sturen stukken en een toelichting op bepaalde standpunten).[195] Eigenlijk lijkt eenieder te onderschrijven dat een dergelijke maatwerkinstructie gewenst is. Toch blijft die vaak uit. 'Er wordt bij de rechtbanken (...) erg gewerkt van binnen naar buiten. Het gaat niet om externe dienstverlening, maar vooral om interne argumenten (mandateringsbereidheid, tijdgebrek en efficiëntie).'[196] Organisatorische aspecten zijn er met name debet aan dat de instructie nog weinig uit de verf komt. De werkdruk vormt kennelijk zowel voor civiele rechters als bestuursrechters een serieuze belemmering om de zitting goed voor te kunnen bereiden door partijen al vooraf instructies te geven. De vraag of de rechter door actieve instructie en doorvragen op de zitting zijn onpartijdigheid in gevaar brengt, lijkt in het civiele recht minder te leven. Wel is onderzoek gedaan naar de beleving van partijen. Zo lijken partijen het belangrijk te vinden dat de rechter zijn aandacht voor beide partijen eerlijk verdeeld, bijvoorbeeld door allebei vragen te stellen en allebei ongeveer evenveel spreektijd te geven.[197]

4.4 Conclusie

In het codificatiedebat in het strafrecht en het civiele recht worden argumenten genoemd die ook in het bestuursrecht naar voren zijn gekomen. Tegenstanders van codificatie zijn bang dat een wettelijke bewijsregeling de rechter te veel beperkt. Vaste regels kunnen de waarheidsvinding belemmeren en tot formalisme leiden. Bovendien kunnen zij een hindernis vormen voor een efficiënte afdoening van het proces. Voorstanders van codificatie hechten veel belang aan rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en aan toezicht op de feitenvaststelling door een hogere rechter. Men kan niet in het algemeen zeggen dat wel of geen wettelijke bewijsregeling in het voordeel van burgers werkt. Het hangt van de inhoud van die te codificeren regels af of zij bewijslevering door burgers vergemakkelijken dan wel bemoeilijken.

Zowel het strafrechtelijk bewijsrecht als het civiele bewijsrecht zijn in de loop van de tijd meer naar een vrij bewijsstelsel gegroeid. In het strafrecht is dat impliciet gebeurd, doordat de artikelen over de bewijsmiddelen en bewijsminima in de rechtspraak bijzonder ruim zijn uitgelegd. In het civiele recht is daar in 1988 expliciet voor gekozen. Sindsdien luidt de hoofdregel dat bewijs met alle middelen kan worden geleverd en dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs.

---

195. Van der Linden 2008, p. 28.
196. R.J. Verschoof, 'Inleiding', in: R.J. Verschoof, H.M.M. Steenberghe & Y.E. Schuurmans, De regiefunctie van de rechter (Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 22 en 23. Overigens wordt daarin ook de kritiek gegeven dat de advocatuur zich te passief opstelt.
197. H.M.M. Steenberghe, Inleiding, in: R.J. Verschoof, H.M.M. Steenberghe & Y.E. Schuurmans, De regiefunctie van de rechter (Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 35.

In beide rechtsgebieden heeft men de noodzaak gezien om de verhouding tussen rechter en partijen opnieuw te definiëren. Deels komt dat door de grote procesdruk. Op alle rechtsgebieden lijkt men ermee te worstelen dat men een procesregeling heeft (gehad) die voldoet bij een klein aantal zaken, maar niet kan worden gehanteerd bij een groot zaaksaanbod. Verkorte vonnissen deden hun intrede in het strafrecht (en wegen om buiten de rechter om tot bestraffing te komen); in het civiele recht liep men vast in oneindige procedures door de lijdelijke opstelling van de rechter. Veranderingen die ook het bewijsrecht raken zijn in het proces doorgevoerd.

In het strafprocesrecht hebben verschillende kenmerken van een partijenproces hun intrede gedaan. In de bewijsmotivering dient de rechter te reageren op de door partijen uitdrukkelijk ingenomen standpunten. In de nieuwe wet Deskundige in strafzaken krijgt de verdediging voorts meer invloed op de totstandkoming en de inhoud van het deskundigenadvies. De onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft er in het algemeen voor gepleit om het proces meer contradictoir van karakter te maken.

In het civiele proces is de lijdelijk rol van de rechter verdrongen door zijn regierol. Hij heeft in de loop van de tijd meer armslag gekregen om zich met de feiten te bemoeien, zowel door partijen om opheldering te vragen als door eigen onderzoeksbevoegdheden aan te wenden. Bovendien is hij verantwoordelijk voor een efficiënt verloop van het proces. Hij bepaalt, binnen de grenzen van het geschil, in grote mate waar het debat op de comparitie over gaat. Hij kan partijen instructie geven. De rechter bepaalt tevens of na de comparitie nog ruimte bestaat voor overige proceshandelingen of dat vonnis zal worden gewezen.

Uit de ontwikkeling van het strafrechtelijk bewijsrecht kunnen verschillende lessen worden getrokken. Een eerste les is dat de waarborgen van een wettelijke bewijsregeling staan of vallen met de rechterlijke interpretatie van de bewijsbepalingen en het toezicht door de cassatierechter. In het strafrecht zijn die waarborgen behoorlijk minimaal uitgelegd. Een strakke wettelijke en gedetailleerde regeling van het bewijsrecht lijkt daarmee historie, de kwaliteit ligt vooral in de handen van de feitenrechters.[198] Legt men de verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling geheel bij de rechter, dan creëert men een kwetsbaar systeem. Alleen de wetgever of een hogere rechter kan 'afdwingen' dat van de feitenvaststelling werk wordt gemaakt (want dat ligt niet altijd voor de hand bij complexe feiten, bij een grote zaaksdruk en een overheidsdossier dat een logisch feitenrelaas weergeeft). Belangrijke waarborgen, zoals begrenzing van het gebruik van de auditu-verklaringen en anonieme getuigen, zijn bijvoorbeeld vooral onder invloed van het EHRM gesteld. Een tweede les heeft betrekking op de rechterlijke motivering van het bewijsoordeel. Die motivering geeft niet alleen voorlichting aan partijen, samenleving en hogere rechter, die motivering bevordert ook de waarheidsvinding. De rechter die in eigen woorden dient uit te leggen op welke gronden zijn overtuiging is gebaseerd, evalueert of zijn intuïtieve oordeel werkelijk zo logisch is. Dat past binnen een systeem waarin de rechter een grote verantwoordelijkheid draagt voor de feitenvaststelling.

198. Dubbelaar & Nijboer 2008, p. 38.

Daarbinnen past ook dat de rechter over voldoende materiedeskundigheid beschikt om die verantwoordelijkheid daadwerkelijk op zich te kunnen nemen.

Een les uit de ontwikkeling van het civiele bewijsrecht is dat het initiatief van bewijslevering bij partijen kan worden gelegd, maar niet zonder dat de rechter ook een verantwoordelijkheid krijgt toebedeeld. Althans, als men waarde hecht aan tijdige rechtspraak en aan waarheidsvinding. De lijdelijkheid van de rechter is verdrongen door zijn regierol. Wil het debat tussen partijen efficiënt verlopen en een bijdrage leveren aan waarheidsvinding, dan dient de rechter actief te zijn, bijvoorbeeld door maatwerkinstructies te geven en het debat op de zitting te leiden. Het nieuwe comparitiemodel gaat ervan uit dat juridische argumentatie primair in de stukken plaatsvindt. De mondelinge behandeling heeft meer tot doel alle feiten boven tafel te krijgen. Een volgende les is dat een actieve rechter problemen meebrengt die de bestuursrechtjurist bekend voorkomen. Activiteit kost tijd en kan tot onvoorspelbare en ongelijke zaaksbehandeling leiden. De oplossing wordt onder meer gezocht in landelijk rechterlijk beleid. Al met al moeten partijautonomie en ongelijkheidscompensatie niet worden overdreven als de grootste verschilmakende elementen tussen het civiele en bestuursrechtelijke bewijsrecht. Partijen bakenen de omvang van het feitelijk geschil af, maar daarbinnen stelt de rechter zich actief op. Daarnaast bevat het bewijsrecht de nodige instrumenten om de bewijsleveringslast van de zwakkere partij te verlichten.

5 Slotbeschouwing

In dit preadvies is onderzocht welke bewijsproblemen zich voordoen in het bestuursrechtelijk proces en welke keuzes vervolgens gemaakt moeten worden, voordat die bewijsproblemen kunnen worden opgelost. De bewijsproblematiek is in paragraaf 2 doorgrond. Bezien is welke bewijsregels ontstaan en hoe de verschillende typen bewijsregels van elkaar kunnen worden onderscheiden. Paragraaf 3 beschrijft de verschillende principiële keuzes die moeten worden gemaakt, voordat het bewijsrecht nader kan worden vormgegeven. Die keuzes zijn deels normatief van aard, deels zien zij op de inrichting van het proces. Vervolgens is in paragraaf 4 onderzocht of uit de ontwikkelingen in het strafrechtelijk en civiele bewijsrecht inspiratie kan worden ontleend voor de te maken keuzes. Voor een korte samenvatting wordt verwezen naar de eindconclusies van de afzonderlijke paragrafen. Hieronder worden de bevindingen geïntegreerd weergegeven. Aangevangen wordt met het eerste deel van de onderzoeksvraag van het bestuur van de VAR: moet het bewijsrecht in de Awb worden gecodificeerd? Vervolgens komt het tweede deel aan bod: zo ja, wat voor een soort regels? Die tweede vraag kan niet worden beantwoord zonder de verschillende beschreven keuzes te maken. De belangrijkste daarvan licht ik er vervolgens uit. Recapitulerend zal ik kort aangeven welke keuzes mij wenselijk lijken.

Moet het bewijsrecht in de Awb worden gecodificeerd?
Argumenten die voor codificatie pleiten zijn gelegen in de rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid en het belang van toezicht op de feitenvaststelling door een hogere rechter. Wettelijke bewijsregels zouden het voor belanghebbenden gemakkelijker kunnen maken om hun procespositie in te schatten. Een regel van bewijslastverdeling kan hun van een mogelijke bewijslast bewust doen worden of zij zien dat zij in een beroepschrift de bewijsmiddelen dienen te noemen waarover zij kunnen beschikken. Sommige bewijsregels kunnen hen ten opzichte van het bestuur of de rechter een aanspraak verlenen, bijvoorbeeld het recht om op een relevant en gemotiveerd bewijsaanbod een reactie te verkrijgen. De argumenten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid overtuigen naar mijn mening. Controle op het feitenoordeel van de rechtbank wordt vergemakkelijkt wanneer er duidelijke spelregels zijn. De ontwikkelingen in het strafrecht illustreren dat voor de effectiviteit van die controle de opstelling van feitenrechters (die voldoende motiveren) en de cassatierechter (die niet alles door de vingers ziet) belangrijker is dan de vraag of er wettelijk bewijsrecht is. Als rechters van toetsing van het dossier en motivering van hun bewijsoordeel weinig werk maken, is de waarde van wettelijke bewijsregels beperkt. Een complicerende factor voor de ontwikkeling van het bestuursrechtelijk bewijsrecht is dat de

functie van het hoger beroep daar weinig eenduidig is en dat een rechtseenheidvoorziening (nog) ontbreekt.

Als argumenten die zich tegen codificatie verzetten, kunnen worden genoemd het gevaar van formalisme en belemmering van waarheidsvinding en het belang van efficiëntie. Dat zijn wat tegenstrijdige argumenten. Of bewijsregels waarheidsvinding belemmeren zal in het bijzonder afhangen van de inhoud van die bewijsregels. Bewijsfuiken, bewijsminima, uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs, ingewikkelde procedures om een bewijsmiddel in te brengen, kunnen inderdaad bewijslevering bemoeilijken. Soms zijn daar goede redenen voor, omdat die bewijsregels andere belangen beschermen. Bewijsregels belemmeren dan legitiem de waarheidsvinding. Vaak zal echter het belóang van waarheidsvinding zwaarder wegen. Met het belang van waarheidsvinding voor ogen is, zowel in het strafrecht als in het civiele recht, in de loop van de tijd een meer vrij bewijsstelsel ontstaan. Het gevaar van formalisme lijk niet een gevaar dat specifiek en kenmerkend is voor bewijsregels. De wijze van toepassing van de bewijsregels in de rechtspraak zal bepalen hoe formalistisch de wettelijke regel uitwerkt. Bewijsregels kunnen inderdaad de efficiëntie binnen een proces in gevaar brengen. Rechters moeten bewust bewijsbeslissingen nemen en dat ook ten opzichte van partijen verantwoorden. Dat kan tijd kosten. Proceseconomie en waarheidsvinding vergen een afweging. Aan de andere kant kunnen bewijsregels soms ook bijdragen aan een snel en ordelijk verloop van de procedure. Vergroten bewijsregels inderdaad de voorspelbaarheid van de procedure, dan wordt wellicht minder geprocedeerd, of van aanvang af meer werk gemaakt van bewijslevering.

De argumenten van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid overtuigen mij bewijsregels te codificeren. De behoefte in het civiele recht en het strafrecht om naar een steeds vrijer stelsel toe te groeien, overtuigen mij ervan dat de te codificeren bewijsregeling beperkt dient te zijn tot essentiële bewijsbepalingen.

Welke bewijsproblemen moeten (door codificatie) worden opgelost?

Op abstract niveau kan men drie verschillende bewijsproblemen onderscheiden: de complexe feitenvaststelling, de situatie dat bewijsmateriaal ontbreekt en de situatie dat partijen het oneens zijn over de waardering van het verzamelde bewijsmateriaal.

Een feitenvaststelling kan complex zijn, doordat ofwel de werkelijkheid, ofwel de beschrijving van het rechtsfeit complex is. In het eerste geval vormt de feitenvaststelling inherent een benadering van de werkelijkheid. Vaak kan de feitenvaststelling aan de hand van verschillende onderzoeksmethodes geschieden, waarbij in de wetenschap discussie bestaat over de meest geschikte. In de regel is expertise nodig, waarover de rechter niet beschikt. Het bestuursorgaan beschikt daar wel vaak over, of is gehouden zich van advisering te voorzien. In deze situatie zou de rechter zijn eigen oordeel over de feiten niet in de plaats moeten stellen voor het oordeel van het bestuursorgaan. Zijn onafhankelijkheid weegt niet op tegen de expertise van het bestuur; ik ben er niet van overtuigd dat de rechter de werkelijkheid beter kan benaderen dan het bestuursorgaan doet. Dat betekent niet dat de rechter zich niet met de feitenvaststelling moet bemoeien. Het betekent dat de rechter zich als toetsingsrechter opstelt. Aan de hand van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel kan hij

nagaan of de onderzoeksmethode valide is en of het onderzoek in casu zorgvuldig is uitgevoerd. Wordt het rechtscollege voor het eerst met een nieuwe onderzoeksmethode geconfronteerd (het botonderzoek voor de vermeend minderjarige asielzoeker; het bloedonderzoek voor de vermeend voormalig verslaafde die een geschiktheidsverklaring wenst), dan zou bij geringe twijfel de rechter zelf een deskundige moeten inschakelen om de validiteit van de onderzoeksmethode aan enige toets te onderwerpen. Ook kan deskundigenonderzoek nodig zijn om na te gaan of de methode in het concrete geval goed is toegepast. Rechterlijke controle is dus zeker belangrijk. De expertise van het bestuur is een fictie, die in het concrete geval opzij moet kunnen worden gezet. De controle noodzaakt het bestuursorgaan om zijn eigen expertise voldoende op pijl te houden en daarin te investeren.

Het complexe rechtsfeit is bij uitstek een bewijsprobleem van het bestuursrecht. De vage feitelijke norm is veelal bewust gekozen en biedt ruimte voor politiek-bestuurlijke afwegingen. Een waardevrije feitenvaststelling en een normatieve feitenkwalificatie kunnen soms lastig van elkaar worden onderscheiden. Ook in dat geval zou de rechter zijn eigen oordeel over de feiten niet zomaar in de plaats moeten stellen voor die van het bestuur. Wel kan de rechter nagaan of het bewijsmateriaal dat het besluit onderbouwt betrouwbaar, consistent en overtuigend is, of aan het bevestigende dan wel ontkrachtende bewijsmateriaal evenveel aandacht is besteed en of het onderzoek van het bestuursorgaan volledig is geweest.

De complexe feitenvaststelling vormt een karakteristiek van de eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Bij het complexe rechtsfeit komt de discussie over machtenscheiding om de hoek kijken, waardoor de rechter terughoudend is. Met de complexe werkelijkheid zal de bestuursrechter in beginsel anders omgaan dan zijn civiel- en strafrechtelijke collega. Bestuursorganen zijn vaak in het leven geroepen vanwege hun specifieke deskundigheid en bouwen de expertise uit in de uitvoering van hun bestuurstaak. Standaardisatie van de bewijslevering is in beginsel toegestaan en de rechter hoeft in minder gevallen zelf een deskundige in te schakelen. Door de inherente inhoudelijke beperkingen voor de rechter om een eigen feitenoordeel te geven, dienen waarborgen voor een zorgvuldige complexe feitenvaststelling mijns inziens vooral in de bestuurlijke fase te worden gezocht. Men kan dan denken aan regels die de objectiviteit van de bestuurlijke feitenvaststelling vergroten of bijvoorbeeld regels die advisering normeren.

Ook bij feiten die gemakkelijker zijn vast te stellen, kunnen zich bewijsproblemen voordoen. Partijen slagen er niet in al het relevante bewijsmateriaal te overleggen of partijen verschillen van mening over de conclusie die uit het overgelegde bewijsmateriaal moet worden getrokken. In het laatste geval staat de bewijswaardering ter discussie. Ik zie weinig aanleiding om dat bewijsprobleem aan de hand van wettelijke regels op te lossen. Ook in het strafrechtelijk en civiele bewijsrecht is het uitgangspunt dat de waardering van het bewijs aan het vrije oordeel van de rechter is overgelaten. De waarde die een bewijsmiddel toekomt, zal erg afhangen van de omstandigheden van het geval. Bij de bewijswaardering dient nog wel een belangrijke principiële keuze onder ogen te worden gezien, namelijk hoe de bestuurlijke en rechterlijke fase zich tot elkaar verhouden. Kan de rechter het bewijsmateriaal beter waarderen dan het bestuursorgaan? Dat kan per individueel geval verschillen, maar

enige terughoudendheid past de rechter. Speelt materiële waarheidsvinding een grotere rol in het proces dan tijdens de besluitvorming? Zo nee, dan kan de rechter niet zomaar voorbijgaan aan feitenvaststellende beleidsregels. Zo ja, is dat dan het definitieve einde van het trechtermodel?

Ontbreekt bewijsmateriaal, dan komt de vraag naar boven wie binnen het proces de verantwoordelijkheid draagt om alsnog het bewijsmateriaal te vergaren en te overleggen. Dit bewijsprobleem stelt de verhouding tussen partijen enerzijds en de verhouding tussen partijen en rechter anderzijds aan de orde. De bewijslastverdeling tussen partijen is de laatste jaren in de jurisprudentie ontwikkeld langs de lijnen van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb. De bewijslastverdeling in beroep zou men kunnen codificeren. Daarbij kan worden aangesloten bij de bewijslastverdeling van artikel 150 Rv, omdat daarbinnen ook de nodige ruimte bestaat om aan ongelijkheidscompensatie te doen. Artikel 150 Rv geeft preciezer aan dat een partij de bewijslast draagt voor de feiten die ten grondslag liggen aan het door haar ingeroepen rechtsgevolg. Die regel wordt ook in het bestuursrecht als hoofdregel toegepast en ligt in feite aan de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb ten grondslag.[199] De plichten die het bestuursorgaan toekomt onder het zorgvuldigheidsbeginsel, zouden dan terugkomen in een verzwaarde motiveringsplicht in beroep. De meest spannende vraag op dit moment is die naar de verhouding tussen rechter en partijen. Tot welk punt kan de rechter bewijslevering van partijen blijven verwachten en wanneer moet hij zelf een onderzoek instellen? In welke mate draagt de rechter de verantwoordelijkheid voor de uiteindelijke feitenvaststelling? Dat is mijns inziens de grootste principiële keuze die gemaakt dient te worden.

De Grote Keuze: wordt het bestuursprocesrecht een volwaardig partijenproces of draagt de rechter een zelfstandige verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling?

Ten tijde van de invoering van de Awb is de eigen verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor de feitenvaststelling als vertrekpunt genomen. Vanuit dat vertrekpunt heeft het proces zich in de loop van de tijd echter meer tot een partijenproces ontwikkeld. De Awb bevat noch de voorzieningen voor een proces waarin de rechter een zelfstandige eindverantwoordelijkheid draagt voor het bewijsoordeel, noch de voorzieningen voor een proces waarin de bewijslevering een taak van partijen is. Mijns inziens komen de knelpunten in het huidige bewijsrecht daar voornamelijk vandaan (naast een hoge zaaksdruk). Partijen vinden hun grote verantwoordelijkheid voor de bewijslevering niet terug in de wet. Zij moeten in beginsel al het bewijsmateriaal uit zichzelf overleggen en hebben geen instrument in handen om bewijsvoorlichting of nadere mogelijkheden tot bewijslevering af te dwingen. Of de rechter een eigen verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling op zich wenst te nemen, is voorts goeddeels aan zijn discretie overgelaten. Zijn onderzoeksbevoegdheden zijn vrij, hij heeft geen plicht om zijn bewijsoordeel in de uitspraak te motiveren en zal door een hogere rechter daar niet expliciet op worden aangesproken. In een dergelijk stelsel komen feitelijke geschillen onvoldoende tot hun recht. Het is sterk afhankelijk van de kwaliteit van procespartijen dan wel de persoon van de rech-

199. Zie voor een uitwerking Schuurmans 2005, p. 317-320.

ter in welke mate het feitelijke geschilpunt daadwerkelijk wordt beslecht. Zo bleek ook uit de derde evaluatie van de Awb dat partijen met deskundige rechtsbijstand effectiever procederen omdat zij geschikter bewijsmateriaal overleggen.

Op dit punt dient in het bestuursrecht een bewuste keuze te worden gemaakt en moeten in de Awb de voorzieningen komen die horen bij dat type proces. De lessen uit het strafrechtelijk en civiele bewijsrecht komen daarbij van pas. Het lijkt uitgesloten de elementen van het partijenproces uit het bestuursprocesrecht te verwijderen. Met geschilbeslechting als primair doel van het proces, staat het geschil van eiser centraal en bepaalt hij in grote mate de omvang van het geding. Ook in het strafprocesrecht zijn de laatste jaren verschillende elementen van een partijenproces geïntroduceerd, waarbij van de verdachte een meer actieve opstelling wordt verwacht. Ik denk dat de kwaliteit van het proces en het feitenonderzoek daar eerder door toedan afneemt. Partijen zijn bij uitstek deskundig met betrekking tot de feiten. Voor de rechter is het in de praktijk lastig om de gehele eindverantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling daadwerkelijk op zich te nemen: er ligt al een dik dossier, in het publiekrecht grotendeels samengesteld door een overheidsorgaan dat over deskundigheid beschikt en bovendien moet hij zaken binnen een redelijke termijn afdoen. Zo is op een gegeven moment de praktijk ontstaan dat strafrechtelijke vonnissen worden gewezen, zonder de gronden van de bewezenverklaring te noemen (het verkort vonnis). Die praktijk heeft laten zien dat een stelsel waarin de rechter 'de bewijslast toekomt' niet zonder meer de beste voorwaarde geeft voor waarheidsvinding. Met verschillende wetswijzigingen groeit het contradictoire element binnen het strafproces. Wijkt de rechter in het vonnis af van door partijen uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, dan dient hij sinds 2005 de redenen daarvoor te geven. Bekent de verdachte, dan verlicht voorts de motiveringsplicht. Binnen het strafprocesrecht wordt gezocht naar differentiatie in zaaksbehandeling, zowel aan de hand van de opstelling van verdachte, als aan de hand van de belangen die in het proces op het spel staan. De onder omstandigheden verhoogde motiveringsplicht wordt gezien als een belangrijke stap die waarheidsvinding bevordert. De rechter kan gehouden zijn de inhoud van het relevante bewijsmateriaal in eigen woorden samen te vatten, met verwijzing naar de vindplaats in het dossier. Dat vergt een bezinning door de rechter op de logica en overtuigingskracht van zijn bewijsoordeel.

Hecht men in het bestuursprocesrecht aan een zelfstandige verantwoordelijkheid van de rechter voor de feitenvaststelling, dan hoort daarbij een proces waarin de rechter op zijn bewijsoordeel kan worden aangesproken. In een dergelijk proces zal de rechter onder omstandigheden verplicht zijn onderzoeksbevoegdheden aan te wenden, verdient de vergroting van de eigen deskundigheid van de rechter meer aandacht, heeft hij een plicht om zijn bewijsoordeel in de uitspraak te motiveren en dient een appelcollege of rechtseenheidvoorziening daar op toe te zien.

De rechter komt ook een verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling toe in een volwaardig partijenproces, maar die verantwoordelijkheid is anders van aard. Zou de rechter die niet nemen, dan kunnen procedures oneindig lang duren en kunnen partijen op hun eigen bewijsstukken blijven zitten. Met die ervaring rijker is de lijdelijke rol van de rechter in het civiele proces vervangen door zijn regierol. Ter comparitie heeft hij een actieve taak om inlichtingen in te winnen en de mogelijkheden van een schikking te beproeven. Hij stelt actief vragen aan partijen, waardoor de feite-

lijke omvang van het geschil in het civiele recht en het bestuursrecht behoorlijke overeenkomsten kent. De rechter probeert alle relevante feiten boven tafel te krijgen, maar partijen dienen nog steeds uit eigen initiatief bewijs te leveren. Zij dienen in de dagvaarding en conclusie aan te geven over welke bewijsmiddelen zij beschikken. Bewijsmateriaal dienen zij zelf aan de stukken te hechten of naar de comparitie mee te brengen. Daarna ontstaat een debat dat op de feitengaring gericht is. Feitelijke vragen worden aan partijen zelf gesteld en de juridische argumentatie hoort primair in de stukken plaats te vinden, niet tijdens de mondelinge behandeling van de zaak. In beginsel wordt na de comparitie vonnis gewezen. Alleen bij uitzondering wijst de rechter een tussenvonnis met bewijsopdracht.

Wil men in het bestuursprocesrecht handhaven dat partijen uit eigen beweging het benodigde bewijs leveren, dan dient het partijenproces vollediger te worden doorgevoerd. Partijen dienen hun verantwoordelijkheid in de wet terug te vinden. In een volwaardig partijenproces hebben partijen een wettelijke last om bewijs te leveren en dienen zij uit eigen initiatief relevant bewijsmateriaal te overleggen. Dat kan hen aan de hand van een regeling over bewijslastverdeling en bewijsaandraagplichten duidelijk worden gemaakt. Om partijen tot hun recht te laten komen dienen zij op zitting effectieve mogelijkheden te krijgen om hun feitelijke standpunt naar voren te brengen. Dat vraagt niet om een zitting waarop de rechter juridische pleidooien van partijen aanhoort en een enkele vraag stelt, maar om een actieve rechter die voorafgaand instructie geeft en doorvraagt naar het feitelijke geschilpunt. Op een goed gemotiveerd en ter zake dienend bewijsaanbod mogen partijen een reactie verwachten.

Voorzieningen uit het strafrechtelijk en civiele procesrecht kunnen niet zonder meer worden gekopieerd. Een groot verschil blijft dat in die rechtsgebieden deskundige rechtsbijstand de regel is. Zo blijft het lastig om van leken uitgewerkte en onderbouwde standpunten te verlangen die juridisch relevant zijn. Juridische duiding van standpunten kan in het bestuursrecht minder worden verlangd. De mogelijkheden tot nadere bewijslevering na comparitie zouden voorts naar mijn mening wat ruimer moeten zijn in het bestuursrecht. Daarnaast speelt getuigenbewijs in het algemeen geen prominente rol in de bewijslevering in het bestuursrecht. Het bewijsaanbod zou dan ook breder geregeld moeten worden, dan alleen voor het aanbod van getuigenbewijs.

Natuurlijk kan men in het bestuursprocesrecht ook enkel praktisch aan de slag en de concrete knelpunten uit de evaluatie trachten op te lossen, bijvoorbeeld door meer instructie te geven en regiezittingen te houden. Impliciet kiest men daarmee dan voor een verdere doorvoering van het partijenproces. Dat is niet erg, maar ik zou liever de consequenties van die verbouwing onder ogen willen zien. Meer regie en activiteit van de rechter maakt de persoon van de rechter sterker van invloed op het verloop van het proces. Moet dat dan niet, net als in het civiele recht, worden gecompenseerd met een duidelijke regel van bewijslastverdeling en met een landelijke handleiding voor de zitting? En past het inslaan van deze weg ook bij feitenvaststellingen waarvoor de rechter een zelfstandige verantwoordelijkheid draagt, bijvoorbeeld bij punitieve besluiten? Praktische ingrepen door bewijsinstructie helpen de individuele burger in zijn concrete geschil en dat is een grote meerwaarde. Maar met alleen die praktische ingrepen ontstaat geen samenhangend stelsel van bewijsrecht.

Daarvoor kan codificatie van de bewijslastverdeling nodig zijn, intern beleid voor de regie en soms ook een motivering van het bewijsoordeel in de uitspraak. In het geval dat de feiten het kernpunt van geschil zijn geweest, voel ik er wel wat voor om een rechterlijke motiveringsplicht op te nemen, vergelijkbaar met het strafrecht. Wijkt hij af van een door partijen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, dan geeft hij daarvoor de reden in de uitspraak. Artikel 8:77 Awb zou daartoe kunnen worden uitgebreid.

Kort samengevat acht ik codificatie van het bestuursrechtelijk bewijsrecht wenselijk omdat wettelijke regels de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevorderen. Die codificatie moet beknopt zijn; een vrij stelsel van bewijs moet alleen worden ingeperkt wanneer zich concrete bewijsproblemen voordoen. Bij een complexe feitenvaststelling is het voor de rechter inherent lastig om een eigen bewijsoordeel te geven. Toch is rechterlijke controle bijzonder belangrijk, omdat het bestuur moet worden gedwongen zijn verantwoordelijkheid te nemen en zijn expertise te onderhouden, dan wel verder te ontwikkelen. De rechter kan onderzoeken of de onderzoeksmethode valide is, of de methode in het concrete geval goed is toegepast, of bewijsmateriaal dat het besluit onderbouwt betrouwbaar, consistent en overtuigend is, of aan het bevestigende dan wel ontkrachtende bewijsmateriaal evenveel aandacht is besteed en of het onderzoek van het bestuursorgaan volledig is geweest. De rechter die deze elementen beoordeelt, zal vooral aangeven welke regels het bestuursorgaan tijdens de besluitvorming in acht had moeten nemen. Die bewijsrechtelijke waarborgen voor de besluitvormingsfase verhogen de kwaliteit van de complexe feitenvaststelling, zonder dat de rechter een taak op zich neemt die mijns inziens bij het bestuur hoort te liggen.

De bewijswaardering kan vrij blijven, net als in het civiele recht en het strafrecht de hoofdregel is. Het proces van bewijslevering behoeft wel codificatie. Het lijkt mij wenselijk de ontwikkeling richting een partijenproces verder door te voeren. Bestrijdt eiser de feiten, dan krijgt hij een plicht om in het beroepschrift de bewijsmiddelen te noemen waarover hij kan beschikken; verweerder geeft in het verweerschrift aan welke bewijsstukken in het dossier de feitenvaststelling onderbouwen. De bewijslastverdeling, het bewijsaanbod en de bewijsopdracht worden in de wet geregeld. Nagedacht moet worden hoe, bij een geschil over de feiten, (de voorbereiding van) de zitting het best kan worden vormgegeven ten behoeve van het feitelijk debat. Ook voor de sector bestuursrecht komt er een handleiding voor de mondelinge behandeling van de zaak. Het partijenproces kan echter niet volledig worden doorgevoerd, omdat de bestuursrechter voor verschillende feiten een zelfstandige verantwoordelijkheid draagt en omdat partijen ook zonder deskundige rechtsbijstand kunnen procederen. In de jurisprudentie moet die rechterlijke verantwoordelijkheid nader worden vormgegeven. Artikel 8:77 Awb wordt gewijzigd. Wijkt de rechter af van een door partijen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, dan geeft hij daarvoor de reden. De beslechting van het feitelijke geschilpunt wordt in de uitspraak uitgedrukt. De appelrechter oefent vervolgens controle uit op de motivering van het bewijsoordeel.

Stellingen

1. Niet alleen partijen dienen een risico te lopen bij een onvoldoende oplossing van het feitelijk geschil, ook de rechtbank. De uitspraak kan bijvoorbeeld worden vernietigd wegens een motiveringsgebrek of financiële prikkels kunnen worden geïntroduceerd.

2. De kwaliteit van de feitenvaststelling kan op verschillende wijzen worden verhoogd: meer eisen stellen aan het bestuursorgaan bij de primaire besluitvorming, meer eisen bij de beslissing op bezwaar of meer ambtshalve onderzoek door de rechter. Alle drie zijn belangrijk, maar een hoog niveau van bewijsrechtelijke waarborgen in de bezwaarfase baat het meest.

3. Het procesrecht voor een rechtsgebied dat zich uitstrekt van punitief besluit tot begunstigende beschikking moet niet te uniform zijn.

4. Voor het bestuursprocesrecht moet een principiële keuze worden gemaakt tussen een volwaardig partijenproces, dan wel een proces waarin de rechter zelfstandig verantwoordelijk is voor de feitenvaststelling (met inachtneming van de differentiatie uit stelling 3).

5. Meer materiële waarheidsvinding kan niet 'budgettair neutraal' geschieden.

Bewijslast en bewijsmiddelen in duale geschillen

*Mr. dr. R.J. Koopman**

1 Inleiding 187

2 Bewijslastverdeling en het toetsingskader in beroep? 188

3 Bewijsmiddelen 193
3.1 Inleiding 193
3.2 Deskundigenrapporten 194
3.3 Getuigen 202
3.4 Partijverklaring 217
3.5 De eigen waarneming door de rechter 219
3.6 Eigen wetenschap van de rechter 222

4 Conclusies en aanbevelingen 226

Stellingen 230

* Robert Jan Koopman is vice-president in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

1 Inleiding

In dit preadvies wordt stilgestaan bij de bewijslast en het gebruik van bewijsmiddelen in bestuurlijke tweepartijengeschillen. De procedure bij de rechter staat hierbij centraal. Dat was voor mij bij aanvang van mijn onderzoek een vanzelfsprekendheid, omdat ik als fiscalist ben opgevoed met het adagium: bewijslast is bewijsrisico. Dit heeft tot gevolg dat de bewijslastverdeling pas aan bod komt als de rechter de voor zijn beslissing relevante feiten moet gaan vaststellen. Alleen ten aanzien van in beroep enerzijds gestelde en anderzijds betwiste feiten komt men aan die toedeling van bewijsrisico toe als het bewijs niet geleverd is. Die toedeling van het bewijsrisico werpt zijn schaduw wel vooruit naar de bestuurlijke fase, maar vindt dan nog niet plaats. Gaandeweg dit onderzoek werd mijn indruk bevestigd dat het niet-fiscale bestuursrecht hier en daar lelijk uit de pas loopt. Hier, ten aanzien van de gelijkstelling van bewijslast met bewijsrisico. Zo las ik tot mijn verbijstering dat de bestuursrechter de bewijslast naar zich toe zou kunnen halen (Welk risico loopt hij dan? Zou de rechter zichzelf in het ongelijk stellen?), en daar, ten aanzien van de koppeling van het bewijsrisico aan het antwoord op de vraag of voldaan is aan de controle- en meewerkverplichtingen.

Ofschoon de vanzelfsprekendheid van de centrale positie van de procedure voor de rechter bij de bespreking van bewijslast en bewijsmiddelen aldus aan het wankelen werd gebracht, heb ik er toch aan vastgehouden, want mijn overtuiging op dit punt is uiteindelijk overeind gebleven.

Bij de bespreking van de bewijsmiddelen heb ik verhoudingsgewijs veel aandacht besteed aan het bewijs door middel van getuigen en deskundigen. De taakopvatting van de rechter speelt hierbij een belangrijke rol. Vragen over het zittingsgericht werken, de aanvulling van de feiten en het toetsingskader van de rechter, dringen zich op. Vooral dat toetsingskader in beroep bleek een niet te vermijden onderwerp. Dit wordt daarom direct hierna bij de behandeling van de bewijslastverdeling aangesneden. Daarna volgt in paragraaf 3 een bespreking van de positie van een aantal bewijsmiddelen.

2 Bewijslastverdeling en het toetsingskader in beroep?

Het toetsingskader dat in een bestuursrechtelijk geschil wordt aangelegd, bepaalt in hoge mate de rol die bewijskwesties in de beslechting van het geschil spelen. Schlössels en Schuurmans hebben in hun deelrapporten hier al bij stilgestaan. Er zijn in grote lijnen twee modellen voor invulling van het toetsingskader te onderscheiden. In de eerste plaats is er het model waarin de bestuursrechter onderzoekt of het besluit op een juiste wijze tot stand gekomen is. Een krachtige verschijningsvorm van dit model is te zien in de vreemdelingenzaken. In het tweede model toetst de bestuursrechter de inhoud van het onderliggende besluit. In de meest sterke vorm is dit model terug te vinden in de belastingrechtspraak. In een wat zwakkere vorm past de bestuursrechter dit model toe in procedures betreffende sociale verzekeringen.

In een procedure die volgens het eerste model verloopt zullen zich minder, en in elk geval andere bewijsvragen voordoen dan in een procedure die volgens het tweede model wordt gevoerd. Immers, als de wijze van totstandkoming van het onderliggende besluit de kern van de discussie vormt, zal de feitelijke grondslag voor de materiële beslissing niet gauw aan de orde komen. Voor de vreemdelingenrechter is in beginsel niet aan de orde of het zogenoemde asielrelaas van de vreemdeling geloofwaardig is. In plaats daarvan onderzoekt de rechter of het oordeel van het bestuursorgaan over de geloofwaardigheid van dat asielrelaas voldoet aan eisen op het gebied van zorgvuldigheid en kenbaarheid van de motivering.[1] In dit perspectief is de vaststelling van feiten ter fixering van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking de taak van het bestuursorgaan[2] en controleert de bestuursrechter of het orgaan die taak naar behoren heeft uitgevoerd. De fuikenleer is een uitvloeisel van deze werkwijze. Een argument of bewijs dat niet reeds in de bestuurlijke voorfase naar voren heeft gebracht, kan in de regel niet door het bestuursorgaan zijn meegewogen. Als slechts wordt onderzocht of het bestuursorgaan zorgvuldig en rechtmatig heeft gehandeld op basis van hetgeen destijds bekend kon zijn, is er geen plaats nova. In het kader van een onderzoek volgens het eerste model zullen niet veel feitelijke geschilpunten rijzen. Wel kan aan de orde komen of het bestuursorgaan is uitgegaan

1. Zie onder meer ABRvS 4 mei 2006, nr. 200509551/1, JV 2006/246 en ABRvS 22 januari 2008, nr. 200706436/1, LJN BC3004.
2. Aldus L.M. Koenraad, Deskundig rechtspreken, beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht, JBplus, 2007, p. 221rk.

van juridisch juiste opvattingen over bijvoorbeeld hetgeen te bewijzen is en welke bewijsmiddelen zijn toegelaten. Ook kan in het kader van de toetsing van de kenbaarheid van de motivering van het bestreden besluit de begrijpelijkheid van de gedachtegang van het bestuursorgaan worden getoetst. In dit opzicht vertoont de taak van de vreemdelingenrechter een zekere gelijkenis met die van de cassatierechter. Feitelijke geschilpunten zijn overigens niet uitgesloten. Met name rond de vraag of er tijdig bezwaar of beroep is ingesteld kunnen feitelijke vragen rijzen die door middel van bewijsregels moeten worden beslecht. Er is overigens ook in het vreemdelingenrecht wel enige beweging te bespeuren in de richting van een intensievere bemoeienis van de rechter met de feiten. De ABRvS oordeelde vorig jaar dat de beoordeling of tegengeworpen tegenstrijdigheden betrekking hebben op een essentieel onderdeel van het asielrelaas en daarmee ook de andere delen van het asielrelaas aantasten in beginsel door de rechter zonder terughoudendheid worden beoordeeld.[3] Maar dat neemt niet weg dat een nog altijd gaat om een toetsing die een in hoge mate abstract karakter heeft. Centraal staat immers de vraag wat onder een essentieel onderdeel van het asielrelaas moet worden verstaan. In elk geval blijft uitgesloten dat de rechter de veemdeling uitnodigt om ter zitting de geschiedenis van zijn komst naar Nederland te vertellen en vervolgens op basis van de geloofwaardigheid van die nieuwe uiteenzetting beslist.

In een procedure die volgens het tweede model verloopt doen zich verhoudingsgewijs veel bewijsvragen voor. Het fiscale recht is daar een voorbeeld van. Voor de belastingrechter is in geschil of de inspecteur de aan de belastingaanslag ten grondslag liggende feiten aannemelijk kan maken, voor zover die feiten zijn betwist. Daartegenover staat dat de belastingplichtige in beginsel bij betwisting de feiten aannemelijk moet maken die ten grondslag liggen aan zijn aanspraak op een aftrek of vermindering van belasting. De belastingrechter onderzoekt het geschil omtrent de hoogte van de belastingschuld. Daarbij is van ondergeschikt belang of de inspecteur bij de aanslagregeling en de behandeling van het bezwaar correct heeft gehandeld. Fuiken passen niet in deze benadering. De belastingplichtige mag, bij wijze van spreke ter zitting in appel in beginsel geheel nieuwe grieven tegen de hoogte van de aanslag naar voren brengen. Het tweede model is door de Afdeling bestuursrechtspraak ook toegepast in een geschil betreffende de vraag of een pad een openbare weg was in de zin van de Wegenwet. De Afdeling ontleende haar oordeel omtrent de bewijslastverdeling aan de materiële rechtsregel, neergelegd in artikel 4 van de Wegenwet en beoordeelde of de appellant door middel van getuigenverklaringen en historisch kaartmateriaal aannemelijk gemaakt had dat het pad gedurende dertig aaneengesloten jaren voor een ieder toegankelijk is geweest.[4] Het bepaalde in artikel 3:2 en artikel 4:2 Awb speelt in deze beslissing van de Afdeling geen enkele rol.

In het belastingrecht prevaleert de aan het materiële recht ontleende bewijslastverdeling boven de onderzoeks- en meewerkplicht. In een geschil over toepassing van de

---

3. ABRvS 23 mei 2008, nr. 200705074/1, LJN BD3180.
4. ABRvS16 november 2005, nr. 200502091/1, AB 2006, 242 m.nt. Y.E. Schuurmans.

zelfstandigenaftrek in de inkomstenbelasting, had de belastinginspecteur aan de belastingplichtige verzocht om een specificatie van de gewerkte uren. Dit was van belang omdat de zelfstandigenaftrek alleen wordt verleend als in het desbetreffende jaar ten minste 1225 uur wordt besteed aan het feitelijk drijven van de onderneming.[5] De belastingplichtige had aan dit verzoek niet voldaan en de inspecteur beriep zich vervolgens op toepassing van de processuele sanctie van artikel 25, lid 3 en artikel 27e AWR, op grond waarvan bij een niet voldoen aan de inlichtingenverplichting de belastingaanslag of de uitspraak op bezwaar gehandhaafd wordt tenzij blijkt dat en in hoeverre die aanslag of die uitspraak onjuist is. Men noemt dit wel de omkering van de bewijslast, maar in dit geval zou het neerkomen op een verzwaring van de bewijslast: in plaats van aannemelijk maken, zou de belastingplichtige zijn gelijk moeten doen blijken. De Hoge Raad wilde daar echter in dit geval niet aan en overwoog:

> 'Als op een belastingplichtige de bewijslast rust met betrekking tot een feitelijke omstandigheid (bijvoorbeeld de aanwezigheid van een aftrekpost of het aantal gewerkte uren) die, indien aannemelijk, tot een lagere belasting voor die belastingplichtige zou leiden, heeft het niet ingaan op een uitnodiging van de inspecteur nadere inlichtingen te verstrekken ter onderbouwing van de aftrek, geen gevolg voor de bewijslastverdeling. De bewijslast van die omstandigheden rust immers al op de belastingplichtige. Bij het vragen van inlichtingen heeft de inspecteur dan niet een belang als waarop artikel 47 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen ziet.'[6]

Uit dit arrest spreekt dat daar waar de belastingplichtige reeds de bewijslast heeft, de inspecteur geen actieve onderzoeksplicht meer heeft. De inspecteur moet de belastingplichtige wel de gelegenheid bieden om bewijs te leveren en dat bewijs moet de inspecteur op zijn merites beoordelen, maar een actieve speurtocht naar de feiten wordt van de inspecteur niet verlangd. Hij mag als het ware achterover leunen en zeggen: 'Vooralsnog krijgt u deze aftrekpost niet bij gebrek aan bewijs, maar als u wilt kunt u proberen mij te overtuigen.' De Hoge Raad zegt zelfs dat de inspecteur in dit geval bij het opvragen van gegevens geen belang heeft als waarop artikel 47 AWR ziet. Aan deze overweging moet misschien zelfs de gevolgtrekking worden verbonden dat de gebruikmaking van controlebevoegdheden in een geval als het onderhavige *détournement de pouvoir* in de zin van artikel 3:3 Awb zou opleveren.

In het socialezekerheidsrecht, waarin zoals vermeld een zwakkere vorm van het tweede model wordt toegepast, speelt de bewijslastverdeling met betrekking tot materieelrechtelijke geschilpunten, wel een rol, maar daarbij wordt de totstandkoming van het besluit vaak in de beslissing rond het bewijs betrokken. Als voorbeeld kan genoemd worden de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 15 maart 2006, nr. 04/7410WW, LJN AV8803, inzake het recht op een verlengde WW-uitke-

---

5. Zie artikel 44m, lid 1 Wet IB 1964 (tekst 1998 en 1999) thans artikel 3.76 juncto artikel 3.6 Wet IB 2001.
6. HR 3 februari 2006, nr. 41 329, BNB 2006/204. Idem HR 3 februari 2006, nr. 41 814, BNB 2006/205 m.nt. R.H.L. IJzerman.

ring. Het ging in die zaak om het arbeidsverleden van de aanvrager van de uitkering. In de regel rust de bewijslast rond het arbeidsverleden waarop de aanvrager zijn aanspraak op de uitkering stoelt, bij de aanvrager. In het geval waarover de Centrale Raad op 15 maart 2006 besliste, ging het echter om iemand die al eerder een WW-aanvraag had gedaan en die uitkering ontvangen had, daarna weer was gaan werken en vervolgens na een ziekte in de WAO was beland. Toen hij weer grotendeels werd goedgekeurd, vroeg hij opnieuw een WW-uitkering aan. Hij beschikte echter niet meer over de gegevens betreffende zijn arbeidsverleden. Het UWV had de gegevens al verkregen bij de eerste WW-aanvraag, maar na vijf jaar waren die gegevens vernietigd. De Centrale Raad oordeelde dat in dit geval de bewijslast aangaande het arbeidsverleden bij het UWV rust. Van belang is dat de Centrale Raad zijn oordeel over de initieel op de aanvrager rustende bewijslast doet steunen op het bepaalde in artikel 4:2, lid 2, Awb, op grond waarvan de aanvrager bij zijn aanvraag de gegevens en bescheiden te verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Het oordeel dat in dit geval de bewijslast rust op het UWV wordt gebaseerd op de zorgvuldigheidsnorm van artikel 3:2 Awb. De Raad legt namelijk de bewijslast met betrekking tot het arbeidsverleden volledig bij het UWV omdat dit orgaan gehandeld heeft in strijd met artikel 3:2 van de Awb door zelf de gegevens omtrent het arbeidsverleden van appellante te vernietigen en die gegevens niet duurzaam op te slaan in zijn verzekerdenadministratie.

Ik zie hier een fundamenteel verschillende benaderingswijze tussen de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep. Terwijl de Centrale Raad de bewijslast laat volgen uit de al dan niet correcte invulling door partijen van hun onderzoeks- en meewerkplicht, stelt de Hoge Raad de bewijslastverdeling voorop en ontleent aan die bewijslastverdeling zijn oordeel over de vraag welke onderzoeks- en meewerkverplichtingen in dit geval gelden.

Het voorgaande heeft verstrekkende gevolgen voor diegene die zich tot taak heeft gesteld om algemene wettelijke bewijsregels te formuleren. Deze persoon ziet zich immers in de eerste plaats voor de vraag gesteld waar die bewijsregels in de wet moeten worden opgenomen. De fiscalist zal menen dat die regels nauw samenhangen met het materieel belastingrecht en in beginsel thuishoren in de verschillende belastingwetten, of eventueel de Algemene wet inzake rijksbelastingen, voor zover er meer algemene noties kunnen worden geformuleerd. De specialist op het gebied van sociaalzekerheidsrecht echter, zal zijn blik eerder wenden tot de Hoofdstukken 3 en 4 van de Awb. Hij ziet de regels inzake de bewijslast immers als een uitvloeisel van de taakverdeling tussen burger en overheidsorgaan bij de totstandkoming van een besluit. Degene die thuis is in het vreemdelingenrecht ten slotte, zal wellicht menen dat de meest voor de hand liggende plaats voor bewijsregels is te vinden in het procesrecht. Daar immers treft hij de meeste bewijsrechtelijke vraagstukken.

Een extra complicatie hierbij is dat bewijsvraagstukken in het bestuursrecht niet los van hun bredere juridische context bezien kunnen worden. Zo hebben bewijsvragen in fiscale geschillen niet zelden een communautaire dimensie. Mede in het licht van

hetgeen hiervoor al is betoogd verdient het arrest HvJ EG 27 september 2007 (C184/05), BNB 2008/13 (m.nt. Bijl) vermelding. Het ging in die zaak om toepassing van het tarief van nihil voor, onder andere, intracommunautaire leveringen, dat zijn leveringen waarbij goederen van de ene lidstaat naar de andere gaan. Volgens artikel 12, lid 1 van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968, geldt de aanspraak op toepassing van dit tarief van nihil slechts 'indien de toepasselijkheid van dat tarief uit boeken en bescheiden blijkt'. De Hoge Raad vroeg aan het Hof van Justitie of de belastingautoriteiten van de lidstaat van waaruit goederen in het kader van een intracommunautaire levering worden verzonden of vervoerd, verplicht zijn de autoriteiten van de lidstaat waarvoor deze goederen volgens de leverancier bestemd zijn, om inlichtingen te verzoeken en deze te gebruiken om uit te maken of het daarbij daadwerkelijk om een intracommunautaire levering ging. Aldus werd door de Hoge Raad de reikwijdte van de onderzoeksplicht van de Belastingdienst aan de orde gesteld. Het Hof van Justitie antwoordde dat het beginsel dat de bewijslast van het recht op toepassing van een fiscale uitzonderingsmaatregel of toekenning van een belastingvrijstelling rust op degene die aanspraak maakt op een dergelijk recht, binnen de door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen blijft. Voorts overwoog het Hof mede op grond van doel en strekking van de Richtlijn inzake wederzijdse bijstand, dat de belastingautoriteiten van de lidstaat van waaruit goederen in het kader van een intracommunautaire levering worden verzonden of vervoerd, niet verplicht zijn de autoriteiten van de lidstaat waarvoor deze goederen volgens de leverancier bestemd zijn, om inlichtingen te verzoeken. Dit voorbeeld laat zien dat regels over bewijslast, bewijsmiddelen en de zorgvuldigheid van het door de overheid uit te voeren onderzoek, nauw verweven kunnen zijn met het communautair recht.

Niet alleen het Communautair recht moet in ogenschouw worden genomen bij het vaststellen van regels omtrent de bewijslastverdeling. Bij de vaststelling van bestuurlijke boeten spelen strafrechtelijke beginselen op het gebied van het vermoeden van onschuld en het zwijgrecht een rol. En als de vraag aan de orde is of bestuur en burger gebonden zijn aan een tussen hen gesloten vaststellingsovereenkomst, zal de civielrechtelijke doctrine omtrent bijvoorbeeld dwaling en goede trouw en de daaraan verbonden bewijsregels een belangrijke rol spelen.

Al met al denk ik dat het formuleren van algemene wettelijke regels omtrent de bewijslastverdeling nog een brug te ver is. Dit geldt zelfs als die regels beperkt zouden worden tot tweepartijengeschillen. Wel zou ik voor het niet-fiscale bestuursrecht meer aandacht willen vragen voor de initiële, aan het materiële recht ontleende bewijslastverdeling. Ik heb verhoudingsgewijs weinig uitspraken van appelcolleges gevonden waarin die bewijslast – ik bedoel hier: het bewijsrisico[7] – ten aanzien van de toepassing van bepaalde rechtsregels duidelijk bij de ene of de andere partij wordt gelegd. Het meer benadrukken van die initiële bewijslastverdeling zou de rechtszekerheid bevorderen en mogelijk ook onnodig gebruik van onderzoeksbevoegdheden kunnen voorkomen, met name in tweepartijengeschillen.

---

7. Bewijslast is naar mijn mening niet meer en niet minder dan bewijsrisico: degene die niet aan die last voldoet verliest de procedure, punt uit.

3 Bewijsmiddelen

3.1 Inleiding

In het bestuursrecht geldt de vrije bewijsleer, ook wel aangeduid als de vrij-bewijsleer.[8] Dit houdt in dat de wetgever in het bestuursrecht geen algemene voorschriften heeft geformuleerd ten aanzien van het bewijsrecht. Dit geldt zowel voor de bewijslastverdeling als de waardering van het bewijs en de te hanteren bewijsmidden. Dit in tegenstelling tot het civiele recht waar in artikel 150 Rv een algemene regel omtrent de bewijslast is geformuleerd en er verder algemene regels zijn gesteld over bijvoorbeeld de dwingende bewijskracht van authentieke akten (art. 157 Rv). In het strafrecht geldt uiteraard de *presumptio innocentiea* en moet het te laste gelegde feit bewezen worden door middel van 'wettige bewijsmiddelen', welke bewijsmiddelen in artikel 339 Sv uitputtend zijn opgesomd. De bestuursrechtelijke vrije bewijsleer neemt niet weg dat er op vele plaatsen wel specifieke bewijsregels voor min of meer concrete gevallen in de wet zijn opgenomen. Zo kent de Wet inkomstenbelasting 2001 in artikel 3.20 een regeling voor de bijtelling ter zake van privégebruik van de zogenoemde auto van de zaak. Volgens die regeling blijft de bijtelling achterwege 'indien uit een rittenadministratie of anderszins blijkt dat de auto op jaarbasis voor niet meer dan 500 kilometer voor privé-doeleinden wordt gebruikt'. Aldus heeft de wetgever voor dit concrete geval zowel impliciet de bewijslastverdeling geregeld (de belastingplichtige moet doen blijken), een voorbeeld van een bewijsmiddel genoemd, als de bewijswaardering voorgeschreven ('blijken' betekent een zware vorm van bewijs, er mag redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel resteren).

Een ander voorbeeld uit het belastingrecht betreft de reeds genoemde toepassing van het tarief van nihil in de omzetbelasting. Dit tarief geldt, huiselijk gezegd, voor leveringen over de grens. Volgens artikel 12, lid 1 van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968, geldt de aanspraak op toepassing van dit tarief van nihil slechts 'indien de toepasselijkheid van dat tarief uit boeken en bescheiden blijkt'.

In de hierna volgende deelparagrafen zal worden ingegaan op in het bestuursrecht veelvoorkomende bewijsmiddelen. Uitgangspunt zal steeds zijn de vraag of er reeds een algemene wettelijke regeling bestaat. Als die vraag bevestigend wordt beant-

---

8. L.M. Koenraad, Deskundig rechtspreken, beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht, JBplus, 2007, p. 223, stelt dat er niet langer sprake is van een 'vrij-bewijsleer' in het bestuursrecht, doordat de bevoegdheid tot het bijdragen aan de bewijslevering door rechtspraak van de ABRvS en de CRvB aan banden is gelegd. Maar dit is een definitiekwestie. Ik versta onder de vrije bewijsleer dat er geen algemene *wettelijke* regels zijn aangaande bewijslastverdeling, en de keuze en waardering van bewijsmiddelen. Dit laat onverlet dat de appel- of cassatierechter rechtersrecht kan vormen.

woord, zal worden bezien of die regeling aanvulling of wijziging behoeft, en als die regeling niet bestaat zal worden ingegaan op de vraag of invoering van zo'n regeling wenselijk is.

3.2 Deskundigenrapporten

In hoofdstuk 8 Awb is reeds voorzien in de benoeming van deskundigen door de rechtbank. artikel 8:47 Awb regelt summier voor de fase van het vooronderzoek de benoemingsprocedure en wat er dient te gebeuren als de deskundige zijn schriftelijk verslag heeft uitgebracht. Daarnaast wordt in artikel 8:48 Awb geregeld dat een arts die op de voet van artikel 8:47 Awb is benoemd, inlichtingen omtrent een te onderzoeken persoon kan inwinnen bij de behandeld arts, de verzekeringsarts en de adviserend arts van het bestuursorgaan.

Als in het kader van het vooronderzoek een deskundige wordt benoemd, zal hij schriftelijk verslag uitbrengen. De rechtbank kan echter ook in het kader van het onderzoek ter zitting een deskundige benoemen. Dat is geregeld in artikel 8:60 (betreffende de benoeming en oproeping) en artikel 8:63 (betreffende het horen). De deskundige die is opgeroepen om ter zitting te verschijnen zal mondeling verslag doen van zijn bevindingen. Wel kan de rechtbank, ambtshalve of op verzoek van een partij, bepalen dat een verklaring van de deskundige in zijn geheel in het procesverbaal van de zitting wordt opgenomen. In dat geval wordt die verklaring onverwijld op schrift gesteld, voorgelezen en ter ondertekening voorgelegd aan de deskundige. De rechten en verplichtingen van de door de rechtbank benoemde deskundige zijn geregeld in artikel 8:34 en 8:36 Awb.

Het vierde lid van artikel 8:60 Awb voorziet in door partijen naar de zitting meegebrachte en opgeroepen deskundigen. Partijen kunnen deze deskundigen meebrengen of bij aangetekende brief of deurwaardersexploit oproepen. Voldoet de deskundige niet aan deze oproeping, dan kan de rechtbank, als ter zitting blijkt dat de opgeroepen deskundige er niet is, ertoe overgaan de deskundige zelf op te roepen. Zie artikel 8:63, lid 3 Awb. Niet geheel duidelijk is of, en zo ja onder welke omstandigheden de rechter hiertoe verplicht is. Een zelfde probleem speelt bij de door een partij opgeroepen, maar niet verschenen, getuige. Ik kom daarop in de hierna volgende paragraaf op terug.

De deskundige die in het kader van een vooronderzoek is benoemd heeft een andere rol dan de deskundige die in het kader van het onderzoek ter zitting wordt meegenomen door partijen of wordt opgeroepen door de rechter. Eerstgenoemde deskundige wordt blijkens het gestelde in artikel 8:47, lid 1, Awb specifiek benoemd om een onderzoek te verrichten. De deskundige die ter zitting verschijnt zal meer in het algemeen uitleg geven omtrent de stand van de wetenschap op zijn vakgebied. Dat kan anders zijn in het geval de deskundige met een partij meekomt en deze deskundige voordien al in opdracht van die partij een onderzoek heeft verricht. Hetzelfde geldt voor de deskundige die in opdracht van de ene partij, meestal het bestuursorgaan, een onderzoek heeft verricht in de bestuurlijke voorfase, en vervolgens door de andere partij wordt opgeroepen om ter zitting te verschijnen. Juist in

dit laatste geval kan de deskundige onwillig zijn om te verschijnen en rijst hiervoor al omschreven vraag of de rechter verplicht is om deze deskundige zelf op te roepen.

Wanneer moet de rechter een deskundige benoemen?
In het kader van de Derde Evaluatie Awb is er door Barkhuyzen, Damen c.s.[9] op gewezen dat er thans uit de jurisprudentie vrijwel niet valt af te leiden in welke gevallen de rechtbank (ambtshalve) en deskundige zou moeten benoemen. Het komt mij voor dat daar ook nauwelijks algemene, de specifieke rechtsgebieden overstijgende, regels voor te formuleren zijn.[10] Opvallend in het door hen uitgevoerde onderzoek is wel dat er tussen de jaren 2002 en 2005 een forse afname te zien is van het percentage zaken waarin de rechtbank een deskundige benoemt. Benoemden de rechtbanken in 2002 nog in 7 procent van de zaken een deskundige, in 2005 was dat percentage teruggelopen tot 2. Voorts is opvallend dat er tussen de geïnterviewde rechtbanken forse verschillen zijn. Terwijl één rechtbank in 2002 in 21 procent van de gevallen deskundige benoemde (en in 2005 in 3 procent), waren er ook twee van de vijf onderzochte rechtbanken waar in geen enkel van de onderzochte dossiers een deskundigenonderzoek was ingesteld (noch in 2002 noch in 2005). Formulering van algemene richtlijnen voor gevallen waarin de rechtbank zal moeten overgaan tot benoeming van een deskundige, zouden tot meer uniformering kunnen leiden, maar ik zie daar in de huidige stand van de rechtsontwikkeling nog onvoldoende mogelijkheden voor.

Moet de deskundige partijen betrekken in zijn onderzoek?
De regeling die in artikel 8:47 Awb is neergelegd voor de benoeming van deskundigen en inrichting van het deskundigenonderzoek in de fase van het vooronderzoek, voorziet in participatie van partijen in de formulering van de onderzoeksvraag en in de mogelijkheid voor partijen om te reageren het verslag van de deskundige. Deze regeling voorziet niet uitdrukkelijk in participatie van partijen in het onderzoek zelf. Zo staat er niet omschreven dat partijen aanwezig mogen zijn bij een plaatsopneming door de deskundige of bij het horen van getuigen door de deskundigen. In artikel 198, lid 2, Rv voorziet wel in enige participatie door partijen in het onderzoek: de deskundigen moeten partijen in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen.

In het *Mantovanelli*-arrest[11] oordeelde het EHRM over een geval waarin de ouders van een jonge vrouw die overleden was in een ziekenhuis, dat ziekenhuis nalatigheid verweten en op die grond aansprakelijk stelden. De gestelde nalatigheid bestond hierin dat er bij een reeks operaties uiteindelijk excessief gebruik zou zijn gemaakt van het verdovingsmiddel halothane. De Franse rechter benoemde een deskundige en gaf als opdracht te onderzoeken of de omstandigheden waaronder halothane aan de dochter was toegediend nalatigheid aan de kant van het ziekenhuis opleverde.

---

9. Zie T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep, deelrapport in het kader van de Derde Evaluatie van de Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 66.
10. Zie ook het in deze band opgenomen preadvies van D.A. Verburg, paragraaf 6.5.
11. EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278.

Daarmee was de vraag die aan de deskundige werd voorgelegd identiek aan de vraag die door de rechtbank moest worden beantwoord. Het EHRM stelt hieromtrent vast: 'Thus although the administrative court was not in law bound by the expert's findings, his report was likely to have a preponderant[12] influence on the assessment of the facts by that court.' Nu mochten de eisers in de procedure wel reageren op het deskundigenrapport, maar zij konden niet participeren in het onderzoek zelf. De deskundige had documenten bestudeerd en vijf getuigen gehoord, waaronder de chirurg die de laatste fatale operatie had verricht en de anesthesist. Maar eisers konden niet aanwezig zijn bij die interviews of de getuigen vragen stellen en vernamen as dat er documenten waren toen zij het definitieve rapport van de deskundige onder ogen kregen. Ook had de rechter het verzoek van eisers om een nieuw deskundigenonderzoek afgewezen. Het EHRM concludeert dat 'Mr and Mrs Mantovanelli were thus not able to comment effectively on the main piece of evidence. The proceedings were therefore not fair as required by Article 6 § 1 of the Convention.'

Het *Mantovanelli*-arrest ziet op een bijzonder geval. Het ging om een door de rechter benoemde deskundige die een vraag te beantwoorden kreeg die vrijwel samenviel met de door de rechter te nemen beslissing. Rechtspsycholoog Wagenaar, die vaak is ingeschakeld als deskundige in strafzaken, vindt dat de deskundige zich niet moet lenen voor de beantwoording van dergelijke vragen. Hij zegt letterlijk: 'De deskundige moet geen vragen beantwoorden die niet in het domein van de deskundige horen, maar die in het domein van de rechter horen' en noemt als voorbeeld het geval van een getuige die zegt dat hij heeft gezien dat de verdachte het te laste gelegde feit pleegde, welke getuige mogelijk aan een psychische stoornis lijdt. De deskundige mag volgens Wagenaar niet ingaan op de vraag 'heeft de getuige gelijk', want als die vraag bevestigend wordt beantwoord, staat eigenlijk vast dat de verdachte het feit heeft gepleegd en die laatste vraag moet de rechter zelf beantwoorden.[13] Deze mening vindt bevestiging in oude rechtspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad. Daarin oordeelde ons hoogste rechtscollege dat de rechter de vaststelling van de in het geschil zijnde feiten niet aan deskundigen behoort over te laten[14] en dat de rechter wel bevoegd is deskundigen te raadplegen op gebieden waar hij zelf deskundigheid mist, maar 'geenszins om aan deskundigen te delegeren de op hemzelf rustende taak om bij geschillen van feitelijke aard te onderzoeken wat er is van de feiten en na rechtstreekse kennisneming en eigen waardering van het bewijsmateriaal zich daarover een oordeel te vormen'.[15]

Wanneer deze mening van Wagenaar (en de oude rechtspraak van de Hoge Raad) wordt gelegd naast de casus van het Mantovanelli-arrest, kan men zich afvragen of het probleem dat het EHRM onderkende, niet beter opgelost zou kunnen worden

---

12. Ook de Franse tekst van het arrest gebruikt de term *prépondérante*. Ik heb het voor de zekerheid nagezocht. In mijn woordenboek Frans-Nederlands staat als vertaling: 'overwegend, beslissend'. Mijn woordenboek Engels-Nederlands houdt het op 'overwegend'.
13. W.A. Wagenaar, Psychologie in de rechtszaal, luisterboeken uitgegeven door Home Academic Publishers, Den Haag, i.s.m. Studium Generale Universiteit Utrecht, 2007, disc 1, track 3.
14. HR 16 december 1953, B. nr. 1954/29.
15. HR 21 april 1954, BNB 1954/183.

door een veel beperkter taakopdracht voor de deskundige. Is het wel wenselijk dat de deskundige getuigen hoort en zelf, buiten partijen en de rechter om, stukken raadpleegt? Ik meen dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. Ik meen voorts dat het eigenlijk zo gek nog niet is dat Hoofdstuk 8 Awb geen voorziening kent voor het horen van getuigen door de deskundige. Die getuigen kunnen eventueel door de rechter worden gehoord, zonodig in aanwezigheid van de deskundige. Wel brengen de eisen van een behoorlijke rechtspleging met zich dat de deskundige bij zijn onderzoek dezelfde interne transparantie betracht zoals die ook geldt voor de rechter geldt. Geheimhouding van de onderzoeksopdracht en het rapport voor één der partijen is uit den boze.[16] De deskundige moet zijn waarnemingen ter plaatse en geraadpleegde stukken in beginsel met partijen delen. Bij een beperkte, niet met het door de rechter te beslissen geschilpunt samenvallende, onderzoeksvraag, behoeft naar mijn mening niet aan partijen de gelegenheid geboden te worden op die waarnemingen en stukken te reageren voordat het rapport bij de rechter wordt ingediend. Wel moeten partijen uiteraard voor de rechter die gelegenheid krijgen. De ABRvS lijkt eenzelfde uitgangspunt te hanteren in haar uitspraak van 9 mei 2007 betreffende een in opdracht van de rechtbank uitgebracht advies van de Stichting advisering bestuursrechtspraak (StAB).[17]

De eigen verantwoordelijkheid van de rechter wordt benadrukt in een uitspraak van de CRvB.[18] De Raad oordeelde dat de bestuursrechter het zorgvuldig tot stand gekomen, gemotiveerde en concludente oordeel van de door hem ingeschakelde deskundige in beginsel kan volgen, mits de deskundige zijn bevindingen en conclusies, ook na confrontatie met het andersluidend oordeel van de bezwaarverzekeringsarts, op inzichtelijke wijze en naar behoren heeft gemotiveerd. In het desbetreffende geval had de rechtbank nagelaten de door haar ingeschakelde deskundige te confronteren met het naar aanleiding van haar rapportage door appellant ingenomen, gemotiveerde en deels andersluidend standpunt. De Raad oordeelde dat de rechtbank niet zonder hernieuwde raadpleging van haar deskundige tot een oordeel had kunnen komen. Deze uitspraak illustreert de eigen verantwoordelijkheid van de rechter. Hij moet zelf de motivering van het deskundig oordeel en de redenering die daaraan ten grondslag ligt toetsen en de deskundige confronteren met de bevindingen van een contra-expert.

Deskundigen in de bestuurlijke voorfase

Terwijl het maar weinig voorkomt dat in de beroepsfase van een bestuursrechtelijk geschil een deskundige wordt benoemd, vindt in de bestuurlijke voorfase veelvuldig advisering door deskundigen plaats. Een voor de hand liggend voorbeeld is de medische keuring die plaatsvindt in het kader van de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid van een verzekerde. De keuringsarts is hier de deskundige die aan het bestuursorgaan rapporteert omtrent de bevindingen van zijn onderzoek. Dit

16. ABRvS 14 augustus 2002, LJN AE6469, JB 2002/296 m.nt. M.G.W.M. Peeters.
17. ABRvS 9 mei 2007, LJN BA4711, AB 2007, 359 m.nt. G.M. van den Broek, JB 2007/127 m.nt. A.M.M.M. Bots; M en R 2007/7, nr. 85 m.nt. K.D. Jesse, NJB 2007, 1138.
18. CRvB 21 juli 2006, LJN AY5328, USZ 2006/254.

rapport kan in beroep als bewijs dienen. Op dezelfde wijze maakt de IND in vreemdelingenzaken gebruik van ambtsberichten van Nederlandse ambassades in den vreemde en de bevindingen van radiologen omtrent de uitgroei van schouderbotten om de leeftijd van een vluchteling vast te stellen en maken gemeenten in WOZ-zaken gebruik van de diensten van taxateurs.

Soms is inschakeling van deskundigen bij de voorbereiding van een besluit wettelijk voorgeschreven. De artikelen 3:5 tot en met 3:9a Awb geven voor deze wettelijke advisering enkele procedureregels.[19] Voorschriften omtrent de onverplichte advisering in de bestuurlijke voorfase kent de Awb niet. Dat neemt niet weg dat voorschriften gegeven in de hiervoor genoemde bepalingen zich veelal zullen lenen voor analoge toepassing bij onverplichte advisering.[20]

Gelet op de betrekkelijk grote schaal waarop in de bestuurlijke voorfase gebruik wordt gemaakt van deskundigen, zou het naar mijn mening aanbeveling verdienen om na te denken over spelregels omtrent de benoeming, honorering en werkwijze van dergelijke deskundigen.

Voor de hand liggende thema's voor dergelijke spelregels zijn mededingingsaspecten bij de benoeming, de toelaatbaarheid van resultaatsafhankelijke honoraria, alsmede externe geheimhouding en interne transparantie bij de uitvoering van het onderzoek. Voorts kan gedacht worden aan spelregels omtrent de mogelijkheid om te reageren op een advies. In dit verband is van belang hetgeen de ABRvS overwoog in haar uitspraak van 22 november 2006, nr. 200602000/1, LJN AZ2750. Het ging daar om een door de Mondriaanstichting afgewezen verzoek om toekenning van een subsidie voor een tentoonstellingsproject in New York. De afwijzing was gebaseerd op een advies van de adviescommissie Kunsten Internationaal. De aanvrager betoogde dat zij in de gelegenheid had moeten worden gesteld om te reageren op een conceptadvies, voordat een definitief advies aan het bestuursorgaan werd aangeboden. Zij vond de rechtbank aan haar zijde, die voor deze opvatting steun vond in het *Mantovanelli*-arrest van het EHRM.[21] De ABRvS dacht hier echter anders over. Het *Mantovanelli*-arrest ziet, aldus de Afdeling, op adviezen die door de rechter worden ingewonnen. Het bestuur beschikt veelal, zoals ook in dit geval, over eigen materiedeskundigheid. Voorts gelden voor de bestuurlijke besluitvorming andere normen dan voor de procedure bij de rechter. In de bestuurlijke fase moet het bestuur actief de nodige kennis over de relevante feiten en belangen vergaren. Als het bestuur zich daarbij doet bijstaan door een deskundige adviescommissie, moet het nagaan of de commissie de aan haar voorgelegde vraag zorgvuldig heeft onderzocht, en tevens of

---

19. De in artikel 3:5 e.v. Awb geregelde advisering ziet niet alleen op advisering door deskundigen, ook de zogenoemde representatieadvisering (bijvoorbeeld door de ondernemingsraad) en semi-rechterlijke advisering vallen hieronder.
20. Idem L.M. Koenraad, Deskundig besturen, beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus, 2006, p. 20rk. Koenraad pleit t.a.p. voor een uitbreiding van de reikwijdte van Afdeling 3.3 Awb tot alle vormen van verplichte of onverplichte, externe of interne advisering.
21. EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278.

de resultaten van het onderzoek het advies kunnen dragen. Het ligt, aldus de Afdeling, op de weg van het bestuur om in het kader van deze beoordeling belanghebbenden de gelegenheid te geven om op het advies te reageren.

Het lijkt op het eerste gezicht alsof de Afdeling in deze uitspraak als regel stelt dat het bestuursorgaan dat ter zake van een te nemen besluit advies heeft ingewonnen, na ontvangst van dat advies eerst de belanghebbenden in de gelegenheid moet stellen op dit advies te reageren, alvorens het besluit te nemen. De woorden 'het ligt op de weg van' lijken immers te duiden op een verplichting of een taak. Voorts lijken de woorden 'deze beoordeling' te duiden op de zorgvuldige voorbereiding van het primair besluit en te duiden op de zogenoemde vergewisplicht van artikel 3:9 Awb. Daar tegenover staat echter dat elders in de uitspraak wordt vastgesteld dat de aanvrager (pas) in de bezwaarfase inzage in het advies kreeg, en dat de Afdeling dit kennelijk voldoende acht. Ik houd het er daarom op dat de Afdeling bedoeld heeft tot uitdrukking te brengen dat het bestuursorgaan uiterlijk in de bezwaarfase aan de burger de mogelijkheid moet bieden om op het advies te reageren.

De hiervoor weergegeven uitspraak van de ABRvS is in AB 2008, 62 voorzien van een kritische annotatie van Verheij. Hij noemt de motivering van de uitspraak niet geheel overtuigend. Bezien in een breder kader rijst ook de vraag of deze uitspraak niet onder omstandigheden tot een wezenlijke beperking van de rechtsbescherming kan leiden. Ik doel met name op gevallen waarin een bewijsfuik wordt gehanteerd. Een zeer extreem voorbeeld hiervan zijn de vreemdelingenzaken waarin contra-expertise in de beroepsfase door de Afdeling wordt verboden. De vreemdeling kan als hij zijn aanvraag voor een verblijfsvergunning indient een contra-expertise aangaande zijn nationaliteit laten uitvoeren, teneinde aan de op hem rustende bewijslast te voldoen. In beroep kan niet voor het eerst aan die bewijslast worden voldaan en de rechtbank mag niet langs de weg van artikel 8:47 Awb het onderzoek laten verrichten dat de vreemdeling had moeten laten instellen.[22] Het komt mij voor dat het van tweeën een moet zijn: ofwel de burger krijgt meteen in het kader van de voorbereiding van het initiële besluit het volle pond conform het *Mantovanelli*-arrest, ofwel hij krijgt in de beroepsfase alle ruimte om door middel van contra-expertise of anderszins het advies en de grondslag van het besluit aan te vechten. Een, al dan niet wettelijke, regeling waarin een dergelijke minimumgarantie wordt opgenomen zou naar mijn mening wenselijk zijn.

Ook zou overwogen kunnen worden regels te formuleren over de mogelijkheden tot het doen uitvoeren van contra-expertise. Ten aanzien van deze contra-expertises zou naar mijn indruk maatschappelijke winst geboekt kunnen worden als het voor de burger en de door hem ingeschakelde deskundige tijdig duidelijk wordt aan welke eisen de contra-expertise moet voldoen. Voorkomen zou kunnen worden dat de burger voor veel geld een deskundige in de arm neemt, wiens rapportage door het bestuursorgaan of de rechter van tafel wordt geveegd omdat het rapport niet voldoet

22. Zie T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., t.a.p., p. 64, en de aldaar genoemde uitspraak ABRvS 28 december 2006, AB 2006, 86 m.nt. Sewandono.

aan bepaalde uitgangspunten. Ik denk in dit verband aan contra-expertises in het kader van schadevergoedingen op grond van artikel 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening, (thans artikel 6.1. Wet ruimtelijke ordening). Een dergelijke contra-expertise moet niet een zelfstandige beoordeling van de schade bevatten, maar moet aannemelijk maken dat het advies waarop het bestuursorgaan zich baseert (in de regel van de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken) zodanige gebreken, bevat dat het bestuursorgaan zijn besluit daarop niet in redelijkheid kon baseren.[23]

Bij de beoordeling van besluiten die mede steunen op deskundigenrapporten legt de ABRvS, zo blijkt reeds uit de hiervoor genoemde uitspraak van 22 november 2006, nr. 200602000/1, LJN AZ2750, de nadruk op de zorgvuldige voorbereiding van dat besluit. Dit komt ook tot uitdrukking in de rechtspraak van de Afdeling inzake de leeftijdsvaststelling van vreemdelingen aan de hand van de uitrijping van de mediale uiteinden van de sleutelbeenderen. De Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie (thans: de Staatssecretaris van Justitie) pleegt hiervoor de hulp in te roepen van radiologen die op basis van röntgenfoto's de sleutelbeenderen bestuderen en beoordelen. Er was echter een praktijk gegroeid, waarbij de rapportages niet werden voorzien van de naam van de radioloog die verantwoordelijk was voor het onderzoek. De Afdeling overwoog dat de Minister zich er ingevolge artikel 3:2 Awb van dient te vergewissen dat het onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze is verricht, zodat het de daaraan verbonden conclusies kan dragen. Daartoe dient de minister zich te wenden tot een adviseur die beschikt over de deskundigheid die noodzakelijk is voor het te verrichten onderzoek.[24] De Afdeling voegt hieraan toe dat de minister, teneinde te kunnen beoordelen of dit onderzoek zorgvuldig is verlopen en volledig is geweest, dient te beschikken over een verslag van de bevindingen, waarvoor de deskundige blijkens de ondertekening van dat verslag de verantwoordelijkheid neemt, ook als hij om hem moverende redenen zijn naam niet op voorhand bekend wenst te maken.[25, 26]

Wanneer de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling inzake de Mondriaanstichting en de zojuist besproken rechtspraak inzake de leeftijdsvaststelling van vreemdelingen naast elkaar worden gelegd, dan valt op dat de Afdeling sterk de nadruk legt op de eigen verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. De Afdeling gaat ervan uit dat het orgaan veelal beschikt over eigen materiedeskundigheid, en eist dat het

---

23. Zie hieromtrent T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., t.a.p., p. 63, en de aldaar genoemde uitspraken ABRvS 28 april 2004, LJN AO8488 en ABRvS 1 september 2004, BR 2005, p. 43 m.nt. Van Zudert.
24. Zie over de verplichting tot het inschakelen van deskundigen met voldoende kwalificaties CRvB 29 september 2005, USZ 2005, 362 en L.M. Koenraad, Deskundig besturen, beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus, 2006, p. 241rk.
25. In zijn annotatie bij ABRvS 3 maart 2004, AB 2004, 128 stelt Sewandono dat uit deze uitspraak zou blijken dat in het kader van de aan artikel 3:2 Awb ontleende vergewisplicht, vermelding in een bijlage van de initialen van de onderzoeker zou voldoen. Ik deel die opvatting niet. De grief betreffende de vergewisplicht wordt door de Afdeling uitdrukkelijk niet behandeld in verband met een van de beruchte fuiken (r.o. 2.2). De overweging van de Afdeling inzake de vermelding van de initialen (r.o. 2.8.1) ziet alleen op de betrouwbaarheid van het onderzoek zelf, en niet op de zorgvuldigheid van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan.
26. Zie ook ABRvS 31 maart 2004, JV 2004/210 en ABRvS 21 april 2004, JV2004/236.

orgaan zich ervan vergewist of de deskundige de aan hem voorgelegde vraag zorgvuldig heeft onderzocht, en tevens of de resultaten van het onderzoek het advies kunnen dragen. Voorts moet het bestuursorgaan nagaan of degene die het heeft ingeschakeld werkelijk over de benodigde kwalificaties beschikt om het onderzoek te kunnen verrichten, daartoe moet die deskundige zich bekendmaken. Verder moet het bestuursorgaan zich met de deskundige kunnen verstaan als een reactie op een eventuele contra-expertise gewenst is.[27] Als ik het goed zie, hanteert de Afdeling deze maatstaf ook in gevallen waarin de adviestaak niet wettelijk geregeld is en het bepaalde in artikel 3:9 Awb naar de letter van artikel 3:5, lid 1, Awb toepassing mist. De CRvB zit op dezelfde lijn. De Raad eist ook bij vrijwillige advisering dat het bestuursorgaan zich ervan vergewist dat aan de totstandkoming en de conclusies van dat advies geen zodanige gebreken kleven dat het besluit niet, althans niet zonder meer, op dat advies mag worden gebaseerd. Wil een advies deugdelijk zijn, dan kan in beginsel een weergave van de onderzoeksgegevens niet worden gemist.[28] Ook inhoudelijk moet het bestuursorgaan het deskundigenrapport kritisch beoordelen. Een rapport waarin geen aandacht wordt besteed aan voor de belanghebbende gunstige verklaringen van getuigen, werd door de CRvB naar de prullenbak verwezen.[29]

Deze nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan vertoont gelijkenis met de Standaard die geldt voor accountants die gebruikmaken van de werkzaamheden van deskundigen. In deze Standaard staat uitvoerig omschreven hoe en wanneer een accountant met een controleopdracht gebruik kan maken van de diensten van een deskundige, bijvoorbeeld een taxateur van onroerende goed of een jurist. Als opvallende hoofdregels gelden dat de accountant de vakbekwaamheid van de deskundige moet beoordelen aan de hand van diploma's, lidmaatschap van erkende beroepsorganisaties, en ervaring en goede naam. Verder moet de accountant de objectiviteit van de deskundige beoordelen aan de hand van onder meer diens financiële afhankelijkheid van de entiteit die gecontroleerd wordt.[30] En voorts moet de accountant 'beoordelen of de werkzaamheden van de deskundige toereikend zijn om als controle-informatie voor de desbetreffende bewering (...) te kunnen dienen'.

> 'Dit omvat de beoordeling of de essentie van de bevindingen van de deskundige op een juiste wijze (...) wordt weergegeven dan wel de bewering (...) ondersteunt, en de beoordeling van de: gebruikte basisgegeven, toegepaste veronderstellingen, grondslagen en methoden en de consistentie daarvan ten opzichte van voorgaande perioden, uitkomsten van de werkzaamheden van de deskundige in het licht van de algemene kennis van

27. Zie ook ABRvS 5 oktober 2005, JB 2005/324.
28. CRvB 2 mei 2002, nr. 00/2864 AW, LJN AE4573, Gemeentestem 2003, 7179, p. 26.
29. Zie CRvB 25 november 1999, TAR 2000, 10, alsmede de beschouwing die L.M. Koenraad, hieraan wijdt in zijn eerdergenoemd artikel Deskundig besturen, beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus, 2006, p. 28lk.
30. Hier is een parallel met CRvB 21 augustus 2001, JB 2001/297, NA 2002, 6, waarin werd geoordeeld dat het inschakelen van een deskundige onder wiens verantwoordelijkheid eerder aan het bestuursorgaan is geadviseerd c.q. die zelf advies heeft uitgebracht in strijd is met de beginselen van goede procesorde.

de entiteit die de accountant bezit en de bevindingen vanuit andere controlewerkzaamheden.'[31]

In wezen vormt de hiervoor weergegeven Standaard voor accountants een uitwerking van de voor hen geldende zorgvuldigheidsnorm en vergewisplicht. Het komt mij voor dat het bestuursrecht op dit punt nog onvoldoende tot ontwikkeling is gekomen om in de Awb op eenzelfde detailniveau invulling te kunnen geven aan de zorgvuldigheidsnorm. Wel zou nader onderzoek kunnen worden gedaan naar de werking van beleidsregels en aanbevelingen van koepelorganisaties zoals de VNG, inzake de benoeming en samenwerking met deskundigen. Op basis van een dergelijk onderzoek en de door de verschillende appelcolleges geformuleerde minimumeisen zouden zogenoemde *best practices* kunnen worden gevonden, die als inspiratiebron voor een verdere ontwikkeling en uniformering kunnen dienen.

3.3 Getuigen

In een bestuursrechtelijk geschil duiken, om het wat oneerbiedig te zeggen, op zeer uiteenlopende momenten getuigen op. Het kan zijn dat het geschil aanvangt door een proces-verbaal van een controleambtenaar, maar evenzeer kan er ter zitting in appel door een partij een getuige worden meegebracht. In de Awb wordt eigenlijk alleen aandacht besteed aan de getuige die tegenover partijen en de rechter zijn verklaring aflegt. Ik begin daarom met de behandeling van dat geval. De bewijskracht van – meestal schriftelijke – getuigenverklaringen die in de bestuurlijke voorfase zijn ingebracht, bespreek ik daarna.

Het oproepen en horen van getuigen door de rechter
De regeling rond het oproepen en horen van getuigen in de beroepsfase vertoont op vele punten overeenstemming met de procedure rond de benoeming en het horen van deskundigen. Zowel in het kader van het vooronderzoek (art. 8:46 Awb) als in het kader van het onderzoek ter zitting (art. 8:60 Awb) kunnen getuigen worden opgeroepen en gehoord. In het kader van het onderzoek ter zitting kunnen ook getuigen worden gehoord die door een partij zijn meegebracht of door die partij zijn opgeroepen.

De wet lijkt op het eerste gezicht partijen niet de mogelijkheid te bieden om getuigen gehoord te krijgen in het kader van het vooronderzoek. Anders dan in de fase van het onderzoek ter zitting, kunnen partijen in het kader van het vooronderzoek geen getuigen oproepen en naar de rechtbank meebrengen. Dat is niet vreemd, want partijen is geen datum, tijd en plaats bekend voor het horen van de getuige. Toch worden er met enige regelmaat al schriftelijke getuigenverklaringen bij beroep of verweer ingebracht, al dan niet vergezeld van het aanbod om de getuige te doen

31. Nadere voorschriften controle- en overige standaarden, Gebruikmaken van de werkzaamheden van deskundigen, Standaard 620, gepubliceerd in de Handleiding Regelgeving Accountancy (HRA), Deel 1, NIvRA en NOvAA, 2007, p. 1097-1103.

horen. Niets belet een partij om de rechter te verzoeken om reeds in het kader van het vooronderzoek een getuigenverhoor te entameren – vragen staat immers vrij – maar daaromtrent is niets geregeld. In de Awb is ook niet geregeld dat partijen schriftelijke getuigenverklaringen kunnen inzenden.

In de huidige praktijk gebeurt het meer dan eens dat de rechter zich pas tijdens het onderzoek ter zitting gesteld ziet voor de vraag of er getuigen moeten worden opgeroepen en gehoord. In een enkel geval neemt een partij een getuige mee, maar veelal blijft het bij een schriftelijk of mondeling aanbod om door middel van getuigenverklaringen een stelling aannemelijk te maken. Als dit aanbod in het beroep-, of verweerschrift wordt gedaan, of bij conclusie van re- of dupliek, had de rechter – althans in theorie – dit verzoek al eerder kunnen opmerken en daarop kunnen reageren. De praktijk van het zittingsgericht werken leidt er echter toe dat op de rechtbank vaak pas inhoudelijk naar de zaak wordt gekeken als de zitting wordt voorbereid. Barkhuysen en Damen[32] schrijven zelfs op basis van het door hen uitgevoerde dossieronderzoek, dat de bestuursrechter *nooit* partijen of getuigen hoort gedurende het vooronderzoek.

De verplichting tot het honoreren van een getuigenaanbod

Barkhuysen en Damen schrijven voorts[33] dat er tussen de verschillende appèlcolleges aanzienlijke verschillen bestaan tussen de wijze waarop zij met (de passering door de rechtbank van) een bewijsaanbod omgaan. In dit verband is het nuttig om gevallen naast elkaar te plaatsen waarin een partij een getuige meebrengt naar de zitting en de gevallen waarin een partij de rechter verzoekt een getuige op te roepen. Als een partij op de voet van artikel 8:60, lid 4, Awb een getuige heeft bewogen om ter zitting te verschijnen, zal de rechter die getuige in beginsel moeten horen. Het komt mij voor dat daar weinig verschil van mening over kan ontstaan. Het aanbod om die getuige te horen mag alleen worden afgewezen als de verklaring niet relevant kan zijn voor de uitkomst van het geschil, of als de partij die de getuige heeft meegebracht ook nadat hem daaromtrent opheldering is gevraagd niet concreet aangeeft ter zake van welke feitelijkheden de getuige een verklaring kan afleggen. In het bijzonder mag het aanbod nimmer worden afgewezen op basis van een speculatie omtrent de geloofwaardigheid of de bewijskracht van de verklaring.[34] Pas nadat de getuige is gehoord kan de rechter zich immers een oordeel vormen over die geloofwaardigheid en die bewijskracht. De annotator in Vakstudie-Nieuws verwoordt deze regel treffend als hij zegt dat de enkele prognose van de waarheidsgetrouwheid van de getuigenverklaring onvoldoende is om de getuigen niet eerst in het wit van de ogen te zien.[35] Het onderscheid tussen een prognose omtrent de getrouwheid van een verklaring en een oordeel omtrent de relevantie ervan, is overigens niet altijd even gemakkelijk te maken. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak in een

32. A.w. p. 212.
33. A.w. p. 69.
34. HR 5 maart 1980, BNB 1980/114, HR 12 november 1997, nr. 32 681, BNB 1997/410, HR 3 mei 2002, nr. 36 836, BNB 2002/217 en, iets minder eenduidig, CRvB 31 oktober 2006, nr. 06/496 WWB, AB 2007/74 m.nt. HBr.
35. Annotatie bij HR 12 november 1997, nr. 32 681, V-N 1998/5.8.

vreemdelingenprocedure dat de rechtbank kon afzien van het horen van een getuige die kon verklaren omtrent hetgeen de appellant zou hebben te vrezen bij terugkeer naar Afghanistan, aangezien die getuige reeds vijf jaar in Nederland verbleef.[36] Aan dit oordeel ligt naar ik begrijp de gedachte ten grondslag dat iemand die al vijf jaar in Nederland verblijft niet uit eigen waarneming kan verklaren omtrent de veiligheidssituatie in Afghanistan. Dat lijkt geen onredelijke gedachte. Toch bevat zij een zeker speculatief element, zolang niet bekend is wat de getuige verklaart te hebben gezien of gehoord.

Het aanbod kan wel worden gepasseerd als de verklaring niet relevant is voor de uitkomst van het geschil. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de feiten waaromtrent de verklaring kan worden afgelegd niet in geschil zijn.

Het voorgaande is in artikel 8:63, lid 2, Awb aldus verwoord, dat de rechtbank kan afzien van het horen van een door een partij meegebrachte of opgeroepen getuige of deskundige indien zij van oordeel is dat dit redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Deze woorden suggereren een ruime beoordelingsvrijheid, maar de praktijk is veel stringenter. En terecht. De bestuursrechter, die door 'productieafspraken' onder druk staat om zaken snel af te doen, wordt gestimuleerd om tijdrovende getuigenverhoren te voorkomen, daar tegenover moet een kwaliteitsprikkel staan.

Het bepaalde in artikel 8:63, lid 2, Awb ziet op het horen van een door een partij meegebrachte of opgeroepen getuige. De rechter is in beginsel verplicht deze getuigen te horen. Een andere vraag is echter onder welke omstandigheden de rechter verplicht is zelf een getuige op te roepen. Meer in het bijzonder rijst de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden, de rechter verplicht is een verzoek van een partij tot oproeping van een getuige te honoreren. Een dergelijk verzoek kan met name aan de orde zijn als een getuige geen gevolg heeft gegeven aan een oproeping die van een partij is uitgegaan. Artikel 8:63, lid 3, Awb voorziet dan in de mogelijkheid dat de rechter die getuige (of deskundige) oproept. Hieraan kan behoefte bestaan in het geval van een onwillige getuige. Een ondernemer kan iemand willen oproepen die werkzaam is bij een concurrerend bedrijf, of bij het overheidsorgaan dat de initiële beslissing nam. Zeer wel denkbaar is dat deze personen niet staan te trappelen om een getuigenis af te leggen.

De Centrale Raad oordeelde in zijn uitspraak van 25 januari 2005, nr. 02/2607 NABW, JWWB 2005, 136 dat de enkele omstandigheid dat de getuige, daartoe door appellant opgeroepen, niet van zins was te verschijnen, onvoldoende is om de rechtbank tot het oproepen van die getuige gehouden te achten. De in deze uitspraak aangelegde redelijkheidstoets laat zien dat de Centrale Raad de rechter in eerste aanleg een eigen beoordelingsruimte wil laten. Het geschil betrof herziening en terugvordering van een bijstandsuitkering. De betrokkene was gehoord door een

36. ABRvS 19 juli 2004, JB 2004/310.

opsporingsambtenaar van de sociale recherche, die van dat verhoor een proces-verbaal had opgemaakt, dat door de betrokkene was ondertekend. De betrokkene stelde dat hij onder ontoelaatbare druk was gezet door de ambtenaar en had hem opgeroepen om als getuige voor de rechtbank te verschijnen. De ambtenaar verscheen niet en de betrokkene vroeg de rechtbank om hem op te roepen, welk verzoek werd afgewezen. De betrokkene klaagde over deze gang van zaken bij de Centrale Raad van Beroep maar kreeg nul op het rekest. De Raad overwoog:

> 'De artikelen 8:46, eerste lid, en 8:60, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht geven de rechtbank de bevoegdheid ambtshalve een getuige op te roepen. Zij is daartoe niet verplicht. De Raad is niet gebleken dat de rechtbank er niet in redelijkheid van heeft kunnen afzien de getuige op te roepen die appellant gehoord wenste te zien. De enkele omstandigheid dat de getuige, daartoe door appellant opgeroepen, niet van zins was te verschijnen is onvoldoende om de rechtbank tot het oproepen van die getuige gehouden te achten.'

Als klap op de vuurpijl overwoog de Raad vervolgens dat niet was gebleken dat de door appellant ondertekende verklaring onder ontoelaatbare druk tot stand was gekomen of dat zij in essentie geen juiste weergave bevatte van hetgeen tegenover de sociale recherche is verklaard. Deze gang van zaken doet de vraag rijzen hoe iemand op wie werkelijk ontoelaatbare druk is uitgeoefend om een proces-verbaal te ondertekenen, zijn gelijk zou kunnen bewijzen. De enige reële mogelijkheid lijkt toch te zijn om de desbetreffende ambtenaar aan de tand te voelen.

De Hoge Raad biedt veel minder ruimte voor een eigen beoordeling door de lagere rechter. In zijn arrest van 3 mei 2002, BNB 2002/217, oordeelde de Hoge Raad over een zaak waarin de inspecteur het gerechtsof had verzocht om twee getuigen op te roepen. Het hof was aan dit verzoek voorbij gegaan. De Hoge Raad honoreerde het tegen deze beslissing ingestelde cassatieberoep van de Staatssecretaris van Financiën en overwoog dat het hof dit aanbod tot getuigenbewijs niet had mogen verwerpen op de gronden dat het niet aannemelijk acht dat de ene voorgestelde getuige ter zitting iets meer of anders zou verklaren dan hij schriftelijk reeds gedaan heeft, en dat het een getuigenverklaring van de laatste bij voorbaat onvoldoende objectief acht. Een en ander dient de rechter eerst te beoordelen bij de waardering van de afgelegde getuigenverklaringen. Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad in dit geval eenzelfde toets aanlegt als ten aanzien van de vraag of meegebrachte getuigen moeten worden gehoord.

Bij dit alles mag niet uit het oog worden verloren dat in de uitnodiging voor de zitting partijen al gewezen worden op de mogelijkheid getuigen mee te brengen of op te roepen. Zie artikel 8:60, lid 4, Awb. De partij die in de van hem afkomstige schriftelijke stukken een aanbod tot getuigenbewijs heeft gedaan, maar geen gebruikmaakt van de mogelijkheid die getuige mee te brengen of op te roepen, heeft naar mijn mening wel iets uit te leggen. Hetzelfde geldt voor de partij die pas op de zitting een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs doet.

Weliswaar mag volgens de Hoge Raad de omstandigheid dat een partij pas aan het slot van de mondelinge behandeling van zijn zaak een bewijsaanbod doet, hem niet tegengeworpen worden, omdat het verloop van de zitting hem daartoe aanleiding kan hebben gegeven[37], maar dat neemt niet weg dat chicaneus gedrag niet behoort te worden gevolgd. Als de partij in kwestie desgevraagd geen deugdelijke verklaring kan geven voor zijn handelwijze, moet de rechter naar mijn mening de vrijheid worden gelaten om het bewijsaanbod te passeren. Steun voor deze opvatting vind ik in het arrest HR 14 december 2004, BNB 2005/152 m.nt. E. Aardema, AB 2005, 84 m.nt. Y.E. Schuurmans, waarin ons hoogste rechtscollege overwoog dat indien de rechter de partij die een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs heeft gedaan, meedeelt dat hij in de gelegenheid wordt gesteld het bewijs te leveren, en de partij die het betreft geen gebruikmaakt van de aldus geboden gelegenheid om (tegen)bewijs te leveren, die partij niet met vrucht zal kunnen klagen over passering van haar bewijsaanbod. De Hoge Raad maakt een uitzondering voor het geval de procedure een onverwachte wending neemt. Weliswaar ging het in deze zaak om heel specifieke mededelingen van de rechter dat een bepaald aanbod tot het leveren van getuigenbewijs gestand kon worden gedaan, maar ik zie geen reden waarom niet hetzelfde zou moeten gelden als op basis van artikel 8:60, lid 4, Awb in de uitnodiging voor de zitting in algemene termen is uitgelegd dat getuigen kunnen worden meegebracht of opgeroepen.

Naar mijn mening verdient het aanbeveling om meer duidelijkheid te scheppen rond de positie van partijen en de rechter op het gebied van het getuigenbewijs. Daarbij zou naar mijn mening om te beginnen aansluiting kunnen worden gezocht bij de strafvorderlijke noodzakelijkheids- en belangencriteria. Getuigen die reeds ter zitting aanwezig zijn worden in beginsel gehoord, tenzij redelijkerwijs valt aan te nemen dat partijen door het achterwege laten van een getuigenverhoor niet in hun processuele belangen worden geschaad.[38] Getuigen die door een partij zijn opgeroepen om ter zitting te verschijnen, maar niet aanwezig zijn, worden in beginsel door de rechtbank opgeroepen, tenzij het hiervoor bedoelde belangencriterium het achterwege laten van een oproeping rechtvaardigt. Een afwijking van dit uitgangspunt is mogelijk als onaannemelijk is dat de getuige binnen een aanvaardbare termijn ter zitting zal verschijnen (zie artikel 288, lid 1, onderdeel a, Sv) of als het gegronde vermoeden bestaat dat de gezondheidstoestand van de getuige door het afleggen van een verklaring ter terechtzitting ernstig in gevaar wordt gebracht. Als pas ter zitting of anderszins niet op de reguliere in artikel 8:60, lid 4, Awb omschreven wijze een getuige wordt aangebracht, zou het noodzakelijkheidscriterium kunnen worden gehanteerd, zoals dat staat omschreven in artikel 315 Sv. Dit betekent dat de rechter in een dergelijk geval getuigen kan oproepen indien aan de rechtbank de noodzakelijkheid daarvan is gebleken. Dit noodzakelijkheidscriterium laat de rechter een grotere vrijheid dan het belangencriterium.

---

37. HR 9 mei 2008, nr. 41 255, BNB 2008/182 m.nt. Bijl.
38. Aldus vrij naar artikel 287, lid 2, en artikel 288, lid 1, Sv.

Een ander punt waarop nadere regelgeving tot verduidelijking zou kunnen leiden, is de strekking van het getuigenbewijs. Mijn eigen ervaring met het horen van getuigen in belastingzaken is, dat er nogal eens getuigen zijn die, geïnstrueerd door de gemachtigde van de belastingplichtige, precies weten tot welke conclusie hun verklaring moet leiden, maar niet begrijpen dat de rechter nu juist niet geïnteresseerd is in het standpunt van de getuige ten aanzien van de te trekken conclusies. Ik heb getuigen horen verklaren dat 'de heer X het gehele jaar in België woonde', of dat mevrouw Y een onderneming dreef'. De vervolgvraag 'maar wat heeft u dan precies gezien, welke dag was dat en waar was u toen?', leidde meer dan eens tot grote verwarring bij de getuige en de gemachtigde. Ook controleambtenaren maken niet altijd een even scherp onderscheid tussen hun waarnemingen en de juridische conclusies die daaruit getrokken kunnen worden. Getuige daarvan zijn het procesverbaal waarin deze ambtenaren verklaren gezien te hebben dat een drank kopende jongeling niet 'onmiskenbaar de leeftijd van achttien jaar had bereikt'[39] of sigaretten kopende personen niet 'onmiskenbaar zestien jaar of ouder waren'.[40] Tegen deze achtergrond vind ik het opmerkelijk dat er voor het bestuursprocesrecht geen regel is geformuleerd waarin tot uitdrukking komt dat getuigen alleen omtrent hun eigen waarnemingen worden ondervraagd. In artikel 163 Rv staat dat een getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen, voor zover zij betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten. In artikel 291 Sv is neergelegd dat een getuige bij zijn verklaring zo veel mogelijk uitdrukkelijk moet opgeven wat hij heeft waargenomen en ondernomen en wat zijn redenen van wetenschap zijn. Ik begrijp wel dat het bepaalde in artikel 163 Rv op het eerste gezicht niet goed past in de vrije bewijsleer van het bestuursprocesrecht, maar een bepaling die naar de strekking ervan overeenkomt met artikel 291 Sv zou naar mijn mening in de Awb niet misstaan.

Uiteraard volstaat een enkele wetsbepaling in de praktijk niet. Adequate voorlichting aan partijen en de getuige is minstens zo belangrijk. Zo zou er in de procesregeling of in een afzonderlijk op rechtspraak.nl te plaatsen document kunnen worden aangegeven op welke wijze een bewijsaanbod kan worden gedaan, welke gegevens daarbij bij voorkeur dienen te worden verstrekt en wat de beperkingen zijn van een getuigenverklaring. Wat dit laatste betreft zou kort uitgelegd kunnen worden dat van een getuige alleen verklaringen worden verwacht omtrent diens eigen waarnemingen.

Voorts zou ik ervoor willen pleiten dat de bestuursrechter meer inhoud gaat geven aan het vooronderzoek en vaker getuigen hoort voorafgaande aan de zitting. Deze werkwijze zou het kwaliteit van het feitenonderzoek ten goede komen. Wanneer door middel van een wettelijke regeling als hiervoor bepleit partijen gestimuleerd worden om tijdig hun aanbod tot het leveren van getuigenbewijs in te dienen, wordt ook de efficiency van het rechterlijk bedrijf gestimuleerd.

---

39. ABRvS 5 december 2007, LJN BB9438.
40. CBb 13 maart 2007, AB 2007, 322 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

Getuigen in de bestuurlijke voorfase; het proces-verbaal van de controleambtenaar
Processen-verbaal van controle- of opsporingsambtenaren liggen veelvuldig aan de basis van een bestuursrechtelijk geschil. Het kan bijvoorbeeld gaan om een constatering van verkoop van alcohol of sigaretten aan kinderen[41], verklaringen van buren omtrent samenwoning van uitkeringsgenieters[42] of de verklaring van (al dan niet werkende) vreemdelingen die in een bedrijf zijn aangetroffen.[43] Deze processen-verbaal bevatten verklaringen van de ambtenaren omtrent hetgeen zij hebben gezien, bijvoorbeeld de verkoop van sigaretten of de aanwezigheid van vreemdelingen in de keuken van een restaurant, maar ook verklaringen omtrent hetgeen die ambtenaren hebben gehoord. Dan kan het gaan om verklaringen die tegenover deze ambtenaren zijn afgelegd door de betrokkene of een derde.

Aan dergelijke op ambtseed opgemaakte processen-verbaal pleegt door de bestuursrechter grote bewijskracht te worden toegekend. Het bestuursorgaan mag uitgaan van de juistheid van de inhoud van een dergelijk proces-verbaal, zij het dat betwisting ervan in rechte niet is uitgesloten.[44] Eenmaal voor de rechter rust de bewijslast ter zake van de stelling dat de inhoud van het proces-verbaal onjuist is, op de burger, althans degene die zich op die stelling beroept. In haar uitspraak van 18 april 2007 formuleerde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) het als volgt:

> 'Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat aan de juistheid van dit proces-verbaal niet behoeft te worden getwijfeld, nu dit op eigen waarneming van de betreffende verbalisanten berust en op ambtsbelofte is opgemaakt. Appellanten hebben niet aannemelijk gemaakt dat de inhoud daarvan onjuist is.'[45]

Uiteraard is daarmee niet gezegd dat de in een proces-verbaal neergelegde verklaring van een derde op zichzelf bezien waar is. Voor waar gehouden wordt slechts dat de ambtenaar heeft gehoord dat deze derde die verklaring aflegde. Toch wordt aan de belastende verklaring van een belanghebbende wel veel gewicht toegekend. De betrokkene wordt in de regel aan zijn aanvankelijke verklaring gehouden. Naar vaste rechtspraak van de CRvB mag in het algemeen van de juistheid van een tegen een opsporingsambtenaar afgelegde verklaring worden uitgegaan en wordt aan het intrekken daarvan of het achteraf ontkennen van het verklaarde in het algemeen weinig betekenis gehecht.[46] Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken als degene

---

41. Zie de in de vorige twee noten genoemde uitspraken van de ABRvS en het CBb.
42. Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 februari 2006, nr. 04/6408 ANW, LJN AV3024, en CRvB 8 augustus 2006, nr. 05/3337 AOW, LJN AY6549.
43. Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 juli 2008, nr. 200708170/1, LJN BD8353 en ABRvS 28 november 2007, nr. 200702488/1, LJN BB8944.
44. Zie de al eerder genoemde uitspraak ABRvS 5 december 2007, LJN BB9438. In haar uitspraak van 23 juli 2008, nr. 200708170/1, LJN BD8353, formuleert de ABRvS het nog algemener: 'In beginsel dient van de juistheid van een op ambtseed of -belofte opgemaakt en ondertekend proces-verbaal te worden uitgegaan.'
45. ABRvS 18 april 2007, nr. 200607000/1, LJN BA3187.
46. Zie o.m. CRvB 29 juni 2004, nr. 02/658NABW en 02/611 NABW, LJN AP4706 en CRvB 1 mei 2007, nr. 06/1296 WWB, LJN BA5171.

die de verklaring heeft afgelegd, met concrete en verifieerbare gegevens aannemelijk maakt dat de betreffende verklaring niet juist kan zijn.[47] Stellingen dat de verklaring wegens taalproblemen anders is weergegeven dan bedoeld,[48] dat de verklaring onder onaanvaardbare druk is afgelegd en van geen waarde is omdat de betrokkene wegens psychische klachten eenvoudig beïnvloedbaar is[49] worden zonder veel omhaal van woorden verworpen. Ook de omstandigheid dat de betrokkene geweigerd heeft om het proces-verbaal te ondertekenen, doet geen afbreuk aan de bewijskracht ervan.[50]

Het voorgaande neemt niet weg dat het op ambtseed opgemaakt proces-verbaal zorgvuldig moet worden gelezen en geanalyseerd. Onderzocht moet worden wat de ambtenaar exact heeft waargenomen, en of dat aansluit bij de kwalificaties die aan het bestreden besluit ten grondslag zijn gelegd. In het bijzonder dient ervoor te worden gewaakt dat een proces-verbaal waarin enkel dergelijke kwalificaties zijn opgenomen als volledig bewijs worden aanvaard. Een ambtenaar die verklaart dat hij zag dat de jongeren die in de winkel sigaretten kochten 'niet onmiskenbaar zestien jaar of ouder waren', zegt eigenlijk niet veel meer dan dat de winkelier naar zijn mening in overtreding is. Dat is een conclusie die is voorbehouden aan het bestuursorgaan. Die ambtenaar vertelt met het hiervoor weergegeven citaat niet wat hij heeft gezien. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelde dat ook de toevoeging in het proces-verbaal: 'Ik maakte dit onder meer op aan het gedrag, de kleding, het uiterlijk en het gelaat van dit meisje' onvoldoende grondslag biedt voor de conclusie dat het desbetreffende meisje niet onmiskenbaar de leeftijd van zestien jaar had bereikt.[51] Het bestuursorgaan heeft, aldus het CBb de taak om zich, bij betwisting, te vergewissen van de juistheid van de waarnemingen die in het proces-verbaal zijn vermeld. Daarbij zal, aldus nog altijd het CBb, doorgaans van belang zijn de wijze waarop de bedoelde waarnemingen in het proces-verbaal zijn weergegeven en onderbouwd, alsmede de aard van de waarneming en daarbij in het bijzonder in welke mate die waarneming waarderende elementen kent. Nu valt het niet mee om onder woorden te brengen waarop de conclusie is gebaseerd dat iemand niet onmiskenbaar 16 jaar of ouder is. Het CBb heeft daar begrip voor, maar stelt daar tegenover dat het bestuursorgaan nadere informatie aan de controleurs had kunnen vragen, terwijl die controleurs zelf ook onmiddellijk de caissière hadden kunnen horen.

De hiervoor besproken uitspraken van het CBb staan in een opmerkelijk contrast tot de uitspraak van de ABRvS van 5 december 2007, LJN BB9438, inzake de verkoop van alcoholhoudende drank aan jongeren onder de achttien jaar.[52] In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling ging het om een proces-verbaal waarin eigen-

---

47. Zie CRvB 14 november 2007, nr. 06/6091WW, LJN BB9169.
48. CRvB 13 juli 2004, nr. 02/542 NABW, LJN AQ2466.
49. CRvB 23 januari 2007, nr. 06/28 NABW, LJN AZ7924.
50. ABRvS 22 augustus 2007, nr. 200702088/1, LJN BB2142.
51. Zie CBb 13 maart 2007, LJN BA1577, AB 2007, 322 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en CBb 9 september 2008, nr. AWB 07/114, LJN BG1609.
52. De Afdeling heeft een uitspraak met eenzelfde strekking gedaan op 12 december 2007, nr. 200703830/1, LJN BB9939.

lijk hetzelfde stond als in de zaken die leidden tot de hiervoor weergegeven uitspraken van het CBb. De controleambtenaar verklaarde dat hij zag dat de jongen aan wie alcoholhoudende drank werd verkocht niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar had bereikt en hij 'maakte dit onder meer op uit uiterlijke kenmerken zoals lichaamsbouw, gelaat, kleding en gedrag van deze jongen'. De Afdeling overwoog dat in het proces-verbaal aldus duidelijk is vastgelegd wat de controleambtenaar heeft waargenomen en dat hij de overtreding van artikel 20, tweede lid van de Drank- en Horecawet heeft vastgesteld. Voorts is, aldus de Afdeling, in het proces-verbaal op voldoende wijze aangegeven waarop de constatering van de controleambtenaar dat de jongen niet onmiskenbaar de leeftijd van achttien jaar had bereikt, is gebaseerd.

Het is om te beginnen opmerkelijk te noemen dat twee zo nauw verwante kwesties niet bij hetzelfde appelcollege terechtkomen. Maar een uitwijding daaromtrent zou het bestek van dit preadvies ver te buiten gaan.

Tegen de benadering van het CBb kan worden ingebracht dat de eis van een nadere omschrijving van het jeugdige uiterlijk van de jonge sigarettenkopers, in de praktijk moeilijk ingevuld kan worden. Misschien zou aan de betrokkenen gevraagd kunnen worden of van hen een foto mag worden gemaakt.[53] Verder staat de uitwerking die het CBb geeft, in de vorm van het onmiddellijk horen van de caissière eigenlijk niet in direct verband met het gebrek dat kleeft aan de summiere omschrijving van de constatering dat de betrokkene niet onmiskenbaar zestien jaar of ouder is. Het bezwaar dat tegen de benadering die door de Afdeling is gevolgd, kan worden ingebracht, is dat het voor de betrokken ondernemer wel erg moeilijk wordt om zich te verweren. De ondernemer wordt niet geconfronteerd met de jongeren die de drank of sigaretten hebben gekocht. Hij kan zelf ook niet anderszins een oordeel vormen over het uiterlijk van de jongeren. De rechter kan dat ook niet.

Het komt mij voor dat de kern van het probleem niet is of de desbetreffende ambtenaren voldoende uitvoerig hun waarnemingen omschrijven, maar veeleer of de betrokken ondernemer de kans heeft om die waarneming te betwisten. Het CBb poogt de ondernemer deze kans te bieden door voor te schrijven dat de caissière wordt gehoord. Ik zou veeleer willen pleiten voor het vastleggen in het proces-verbaal van de identiteit van de jonge consumenten. Zo kan de ondernemer, het bestuursorgaan en eventueel de rechter de gelegenheid geboden worden om zich zelf een oordeel te vormen omtrent de onmiskenbare leeftijd van de jongeren.

Anonieme getuigen

Het gebruik van anonieme getuigenverklaringen speelt zich in het bestuursrecht veelal af in de fase van de voorbereiding en motivering van het initiële besluit. Zo ging het in de zaak die leidde tot de uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 8 januari 2007,[54] om een bevel tot sluiting van coffeeshops dat was gebaseerd op anonieme verklaringen volgens welke er 'jeugdigen' in de coffeeshops zouden zijn

53. Vrijwilligheid lijkt mij geboden, want ik zie niet direct een wettelijke basis.
54. Rb. Maastricht van 8 januari 2007, nr. AWB 06/2602, LJN AZ5741.

toegelaten. Deze verklaringen waren neergelegd in een door politieambtenaren opgesteld proces-verbaal. Uit het proces-verbaal waren de personalia van de getuigen, waaronder ook hun geboortedatum, verwijderd voordat het aan de wederpartij en de rechter (ter inzage) was verstrekt. Het gemeentelijk beleid inzake coffeeshops hield, voor zover hier van belang in, dat tot sluiting wordt bevolen als wordt geconstateerd dat er jeugdigen tot de coffeeshop worden toegelaten.

Men kan de discussie inzake de toelaatbaarheid van anonieme getuigenverklaringen in de Maastrichtse casus langs twee lijnen voeren. In de eerste plaats kan de deugdelijkheid van de voorbereiding en de motivering van het besluit tot uitgangspunt worden genomen. Dan komt centraal te staan de vraag of het besluit wel berustte op gronden die de beslissing kunnen dragen en of die gronden wel naar behoren kenbaar zijn gemaakt. In de tweede plaats kan de positie van partijen voor de rechter centraal worden gesteld. Dan rijst de vraag of een partij aan de op hem rustende bewijslast kan voldoen door overlegging van verklaringen van anonieme personen.

De Rechtbank Maastricht heeft in zijn reeds genoemde uitspraak van 8 januari 2007 oog voor beide uitgangspunten. De rechtbank stelt voorop dat het ingevolge artikel 3:2 van de Awb op de weg van de burgemeester om bij de voorbereiding van het door hem te nemen besluit voldoende deugdelijk onderzoek te doen naar alle van belang zijnde feiten en omstandigheden en de af te wegen belangen. De rechtbank voegt daaraan toe dat de rechter in staat moet zijn de overtuiging van de burgemeester, dat op grond van de voor hem beschikbare feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk is dat in dit geval sprake is van het toelaten van jeugdigen tot de coffeeshops, te toetsen aan de hand van deugdelijk vastgestelde gegevens die de burgemeester bij het nemen van het besluit ter beschikking hebben gestaan. Die rechterlijke toets van de feiten is, aldus nog altijd de rechtbank, een volle en geen marginale. Aangaande het gebruik van anoniem gemaakte verklaringen sluit de rechtbank zich aan bij de lijn die is uitgezet door de CRvB in zijn uitspraak van 29 november 1990, nr. MAW 1988/69 en MAW 1989/13, TAR 1991/19. Daar oordeelde de Centrale Raad dat het gebruikmaken van anonieme getuigen weliswaar niet ten principale ontoelaatbaar is, doch alleen in combinatie met ander, verifieerbaar bewijsmateriaal, en alleen indien het handhaven van de anonimiteit op zeer zwaarwegende gronden noodzakelijk is. Op het bestuursorgaan dat gebruikmaakt van anonieme verklaringen, rust de last om aannemelijk te maken dat het handhaven van de anonimiteit onontbeerlijk is. In de Maastrichtse zaak oordeelde de rechter dat de anonieme verklaringen niet het te leveren bewijs boden, waarbij met name een rol speelde dat leeftijd van de getuigen niet meer de verifiëren was voor de rechter of de appellant.

De onmogelijkheid voor de wederpartij om anonieme getuigenverklaringen te verifieren en de desbetreffende getuige eventueel zelf te ondervragen, wogen zwaar voor de Rechtbank Almelo,[55] in een procedure betreffende de intrekking van een jacht-

55. Rb. Almelo 20 november 2006, nr. 05/608 BESLU N1 A, LJN AZ2660.

akte door de korpschef van de politie, op basis van anonieme getuigenverklaringen. De rechtbank oordeelde dat eiser in zijn verweer is belemmerd, onder meer omdat hij de getuigen niet kan oproepen om voor de rechtbank te verschijnen. Ook de Rechtbank 's-Hertogenbosch legde de nadruk op dit aspect door te overwegen:

> 'eiser (is) de mogelijkheid onthouden om te controleren of verweerder de verklaringen van de informanten op de juiste wijze heeft weergegeven en om inhoudelijk verweer te voeren tegen de afzonderlijke verklaringen. Dit klemt te meer nu eiser heeft betwist hetgeen volgens verweerder door informanten is verklaard.
> Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder dan ook gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel door volgens een voor eiser niet transparante procedure informatie van anonieme informanten te verzamelen en deze informatie ten grondslag te leggen aan de toekomstverwachting.'[56]

Evenzo was de Rechtbank 's-Gravenhage in een vreemdelingenzaak niet genegen om zomaar genoegen te nemen met een verklaring van een anonieme informant. De rechtbank oordeelde dat zonder dat de identiteit van de informant bekend wordt niet kan worden onderzocht of de informant de waarheid spreekt en wat zijn beweegredenen waren om deze informatie aan de politie door te geven.[57]

Een andere benadering werd toegepast door de Rechtbank Haarlem in een zaak over terugvordering, met boete, van huursubsidie,[58] Eerder was een verzoek om beperkte kennisneming van de identiteit van de informanten op grond van artikel 8:29 Awb door de rechtbank gehonoreerd, maar eiser had geen toestemming gegeven voor kennisneming door de rechtbank. Als de eiser vervolgens erover klaagt dat hij in zijn verdediging wordt geschaad, oordeelt de rechtbank dat eiser voldoende gelegenheid heeft gehad om op de verklaringen van de informanten te reageren en dat de juistheid van de beslissing inzake toepassing van artikel 8:29 Awb niet meer ter discussie staat. Van belang in deze zaak is wel dat de rechtbank aanvullend bewijsmateriaal aanwezig acht.

Eenzelfde sfeer als die welke naar voren komt in de uitspraak van de rechtbank Haarlem, is te proeven in een tweetal uitspraken van de Afdeling. In haar uitspraak van uitspraak van 29 maart 2006, nr. 200508042/1, LJN AV7546, oordeelde de Afdeling als volgt:

> 'Dat de burgemeester zich mede heeft gebaseerd op geanonimiseerde getuigenverklaringen maakt dit niet anders, nu de omstandigheid dat de namen van die getuigen niet bekend zijn gemaakt, niet zonder meer afdoet aan de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van de getuigenverklaringen in een procedure als de onderhavige.'

---

56. Rb. 's-Hertogenbosch 16 februari 2004, nr. AWB 03/1423, LJN AO7548.
57. Rb. 's-Gravenhage 22 januari 2003, AWB nr. 02/40295, LJN AF5175.
58. Rb. Haarlem 16 augustus 2006, nr. 04/1, LJN AY6571.

En in een uitspraak uit 1999 was de Afdeling weinig toegefelijk in de richting van een automobilist die een zogenoemde educatieve maatregel opgelegd kreeg wegens dronken rijden. Het dronken rijden was onder meer onderbouwd door middel van de verklaring van een anonieme getuige. De betrokkene erkende dronken te zijn geweest, maar beweerde niet achter het stuur te hebben gezeten. Hij klaagde erover dat hij niet in de gelegenheid was geweest om de beschuldiging van dronken rijden te weerleggen, bijvoorbeeld door het ondervragen van de anonieme getuige. De AB oordeelde echter dat er voldoende reden was om aan te nemen dat betrokkene de bestuurder was. Als uitsmijter kreeg de onwillige leerling nog mee dat hij in deze procedure overigens geen poging had gedaan met bestuursrechtelijke middelen aan te tonen dat het door de minister op deugdelijke gronden aangenomen feit zich niet heeft voorgedaan.[59]

Uit de hiervoor weergegeven rechtspraak moge blijken dat er nog geen uniformiteit in het bestuursprocesrecht bestaat ten aanzien van het gebruik van anonieme getuigenverklaringen. In het strafprocesrecht is de gedachtevorming over dit onderwerp al veel verder ontwikkeld. Het Kostovski-arrest van het EHRM[60] heeft hierbij een belangrijke rol gespeeld. Kostovski was in Nederland veroordeeld voor een gewapende overval op een bank. De veroordeling was gebaseerd op verklaringen van anonieme getuigen. Deze getuigen waren door politieambtenaren gehoord. Een van hen was ook door de rechter-commissaris gehoord, maar buiten tegenwoordigheid van de officier van justitie en de verdachte of diens raadsman. De rechter-commissaris was ook niet op de hoogte van de identiteit van de getuige. De getuigen werden nadien niet meer door de rechter gehoord. De anonimiteit van de getuigen werd gewaarborgd omdat zij vreesden voor represailles.

Het EHRM oordeelde dat de rechten van de verdediging in een strafzaak in beginsel eisen dat een verdachte effectief de gelegenheid krijgt een getuige a charge te ondervragen en om diens verklaringen aan te vechten, hetzij ten tijde van het afleggen van de verklaringen, hetzij in een latere procesfase. Kostovski kon echter in geen enkele fase de anonieme getuigen rechtstreeks ondervragen. De verdediging kon wel vragen stellen aan een politieambtenaar en aan de rechters-commissarissen tegenover wie een getuige verklaringen had afgelegd. Bovendien konden vragen worden gesteld aan een van de getuigen langs indirecte weg via de rechter-commissaris. Echter, in beide gevallen waren aard en reikwijdte van deze vragen aanzienlijk beperkt door de beslissing dat de anonimiteit van de getuigen bewaard moest blijven. Hierdoor werden de moeilijkheden voor klager vergroot: als de verdediging niet bekend is met de identiteit van degene die men wil ondervragen, zouden haar die bijzonderheden kunnen worden onthouden welke haar in staat zouden hebben gesteld om aan te tonen dat hij of zij bevooroordeeld, vijandig of onbetrouwbaar is. Bovendien, zo vervolgde het EHRM, bracht de afwezigheid van de anonimi op de terechtzitting mee dat de rechters hun houding tijdens ondervraging niet konden

59. ABRvS 26 augustus 1999, nr. H01.99.0210, LJN AB2255.
60. EHRM 20 november 1989, Publ. CEDH, Serie A, vol. 166, NJ 1990, 245 m.nt. EAA.

observeren om zich zo een oordeel te vormen over hun betrouwbaarheid. De genomen stappen om dit laatste vast te stellen kunnen niet als een behoorlijk alternatief voor rechtstreekse observatie worden beschouwd. Weliswaar is een getuige door de rechter-commissaris gehoord, maar die was evenmin bekend met de identiteit van de getuige, welke omstandigheid niet zonder gevolgen kan zijn geweest voor het toetsen van zijn of haar betrouwbaarheid. De tweede getuige was uitsluitend door de politie gehoord. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat de handicaps waarmee de verdediging moest werken gecompenseerd werden door de procedures die door de rechterlijke autoriteiten waren gevolgd.

Het recht op een eerlijke rechtspleging heeft zo'n prominente plaats in een democratische samenleving dat het niet opgeofferd mag worden aan doelmatigheidsoverwegingen. Het EVRM sluit niet uit dat in de onderzoeksfase voorafgaand aan de terechtzitting gebruik wordt gemaakt van anonieme bronnen. Het vervolgens gebruiken van anonieme verklaringen als voldoende bewijs voor een veroordeling, zoals in dit geval is geschied, is echter een andere zaak. Daardoor werden de rechten van de verdediging beperkt in een mate die onverenigbaar is met de waarborgen van artikel 6 EVRM. Van belang is nog dat de regering toegaf dat klagers veroordeling 'in beslissende mate' op de anonieme verklaringen gebaseerd was. Het EHRM concludeert ten slotte dat sprake is van een schending van artikel 6 lid 3 onderdeel d juncto lid 1, EVRM.

Het arrest van het EHRM in de *Kostovski*-zaak is sterk toegesneden op de omstandigheden van het geval. A-G Leijten heeft in dit verband gesuggereerd dat aan de weigering duidelijke regels te stellen vermoedelijk ook respect voor de nationale eigenheid van de aangesloten verdragsstaten ten grondslag ligt.[61] Toch vallen er wel algemene noties aan het arrest te ontlenen. Belangrijk is het uitgangspunt dat de rechten van de verdediging in een strafzaak in beginsel eisen dat een verdachte effectief de gelegenheid krijgt een getuige a charge te ondervragen en om diens verklaringen aan te vechten. Op dit beginsel zijn weliswaar beperkingen denkbaar, maar dan moeten de handicaps waarmee de verdediging geconfronteerd wordt gecompenseerd worden door de procedures die door de rechterlijke autoriteiten worden gevolgd. Verder is van belang dat een veroordeling niet alleen of in beslissende mate op anonieme getuigenverklaringen mag worden gebaseerd.

Na dit arrest is in het Wetboek van Strafvordering een afzonderlijke regeling opgenomen voor het horen van bedreigde getuigen. Voorwaarde voor toepassing van die regeling is dat de getuige of een andere persoon zich, met het oog op de af te leggen verklaring, zodanig bedreigd kan achten dat, naar redelijkerwijs moet worden aangenomen, voor het leven, de gezondheid of de veiligheid dan wel de ontwrichting van het gezinsleven of het sociaaleconomische bestaan van de getuige of die andere persoon moet worden gevreesd, en de getuige te kennen heeft gegeven wegens deze bedreiging geen verklaring te willen afleggen. Zie artikel 226, lid 1 Sv. Als aan die voorwaarden is voldaan, dan beveelt de rechter-commissaris in een voor

61. Conclusie bij HR 2 juli 1990, nr. 86408, NJ 1990, 692.

appel vatbare beschikking dat de identiteit van de verdachte verborgen zal worden gehouden. De rechter-commissaris verhoort de anonieme getuige vervolgens en stelt voorafgaand aan dat verhoor diens identiteit vast. Zie artikel 226c, lid 1 Sv. De getuige blijft dus niet anoniem voor de rechter-commissaris. In elk geval wordt aan de officier van justitie en de verdediging de gelegenheid geboden om vragen aan de getuige te stellen, eventueel door middel van telecommunicatie of op schrift. Zie artikel 226d, lid 2 Sv.

Wanneer wij nu terugkeren naar het bestuursprocesrecht, mag uiteraard niet uit het oog verloren worden dat artikel 6, lid 3 EVRM op de meeste bestuursrechtelijke gedingen toepassing mist. Evenzeer is van belang dat de vrije bewijsleer meebrengt dat de keuze en waardering van bewijsmiddelen aan de bestuursrechter is gelaten. Maar dit neemt niet weg dat hetgeen het EHRM overwoog en de eisen die zijn neergelegd in artikel 226a e.v. Sv, toch vooral een verbijzondering vormen van de eisen die kunnen worden gesteld aan een zorgvuldig feitenonderzoek en het beginsel van hoor en wederhoor. Deze eisen en dat beginsel gelden toch evenzeer in het bestuursrecht.

Daarnaast geldt in het bestuursprocesrecht, anders dan in het strafprocesrecht, dat een meer inquisitoire inslag heeft, dat overheidsorgaan en burger in beginsel als gelijke partijen voor de rechter staan. Als de rechter het bestuursorgaan toestaat bewijs te leveren door middel van anonieme getuigen, dan zal in beginsel op gelijke voet aan de burger moeten worden toegestaan dat hij het door hem te leveren bewijs evenzeer door middel van verklaringen van anonieme getuigen bijbrengt. Zou de burger die wegens dronken rijden een educatieve maatregel kreeg opgelegd, niet tegenover de anonieme verklaring van het bestuursorgaan, andere anonieme verklaringen mogen overleggen volgens welke hij niet achter het stuur zat?[62] Stel, er wordt in een dergelijke zaak door de burger een notariële akte overgelegd waarin de notaris verklaart dat voor hem verschenen is een persoon wiens identiteit hij heeft vastgesteld, maar wiens NAW-gegevens niet in de akte zijn opgenomen, welke persoon heeft verklaard dat hij op de tijd en plaats heeft gezien dat niet de betrokkene, maar diens vriendin het voertuig bestuurde. Laat de betrokkene nu eens met drie van deze verklaringen op de proppen komen. Ik vraag mij in gemoede af of er een bestuursrechter te vinden is die in een dergelijk geval zal opschrijven dat 'de omstandigheid dat de namen van die getuigen niet bekend zijn gemaakt, niet zonder meer afdoet aan de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van de getuigenverklaringen in een procedure als de onderhavige'[63] en vervolgens de burger gelijk zal geven.

Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat er gegronde reden bestaat om zeer voorzichtig om te gaan met het gebruik van anonieme getuigenverklaringen als bewijs in bestuursrechtelijke procedures. Dit geldt met name als het desbetreffende feit door de wederpartij betwist wordt en relevant is. Het gebruik van anonieme

---

62. Verwezen wordt naar de eerdergenoemde uitspraak van de ABRvS 26 augustus 1999, nr. H01.99.0210, LJN AB2255.
63. ABRvS 29 maart 2006, nr. 200508042/1, LJN AV7546.

verklaringen ter onderbouwing van een primair besluit of een beslissing of bezwaar behoeft op zichzelf bezien geen afkeuring, maar eenmaal in beroep bij de rechter, moet de burger die verklaring kunnen aanvechten en moet de rechter de getuige aan de tand kunnen voelen. Van de burger mag wel worden verlangd dat hij in processueel opzicht het initiatief neemt. De dronkenman die niet betwist dat hij achter het stuur zat, heeft geen belang bij openbaring van de naam van de anonieme getuige. Verder zal deze beschonken burger een onderbouwd verzoek moeten indienen tot openbaring van de naam en (eventueel) het horen van de getuige moeten indienen. Deze onderbouwing kan overigens heel beperkt zijn. De benevelde bijrijder zou kunnen volstaan met de mededeling: 'ik weet zeker dat ik niet achter het stuur zat; de getuige moet zich hebben vergist en daarover wil ik dat hij ondervraagd wordt'.

Een procesincident als hiervoor bedoeld een regeling willen bepleiten die lijkt op die uit het Wetboek van Strafvordering. Dat wil zeggen dat eerst wordt getoetst of er daadwerkelijk sprake is van een bedreiging in de zin van artikel 226a, lid 1, Sv en of de getuige om die reden geen nadere verklaring wenst af te leggen. Die toetsing zal moeten plaatsvinden door een rechter-commissaris, die de getuige ook moet kunnen horen. Dit brengt mee dat de identiteit van de getuige door de partij die de anonieme verklaring heeft ingebracht, niet voor de rechter-commissaris verborgen gehouden kan worden. Als de rechter-commissaris dan inderdaad redenen aanwezig acht om de identiteit van de getuige voor partijen en de rechter die over de zaak oordeelt verborgen te houden, zal de rechter-commissaris zelf deze getuige moeten horen en partijen in de gelegenheid moeten stellen om vragen aan de getuige te stellen, een en ander met overeenkomstige toepassing van artikel 226c tot en met 226f Sv.

Uiteraard is dit een omslachtige, tijdrovende en dure werkwijze, maar daar staat tegenover dat zij alleen in uitzonderlijke gevallen hoeft worden toegepast. Want het zal niet vaak voorkomen dat een getuige in een bestuursrechtelijke procedure zich zodanig bedreigd voelt dat hij geen verklaring durft af te leggen. Het belang van de regeling zal in de praktijk dan ook vooral zijn, dat er nauwelijks nog gebruikgemaakt wordt van anonieme getuigenverklaringen.

Zolang er in hoofdstuk 8 Awb geen regeling is opgenomen inzake de bedreigde getuige, zou ik ervoor willen pleiten dat de bestuursrechter reeds zo veel mogelijk overeenkomstig het bepaalde in artikel 226a e.v. Sv handelt en alleen de verklaring van anonieme getuigen als bewijs toelaat, als vaststaat dat de getuige daadwerkelijk bedreigd wordt, de getuige kan worden gehoord door een rechter en de rechten van de wederpartij worden geëerbiedigd, in het bijzonder dat de wederpartij de gelegenheid krijgt om vragen te stellen aan de getuige. Dit alles natuurlijk alleen als het desbetreffende feit door de wederpartij betwist wordt en relevant is.

Rogatoire commissies

Tot slot van deze paragraaf wil ik nog wijzen op een tekortkoming van het bestuursprocesrecht die in internationaal verband speelt. In belastingzaken, maar naar ik aanneem ook daarbuiten, komt het zo nu en dan voor dat de te horen getuigen zich in het buitenland bevinden. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen in geschillen over de woonplaats van een belastingplichtige. De belastingplichtige stelt dat hij op zijn

boerderijtje in Frankrijk woont en daar het middelpunt van zijn levensbelangen heeft, en de fiscus neemt het standpunt in dat de betrokkene in zijn flat in Nederland woonachtig is. Dit is een zeer feitelijke kwestie, die op basis van een weging van tal van factoren wordt beslist. Een van die factoren kan worden gevormd door de mate waarin de betrokkene deelneemt aan het sociale leven in Nederland en Frankrijk. Het blijkt in de praktijk niet mee te vallen om de Franse getuigen in de Nederlandse rechtszaal te krijgen. Het burgerlijk procesrecht en het strafprocesrecht bieden mogelijkheden om de getuigen in het buitenland te horen. In artikel 8:33, lid 3, Awb worden weliswaar de bepalingen in art 176, leden 1 en 3, Rv aangaande de rogatoire commissie van overeenkomstige toepassing verklaard, maar zonder basis in een rechtshulpverdrag is dat in de praktijk een dode letter. Ik realiseer mij dat voor invoering van effectieve rogatoire commissies een verdrag als het Verdrag betreffende burgerlijke rechtspleging uit 1954 zal moeten worden gesloten, en dat dit veel voeten in aarde zal hebben, maar in een Europa zonder grenzen moet het toch mogelijk zijn om ook in het bestuursrecht de waarheidsvinding over de grens mogelijk te maken.

3.4 Partijverklaring

Anders dan in het burgerlijk procesrecht kan een partij in een bestuursrechtelijk geding niet als getuige worden gehoord. Dit staat niet met zoveel woorden in de Awb, maar volgt wel uit het systeem van deze wet. Voor partijen geeft de Awb een afzonderlijke regeling omtrent het verstrekken van inlichtingen, die kennelijk als exclusief bedoeld is.[64] Oude, vóór de inwerkingtreding van Hoofdstuk 8 Awb gewezen rechtspraak van de CRvB bevestigt dat een partij niet als getuige kan worden gehoord in een bestuursrechtelijke procedure.[65] Ook de belastingkamer van de Hoge Raad oordeelde vóór de vantoepassingverklaring van Hoofdstuk 8 Awb, dat degene die voor een partij optreedt, in die procedure niet als getuige kan worden gehoord.[66]

Van groot belang is dit niet, want de partijverklaring kan als bewijsmiddel worden meegewogen. De partij die een verklaring wenst af te leggen die naar zijn mening van groot gewicht is voor de zaak, kan verzoeken om woordelijke opneming ervan in het proces-verbaal van de zitting.[67] Als dat verzoek wordt gehonoreerd, wordt de verklaring onverwijld op schrift gesteld, aan de partij voorgelezen en aan hem ter ondertekening voorgelegd. De partij mag daarbij de wijzigingen in de verklaring aanbrengen die hem goeddunken. Zijn positie verschilt in dit opzicht niet van de getuige of de deskundige.

---

64. Zie ook J.L. Verbeek, Praktijkboek bestuursrecht, onderdeel Bestuursprocesrecht, paragraaf 3.4.1.
65. Zie o.a. CRvB 23 juli 1936, AB 1936, 794 (minister, in de wet aangewezen om de Kroon te vertegenwoordigen); CRvB 27 april 1944, AB 1944, 498 (leden van de Raad van Arbeid); CRvB 6 mei 1960 RSV 1960, 133 (voorzitter van de betrokken bedrijfsvereniging) en CRvB 6 januari 1971, AB 1971, 128 (leden van het algemeen bestuur van een partij); CRvB 4 januari 1980, AB 1981, 15 (gemeentesecretaris, in het geding optredend namens het College van B&W).
66. HR 17 juni 1992, nr. 27 048, BNB 1992/295 m.nt. G.J. van Leijenhorst.
67. Zie artikel 8:61, lid 8, Awb.

Enkele verschillen zijn er wel tussen de behandeling van een getuige en de behandeling van een partij die een verklaring kan afleggen omtrent hetgeen hij heeft waargenomen. Om te beginnen voorziet de wet niet in de beëdiging van een partij die een verklaring gaat afleggen. Verder geldt dat door de rechter opgeroepen getuigen die niet zijn verschenen zonodig door 'de openbare macht' worden opgebracht; zie artikel 8:33, lid 3, Awb in samenhang met artikel 172 Rv. Het niet-voldoen aan een wettelijke verplichting om als getuige voor de rechter te verschijnen levert bovendien een strafbaar feit op. Zie artikel 192 Sr (bij opzet) en artikel 444 Sr (zonder opzet, maar wel wederrechtelijk). Verder behoeft nauwelijks vermelding dat meineed strafbaar is gesteld. Zie artikel 207 Sr. Voor partijen geldt dat zij wel verplicht zijn om daartoe opgeroepen te verschijnen en inlichtingen te verstrekken, zie artikel 8:27 en 8:28 Awb en art 8:44 Awb voor de fase van het vooronderzoek en 8:59 Awb voor de fase van het onderzoek ter zitting, maar op nalaten staat geen andere sanctie dan dat de rechtbank daaruit 'de gevolgtrekkingen (kan) maken die haar geraden voorkomen'.

In de praktijk komt het wel voor dat iemand die ter zitting namens een partij (mede) het woord voert, tevens een verklaring wil afleggen omtrent hetgeen hij in het verleden heeft waargenomen. Zo kan een belastingadviseur die zijn cliënt in een fiscale procedure vertegenwoordigt, ter zitting verklaringen willen afleggen omtrent hetgeen hijzelf bij bezoeken aan het bedrijf van zijn cliënt aldaar heeft waargenomen. Ook kan de ambtenaar die krachtens mandaat namens het bestuursorgaan optreedt, een verklaring willen afleggen omtrent zijn waarnemingen op het bedrijfsterrein of in de administratie van de belanghebbende. De vraag rijst dan of het aanbod om een zodanige verklaring af te leggen, moet worden aangemerkt als het aanbod tot het leveren van getuigenbewijs, of als het aanbod tot het afleggen van een partijverklaring.

In zijn conclusie voor HR 23 juni 1999, nr. 32 639, BNB 1999/328 (m.nt. D. Juch) beschrijft A-G Van den Berge hoe de positie van de partijverklaring in het fiscaal procesrecht verschilt van die van de getuigenverklaring, en herleidt hij dit verschil tot het burgerlijk procesrecht, waar tot 1 april 1988 de partij ook niet als getuige kon optreden. De A-G betoogt dat het verbod om een partij als getuige te horen in het burgerlijk procesrecht destijds niet alleen de partijen zelf betrof – in de zin van de formele en materiële procespartijen – maar ook de procesvertegenwoordigers en degenen die om andere redenen met een partij (bijvoorbeeld een rechtspersoon) moesten worden vereenzelvigd. Die laatste groep van met een partij te vereenzelvigen personen was beperkt. Het moest gaan om personen, die op grond van een wettelijk of statutair voorschrift bevoegd waren de procespartij (een rechtspersoon) te vertegenwoordigen. Een bevoegdheid tot vertegenwoordiging op grond van een andere afspraak, zoals een uit de arbeidsverhouding af te leiden bevoegdheid tot vertegenwoordiging, was geen reden om een zodanige verwevenheid van belangen van werkgever en werknemer aan te nemen, dat de werknemer met zijn werkgever moest worden vereenzelvigd en daarom in een procedure waarin de werkgever partij was, niet zou kunnen optreden als getuige.[68] De A-G betoogt voorts dat in het

68. Aldus onderdeel 3.2 van de hiervoor genoemde conclusie van A-G Van den Berge.

destijds geldende fiscaal procesrecht – Hoofdstuk 8 Awb was op de desbetreffende procedure nog niet van toepassing, in plaats daarvan gold de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken – de bekwaamheid tot het afleggen van een getuigenis, evenals in een civiele procedure, kon worden getoetst op het moment waarop de getuigenis wordt of moet worden afgelegd.

Naar ik meen, brengt de invoering en van toepassing verklaring van Hoofdstuk 8 Awb geen verandering in de uitgangspunten die aan de uitsluiting van partijen als getuige ten grondslag liggen. Ook anderszins is er naar mijn indruk geen aanleiding om thans anders aan te kijken tegen die uitsluiting. Ik ben dan ook van mening dat ook nu nog behoort te gelden dat personen die met een partij kunnen worden vereenzelvigd, waaronder te begrijpen degenen die als procesgemachtigden optreden, niet als getuige kunnen worden gehoord. Wel als getuige kunnen worden gehoord werknemers van een partij, ook als zij vertegenwoordigingsbevoegd zijn, mits zij van die bevoegdheid in deze zaak geen gebruikmaken. Ook als getuige kunnen worden gehoord ambtenaren verbonden aan het overheidsorgaan dat partij is, mits zij niet in het geding voor de rechter namens dit orgaan optreden. Dit betekent dat een ambtenaar die krachtens mandaat bevoegd is om namens het orgaan op te treden, en mogelijk zelfs als zodanig in de in een eerder fase van het geschil heeft opgetreden, als getuige kan worden gehoord.

In de procedure die leidde tot het reeds genoemde arrest HR 23 juni 1999, nr. 32 639, BNB 19999/328, ging het om twee ambtenaren van de Belastingdienst. De ene ambtenaar, N, had krachtens mandaat de uitspraak op bezwaar gedaan. De andere ambtenaar, L, had, eveneens krachtens mandaat, het verweerschrift (destijds ingevolge de terminologie van de WARB 'vertoogschrift' genaamd) in beroep ondertekend. Tegen de uitspraak van hof was met succes cassatieberoep ingesteld, welk beroep leidde tot verwijzing van de zaak naar het Hof Amsterdam. Daar waren de beide heren N en L als getuigen gehoord. Zij traden voor het Hof Amsterdam niet meer op namens het overheidsorgaan ('de Inspecteur'). In navolging van de A-G oordeelde de Hoge Raad dat N en L inderdaad als getuige mochten worden gehoord.

3.5 De eigen waarneming door de rechter

De eigen waarneming van de rechter ter zitting kan zowel een rol spelen als zelfstandig bewijsmiddel, als bij de waardering van ander bewijs. Dit laatste is aan de orde als de rechter op grond van zijn indruk omtrent de geloofwaardigheid van door hem gehoorde getuige of partij diens verklaring veel of weinig bewijskracht toekent. Het eerste is het geval als de rechter zelf de in geschil zijnde feiten of omstandigheden in ogenschouw neemt. Een enkele keer kan dat ter zitting. Uit mijn eigen ervaring herinner ik mij een geval waarin het ging om de vraag of de producten van een edelsmid voor de heffing van omzetbelasting gebruiksvoorwerpen of kunstvoorwerpen waren. De belanghebbende toonde de door hem gemaakte sieraden ter zitting. In een andere zaak toonde een danseres haar jurk om aannemelijk te maken dat het – fiscaal aftrekbare – werkkleding was. Zij betoogde dat zij zich met goed fatsoen niet

buiten de dansvloer kon vertonen in dit, voornamelijk uit doorzichtig gaas bestaande kledingstuk. Alle ter zitting aanwezigen gaven haar daarin volmondig gelijk.

In de regel echter zal voor een eigen waarneming van de relevante feiten en omstandigheden een bezoek ter plaatse moeten worden afgelegd. In Hoofdstuk 8 Awb is hiertoe het zogenoemde onderzoek ter plaatse geregeld, ook wel de descente genoemd. artikel 8:50 en 8:51 Awb regelen het onderzoek ter plaatse in het kader van het vooronderzoek. Daarbuiten is het onderzoek ter plaatse niet geregeld. Hoofdstuk 8 Awb voorziet niet in een zitting 'in het veld'. Dat het niet geheel ondenkbaar is dat er in het kader van het onderzoek ter zitting een uitstapje wordt gemaakt voor een onderzoek ter plaatse, moge blijken uit de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 21 juni 2002, nr. 99/2211, V-N 2003/28.1.34.[69] Daar ging het om de vraag of een voertuig voor de toepassing van de Wet BPM moest worden aangemerkt als een kampeerauto of een autobus. Beslissend was of het voertuig 'geschikt is voor vervoer en verblijf van meer dan acht personen, de bestuurder daaronder niet begrepen'. Tijdens de zitting heeft in tegenwoordigheid van partijen een schouw plaatsgehad van een soortgelijk voertuig dat belanghebbende op de parkeerplaats van het paleis van justitie had laten plaatsen. Mede op basis van de eigen waarneming van dit voertuig oordeelde het hof dat het om een kampeerauto ging. Nu had een dergelijke uitstapje naar het parkeerterrein ook Awb-conform georganiseerd kunnen worden. Met instemming van partijen zou het onderzoek ter zitting kunnen worden geschorst en het vooronderzoek heropend (artikel 8:64 Awb), teneinde onmiddellijk een onderzoek ter plaatse in te stellen (artikel 8:51 Awb) , waarna het onderzoek ter zitting meteen weer heropend wordt. Als partijen deze gang van zaken tevoren op de hoogte worden gesteld en ermee instemmen, dan zie ik geen reden waarom deze handelwijze afgekeurd zou moeten worden. Weliswaar wordt bij de hervatting van het onderzoek ter zitting niet voldaan aan de oproepingstermijn van artikel 8:56 Awb, maar het komt mij voor dat dit, indien partijen ermee instemmen, geen belemmering behoeft te zijn. Wel zal van het onderzoek ter plaatse een afzonderlijk proces-verbaal moeten worden opgemaakt.

Barkhuysen en Damen hebben in het door hen uitgevoerde empirisch onderzoek geen gevallen gevonden waarin een descente heeft plaatsgevonden.[70] Zij volgden daarvoor in totaal 349 dossiers bij vijf rechtbanken en de Afdeling. Toch wordt er op kleine schaal wel gebruikgemaakt van het onderzoek ter plaatse. Ik doorzocht op de website rechtspraak.nl de uitspraken op de verschillende bestuursrechtelijke deelgebieden aan de hand van het trefwoord 'onderzoek ter plaatse'[71] en vond zo 42

69. Het betrof kennelijk een zaak die behandeld werd onder de werking van de WARB. Hoofdstuk 8 Awb werd vanaf 1 september 1999 op belastingprocedures van toepassing verklaard, en de zaak heeft een rolnummer uit 1999. Bovendien wordt gerept van een 'vertoogschrift' en niet van een 'verweerschrift'.
70. Zie T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., t.a.p. p. 223.
71. Door dit trefwoord te gebruiken heb ik vrijwel zeker een aantal uitspraken gemist waarin wel gebruik is gemaakt van de bevoegdheid van artikel 8:50 of 8:51 Awb, maar waarin in de uitspraak de woorden 'onderzoek ter plaatse' niet zijn gebruikt.

uitspraken die waren gedaan na toepassing van artikel 8:50 of 8:51 Awb.[72] Ik concludeer hieruit dat niet gezegd kan worden dat de zojuist genoemde bepalingen een dode letter zijn geworden. Wel kan worden geconcludeerd dat de in die bepalingen neergelegde bevoegdheden maar sporadisch worden gebruikt.

De oorzaak van het sporadisch gebruik van de bevoegdheid van de rechter tot het instellen van een onderzoek ter plaatse, moet naar mijn indruk gezocht worden in enerzijds de praktische omstandigheid dat dergelijke onderzoeken binnen de huidige organisatie- en bekostigingsstructuur van de gerechten ontmoedigd worden. Deze structuren stimuleren een zittingsgerichte werkwijze, waarbij na één zitting, die niet voorafgegaan wordt door een daadwerkelijk vooronderzoek, uitspraak wordt gedaan. Onderzoeken ter plaatse zijn slecht voor de doorlooptijden en de 'productie' en daarom niet populair. Anders dan bij het getuigenverhoor wordt er door de hoogste bestuursrechters nauwelijks een kwaliteitstoets toegepast ten aanzien van de afweging om wel of geen onderzoek ter plaatse in te stellen. De Afdeling hanteert als vaste lijn dat de bevoegdheid die de rechtbank heeft om een onderzoek ter plaatse in te stellen, van discretionaire aard is.[73] De Afdeling toets vervolgens alleen of de rechtbank in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot het achterwege laten van een zodanig onderzoek. De Rechtbank Haarlem hanteerde voor zichzelf een strengere maatstaf. De rechtbank ging niet in op een verzoek tot het instellen van een onderzoek ter plaatse omdat het 'dit redelijkerwijs geen bijdrage kan leveren aan de beoordeling van de zaak'.[74] Deze maatstaf, die ontleend lijkt aan de regel die gehanteerd wordt voor het verwerpen of honoreren van een verzoek tot het leveren van getuigenbewijs, dwingt tot een indringende beoordeling van het verzoek. Het zou naar mijn mening vanuit een oogpunt van kwaliteit van de bestuursrechtspraak toe te juichen zijn als de hoogste bestuursrechters deze maatstaf zouden overnemen.

Naast de hiervoor geschetste praktische reden voor het sporadisch gebruik van het onderzoek ter plaatse door de bestuursrechter, kan ook gewezen worden op de meer principiële omstandigheid dat in het bestuursprocesrecht veelal getoetst wordt of het bestuursorgaan, op basis van de destijds kenbare feiten tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. Daar waar, zoals in het belastingrecht pleegt te worden getoetst of het initiële besluit juist is, gelet op feiten die voor de rechter zijn komen vast te staan, zijn bovendien vaak de feiten en omstandigheden uit het verleden doorslaggevend. Zo is in zaken betreffende de WOZ-waarde van onroerende zaken, de toestand van de onroerende zaak op een in het liggend moment beslissend. De rechter die in 2009 een WOZ-zaak te behandelen krijgt, zal veelal moeten oordelen over de waarde van het object naar de toestand op 1 januari 2005. Het is de vraag of

72. Het waren 11 belastingzaken, 2 bijstandzaken, 8 bouwzaken, 3 vreemdelingenzaken en 19 overige zaken. In 32 zaken betrof het een onderzoek ter plaatse ingesteld door de rechtbank, 9 maal werd het onderzoek ingesteld door een gerechtshof en 2 maal door de Afdeling bestuursrechtspraak.
73. Zie ABRvS 11 mei 2005, nr. 200402401/1, LJN AT5362, ABRvS 14 december 2005, nr. 200500542/1 LJN AU7986 en ABRvS 25 januari 2006, nr. 200503575/1, LJN AV0278.
74. Rb. Haarlem 2 februari 2009, nr. AWB 07/6899, 07/6900 en 07/69, LJN BH1823.

een bezichtiging van het object in 2009 wel kan bijdragen aan de oordeelsvorming. Het kan zelfs zo zijn dat kennisneming van de huidige toestand een onbevangen oordeel over de waarde naar de oude toestand kan hinderen. Het is daarom niet verbazingwekkend dat een verhoudingsgewijs groot deel van de zaken waarin een onderzoek ter plaatse werd ingesteld, voorlopige voorzieningen betrof. De voorzieningenrechter die moet oordelen over een kapverbod heeft te maken met de actuele stand van zaken rond de desbetreffende boom, hem wordt de vraag voorgelegd of het bestuursorgaan vandaag kan besluiten om de boom te vellen. De voorzieningenrechter die de boom gaat bekijken toetst naar de toestand hier en nu.

3.6 Eigen wetenschap van de rechter

De eigen wetenschap van de rechter is in de strikte zin des woords geen bewijsmiddel. Bewijsvraagstukken komen aan de orde ten aanzien van betwiste stellingen. De eigen wetenschap van de rechter kan niet als bewijs dienen om een dergelijk geschilpunt te beslechten. Dat komt doordat eigen wetenschap alleen kan worden gebruikt als het gaat om feiten van algemene bekendheid, ook wel notoire feiten genoemd. Feiten van algemene bekendheid behoeven geen bewijs, zij behoeven zelfs niet uitdrukkelijk gesteld te worden door partijen.[75]

In Hoofdstuk 8 Awb wordt de eigen wetenschap van de rechter niet met zoveel woorden genoemd. Wel staat in artikel 8:69, lid 3, Awb dat de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen. Deze bevoegdheid is niet beperkt tot notoire feiten. Wel geldt dat als de rechter de feiten aanvult, hij partijen in de gelegenheid moet stellen zich omtrent die feiten uit te laten.[76] Aangenomen moet worden dat deze verplichting tot het confronteren van partijen met de eigen wetenschap, niet geldt voor feiten van algemene bekendheid.

Eigen wetenschap van de rechter wordt in de praktijk nogal eens gebruikt om een geschil omtrent andere feiten of omstandigheden te beslechten. Zo oordeelde de Afdeling in een geding over naturalisatie, dat het van algemene bekendheid is dat handel in verdovende middelen zowel nationaal als internationaal als een zeer ernstige bedreiging voor de volksgezondheid wordt aangemerkt en dat aanzienlijke inspanningen zijn en worden verricht om misdrijven als door appellant gepleegd tegen te gaan. Op die grond sanctioneerde de Afdeling het oordeel van de Staatssecretaris van Justitie dat het ernstig vermoeden bestond dat de appellant een gevaar

---

75. Zie Meyjes/Van Soest/Van den Berge/Van Gelderen, Fiscaal procesrecht, vierde druk, Deventer: Kluwer 1997, p. 105 en Veegens, Cassatie in Burgerlijke zaken, derde druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 162.
76. 'De bevoegdheid de feitelijke gronden aan te vullen gaat niet zover, dat de rechter feiten aan zijn uitspraak ten grondslag kan leggen waarover partijen zich in de procedure niet hebben kunnen uitlaten. (...) Mocht eerst in raadkamer blijken van feiten die voor de uitspraak van substantiële betekenis zijn, dan is de aangewezen weg dat de rechtbank het onderzoek heropent en partijen in de gelegenheid stelt zich hieromtrent alsnog te uiten.' MvT, Kamerstukken II 1992/93, 22 495, nr. 3, p. 142.

voor de openbare orde vormde, nu hij strafrechtelijk was veroordeeld wegens het opzettelijk handelen in verdovende middelen, meermalen gepleegd.[77]

In een procedure betreffende een herhaalde aanvraag voor een verblijfsvergunning oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage dat het van algemene bekendheid is te achten, dat slachtoffers van marteling en zedenmisdrijven doorgaans in een langdurig verwerkingsproces geraken, tijdens hetwelk het slachtoffer niet of nauwelijks in staat is over zijn of haar ervaringen te spreken en/of niet werkelijk in staat is tot het nemen van rechtsmaatregelen. Op die grond oordeelde de rechtbank dat het begrip 'nieuw gebleken feiten' aldus moet worden uitgelegd, dat daaronder ook die feiten vallen waarvan het slachtoffer pas na het eerdere besluit een zodanige fase van het verwerkingsproces heeft bereikt, dat zij werkelijk in staat is daarover te spreken en die feiten als grond naar voren te brengen.[78] Opvallend aan deze uitspraak is dat de rechtbank de eigen wetenschap niet zozeer gebruikt ter beslechting van een feitelijk geschilpunt, als wel ter onderbouwing van een wetsinterpretatie.

De Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State achtte van algemene bekendheid dat vleermuizen tijdens de winterslaap gevoelig zijn voor verstoringen, welke een nadelige uitwerking kunnen hebben op hun natuurlijke ontwikkeling.[79] De Afdeling geschillen oordeelde mede op die grond dat de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) het geven van rondleidingen in de Sint Pietersberg terecht vergunningplichtig had verklaard.

Het gevaar van het gebruik van eigen wetenschap door de rechter is, dat partijen erdoor kunnen worden overvallen. Dat gevaar moet worden geneutraliseerd door de eis dat eigen wetenschap alleen mag worden gebruikt als het gaat of feiten van algemene bekendheid. Maar waterdichte garanties levert dat niet op. De rechter kan zich immers vergissen. Misschien is een van beide partijen er niet van op de hoogte dat 'vleermuizen tijdens de winterslaap gevoelig zijn voor verstoringen, welke een nadelige uitwerking kunnen hebben op hun natuurlijke ontwikkeling'. Of misschien meent een partij dat het hier gaat om een wijdverbreide misvatting. In de middeleeuwen kon men wellicht menen dat het een feit van algemene bekendheid is dat de aarde plat is en dat er heksen bestaan, maar inmiddels weten wij beter. Van algemene bekendheid is dat de aarde rond is en dat heksen niet bestaan. Daar komt bij dat het algemeen bekende feit, mogelijk als zodanig niet bestreden wordt, maar dat de relevantie ervan ter discussie kan worden gesteld. In het voorbeeld van de vleermuizen mag het zijn dat in het algemeen 'vleermuizen tijdens de winterslaap gevoelig zijn voor verstoringen, welke een nadelige uitwerking kunnen hebben op hun natuurlijke ontwikkeling', maar ik zou er mijn hand niet voor in het vuur durven steken dat dit ook geldt voor de specifieke soort die in de Sint Pietersberg huist. Een algemene vanzelfsprekendheid kan op detailniveau onjuist of onvolledig zijn. Zo is de aarde niet volmaakt rond. In plaats daarvan is de aarde grofweg een oblate

77. ARRvS 26 januari 1988, nr. R02.86.0958, AB 1989, 39.
78. Rb. 's-Gravenhage, 12 juni 2002, nr. AWB 02/40103, nr. AWB 02/40104, AB 2002, 287.
79. AGRvS, 21 maart 1990, nr. G10880044, AB 1991, 606.

sferoëde, zo leer ik van Wikipedia. Verder kan een uitspraak omtrent hetgeen van algemene bekendheid is een dialectisch misverstand verbergen. Als er mensen zijn die zichzelf heks of wicca noemen en hun gehele levensstijl daarop inrichten, is het dan juist om te zeggen dat heksen niet bestaan?

Met het voorgaande wil ik betogen dat het gebruik van eigen wetenschap een hachelijke zaak blijft en dat de rechter die zich daarvan bedient bij voorkeur toch, ondanks de omstandigheid dat zulks strikt genomen niet vereist is, zijn wetenschap aan partijen voorhoudt.

Het valt niet altijd mee om de eigen wetenschap die aan een beslissing ten grondslag ligt, aan partijen voor te houden. Dat komt doordat de rechter zich niet altijd bewust is van de omstandigheid dat hij zijn beslissing doet steunen op bepaalde ervaringsfeiten. Zo oordeelde het Hof Amsterdam:

> 'De tussen belanghebbende en E overeengekomen huurovereenkomst bevat geen enkele verwijzing naar een bereidheid van E om, in afwijking van hetgeen gebruikelijk is, het pand te verlaten in geval van financiële moeilijkheden van de aandeelhouder van belanghebbende. Dat de hoogte van de huursom mede is afgestemd op deze bereidheid, acht het hof niet aannemelijk.'[80]

Nu wil ik niet uitsluiten dat partijen een debat hebben gevoerd omtrent hetgeen gebruikelijk is – de gepubliceerde uitspraak geeft daaromtrent geen uitsluitsel – waar het mij echter om gaat is dat een dergelijke, bijna achteloze, toevoeging, zeer wel uit de koker van de rechter kan zijn gekomen. In wezen gaat het hier dan om het gebruik van eigen wetenschap omtrent hetgeen gebruikelijk is. Hetzelfde kan worden gezegd over oordelen omtrent hetgeen waarschijnlijk is. Zo overwoog de Rechtbank Maastricht in een geding over studiefinanciering dat 'indien dit al mogelijk is, het dan toch zeer onwaarschijnlijk is, dat eiser vanuit Enkhuizen dagelijks naar school in Sittard gaat', en oordeelde zij dat de stelling van eiser dat hij niet meer bij zijn ouders in Enkhuizen woonde aannemelijk was geworden.[81] Aan dit oordeel ligt kennelijk eigen wetenschap van de rechtbank ten grondslag omtrent de reistijd op het traject Enkhuizen-Sittard. De Centrale Raad van Beroep maakt deze wetenschap in de appeluitspraak expliciet, door te mee te wegen dat de enkele reis per trein tussen Enkhuizen en Sittard circa drie en een half uur in beslag neemt.

Deze informatie omtrent de reisduur per trein tussen twee plaatsen is eenvoudig op het internet te achterhalen. Oudere rechtspraak van de Hoge Raad leert dat de feitenrechter zijn eigen wetenschap mag ontlenen aan 'voor ieder toegankelijke bronnen'.[82] Kan nu alle informatie die tegenwoordig op het internet te vinden is worden gebruikt als bron voor eigen wetenschap van de rechter? Ik meen van niet. Een

---

80. Hof Amsterdam 18 september 2001, nr. 00/1143, V/N 2002/8.31.
81. Rb. Maastricht 9 mei 2007, nr. 06/1990, te kennen uit CRvB 16 mei 2008, nr. 07/3208, LJN BA9599.
82. Zie HR 9 september 1987, nr. 24 835, BNB 1988/1 m.nt. H.J. Hofstra.

belangrijk kenmerk van het internet is het ongeautoriseerde karakter ervan. Er is geen enkele garantie op de authenticiteit en de betrouwbaarheid van de op het net gevonden informatie. Verder is er zo enorm veel informatie op het internet beschikbaar, neemt de hoeveelheid gegevens zo snel toe en is de beschikbare informatie zo snel aan verandering onderhevig, dat geen mens daar enig overzicht in kan verwerven.

Ook vóór de introductie van het internet gold al dat niet alle informatie die in gedrukte vorm was gepubliceerd kon worden gebruikt om buiten partijen om als eigen wetenschap van de rechter aan een uitspraak ten grondslag te worden gelegd. Zo mocht in 1971 de belastingrechter van de Hoge Raad zijn beslissing niet doen steunen op de publicatie 'Het bezit en gebruik van personenauto's in 1965' van het CBS.[83]

Ik meen daarom dat er op zichzelf bezien geen bezwaar tegen bestaat dat de nieuwsgierige bestuursrechter bij de voorbereiding van een zaak even gaat googelen. Als hij daarbij iets relevants ontdekt, dient hij dat echter met partijen te delen en hun adequate gelegenheid te geven om te reageren.

83. Zie HR 27 januari 1971, nr. 16 477, BNB 1971/56. Zie ook HR 21 oktober 1987, BNB 1987/332 inzake niet nader gespecificeerde gegevens van het CBS.

4 Conclusies en aanbevelingen

Het onderzoek waarvan ik in het voorgaande verslag heb gedaan, was voor mij als een reis door een onbekend land. Kijkend uit het raam herken je veel van thuis, maar veel van wat er zich voor je ogen afspeelt lijkt vreemd, onhandig of onlogisch. Als fiscalist was mijn eerste reactie op wat ik zag menigmaal dat het overig bestuursrecht weer eens lelijk uit de pas liep en dat men kennelijk niet had kennisgenomen van de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege aan de Kazernestraat. Bij het schrijven van dit verslag heb ik getracht die reactie te onderdrukken, of althans te verbloemen, maar ik hoop dat de lezer het mij wil vergeven als er hier en daar toch iets van te zien is.

Ik pretendeer niet een volledig beeld van de rechtspraak en literatuur van de door mij behandelde onderwerpen te hebben gegeven. Het zijn snapshots van wat er tijdens een tour zonder gids voor mijn lens kwam. Wat mij opviel was hoe weinig kruisbestuiving er is tussen het belastingrecht en het overig bestuursrecht. In de, overigens indrukwekkende, artikelen van Koenraad over de positie van de deskundige in het bestuurs- en bestuursprocesrecht wordt bijvoorbeeld nergens melding gemaakt van de positie van het taxatierapport in WOZ-zaken.

Mijn plan was aanvankelijk om te gaan zoeken naar algemene regels inzake de bewijslastverdeling in tweepartijengeschillen. Ik ben daar snel van afgestapt. Zolang het fundamentele verschil in benadering blijft bestaan tussen enerzijds (hoofdzakelijk) het belastingrecht, waarin de bewijslastverdeling voortvloeit uit het materiële recht en anderzijds (hoofdzakelijk) het overige bestuursrecht, waarin de onderzoeks- en meewerkplicht vooropstaat, zie ik geen basis voor het formuleren van algemene rechtsregels.

Dit verschil in benadering is fundamenteel maar ook heel praktisch. In een belastingzaak pleegt het debat als een pingpongspel tussen partijen heen en weer te gaan. In een WOZ-zaak stelt de ambtenaar dat de onderhoudstoestand goed is. De rechter vraagt zich af of belanghebbende dat betwist, in welk geval de ambtenaar de bewijslast ten aanzien van die stelling draagt. De belanghebbende stelt dat de onderhoudstoestand *a prima vista* goed lijkt, maar dat de vloerbalken verrot zijn. De rechter vraagt zich af of de ambtenaar dat betwist, in welk geval de bewijslast bij belanghebbende rust. De ambtenaar betwist, de rechter wendt zich tot de belanghebbende aan en die brengt een deskundigenrapport in. De ambtenaar neemt kennis van het rapport en verklaart niet te betwisten dat de vloerbalken verrot zijn, maar stelt dat dit slechts een marginale invloed op de waarde heeft. De rechter vraagt zich vervolgens

af of die stelling door de belanghebbende wordt betwist, enzovoort. Natuurlijk heeft dit pingpongspel zich vaak al voor een groot deel in de stukken afgespeeld, maar dat hoeft niet. In uitspraken van niet-fiscale bestuursrechters zie ik dit pingpongen veel minder. Daar gaat het vaak over de meewerk- en onderzoeksplicht en komt het bewijsoordeel min of meer uit de lucht vallen.

De nadruk op de meewerk- en onderzoeksplicht heeft naar mijn mening twee bezwaren. Het eerste bezwaar is dat het rechtsongelijkheid in de hand werkt. Twee personen die in exact gelijke omstandigheden verkeren voordat zij een aanvraag indienen, zouden aan het eind van de rit uit een oogpunt van rechtsgelijkheid een zelfde beslissing op hun aanvraag moeten krijgen. Mijn tweede bezwaar hangt hier nauw mee samen en betreft het dienende karakter van het formele recht. Het formele recht heeft als doel het materiële recht te verwezenlijken.[84] Populair gezegd: het formele recht moet er in de eerste plaats voor zorgen dat de burger krijgt waar hij recht op heeft, niet meer maar ook niet minder. Als het formele recht in de weg staat aan een speurtocht naar de materiële waarheid, dan voldoet het niet aan zijn primaire taak.

Na het voorgaande zal het geen verbazing wekken dat een bewijslastverdeling op basis van het al dan niet voldoen aan meewerk- en controleleverplichtingen niet op mijn sympathie kan rekenen. Ik voel veel meer voor aansluiting bij het materiële recht. Wel wil ik daarbij een voorbehoud maken voor de – buiten het bestek van dit preadvies vallende – meerpartijengeschillen. Ik kan mij voorstellen dat de bescherming van de derde-belanghebbende meebrengt dat strenge procedureregels moeten worden gehanteerd.

Zolang echter over het voorgaande nog geen *communis opinio* is bereikt, zie ik geen reële mogelijkheid tot het formuleren van algemene wettelijke regels omtrent de bewijslastverdeling in het bestuursrecht.

Ook ten aanzien van het gebruik en de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen ben ik van mening dat de vrijheid van partijen om bewijs bij te brengen en het beginsel van hoor en wederhoor voorop moeten staan. Deze uitgangspunten zijn naar mijn stellige overtuiging de beste garantie voor het daadwerkelijk tot gelding brengen van het materiële recht.

Met betrekking tot de inschakeling van deskundigen zie ik in de huidige stand van de rechtsontwikkeling nog onvoldoende mogelijkheden om te komen tot algemene regels omtrent de vraag wanneer de rechter gehouden is ambtshalve een deskundige te benoemen.

---

84. Idem, voor het formeel belastingrecht, M.W.C. Feteris, Formeel Belastingrecht, Deventer: Kluwer, p. 1.

Onwenselijk is naar mijn mening de situatie waarin de onderzoeksvraag die de rechter aan een deskundige stelt in wezen overeenstemt met het te beslissen geschil. Als de deskundige in het kader van een dergelijke verstrekkende onderzoeksopdracht buiten de rechter en partijen om stukken gaat bestuderen en getuigen gaat horen, komt het beginsel van hoor en wederhoor in het gedrang en kan de rechter niet meer voldoende invulling geven aan zijn verantwoordelijkheid voor de eindbeslissing. Ik meen dat deskundigen in het algemeen geen getuigen moeten horen of stukken moeten opvragen buiten partijen en de rechter om.

Ook als in de bestuurlijke fase een deskundige is ingeschakeld mag de eigen verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan niet uit het oog worden verloren. Eenmaal in beroep zal de rechter de bewijskracht van het deskundigenrapport moeten kunnen beoordelen. Daartoe is ten minste nodig dat de identiteit van de deskundige vaststaat. Verder moet het onderzoeksrapport inzichtelijk en verifieerbaar zijn. De lezer moet kunnen nalopen welke feitelijke aannames door waarneming zijn vastgesteld, welke aannames zijn gehanteerd, welk wetenschappelijk inzicht gebruikt is en hoe ten slotte de conclusie bereikt is. De deskundige moet beschikbaar zijn voor commentaar op een eventuele contra-expertise en voor de beantwoording van vragen van het bestuursorgaan, de burger of de rechter.

De vraag of het bestuursorgaan ten aanzien van het deskundigenrapport zorgvuldig heeft gehandeld, vind ik eigenlijk vanuit mijn fiscale perspectief, niet zo interessant. Wat mij betreft gaat het erom of het deskundigenrapport als bewijs kan dienen voor de beslissing van in beroep resterende feitelijke geschilpunten.

Met betrekking tot getuigen ben ik van mening dat een in beroep gedaan aanbod tot het leveren van getuigenbewijs, in beginsel moet worden gehonoreerd, tenzij het niet relevant is of degene die het aanbod doet weigert zijn verzoek te concretiseren. Wel meen ik dat een partij die pas ter zitting een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs doet, zonder dat die getuige aanwezig is of tijdig door die getuige is opgeroepen, veel heeft uit te leggen. Die partij is immers in de uitnodiging voor de zitting al gewezen op de mogelijkheid tot het meenemen of oproepen van getuigen. Ik zou daarom willen pleiten voor een wettelijke regeling die aansluit bij het strafrecht. Volgens die regeling worden meegebrachte of door partijen opgeroepen getuigen in beginsel gehoord, tenzij redelijkerwijs moet worden aangenomen dat partijen door het niet-horen niet in hun processuele belangen worden geschaad. Getuigen die niet ter zitting zijn meegebracht of zijn opgeroepen worden in beginsel slechts gehoord indien de rechter dit noodzakelijk oordeelt. Als een getuige die is opgeroepen door een partij niet ter zitting verschijnt, behoort de rechter die getuige zelf op te roepen, tenzij het hiervoor bedoelde belangencriteria rechtvaardigt dat van oproeping wordt afgezien.

Verder wil ik pleiten voor invoering van een wettelijk voorschrift waarin duidelijk wordt gemaakt dat een getuige slechts kan verklaren omtrent hetgeen hij heeft waargenomen. Dit zou kunnen door het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 163 Rv of artikel 291 Sv.

Als een opsporings- of controleambtenaar in een proces-verbaal een verklaring vastlegt van een derde, welk proces-verbaal als bewijs wordt ingebracht, dient de belanghebbende de gelegenheid te hebben die derde op te roepen als getuige. Daartoe is nodig dat de naam en adresgegevens van die derde in het proces-verbaal worden opgenomen.

Ik heb met grote verbazing kennisgenomen van het gemak waarmee in het niet-fiscale bestuursrecht anonieme getuigenverklaringen worden geaccepteerd die worden ingebracht door het bestuur. Ik denk echt dat hier een principieel verkeerde weg is ingeslagen, die ertoe heeft geleid dat de burger in sommige gevallen een eerlijk proces is onthouden. Ik ben voor invoering van een regeling die overeenkomt met hetgeen in het Wetboek van Strafvordering is bepaald omtrent de bedreigde getuige.

Partijen kunnen in het bestuursprocesrecht niet als getuige worden gehoord. Naar mijn mening kunnen personen die met een partij kunnen worden vereenzelvigd, waaronder te begrijpen degenen die als procesgemachtigden optreden, niet als getuige worden gehoord. Wel als getuige kunnen worden gehoord werknemers van een partij, ook als zij vertegenwoordigingsbevoegd zijn, mits zij van die bevoegdheid in deze zaak geen gebruikmaken. Ook als getuige kunnen worden gehoord ambtenaren verbonden aan het overheidsorgaan dat partij is, mits zij niet in het geding voor de rechter namens dit orgaan optreden. Dit betekent dat een ambtenaar die krachtens mandaat bevoegd is om namens het orgaan op te treden, en mogelijk zelfs als zodanig in een eerder fase van het geschil heeft opgetreden, als getuige kan worden gehoord.

De bestuursrechter stelt maar zelden een onderzoek ter plaatse in. Uit het oogpunt van kwaliteit van de bestuursrechtspraak zou het toe te juichen zijn als dit vaker gebeurde. De door de Rechtbank Haarlem voor de beoordeling van een verzoek tot het houden van een onderzoek ter plaatse gehanteerde maatstaf of dit onderzoek 'redelijkerwijs (g)een bijdrage kan leveren aan de beoordeling van de zaak',[85] zou tot een indringender beoordeling van een dergelijk verzoek leiden. Het zou naar mijn mening vanuit het oogpunt van kwaliteit van de bestuursrechtspraak toe te juichen zijn als de hoogste bestuursrechters deze maatstaf zouden overnemen.

Het gebruik van eigen wetenschap door de rechter is alleen toegestaan bij feiten van algemene bekendheid. De enkele omstandigheid dat een feit is gepubliceerd in een algemeen toegankelijke bron, zoals het internet of een tijdschrift, maakt niet dat dit feit van algemene bekendheid is. Ik heb geen bezwaar tegen de googelende rechter, maar hij moet de gevonden informatie wel delen met partijen en deze voldoende gelegenheid tot een reactie geven.

---

85. Rb. Haarlem 2 februari 2009, nr. AWB 07/6899, 07/6900 en 07/69, LJN BH1823.

Stellingen

1. De niet-fiscale bestuursrechter laat in tweepartijengedingen zijn beslissingen omtrent het bewijsrisico te veel afhangen van de meewerk- en controleverplichtingen in de bestuurlijke fase.

2. Ten aanzien van de verplichting van de rechter tot het horen van getuigen verdient invoering van het zogenoemde belangen- en noodzakelijkheidscriterium uit artikel 287, 288 en 315 Sv aanbeveling.

3. Anonieme getuigenverklaringen behoren in het bestuursrecht niet als bewijs te worden geaccepteerd, tenzij vastgesteld kan worden dat het gaat om bedreigde getuigen in de zin van artikel 226a Sv en vervolgens zo veel mogelijk overeenkomstig de procedure neergelegd in artikel 226c tot en met 226f Sv wordt gehandeld.

4. Als getuige voor de bestuursrechter kan worden gehoord de ambtenaar die bevoegd is krachtens mandaat op te treden namens het bestuursorgaan, dat in de bestuurlijke fase ook heeft gedaan, maar dat in beroep niet meer doet.

5. Er bestaat geen bezwaar tegen de googelende rechter, maar hij moet de gevonden informatie wel delen met partijen en deze voldoende gelegenheid tot een reactie geven.

Three is a crowd: Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen

*Mr. drs. D.A. Verburg**

1	**Inleiding**	**233**
2	**Redenen om wettelijk bewijsrecht te overwegen**	**236**
3	**Gebruikte bewijsterminologie en mogelijke partijconstellaties bij meerpartijengedingen**	**245**
3.1	Gebruikte bewijsterminologie	245
3.2	Mogelijke partijconstellaties bij meerpartijengedingen	247
4	**Determinanten van bewijsrecht – de rol van de derde**	**250**
4.1	Inleiding	250
4.2	Bewijsrechtelijke gevolgen als daadwerkelijk meer partijen optreden	252
4.3	Bewijsrechtelijke gevolgen als belangen van derden een belangrijke rol spelen	256
4.4	Slotsom over de rol van de derde als determinant	259
5	**Determinanten van bewijsrecht – andere factoren**	**261**
5.1	Inleiding	261
5.2	Type besluit	261
5.3	Strekking van de materiële wet/aard van de bestuurlijke bevoegdheid	265
5.4	Beroep op een uitzondering of zelfstandige norm	268
5.5	Bewijsdomeinen	269
5.6	Slotsom over de andere factoren als determinant	272
6	**Diffuusheid van het bewijsrecht in meerpartijengedingen**	**273**
6.1	Een plicht gemotiveerd te stellen of te adstrueren?	273
6.2	Bewijslastverdeling: een loterij voor partijen?	281
6.3	Is timing everything? Bewijsuitsluiting op de grond dat gegevens eerder konden of moesten worden overgelegd	283
6.3.1	Bewijsuitsluiting op grond van een 'sluitingsdatum' in bijzondere regelgeving	284
6.3.2	Buitenbehandelinglating van een aanvraag	285
6.3.3	Hoe lang is winterbewaarprei houdbaar? Is er nog een bewijsfuik?	287
6.3.4	Buitensluiting van andere gegevens dan aanvraaggegevens	296
6.3.5	Buitensluiting van nieuwe gegevens in hoger beroep	301
6.3.6	Buitensluiting van nieuwe gegevens op grond van de goede procesorde	302

* André Verburg is vice-president inhoudelijk adviseur van de rechtbank Utrecht en lector bestuursrecht van SSR.

6.4 Door partijen ingebrachte deskundigheid 303
6.5 Door de rechter ingeroepen deskundigheid 306

7 Oplossingsrichtingen: wetgever of rechter aan zet? 313

8 Conclusie 319

Stellingen 321

1 Inleiding*

> 'I had three chairs in my house; one for solitude, two for friendship, three for society. When visitors came in larger and unexpected numbers there was but the third chair for them all, but they generally economized the room by standing up. It is surprising how many great men and women a small house will contain.'
> Henry David Thoreau – Walden[1]

Anders dan bij het onderwerp van de VAR-jaarvergadering van vorig jaar,[2] kan bij het onderwerp van dit jaar niet worden gezegd dat er al eens eerder een hele jaarvergadering aan is gewijd. Als uit een VAR-preadvies uit voorgaande jaren iets wordt geciteerd over bestuursrechtelijk bewijsrecht is dat steeds 'Het beste bewijsrecht is geen bewijsrecht.' uit het preadvies van 1978.[3] Nog daargelaten dat de rest van dat preadvies laat zien dat de desbetreffende auteurs zich niet aan deze zinspreuk wensen te houden, kan deze zin de laatste jaren niet op instemming rekenen.

Bewijsrecht en feitenvaststelling[4] bij de bestuursrechter en dan in het bijzonder in meerpartijengedingen, is het onderwerp van dit preadvies. Bewijsrechtelijke[5] vraagstukken in de bestuurlijke fase komen alleen aan de orde voor zover dienstig ter bespreking van dergelijke vraagstukken in de rechterlijke fase. De nadruk zal niet liggen op bewijsomvang en bewijsmiddelen, maar vooral op bewijslastverdeling, stel- en adstructieplicht en de wijze van bewijsvoering, inclusief tijdigheid van bewijs. Bewijswaardering komt vooral als nevenkwestie aan de orde.

---

* Ik dank mijn medepreadviseurs Raymond Schlössels, Ymre Schuurmans en Robert Jan Koopman en verder Rob Widdershoven, Ben Schueler en Bart Jan van Ettekoven voor hun zeer bruikbaar commentaar op (delen van) de concepttekst. Hans Verbeek en Rens Koenraad, die ten behoeve van hun bespreking in het NTB over de concepttekst beschikten, gaven ook zeer zinvolle suggesties en aanvullingen, waarvoor ik hen dank.

1. New York: Bantam Books 1981 (oorspronkelijke uitgave: 1854), p. 208.
2. In 2008 was het onderwerp: Privaat bestuur?; vergelijk het onderwerp uit 1997: Zbo's, verzelfstandiging en privatisering.
3. A.G. van Galen & H.Th.J.F. van Maarseveen, Beginselen van administratief procesrecht (preadvies VAR 82), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 50.
4. Met 'feitenvaststelling' wordt in dit preadvies niet per se bedoeld feitenvaststelling *door* de bestuursrechter. Het kan gaan om de wijze waarop de bestuursrechter omgaat met de bestuurlijke feitenvaststelling èn om feitenvaststelling door de bestuursrechter zelf.
5. Onderkend wordt dat in de bestuurlijke fase sprake is van termen als 'onderzoeksplicht' en 'inlichtingenplicht', terwijl termen die beginnen met 'bewijs-' vooral in de rechterlijke fase thuishoren. De overeenkomsten zijn mijns inziens echter groter dan de verschillen. In dit preadvies worden daarom als het gaat over de bestuurlijke fase termen met 'bewijs-' niet per se vermeden.

In paragraaf 2 wordt besproken waarom we het op dit moment moeten hebben over bewijsrecht en in het bijzonder over opneming van bewijsrecht in de Awb.

In paragraaf 3 wordt de in dit preadvies gebruikte bewijsterminologie kort uiteengezet en wordt een verkenning van mogelijke driepartijenconstellaties gegeven. Een terminologische vrijheid die ik mij daarbij veroorloof is om als 'derde'[6] te betitelen degene die niet de aanvrager en niet de geadresseerde van het primaire besluit[7] is. Mijn gebruik van derde loopt dus niet parallel met 'derde-partij'. De derde in deze betekenis kan zowel aanlegger van de beroepszaak als derde-partij zijn.

Er zijn bewijsrechtelijke verschillen in meerpartijengedingen ten opzichte van tweepartijengedingen, maar die verschillen zijn niet zo rigoureus dat in dit preadvies alle genoemde en behandelde jurisprudentie zich tot meerpartijengedingen kan beperken. Zo'n beperking zou geen recht doen aan de overeenkomsten tussen twee- en meerpartijengedingen. Sterker, de vraag of de aanwezigheid van meer partijen, dan wel het op de voorgrond treden van belangen van derden een determinant is voor bestuursrechtelijk bewijsrecht, is het onderwerp van een aparte bespreking in paragraaf 4.

In paragraaf 5 worden de meer algemene determinanten van bestuursrechtelijk bewijsrecht besproken. Ook wordt in deze paragraaf een aantal verbanden tussen die algemene determinanten en het al of niet optreden van meer partijen besproken.

In de paragraaf 6 worden thema's verkend waarover op dit moment bewijsrechtelijke diffuusheid bestaat.

In paragraaf 7 worden mogelijke oplossingsrichtingen verkend. De sturende vraag daarbij is of de rechter of de wetgever aan zet is om tot een oplossing te komen.

Wellicht niet verrassend zal zijn dat ik in dit preadvies onder meer het perspectief van de rechter inneem, gedeeltelijk dus ook bepaald door de dagelijkse praktijk van het rechtersvak. Dat perspectief brengt in de eerste plaats mee dat ik een capitaselectabenadering volg: ik pik er een paar onderwerpen uit die volgens mij, in het licht van meerpartijengedingen, moeten worden besproken. Leidend is hierbij geweest een soort huisartsenvraag: 'Waar doet het pijn?' Die benadering brengt verder mee dat ik soms tentatief een paar onderwerpen probeer te identificeren die normaal gesproken onder onze radar[8] door vliegen. Verschillende aspecten van bestuursrechtelijk bewijsrecht zijn de afgelopen jaren onderwerp van heftig debat geweest, een debat dat op principiële gronden op het scherpst van de snede werd

---

6. Dat ik mij niet zo thuis voel bij de term 'derde-belanghebbende' wordt veroorzaakt door het jarenlang schrijven van uitspraken: een derde-belanghebbende is degene die hetzij niet meedoet in het geding (en dan geen directe rol speelt in de uitspraak), hetzij de aanlegger van het geding is (en dan 'eiser' of 'appellant' heet), hetzij bij het geschil tussen een andere partij en het bestuursorgaan aanhaakt (en dan 'derde-partij' heet). De term 'derde-belanghebbende' is daarmee non-descript.
7. Daarmee is hij ook niet degene die op grond van een wettelijke verplichting bepaalde inlichtingen moet geven (zie bijvoorbeeld artikel 17 van de Wet werk en bijstand). Zo'n informatieplichtige is immers bijna altijd degene die, als hij zijn informatieplicht schendt, geadresseerde zal zijn van het naar aanleiding daarvan genomen (doorgaans ambtshalve) primaire besluit (in dit voorbeeld blijvend: de beëindiging en/of intrekking van het recht op bijstand en de daaruit voortvloeiende terug- en invordering).
8. En met 'onze radar' bedoel ik niet alleen de radar van de bestuursrechter, maar van eenieder die zich bezighoudt met bestuursrechtspraak.

gevoerd. Bij het schrijven van dit preadvies kon ik niet anders dan constateren dat veel van die principiële standpunten in de loop der jaren aan kracht hebben ingeboet. Het scherpst van de snede is na een paar jaren bot geworden. Vanzelfsprekend wel met inachtneming van de principiële grondslagen (met name betreffende rechtsbeschermingskwaliteit, *full jurisdiction* en machtenscheiding), heb ik geprobeerd een aantal verschijnselen te tonen, het problematische daarvan te identificeren en een praktische oplossing te benoemen. Wat mijzelf bij het schrijven nog het meest heeft verbaasd, is dat ik als verklaarde 'fuikenlichter' specifiek voor meerpartijengedingen kom tot een mogelijke verdediging van een streng beperkte en gereguleerde bewijsfuik[9] in bepaalde situaties (subparagraaf 6.3.3).

Three is a crowd is de hoofdtitel van dit preadvies. De eerste betekenis van *crowd* in de Oxford Student's Dictionary of Current English is 'large number of people together, *but without order or organization*' [cursivering DAV]. Dat gebrek aan orde en organisatie loopt verrassend parallel met de stelling die wordt ingenomen in het rapport 'Feitenonderzoek in beroep' dat in het kader van de derde evaluatie van de Awb is uitgebracht. Daarin staat over bewijsrecht in meerpartijengedingen betrekkelijk cryptisch (nadat is gezegd dat de bewijslastverdeling in tweepartijengedingen een vrij helder beeld laat zien): 'De bewijspositie wordt lastiger wanneer derden een rol gaan spelen in de procedure.'[10] Het rapport vermeldt gelukkig meer dan alleen dit over meerpartijengedingen, maar het is een goede opmaat voor een bespreking van dat 'lastige' onderwerp.

---

9. In dit preadvies wordt geen voorkeur voor de term 'trechter' of 'fuik' uitgesproken. Beide beeldspraken gaan mank. Kenmerkend voor een fuik is dat juist datgene wat er vanaf het begin inzwemt, in steeds meer beperkingen verstrikt raakt, terwijl bij de processuele fuik datgene wat er later in zou willen zwemmen, tegen beperkingen oploopt. Kenmerkend voor een trechter is dat alles wat je er bovenaan ingooit, er onder ook weer uitkomt, maar dan alleen langzamer, terwijl bij de processuele trechter juist bepaalde dingen blijven steken. De beide beeldspraken gaan slechts in zoverre op dat beide, fuiken en trechters, geen zijingang kennen.
10. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 23.

2 Redenen om wettelijk bewijsrecht te overwegen

De (kwaliteit van de) feitenvaststelling in het bestuursrecht staat al enige jaren in de belangstelling van wetenschap en rechtspraak. Die belangstelling heeft zich geconcentreerd op drie (samenhangende) punten:

- de verhouding tussen de bestuurlijke en de rechterlijke fase;
- de toetsingswijze van de bestuursrechter;
- de mate van activiteit die de bestuursrechter aan de dag legt;
  en een vierde punt:
- de duidelijkheid voor partijen wie wat wanneer moet bewijzen.

Op zichzelf leidt het eerste punt niet tot de grote verschillen van opvatting. Het zwaartepunt van de feitenvaststelling ligt in de bestuurlijke fase.[11] Voor sommigen vloeit daaruit als vanzelfsprekend voort dat ook de keuzes op het tweede en derde punt betrekkelijk vastliggen. Schreuder-Vlasblom stelt eerst vast dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de feiten(ver)garing en constateert dan 'De rechter toetst nadien die feitengaring op zorgvuldigheid en volledigheid; stuit hij op gegronde twijfel aan het resultaat, of op formele dan wel inhoudelijke gebreken, dan staat hij voor de keuze tussen aanvullend onderzoek in rechte en een formele vernietiging.'[12] De omstandigheid dat het zwaartepunt van de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase ligt èn de rol van de bestuursrechter als toetsingsrechter, brengen mee dat de bestuursrechter (de zorgvuldigheid en juistheid van) die bestuurlijke feitenvaststelling als voorwerp van zijn toetsing neemt,[13] maar dat heeft als zodanig geen bindende consequenties voor de wijze waarop hij die toetsing uitvoert.[14] Ook om een feitenvaststelling te kunnen toetsen, moet de bestuursrechter heel wat van de feiten weten.

---

11. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 80; M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 317; Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 264 e.v.; P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 294 e.v.; K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?, JBplus 2007, p. 3.
12. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 317.
13. CRvB 31 december 2007, LJN BC1807.
14. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 80; Y.E. Schuurmans, a.w., p. 264 e.v.

Bij de totstandkoming van de Awb werd uitgegaan van een actieve, naar de materiële waarheid zoekende rechter als kenmerkend voor de bestuursrechtspraak:

> 'Het streven naar het zoeken van de materiële waarheid blijft in de nieuwe opzet overeind, maar is in zijn uitwerking belangrijk gerelativeerd. [Die relativeringen zijn: (1) de omvang van het geding wordt bepaald door partijen en (2) reformatio in peius in strikte zin is verboden.] Wat blijft, is de actieve rechter, en daarmee de verplichting van de rechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen [...] en de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen [...].[15]

In verschillende toonaarden, van constaterend tot kritisch, is vastgesteld dat de bestuursrechter sinds de komst van de Awb bepaald niet actief is.[16] Verschillende redenen liggen hieraan ten grondslag. Het zogeheten zittingsgericht werken dat de rechtbanken zijn gaan toepassen, is reden geweest om na voltooiing van het dossier een zaak naar zitting te brengen, zonder uitvoerige voorafgaande bestudering van het dossier door rechter of griffier. Dat bracht mee dat er in de Awb weliswaar indrukwekkende vooronderzoeksbevoegdheden zijn opgenomen in Afdeling 8.2.2, maar dat de rechter daarvan spaarzaam gebruikmaakt. Dat heeft grote verbeteringen in doorlooptijden gebracht, maar dat heeft ook zijn prijs gehad. Als een zaak na voltooiing van het dossier naar zitting gaat, is het mogelijk om daarna alsnog vooronderzoeksactiviteiten te verrichten (via de schorsing van het onderzoek ter zitting, artikel 8:64 van de Awb, of heropening van het onderzoek, artikel 8:68 van de Awb). De druk om een zaak na zitting af te doen is echter, mede vanwege het financieringsmodel waarmee de rechtbanken moeten werken, groot, zodat schorsing en heropening maar weinig plaatsvinden. Het is niet zo dat rechters zich zo onder druk gezet voelen om af te zien van vooronderzoeksactiviteiten, maar de 'richtingaanwijzers' staan, als er eenmaal een zitting is, meer op afdoening dan op onderzoek. Van Os van den Abeelen spreekt in dit verband over een 'onzichtbare hand van het systeem'.[17] Ook de zitting zelf blijkt veelal een weinig actieve bestuursrechter te laten zien. Doorgaans worden ter zitting weinig vragen gesteld, nauwelijks getuigen gehoord, etc. Markant is dat voor de rechter die naar de zittingszaal loopt de attitude lijkt te zijn 'we gaan vandaag de zaak afdoen', terwijl voor de appellerende burger, zeker als hij geen gemachtigde heeft, de attitude veelal lijkt te zijn 'nu gaat het beginnen'... .[18] Mogelijk hebben ook kritische geluiden van bestuurders een rol gespeeld. In het rapport 'Bestuur in geding'[19] lijkt het geluid te zijn dat de bestuursrechter het bestuursorganen soms onmogelijk zou maken om te besturen. Het zou kunnen zijn

---

15. PG Awb II, p. 175.
16. A.T. Marseille, Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?, JBplus 2007, p. 3; A.T. Marseille, De bestuursrechter en diens vrijheid. Van actief naar lijdelijk (en weer terug?), Trema 2007/10, p. 423; L.J.A. Damen, Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?, in: N.J.M. Kwakman (red.), Partijautonomie of materiële waarheid?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21.
17. T.J.P. van Os van den Abeelen, Waarheidsvinding en zittingsbeleid, Migrantenrecht 2009, p. 11.
18. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 233-256 en 302-303.
19. Werkgroep Van Kemenade, Bestuur in geding, Haarlem: provincie Noord-Holland 1997.

dat dat rapport en soortgelijke geluiden bestuursrechters wat terughoudender hebben gemaakt. Verder lijkt het erop dat toenemende mondigheid van de burger als logisch antwoord krijgt dat er ook iets van de burger wordt verwacht:[20] pas als de burger van zijn beroepschrift 'werk maakt' en gemotiveerd, zo mogelijk ook met stukken onderbouwd, zijn feitelijke stellingen presenteert, komt de rechter in beweging. Deze laatste opmerkingen zijn hypothesen, zonder claim van cultuur- of sociologiebeschouwing.

Het ontbreken van activiteit van de bestuursrechter wordt niet geheel verklaard, noch gerechtvaardigd door het volgende, maar hangt daarmee wel samen. In bestuursrechtelijke gedingen gaat het met regelmaat om betwiste feiten die zich vrij eenvoudig laten vaststellen (blote feiten): Is de gevel 15 m breed? Heeft de boom een diameter van meer dan 20 cm? Staat de erker op de erfgrens? Dat schuift dan op naar betwiste feiten die in hoge mate een aggregaat zijn van dergelijke blote feiten: Hoe verhouden de verschillende al aanwezige dakkapellen in deze straat zich visueel en stedenbouwkundig tot de op te richten dakkapel? Wat is gelet op alle tussenliggende objecten en de weerstandsfactoren van het oppervlak de geluidsproductie ten gevolge van alle geluidsbronnen tezamen op een gevel? Daarboven komen dan weer bepaalde 'complexe feiten', feiten die doorgaans een element van vaststelbaarheid combineren met een element van interpretatie[21] of theoretisering: Is hier sprake van één markt voor pijnbestrijders of van twee markten voor onderscheidenlijk hoofdpijnbestrijders en algemene pijnbestrijders? Om zo'n laatstbedoelde vraag te beantwoorden moet men bijvoorbeeld over verschillende jaren (longitudinaal) de kruiselasticiteiten bestuderen, dat wil zeggen de effecten op de vraag naar product X indien de prijs van product Y varieert. Naarmate dat effect groter is, althans in die zin dat de vraag naar Y stijgt als de prijs van X stijgt en vice versa, is de kans dat sprake is van substitueerbaarheid van X en Y groter, zodat verdedigbaar is, dat sprake is van één markt. Bestuursrechtelijke geschillen gaan vermoedelijk relatief vaak over betrekkelijk complexe feiten, althans bij betwiste blote feiten is de bestuursrechter doorgaans vrij snel klaar, zodat dergelijke uitspraken niet zo over het voetlicht komen. Als de bestuursrechter moet oordelen over complexe feitenvaststellingen, is op zichzelf niet zo verwonderlijk dat hij in hoge mate moet leunen op de bestuurlijke feitenvaststelling en die naloopt op zorgvuldigheid en volledigheid.[22] Bedenk dat als de bestuursrechter bijvoorbeeld die vraag naar één of twee markten zou willen beantwoorden door eigen feitenvaststelling, hij de zaak zo'n drie jaren op de plank

---

20. De appellerende burger is niet langer 'de werkman' voor wie de rechter 'de beste raadsman' zou moeten zijn, zoals minister Loeff in 1902 betoogde. Vergelijk: Ben ik overtuigd?, rapport van de werkgroep medische toetsing, mei 1995, p. 30, waar S.V. Hoogendijk-Deutsch wordt aangehaald. Dit rapport is binnen de rechtspraak op initiatief van het Landelijk overleg van voorzitters van sectoren bestuursrecht opgesteld. Met dank aan D. Allewijn voor het ter beschikking stellen van zijn exemplaar van dit tegenwoordig moeilijk vindbare rapport.
21. Filosofisch is dit dubieus; geen waarneming kan het immers stellen zonder interpretatie. Daarvan uitgaande is elk feit een complex feit. Toch weten we mijns inziens in het juridische vak goed te werken met een onderscheid als dit. Sommige feiten zijn wat gemakkelijker en eenduidiger te kennen dan andere.
22. Vergelijk: Raad van State, Jaarverslag 2007, <www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/> (laatste raadpleegdatum: 18 januari 2009), p. 80.

zou moeten leggen alvorens tot significante elasticiteitsoordelen te kunnen komen. Het feitendebat bij de rechter komt in zo'n geval, zelfs als hij een deskundige zou benoemen, daarom noodzakelijkerwijs doorgaans neer op een stap voor stap nalopen van het door het bestuursorgaan verrichte feitenonderzoek (inclusief de daaraan ten grondslag gelegde bewijsmiddelen), mede in het licht van de daartegen ingebrachte gronden (inclusief bewijsmiddelen). Andere complexe feitenconstellaties zijn bijvoorbeeld de gevolgen van bepaalde bestrijdingsmiddelen op micro-organismen of de invloed op de fourageermogelijkheden van bepaalde beschermde vogelsoorten in de Waddenzee indien bepaalde ingrepen zouden plaatsvinden.

Met name sinds het begin van deze eeuw, toen zo langzamerhand duidelijk werd dat de verschillende bestuursrechters en soms ook verschillende kamers binnen de bestuursrechtelijke colleges uiteenlopend omgingen met feit en bewijs, kwam een discussie op gang over de toetsingwijze van feiten.[23] Het belangrijkste paradigmaverschil in die discussie was gelegen in de beantwoording van de vraag of de bestuursrechter nu vooral (a) op zorgvuldigheid en volledigheid de bestuurlijke feitenvaststelling toetst of (b) zelf de feiten vaststelt, althans die vaststelling ten overstaan van de rechter laat plaatsvinden. Van die discussie lijken zo langzamerhand veel scherpe kantjes af te zijn. Die discussie verliest niet haar betekenis, maar die betekenis moet ook weer niet worden overschat. Of de bestuursrechter naloopt of het bestuursorgaan de feiten zorgvuldig en volledig heeft vastgesteld of zelf de feiten vaststelt, is wat benadering, legitimering en wijze van opschrijven in een uitspraak betreft zeer verschillend, maar omdat ook die eerstgenoemde toetsingswijze normatief van aard is (wat had het bestuursorgaan behoren vast te stellen, gegeven de aanvraag, zijn onderzoeksplicht, de aangedragen informatie, de gevraagde informatie, de verdere communicatie tussen bestuursorgaan en burger), vloeien uit dit paradigmaverschil mijns inziens op zichzelf niet per se grote verschillen in uitkomst voort.[24] Bij blote feiten is het verschil sowieso klein: toetsen houdt daarbij doorgaans voor de bestuursrechter in: zelf vaststellen om te toetsen of het bestuursorgaan de feiten juist heeft vastgesteld (bijvoorbeeld: met een liniaal de grootte van het plandeel op de bestemmingsplankaart nameten en die aan de hand van de schaal omrekenen naar meters om te bezien of de grootte die in het bestreden besluit is genoemd, juist is). Bij aggregaten van blote feiten en complexe feiten moet het vermogen van de bestuursrechter niet worden overschat. Of men nu aanhanger van de zorgvuldigheidstoets is of behoort tot de 'zelfvaststellers', men is al snel gedwongen vooral de motivering en de deskundigeninbreng van het bestuursorgaan op consistentie na te lopen, mede aan de hand van beroepsgronden en deskundigeninbreng van de eisende partij. Pas als daarbij een alarmbel afgaat, zal dóórvragen of dóórzoeken aan de orde zijn, bijvoorbeeld door benoeming van een deskundige.

---

23. Met als vertrekpunten: L.J.A. Damen, De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?, AA 49 (2000) 1, p. 61; E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul – De vaststelling van feiten in het bestuursrecht, NTB 2000/7, p. 214; R.H. de Bock, De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak, JBplus 2000, p. 26.
24. D.A. Verburg, De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt, Zeist/Zutphen: Uitgeverij Kerckebosch/SSR 2008, p. 162 en 163.

Ook dan is het verschil klein. Met instemming lees ik bij Schlössels, zoals in zijn preadvies uiteengezet,[25] dat de theoretische fundamenten zeer uiteenlopend zijn, maar ik acht de verschillen in termen van consequenties klein.

Niet vanwege een opvatting over de verhouding tussen bestuur en rechter, maar veeleer vanwege bovenstaande visie op wat een rechter vermag, indachtig dat het geschil in veel zaken gaat over complexe feiten, meen ik dat beide benaderingen – toetsing van de feitenvaststelling op zorgvuldigheid en volledigheid enerzijds en feitenvaststelling door of ten overstaan van de rechter anderzijds – passende benaderingen zijn, waarbij de zorgvuldigheidsbenadering wellicht wat meer past bij die deelgebieden waar zich veel complexe feiten voordoen.

Veel belangrijker zijn mijns inziens daarom de vragen (a) wanneer de bestuursrechter voldoende aanleiding ziet om 'in actie te komen' en (b) wat die 'actie' dan inhoudt. Op dit punt, de mate van activiteit van de bestuursrechter, ligt ook de belangrijkste reden waarom op dit moment de vraag of bewijsrecht in de Awb moet worden opgenomen, is gaan spelen. De Awb-wetgever ging uit van een actieve rechter, maar het is niet zo uitgepakt. Juist in die veronderstelde hoge mate van activiteit van de bestuursrechter heeft de Awb-wetgever aanleiding gezien weinig materieel bewijsrecht in de Awb op te nemen.[26]

Als de veronderstelde activiteit van de rechter (de mogelijkheid de feiten aan te vullen met een daartoe strekkend, discretionair te benutten, ruim instrumentarium en de mogelijkheid om 'bewijsbeleid' te voeren) reden is weinig bewijsregels in de Awb op te nemen enerzijds en de constatering is dat de bestuursrechter weinig actief is op het punt van feitenonderzoek anderzijds, kan men twee kanten op. Grosso modo gaat de onderzoeksgroep van het rapport 'Feitenonderzoek in beroep' linksom en de Evaluatiecommissie Awb III rechtsom. De onderzoeksgroep bepleit namelijk dat de bestuursrechter weer wat meer gaat doen wat de wetgever voor ogen had. De onderzoeksgroep formuleert daarvoor als 'systeemeisen' te betitelen uitgangspunten voor een model voor feitenvaststelling in beroep, waarin (als derde van zes eisen) is opgenomen dat

> 'het model in overeenstemming [dient] te zijn met de relevante uitgangspunten van de Awb, te weten de ongelijkheidscompensatie en een actieve rechter. Dat betekent niet noodzakelijk dat de rechter veelvuldig gebruik moet maken van zijn onderzoeksbevoegdheden, maar wel dat hij zich actief dient op te stellen door partijen expliciet de mogelijkheid te bieden hun standpunten over de feiten zo goed mogelijk over het voetlicht te brengen'.[27]

---

25. Preadvies van Schlössels, paragraaf 2.3.7.
26. PG Awb II, p. 175-176.
27. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 73, 331-332 en 337-340 (geciteerde passage: p. 331-332).

De Evaluatiecommissie Awb III ziet in de wetsgeschiedenis naast passages die pleiten voor een actieve rechter, ook passages die dit weer relativeren.

> 'Bovendien is de vraag hoeveel gewicht thans nog aan deze parlementaire geschiedenis toekomt. De rechtsontwikkeling heeft sinds 1 januari 1994 niet stilgestaan. Er is sindsdien een tendens tot 'subjectivering' van het bestuursprocesrecht waarneembaar. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid voor de procesvoering meer bij partijen is komen te liggen. Een terughoudender rol van de rechter bij de bewijsvoering zou op zichzelf in deze trend passen. [...] Dit alles brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat het belang van de parlementaire geschiedenis (inmiddels) moet worden gerelativeerd. Anno 2006 is de vraag minder wat de wetgever destijds precies voor ogen heeft gehad, maar vooral wat, gelet op de rechtsontwikkeling sindsdien en de huidige maatschappelijke behoeften, de meest gewenste taakopvatting voor de bestuursrechter is. Dit neemt niet weg dat ook de Commissie wel knelpunten ziet. Er is inderdaad sprake van rechtsongelijkheid doordat voor burgers soms onvoldoende duidelijk is dat en wanneer zij bepaalde feiten aannemelijk moeten maken. De oplossing hiervoor moet vooral worden gezocht in betere voorlichting [...].'[28]

De Evaluatiecommissie komt dan in de daaropvolgende tekst tot drie typen aanbevelingen: (a) meer regie en communicatie door de rechter, (b) meer beleidsexplicitering door rechterlijke colleges en – met name van belang voor het onderwerp van deze paragraaf – (c) een onderzoek naar de wenselijkheid van opneming van meer bewijsrecht in de Awb. Dat laatste doet zij met de volgende overwegingen:

> 'Bij de introductie van het uniforme bestuursprocesrecht stelde de regering dat de actieve opstelling van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling wettelijke bepalingen van materieel bewijsrecht overbodig maakte. Uit het onderzoek blijkt nu dat de verantwoordelijkheid voor de bewijsvoering toch primair bij partijen ligt. Zoals uit het voorgaande blijkt is de Commissie, anders dan de onderzoekers, van oordeel dat het wenselijk noch mogelijk is om deze ontwikkeling volledig ongedaan te maken. Dit betekent echter ook dat de argumentatie van de wetgever om geen wettelijke regeling van het bewijsrecht op te nemen, enigszins door de ontwikkelingen is achterhaald. Er is dus aanleiding om een wettelijke regeling van het bestuursrechtelijk bewijsrecht te overwegen.'[29]

Geconstateerd moet overigens worden dat deze nogal open aanbeveling in het evaluatierapport ook de enige aanbeveling is die de Evaluatiecommissie aan de wetgever geeft op het punt van feitenvaststelling in beroep.[30] De gevolgtrekking van de Evaluatiecommissie is op zichzelf helder: als de reden om weinig materieel bewijsrecht in de Awb op te nemen, is komen te vervallen, moeten wij het alsnog hebben over opneming daarvan in de Awb.[31]

---

28. Commissie Evaluatie Awb III (hierna: Evaluatiecommissie Awb III), Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 26-27.
29. Evaluatiecommissie Awb III, a.w., p. 33.
30. Evaluatiecommissie Awb III, a.w., p. 69-70.
31. Over de vraag of het redengevend is (met andere woorden of het gebruik van 'dus' in de laatste zin van het citaat terecht is) valt te twisten. Zie K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?, JBplus 2007, p. 14.

Hier moet wel worden gezegd dat er op het punt van activiteit van de rechter aanleiding is voor een wat positievere toonzetting. Ook binnen de rechtspraak is de gedachte gaan leven dat het vooronderzoek meer gestalte moet krijgen. Voor een gedeelte komt dat uit een heel andere hoek dan een behoefte aan meer feitenonderzoek als zodanig, te weten uit de hoek van de finale geschillenbeslechting. Om vaker finaal te kunnen beslissen, is nodig dat de bestuursrechter niet te veel blijft 'steken' in een zorgvuldigheids- of motiveringsvernietiging; daarvoor is nodig dat hij eenvoudigweg meer weet van de feiten.[32] Als de bestuursrechter meer gebruikmaakt van zijn onderzoeksbevoegdheden en actiever partijen regisseert bij hun bewijslevering, wordt de kans dat hij finaal kan beslissen groter. In de Agenda voor de rechtspraak 2008-2011,[33] met name bij Doelstelling III, waar het gaat over (het onderzoeken van de condities die nodig zijn voor) effectieve bestuursrechtspraak, wordt dit verband tussen feitenonderzoek en effectiviteit ook gelegd. In zijn Jaarverslag 2007 zegt de Raad van State over dit onderwerp:

> 'Naast de (primaire) functie van de bestuursrechtspraak de voorgelegde bestuursbesluiten op hun rechtmatigheid te beoordelen aan de hand van hetgeen daartegen is aangevoerd, komt steeds meer nadruk te liggen op doelmatige en doeltreffende, en daarmee ook tijdige, beslechting van het geschil door de bestuursrechter in de vorm van een finale afdoening.'[34]

Het genoemde verband tussen feitenonderzoek en finaliteit wordt vervolgens – zij het iets voorzichtiger – eveneens benoemd: 'Soms kan er echter reden voor de rechter zijn om ter wille van finale afdoening zelf onderzoek naar de feiten in te stellen door bij partijen nadere inlichtingen of stukken op te vragen of in uitzonderlijke gevallen daartoe een deskundige te benoemen.'[35] Ook los van dat verband wordt binnen de bestuursrechtspraak beleefd dat een betere invulling van het vooronderzoek en een betere 'bewijsduidelijkheid' nodig is. Doorstroomsnelheid is niet langer zo'n probleem; concentratie op andere aspecten van de kwaliteit van rechtspraak is daarmee meer mogelijk dan in de afgelopen jaren.

Eén van de moeilijkheden is om binnen een werkproces dat gericht is op snelle doorstroming van grote aantallen zaken en daarom ook is ingericht met een hoge mate van delegatie (waarbij rechter en griffier dus relatief laat kennisnemen van de zaak) juist die zaken eruit te pikken die zich lenen voor een uitgebreider vooronderzoek. Ter illustratie: de sectoren bestuursrecht van de negentien rechtbanken doen jaarlijks ongeveer 50.000 algemeen-bestuursrechtelijke zaken, ongeveer 50.000 tot

---

32. Vergelijk Evaluatiecommissie Awb III, a.w., p. 34 en 44.
33. Zie voor de Agenda zelf <www.rechtspraak.nl/gerechten/RvdR/Publicaties/Agenda+van+de+ Rechtspraak+2008-2011> (laatste raadpleegdatum: 18 januari 2009), p. 25; zie voor korte weergave het Jaarplan voor de rechtspraak 2008 <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/72771C9B-B482-42E2-A777-3A83E814D728/0/jaarplanrechtspraak2008.pdf> (laatste raadpleegdatum: 18 januari 2009), met name p. 28-29.
34. Raad van State, Jaarverslag 2007, <www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/> (laatste raadpleegdatum: 18 januari 2009), p. 80-81.
35. Raad van State, Jaarverslag 2007, p. 80.

60.000 vreemdelingenzaken en ongeveer 25.000 belastingzaken af.[36] In een zeer groot deel van die zaken zal vanwege de over en weer ingenomen standpunten en de daarvoor al aanwezige bewijsmiddelen, het inzetten van een vooronderzoeksinstrument redelijkerwijs niet bijdragen aan een scherper oordeel. Hierover heb ik geen (kwalitatief) cijfermatig onderzoek gevonden. In een deel van de zaken zal het geding geheel niet over de feiten gaan. In Ziektewetzaken is geconstateerd dat het geschil steeds (mede) over de feiten gaat, in bouwzaken is geconstateerd dat in 20 procent van de zaken het geschil niet over de feiten gaat en in ambtenarenzaken is geconstateerd dat in 40 procent van de zaken dat het geval is.[37] Met die onbekendheid van de eerste categorie (waarin het inzetten van een vooronderzoeksinstrument niet nodig is) en die statistisch significante differentiatie in de tweede categorie (waarin het geschil niet over feiten gaat) is de tussenconclusie dat er geen harde data zijn voor het percentage zaken waarin het inzetten van een vooronderzoeksinstrument zin heeft. Op basis van subjectieve ervaring wordt hier als schatting geponeerd dat in maximaal 20 procent van de zaken door het inzetten van een vooronderzoeksinstrument tot een scherper oordeel kan worden gekomen. Hoe groot het precieze percentage ook moge zijn, deze schatting is slechts bedoeld om duidelijk te maken dat het voor de gerechten een zware uitdaging is om met behoud van snelheid in de 'productiestroom', juist die zaken die zich lenen voor vooronderzoeksactiviteiten eruit te pikken. In zijn jaarrede 2007[38] heeft de voorzitter van de VAR al eens gewezen op de noodzaak efficiënt en effectief de zaken in de juiste 'koker' te gooien, opdat zaken de best passende afdoeningswijze zouden krijgen.

In dit kader is een mooie ontwikkeling dat op dit moment verschillende rechtbanken aan het experimenteren zijn met vooronderzoeksactiviteiten en het regisseren van de bewijsleveringsactiviteiten van partijen. Dit gebeurt in het zogeheten project 'Differentiatie van werkstromen', onder verantwoordelijkheid van het LOVB (Landelijk overleg van voorzitters van sectoren bestuursrecht). In de Rechtbank Utrecht wordt in een aantal geselecteerde zaken een zogeheten 'regiezitting' gehouden. Dat gebeurt zo veel als mogelijk spoedig nadat het dossier 'rond' is in die zin dat de beroepsgronden zijn geformuleerd, de stukken en het verweerschrift van verweerder zijn ontvangen en de kennelijke niet-ontvankelijkheden eruit zijn gefilterd. Zo'n regiezitting valt dus idealiter in het tweede kwartaal na ontvangst van het beroepschrift. De regiezitting is een 'gewone' zitting (Afdeling 8.2.5 van de Awb), mogelijk dus ook een eindzitting. Hiervoor zijn speciale uitnodigingsbrieven opgesteld om partijen duidelijk te maken wat het doel van de regiezitting is. Tijdens zo'n regiezitting verschaft de rechtbank onder andere duidelijkheid over de bewijslastverdeling. Er worden afspraken gemaakt welke partij nog bewijs moet leveren over welke stellingen. Ook wordt besproken of het horen van getuigen of het benoemen van een deskundige aan de orde is. Dit project is nog maar recent begonnen, zodat het te vroeg is voor cijfermatige gegevens. Rechtbank Dordrecht is al wat verder. Daar

36. De rechtspraak, Jaarverslag 2007, <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/3F8F7719-8D39-4777-8AE3-A70CA383BB9F/0/RvRJaarverslag_2007_net.pdf> (laatste raadpleegdatum: 19 januari 2009), p. 80.
37. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 178, Tabel 5.2.
38. Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst, VAR-reeks 139, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7.

worden nu in alle bodemzaken (minus vreemdelingenzaken), zodra de kennelijke niet-ontvankelijkheden eruit zijn gefilterd, comparities als bedoeld in artikel 8:44 van de Awb gehouden. Sinds juli 2008 zijn in een halfjaar ongeveer driehonderd zaken zo behandeld. In 25 procent van de zaken worden afspraken gemaakt over het overleggen van stukken of het innemen van een nader standpunt. In 42 procent van de zaken is de zaak na de comparitie als afgedaan in te boeken. Bij die laatste categorie geldt dat in 12 procentpunt de afboeking wordt veroorzaakt door een intrekking van het beroep na de comparitie. Slechts in 11 procent is na de comparitie nog een 'gewone' zitting voorzien. Dit alles is maar een doorkijkje van de tussenstand bij twee rechtbanken. Ook de Centrale Raad van Beroep neemt deel aan dit project. Anders dan de Evaluatiecommissie Awb III verwachtte, lijkt het erop dat gerechten hun actieve rol willen hernemen. De resultaten worden onderzocht door de Rijksuniversiteit Groningen. Naast dit project loopt bij de belastingsector van Hof 's-Hertogenbosch een project waarbij in de helft van de zaken zittingsgericht wordt gewerkt en in de andere helft van de zaken na de voltooiing van het dossier wordt bezien of zinvol gebruik kan worden gemaakt van vooronderzoeksinstrumenten.

Hoe positief ook de wending van deze initiatieven is, de uitkomst van dit project en soortgelijke projecten in de nabije toekomst laat onverlet dat de vraag van de Evaluatiecommissie Awb III actueel is: moet er meer bewijsrecht worden opgenomen in de Awb nu de vooronderstellingen van de Awb-wetgever om dat niet te doen in het gros van de gevallen niet zijn vervuld? In de meeste zaken immers zal nog steeds een eindzitting het enige 'ontmoetingspunt' met de rechter zijn, zodat de vragen over explicitering van het bewijsrecht nog open liggen.

Deze paragraaf begon bij de uitgangspunten van de Awb-wetgever en de redenen die voor de Evaluatiecommissie Awb III bestonden om de aanbeveling te doen dat zou moeten worden onderzocht of meer bewijsrecht in de Awb zou moeten worden opgenomen. Of de door haar opgegeven gronden nu redengevend zijn of niet, duidelijk is dat het bestuursrechtelijk bewijsrecht een relatieve leegte kent die noch door rechter wordt ingevuld, noch naar huidige stand van zaken door partijen goed kan worden ingevuld. De rechter is wat bewijskwesties betreft niet de *dominus litis* geworden die men verwachtte en zal dat ook in de toekomst niet over de volle breedte worden, maar een volwaardig partijengeding is evenmin ontstaan. Dat laatste lijkt alleen al te worden veroorzaakt door grote onduidelijkheid voor partijen wat bewijsrechtelijk van hen wordt gevergd. De door de Evaluatiecommissie Awb III aanbevolen overdenking van bewijsrecht in de Awb laat dus een bredere en rijkere problematiek zien dan door haar geschetst, maar dat maakt de aanbeveling op zichzelf niet minder actueel. In het licht van deze aanleiding om wetgeving te overwegen, zal hierna (in paragraaf 6), met het accent op meerpartijengedingen, worden bezien welke bewijsrechtelijke diffuusheden en problemen er zijn en (in paragraaf 7) hoe die mogelijk tot een oplossing kunnen komen.

3 Gebruikte bewijsterminologie en mogelijke partijconstellaties bij meerpartijengedingen

3.1 Gebruikte bewijsterminologie

In dit preadvies worden de volgende werkdefinities van enige bewijstermen gebruikt:[39]

bewijsomvang dat wat gelet op hetgeen door een partij is gesteld of betoogd, moet worden bewezen;

stelplicht de plicht voor een partij (met name voor de appellerende burger) een bepaalde feitenconstellatie te claimen of juist te betwisten, teneinde deze deel te laten uitmaken van de bewijsomvang;

adstructieplicht de plicht (met name voor de appellerende burger) zo mogelijk bepaalde gegevens aan te dragen die de door haar geclaimde feitenconstellatie ondersteunen of haar betwisting van een door een andere partij geclaimde feitenconstellatie ondersteunen; het gaat hierbij om een 'begin van bewijs';

bewijslast het samenstel van bewijsrisico en bewijsvoeringslast;

bewijsrisico het risico dat een bepaalde partij, indien zij er niet in slaagt de (betwiste) feiten aannemelijk te maken, er de nadelen van draagt dat zij niet zijn komen vast te staan;

bewijsvoeringslast (als synoniem: bewijsleveringslast) de verplichting voor een partij de benodigde gegevens in te brengen teneinde het zich voordoen van gestelde feiten aannemelijk te maken dan wel teneinde twijfel te zaaien bij het zich voordoen van door een andere partij gestelde feiten; het is slechts een 'plicht' in zoverre dat men hieraan moet voldoen, wil men succes behalen;

tegenbewijs bewijs dat de juistheid van het bewijs van de andere partij ondergraaft, in twijfel trekt ('zo is het niet');

39. In navolging van Y.E. Schuurmans, a.w., m.n. hoofdstuk 2, p. 15-35; verder D.A. Verburg, a.w., p. 163-164.

tegendeelbewijs bewijs dat een andere situatie/feitenconstellatie aannemelijk maakt dan die die door de tegenpartij is gesteld ('het is niet zo, maar zo').

De gedachte is doorgaans dat als de partij op wie de bewijslast rust, in beginsel aan haar bewijsvoeringslast heeft voldaan, zij (als zij het bestuursorgaan is) het door haar gewenste besluit mag nemen. Het is dan aan de hiertegen opkomende burger daar iets tegenover te stellen. De burger draagt dan niet de bewijslast (dat wil zeggen: inclusief bewijsrisico), maar wel een bewijsvoeringslast. Hij moet dan in de regel komen met tegenbewijs, niet met tegendeelbewijs. Sterker, in de hier besproken constellatie is júist van belang dat de burger 'twijfel zaait' bij de bestuurlijke feitenvaststelling en niet zomaar een verhaal ernaast plaats. Als hij aan zijn bewijsvoeringslast voldoet, is het weer aan de eerste om dat nieuwe bewijs te weerleggen, etc. Doorgaans blijft al die tijd het bewijsrisico bij de partij liggen, waar dat risico oorspronkelijk al lag (in de constellatie in deze alinea dus: bij het bestuursorgaan). Voor de hand liggende uitzondering is de omkering van de bewijslast. Dan verplaatst de bewijslast wel. Idealiter is bewijsvoering daarom een spel van heen en weer springende kansen (dat wil in 'het juridisch' zeggen: plichten, wil men succes behalen).

Dat van alle bovenstaande termen (analytisch, in taal) onderscheiden omschrijvingen kunnen worden gegeven, betekent niet dat ook in de werkelijkheid (synthetisch, in datgene waarop die omschrijving slaat) steeds sprake is van onderscheiden activiteiten. In de totale bewijsvoering is sprake van een glijdende schaal. Een burger die in beroep komt tegen een besluit waaraan een bepaalde feitenconstellatie ten grondslag is gelegd, heeft allereerst een stelplicht die nauw samenhangt met, soms niet geheel te onderscheiden is van een adstructieplicht (zie verder subparagraaf 6.1).[40] Als het gaat om een besluit waarbij (met name) het bestuursorgaan de bewijslast draagt, terwijl dat bestuursorgaan in het bestreden besluit in beginsel aan die bewijslast heeft voldaan, zal van de appellerende burger tegenbewijs worden gevergd. De bewijsvoeringslast voor de burger houdt zoals hierboven gezegd in de regel in dat hij twijfel moet zaaien bij de bestuurlijke feitenvaststelling. Dat 'twijfel zaaien' is vaak nauwelijks te onderscheiden van de noodzaak 'een begin van bewijs' bij te brengen in het kader van de adstructieplicht.

Allemaal mooi en aardig dat als een partij wèl een bewijsvoeringslast, maar niet de bewijslast heeft, het bewijsrisico (dus) bij de tegenpartij is blijven berusten, maar het is goed te beseffen dat ook het niet voldoen aan een bewijsvoeringslast doorgaans betekent dat men de zaak verliest. Als immers het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, is daarna de burger aan zet om met tegenbewijs te komen. Als dat tekortschiet om de bestuurlijke feitenvaststelling in twijfel te trekken, blijft het bestreden besluit dus overeind. Kernelement daarin is wel dat het bestuursorgaan dan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan. Zeker omdat

40. B.J. van de Griend, Trechters in het bestuursprocesrecht (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 5-6; N. Verheij, Tussen toen en nu; het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep, JBplus 2003, p. 28.

bestuursrechters vaak (te) weinig tot uitdrukking brengen dat hun bewijspuzzel in een geval als dit begint bij de beoordeling van dat kernelement (en dus eerst beoordeeld moet zijn of het bestuursorgaan in beginsel aan zijn last heeft voldaan) en dat pas in het licht dáárvan de appellerende burger onvoldoende heeft gedaan om het besluit aan het wankelen te brengen, wordt in uitspraken ten onrechte vaak de indruk gewekt dat juist op de burger de bewijslast rust.

Die bewijsvoeringslast speelt juist in meerpartijengedingen een belangrijke rol. Zoals hierna nog zal worden besproken, zal de bewijslast doorgaans niet op de derde rusten. Maar zoals uit het voorgaande volgt, zal – indien het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan – op elke partij die het niet met de bestuurlijke feitenvaststelling eens is, wel de bewijsvoeringslast komen te rusten. Die bewijsvoeringslast kan dus ook op de appellerende derde komen te rusten. Dat komt voor de derde vaak als verrassing: hij heeft er, bij wijze van voorbeeld, niet om gevraagd dat zijn buurman bouwvergunning en vrijstelling/ontheffing van het bestemmingsplan heeft gekregen om een groot bouwwerk in zijn achtertuin op te richten, dus waarom zou hij moeten bewijzen 'dat het zo allemaal niet kan'?

3.2 Mogelijke partijconstellaties bij meerpartijengedingen

Als bij de bestuursrechter sprake is van meer dan twee partijen (gemakshalve in deze paragraaf beperkt tot drie partijen), kan dat in verschillende partijconstellaties voorkomen. Ten behoeve van een gemakkelijke aanduiding noem ik de partij die

- de aanvrager van een besluit is; of
- de geadresseerde van het primaire besluit[41] is,

telkens 'de eerste partij'. Daarmee is niet gezegd dat bewijsrechtelijk die twee posities identiek zouden zijn. Wel is het de eenvoudigste methode om aan te geven dat 'de derde' wel een derde-belanghebbende is, maar niet per se de derde-partij als bedoeld in artikel 8:26 van de Awb. Hoe die derde ook het geding binnenkomt, niét in een van die twee rollen.

Veelvoorkomende partijconstellaties (in eerste aanleg) zijn deze hoofdcategorieën:

1. Aanvrager A krijgt een door hem aangevraagd besluit van bestuursorgaan B, maar voorzien van beperkingen/voorschriften/voorwaarden; tegen die laatste komt hij (na onsuccesvol bezwaar) in beroep; derde D neemt deel aan het geding als derde-partij.
2. Aanvrager A krijgt een door hem aangevraagd besluit van bestuursorgaan B, maar voorzien van beperkingen/voorschriften/voorwaarden; tegen die laatste komt A (na onsuccesvol bezwaar) in beroep; derde D komt (na onsuccesvol bezwaar) in beroep tegen het besluit als zodanig.

---

41. Als sprake is van een wettelijke informatieplicht, zal degene op wie de plicht rust bepaalde informatie te verstrekken aan het bestuursorgaan, bijna steeds, indien hij niet aan die plicht heeft voldaan, in de rechtspraak opduiken als de geadresseerde van het primaire besluit.

3. Aanvrager A krijgt een door hem aangevraagd besluit van bestuursorgaan B; derde D komt (na onsuccesvol bezwaar) in beroep tegen het besluit; A neemt als derde-partij deel aan het geding.
4. Geadresseerde G krijgt een besluit van bestuursorgaan B en komt daartegen (na onsuccesvol bezwaar) in beroep; derde D neemt deel aan het geding als derde-partij.
5. Geadresseerde G krijgt een besluit van bestuursorgaan B en komt daartegen (na onsuccesvol bezwaar) in beroep; derde D komt (na onsuccesvol bezwaar) daartegen eveneens in beroep.
6. Geadresseerde G krijgt een besluit van bestuursorgaan B; derde D komt (na onsuccesvol bezwaar) daartegen in beroep; G neemt aan het geding deel als derde-partij.

Gemakshalve is in deze opsomming steeds gezegd 'na onsuccesvol bezwaar', zodat de partijconstellatie in bezwaar (wellicht) identiek is aan die in beroep. Als het bezwaar wel succesvol is (met herroeping van het primaire besluit in de beslissing op bezwaar), leidt dat vaak tot diametrale omkering van de partijconstellatie in de beroepsfase of toetreding in die fase van een partij die nog niet actief heeft meegedaan in de bezwaarfase. Zeker als daardoor de derde in beroep komt (terwijl hij in bezwaar begrijpelijkerwijs aan de kant bleef staan), wordt het interessant. Kan op deze derde nu een bepaalde bewijslast in beroep komen te rusten? En los van de vraag of op hem de bewijslast rust, zal hij wellicht in beroep allerlei bewijs inbrengen. Dat is dan vaak bewijs waarmee het bestuursorgaan in de bestuurlijke fase feitelijk geen rekening hield. Dat leidt in ieder geval tot *feitelijke* complicering van de procesgang.[42]

Zoals bekend, kan een derde-partij, die er immers voor heeft gekozen niet zelf in beroep te komen, geen vernietiging van het besluit bewerkstelligen. Doorgaans treedt hij op met belangen parallel aan die van het verwerende bestuursorgaan. Bewijsrechtelijk treedt er dan niet veel spannends op indien een derde als derde-partij aan het geding deelneemt. Bewijsrechtelijk wordt het geding – zoals hierna nog zal worden besproken – dan vooral beheerst door de verhouding tussen de 'eerste partij' en het bestuursorgaan. Er lijkt vooral iets te gebeuren als de derde optreedt als aanlegger van het geding in eerste aanleg en de 'eerste partij' aan het geding deelneemt als derde-partij of zelf ook beroep instelt.

De gevallen onder 1 tot en met 3 kunnen nog worden onderscheiden in (kortweg gezegd) 'het bedrijf' als aanvrager van een vergunning en 'de buren' als derde enerzijds en 'de buren' als verzoeker om handhaving en 'het bedrijf' als derde anderzijds. De vraag kan zich dan opdringen of de omstandigheid dat het bedrijf zich aan zijn vergunning moet houden, in dat kader misschien ook allerlei rapportageverplichtin-

42. M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 347 (conclusie), met verwijzingen naar eerdere paragrafen.

gen heeft, etc., nu meebrengt dat zo'n bedrijf toch een andere 'derde' is dan de buren. Kan zo'n bedrijf als derde in de situatie komen dat de bewijslast bij hem ligt?

Bijzondere driepartijengedingen zijn te vinden bij de regulatorzaken, waarover het CBb oordeelt. Onder omstandigheden mag de directeur DTe krachtens de Elektriciteitswet 1998 tarieven vaststellen die netwerkbeheerders ten hoogste in rekening mogen brengen aan gebruikers van het net. Dat levert interessante meerpartijengedingen op, maar voor het algemeen bestuursrechtelijke karakter van dit preadvies, gaat dat te ver. Datzelfde geldt voor de geschillenregeling met een taak voor de OPTA daarin bindend te beslissen (artikel 5.3 en 5.7 van de Telecommunicatiewet). Ten slotte geldt hetzelfde bij besluiten inzake de goedkeuring van een ander besluit, waartegen in beroep wordt opgekomen door een appellerende burger; het verwerende bestuursorgaan is dan het orgaan dat beslist over de goedkeuring; het bestuursorgaan dat het goed te keuren besluit heeft genomen, neemt aan het geding deel als 'derde', maar staat natuurlijk in een geheel andere verhouding tot de procedure dan de gebruikelijke derde.

4 Determinanten van bewijsrecht – de rol van de derde

4.1 Inleiding

Misschien moet men, als men wordt gevraagd een preadvies te schrijven, gewoon harder onderhandelen met het VAR-bestuur over het onderwerp, maar nu ik dat heb nagelaten, is een betrekkelijk uitgebreide passage nodig om de reikwijdte en vooral beperkingen van het onderwerp te bespreken.

Vrij algemeen wordt aangenomen dat het optreden van meer dan twee partijen gevolgen heeft op het vlak van bewijsrecht.[43] Ook intuïtief mag de gedachte op instemming rekenen dat zodra een derde[44] aan het geding gaat deelnemen, er iets gaat schuiven in de omgang met en te stellen eisen aan bewijs. Te denken valt bij dit laatste aan het bestuursorgaan dat overweegt een aanvrager een vergunning te verlenen op grond van door die aanvrager verstrekte gegevens. Indien er een derde-partij optreedt, zal het bestuursorgaan, zo wordt vaak verondersteld, meer onderzoek naar de juistheid van de gegevens moeten verrichten en over dat onderzoek meer motivering moeten leveren.[45] Zo'n veronderstelde verplichting tot méér onderzoek en méér motivering roept anderzijds twijfel op. Mogelijk is dit processueel wel zo (bij afwezigheid van een derde-belanghebbende kraait er geen haan naar als een bestuursorgaan wat lichtvaardiger afgaat op gegevens van een aanvrager), maar waarom zou het normatief juist zijn?[46] Leemans laat, nadat hij de mogelijkheid van zo'n invloed heeft opgeworpen, onmiddellijk volgen dat het toetsingskader in milieugeschillen zo sterk is genormeerd, dat nauwelijks ruimte kan worden gevonden om aan het optreden van een derde veel invloed toe te kennen.[47] Wat flauwer gezegd: waarom zou er in de verhouding tussen bestuursorgaan en de (gestelde) overtreder in bewijsrechtelijk opzicht iets anders aan de hand zijn in een geschil over een ambtshalve

43. Uit veel meer: Y.E. Schuurmans, a.w., p. 197 e.v.; Evaluatiecommissie Awb III, a.w., p. 27; T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 332 en 335; T.C. Leemans, De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 57-58.
44. Met 'derde' wordt zoals gezegd in de inleiding bedoeld de partij die geen aanvrager en geen geadresseerde van het primaire besluit is.
45. Dit lijkt bijvoorbeeld te spreken uit ABRvS 15 juli 1999, AB 1999, 448 m.nt. JV, ABRvS 7 mei 2003, JB 2003/152 m.nt. FAMS en ABRvS 24 maart 2004, AB 2004, 430 m.nt. AMLJ en JB 2004/186.
46. Vergelijk PG Awb I, p. 205.
47. T.C. Leemans, a.w., p. 58.

opgelegde last onder dwangsom enerzijds dan in een geschil over een op verzoek van 'de buren' opgelegde last onder dwangsom anderzijds? In het rapport 'Feitenonderzoek in beroep' staat hierover zoals hierboven al gezegd: 'De bewijspositie wordt lastiger wanneer derden een rol gaan spelen in de procedure.'[48] Wat opvalt is dat vaker wordt gezegd dàt de aanwezigheid van meer partijen invloed heeft op het bewijsrecht dan dat wordt geëxpliciteerd wàt die invloed is. Als een derde aan een geschil gaat deelnemen, wat wijzigt er dan in bewijsrechtelijk opzicht voor het verwerende bestuursorgaan en de 'eerste partij'?[49]

- De bewijsomvang kan er vanzelfsprekend op één punt na niet door wijzigen. Dat ene punt is dat de betrokkenheid van de derde meebrengt dat in het kader van (vooral) de belangenafweging of een beroep op een zelfstandige norm/uitzondering (zie hierna subparagraaf 5.4) nadere feiten (kunnen) worden ingebracht, die vaststelling behoeven. Het is dus wel zo dat de derde door zijn inbreng van standpunten (daargelaten of dat eigen gronden zijn of zienswijzen op de gronden/verweren van beide andere partijen) andere bewijsrechtelijke punten kan opwerpen dan het geval zou zijn bij het ontbreken van die standpunten.
- Dat de maatstaf voor bewijswaardering – de te vereisen hardheidsgradiënt – zou wijzigen, is mogelijk, maar roept zoals hierboven geschetst ook vraagtekens op. De feitelijke grondslag van een besluit moet deugdelijk worden onderzocht en de vergelijkende trap 'deugdelijker' lijkt hier niet op zijn plaats, ook niet als er een derde in het geding komt.
- Dat bewijsrisico samen met bewijsvoeringslast (tezamen: bewijslast) heel anders zouden komen te liggen, valt evenmin gemakkelijk in te zien. Dat de derde zelf de bewijslast, dus inclusief bewijsrisico, krijgt toebedeeld ligt uit dogmatisch oogpunt niet voor de hand. Daarover volgt hierna een bespreking.
- Dat de bewijsvoeringslast (dus: niet met bewijsrisico) een enigszins complicerende factor is, ligt wel voor de hand. Als in een tweepartijengeding de partij op wie de bewijslast rust, in beginsel aan haar bewijslast heeft voldaan, rust op de andere partij de bewijsvoeringslast daar weerwoord tegen te leveren; als zij aan die last voldoet, is de eerste partij weer aan zet. Dat is eenduidig heen-en-weerspringen. In driepartijengedingen kan dat springen van een in-beginsel-voldoen-aan-bewijslast naar een bewijsvoeringslast op de partij die dat wenst te bestrijden, neerkomen op hetzij de eerste partij (bij een voor háár negatief besluit), hetzij de derde (bij een voor hèm negatief besluit). Afhankelijk van de uitkomst van elke tussenfase (bijvoorbeeld: herroept het bestuursorgaan in zijn beslissing op bezwaar zijn primaire besluit en gaat hij rechtsomkeert) kan de bewijsvoeringslast dan wel per stap eenduidig te volgen zijn, maar voor het geheel kan het mogelijkerwijs enigszins complex worden. Let wel: dit is feitelijk complex, maar niet juridisch complex.

---

48. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 23.
49. Om betoogtechnische redenen wordt in de hierna volgende opsomming voorbijgegaan aan de gebruikelijke stappenvolgorde: (a) stelplicht, (b) bepaling van de bewijsomvang, (c) adstructieplicht, (d) toedeling van de bewijslast, inclusief bewijsvoeringslast en bewijsrisico, (e) verdere bewijsvoering, met wisselende bewijsvoeringslast en (f) uiteindelijke bewijswaardering.

– Wat verder hooguit overblijft is dat de derde een gemotiveerde stelplicht of adstructieplicht heeft. Indien hij aan het geding deelneemt, moet hij beredeneerd stellen waarom hij de feitenvaststelling in het bestreden besluit aanvecht en zonodig in dat verband een begin van bewijs leveren. Ook daarop wordt hierna, in subparagraaf 6.1, ingegaan.

Zoals besproken in paragraaf 2 ging de discussie over de wenselijkheid van opneming van meer bewijsrecht in de Awb steeds over het *materiële* bewijsrecht. Tot het materiële bewijsrecht behoren de vraagstukken betreffende de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de bewijswaardering, inclusief de regels die bepalen welke middelen toelaatbaar zijn om een bepaald feit te bewijzen. Tot het formele bewijsrecht behoren de regels over de wijze van bewijsvoering in het proces. Zoals volgt uit bovenstaande opsomming, liggen de bij eerste beschouwing geïnventariseerde verschillen tussen het optreden in een geding van twee partijen enerzijds en een geding van meer partijen anderzijds, vooral op het vlak van het formele en niet van het materiële bewijsrecht.

4.2 Bewijsrechtelijke gevolgen als daadwerkelijk meer partijen optreden

Twee aspecten springen op bewijsrechtelijk vlak in het oog als daadwerkelijk meer dan twee partijen optreden.

Zoals bekend, wordt het bestuursrechtelijk bewijsrecht zoals dat in de beroepsfase geldt, 'opgetrokken' uit de verhouding tussen onderzoeksplicht en verantwoordelijkheid voor de juistheid van de feitenvaststelling aan de zijde van het bestuursorgaan (artikel 3:2 van de Awb) enerzijds en de verplichting om nodige en voor hem redelijkerwijs verkrijgbare informatie aan te dragen aan de zijde van de aanvrager (artikel 4:2, tweede lid, van de Awb) anderzijds. Het artikel 4:2, tweede lid, van de Awb, dat hier vaak wordt genoemd, staat eigenlijk model voor een veel breder palet. Er zijn vaak specifieke, in de desbetreffende bijzondere regelgeving opgenomen, aanvraagverplichtingen geregeld. Die verhouding in de bestuurlijke fase, op basis waarvan wordt vastgesteld wie welke gegevens moet aandragen of opsporen, werkt door in de beroepsfase.[50] Dat model is geënt op een tweepartijenmodel. De hoofdstukken 3 en 4 van de Awb delen een derde geen rol toe bij de gegevensverzameling. Bij het optreden van een derde kan het bewijsrecht in de beroepsfase dus ook niet worden 'opgetrokken' uit de verhouding in de bestuurlijke fase. In meergenoemd onderzoeksrapport is op het punt van de bewijslast ten opzichte van de derde geconcludeerd:

50. Y.E. Schuurmans, a.w., p. 47 e.v.; M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 324 e.v.; D.A. Verburg, a.w., p. 164 e.v.; in T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 73 wordt dit doorwerken 'door de wetgever niet nader doordacht' genoemd.

> ‘Heeft een derde-belanghebbende in beroep zijn grond tegen de feitenvaststelling voldoende gemotiveerd, dan dient het bestuursorgaan in beginsel aannemelijk te maken dat het bestreden besluit op een juiste feitelijke grondslag berust. In de regel ligt de bewijslast dan op het bestuursorgaan.’[51]

en

> ‘Stelt een derde-belanghebbende bezwaar of beroep in, dan is het onderscheid tussen een besluit op aanvraag en een ambtshalve te nemen besluit nog weinig relevant. Het bestuursorgaan zal steeds ten opzichte van de derde-belanghebbende de juistheid van zijn besluit dienen te verdedigen.’[52]

In de wetgeschiedenis kan hiervoor geen heel harde aanwijzing worden gevonden. In het onderzoeksrapport wordt hiervoor verwezen naar PG Awb I, p. 204, maar op die pagina kan ik geen basis hiervoor vinden. Op p. 205 staat een cryptische passage uit de memorie van antwoord.[53] In de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt geprobeerd te komen tot een verheldering:

> ‘Het onderscheid dat wij maakten [in de memorie van antwoord] tussen de houding van het bestuursorgaan ten opzichte van de aanvrager enerzijds en ten opzichte van een derde-belanghebbende anderzijds, vloeit voort uit het feit dat de aanvrager degene is die de procedure initieert. Van hem mag daarom een redelijke mate van medewerking aan de totstandkoming van het aangevraagde besluit worden verlangd. Voor derdenbelanghebbenden ligt dit anders; zij zullen niet altijd op de hoogte zijn van het feit dat een aanvraag is ingediend waarbij hun belangen betrokken zijn, en zullen dus ook niet steeds zelf voldoende voor hun belangen kunnen waken. Daarom is ten opzichte van deze groep belanghebbenden een meer actieve opstelling van het bestuur noodzakelijk.’[54]

---

51. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 20; zie ook Y.E. Schuurmans, a.w., p 197-199.
52. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 23.
53. PG Awb I, p. 205: ‘[...] in het algemeen mag het bestuursorgaan wat betreft de aanvrager van een besluit afgaan op de door deze verstrekte gegevens. Wat betreft eventuele derden-belanghebbenden rust wel een verplichting op het bestuursorgaan, voor zover de belangen van derden bij de besluitvorming moeten worden afgewogen.’ In de meest onwelwillende lezing lijkt hier te staan: gegevens van de aanvrager worden voor waar aangenomen, die van derden niet. Er is aanleiding voor een wat meer redelijke lezing. Gelet op de context van deze passage, is de als eerste aangehaalde zin niet zo algemeen bedoeld, maar slechts als: het bestuursorgaan mag op de door de aanvrager verstrekte gegevens afgaan *om tot een afwijzing te komen*. Direct daaraan voorafgaand staat namelijk dat de aanvrager gegevens moet aandragen ter ondersteuning van zijn aanvraag (op grond van artikel 4:2, tweede lid) en dat in die situatie waarin die gegevens onvoldoende zijn om tot inwilliging van de aanvraag over te gaan, de plicht van artikel 3:2 niet zo ver gaat dat het bestuursorgaan dan uit zichzelf op zoek moet gaan naar alternatieve ondersteunende gegevens. Als dat de juiste lezing van de hierboven weergegeven eerste zin is, moet de tweede zin wellicht worden gelezen als (gewoonweg) de plicht van het bestuursorgaan om gegevens van derden steeds te onderzoeken op feitelijke juistheid. Aangezien doorgaans de derde juist dat besluit nastreeft dat in het nadeel is van de aanvrager, is dat ook logisch. Indien het bestuursorgaan blind zou afgaan op hetgeen de derde stelt, benadeelt dat de aanvrager; de zorgvuldigheid jegens de aanvrager komt daarmee in het geding. Deze passage blinkt niet uit in helderheid.
54. PG Awb I, p. 206.

Op systematische gronden is in ieder geval logisch dat ten overstaan van een appellerende derde op het bestuursorgaan de verplichting rust aannemelijk te maken dat het besluit op een juiste feitelijke grondslag berust. Onafhankelijk van de vraag op welke partij de bewijslast rust, brengt artikel 3:2 van de Awb tot uitdrukking dat het bestuursorgaan altijd verantwoordelijk is voor de juistheid van de feitenvaststelling. Het bestuursorgaan is verplicht om bij de uitoefening van zijn bevoegdheden, met inachtneming van het algemeen belang en (dus) zonder eigen belang, de feiten vast te stellen.[55] Die feitenvaststelling is immers benodigd om tot besluitvorming te komen (de minor in het syllogisme dat bestuurlijke besluitvorming is). Hieruit volgt dat de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan regel is en de plicht van een burger om gegevens of informatie bij te brengen de (systematische, niet-numerieke) uitzondering is. Zonder heldere (wettelijke, op de wet gebaseerde of systemische[56]) aanleiding komt men aan een uitzondering niet toe. Artikel 3:2 van de Awb kent twee gezichten. Bij een bevoegdheidsuitoefening waar de 'bewijslast' (onderzoeksplicht) vooral op het bestuursorgaan rust, is de betekenis van artikel 3:2 vrij eenvoudig: het bestuursorgaan moet de feiten vergaren. Bij een bevoegdheidsuitoefening waar de 'bewijslast' (plicht om gegevens of informatie te verschaffen) vooral op de burger rust, is die betekenis van artikel 3:2 dat het bestuursorgaan de burger zo goed mogelijk moet informeren over wat die burger moet doen om aan zijn bewijslast te voldoen.[57] Het bestuursorgaan moet dan door het stellen van vragen of het vaststellen van een formulier de burger duidelijk maken wat van hem wordt verwacht.[58] De verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor een juiste feitelijke grondslag van zijn besluit (de 'hoofdregel') betekent dus niet dat hij alle benodigde informatie zelf moet opsporen. Met name de aanvrager (op grond van artikel 4:2, tweede lid) kan verplicht zijn benodigde informatie of gegevens aan te dragen. Dat is dan steeds wat hierboven gemakshalve de 'eerste partij' is genoemd. Als een derde in het strijdperk treedt, is er geen (wettelijke) regel aan te wijzen die hem verplicht informatie of gegevens aan te dragen.[59] Logisch is dan dat de hoofdregel voorop staat en dat dus

55. Men spreekt dan vaak over de 'hoofdregel van bestuursrechtelijk bewijs'. Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 324 e.v.; T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 331; Evaluatiecommissie Awb III, a.w., p. 29; D.A. Verburg, a.w., p. 164 e.v.
56. Een belangrijke systemische aanleiding ligt in het beroep op een zelfstandige norm/uitzondering, hetgeen hierna wordt behandeld in subparagraaf 5.4.
57. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 339: 'De gelding van de hoofdregel van art. 3:2 Awb wijkt echter niet voor de informatieplichten van de burger. Voldoening aan die plichten maakt immers deel uit van de zorgvuldige voorbereiding van het besluit. Ze zijn niet in strijd, maar doen ook niet af aan de verantwoordelijkheid van het bestuur voor een deugdelijk onderzoek [met verwijzing naar ABRvS 5 juli 2006, JB 2006/249].'
58. ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1094 en AB 2006, 147 m.nt. NV, ABRvS 16 november 1999, AB 2000, 24 m.nt. MSV, CRvB 31 januari 2006, LJN AV1178 en JB 2006/99 m.nt. AJB, CBb 11 januari 2000, AB 2000, 286 m.nt. JHvdV.
59. Hierbij ga ik, zo wordt hier herhaald, voorbij aan enige bijzondere partijconstellaties, zoals genoemd in subparagraaf 3.2.

het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de feitelijke juistheid van zijn besluit en daarvoor ook, indien in rechte aangevochten, bewijs moet leveren.[60]

Puntsgewijs betekent het voorgaande (voor een situatie met een aanvrager en eventueel een derde):

- het bestuursorgaan is verantwoordelijk voor een zorgvuldige en volledige feitenvaststelling die aan een besluit ten grondslag wordt gelegd;
- het heeft uit dien hoofde (1) een plicht zelf gegevens op te sporen die vallen onder zijn bewijslast èn (2) een plicht de aanvrager zo goed mogelijk te begeleiden bij diens bewijslast;
- de aanvrager draagt de bewijslast voor de gegevens die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd en die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van zijn aanvraag;
- als het bestuursorgaan tot een afwijzing wenst te komen, mag het afgaan op die gegevens en hoeft dus niet zelf op zoek te gaan naar gegevens die vóór toewijzing van de aanvraag pleiten;
- als het bestuursorgaan tot een toewijzing wenst te komen, moet het de door de aanvrager verstrekte gegevens beoordelen naar de gebruikelijke zorgvuldigheidsmaatstaven; die maatstaven hangen samen met het algemene belang, meer in het bijzonder de taak een bepaalde wet zorgvuldig uit te voeren, de noodzaak zuinig te zijn met schaarse middelen en de plicht rekening te houden met de eventuele belangen van (al of niet in de procedure betrokken) derden;
- als een derde belangen en/of gegevens inbrengt in het geding (hetzij als aanlegger van het geding, hetzij als derde-partij), moet het bestuursorgaan de (achterliggende) gegevens beoordelen op zorgvuldigheid en volledigheid;
- het bestuursorgaan draagt jegens de derde de verantwoordelijkheid voor de juistheid van het besluit; de bewijslast jegens de derde rust op het bestuursorgaan.

Tussenconclusies op dit punt met het oog op de rest van dit preadvies zijn de volgende. De bewijsrechtelijke positie van een derde die partij is in een beroepsprocedure, kan niet worden afgeleid uit de bestuurlijke fase, om de eenvoudige reden dat in de Hoofdstukken 3 en 4 de derde geen rol krijgt toebedeeld. In een driepartijengeding zijn er bewijsrechtelijk gesproken eigenlijk twee relaties: (1) de relatie tussen bestuursorgaan en aanvrager,[61] bewijsrechtelijk beheerst door de verhouding tussen de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb, en (2) de relatie tussen bestuursorgaan en derde, bewijsrechtelijk beheerst door de hoofdregel van artikel

60. Zie ABRvS 18 september 2002, LJN AE7774, waarin een derde in eerste aanleg de eiser was (derdepartij in hoger beroep); uit r.o. 2.5 volgt duidelijk dat de gevolgen van de wisselende, elkaar tegensprekende verklaringen van de 'eerste partij' (degene jegens wie al of niet handhavend moet worden opgetreden) voor rekening van het bestuursorgaan komen: er volgt een zorgvuldigheids- en motiveringsgebrek van het besluit, waarin het standpunt van de 'eerste partij' was gevolgd. Zo ook ABRvS 17 juli 2002, LJN AE5353, waarin uit r.o. 2.3 volgt dat niet alleen de eerste partij, maar ook het college van B&W tegenover de appellerende derde de bewijslast draagt dat de feiten het inroepen van overgangsrecht rechtvaardigen.

61. De aanvrager is hier kortheidshalve gebruikt. Vergelijkbare exercities zijn mogelijk bij een andere 'eerste partij'.

3:2 van de Awb. Het moge zo zijn dat in driepartijengeding het werkelijke conflict vaak bestaat tussen de 'eerste partij' en de derde, maar bewijsrechtelijk is er geen bewijsrelatie tussen hen beiden. Alle bewijslijnen lopen via het bestuursorgaan. In de bewijsrelatie onder (1) draagt voor bepaalde delen de aanvrager de bewijslast, voor de rest het bestuursorgaan, terwijl voor de bewijsrelatie onder (2) het bestuursorgaan de bewijslast draagt. Zo bezien is het wonderlijk dat bewijsrecht in driepartijengedingen 'lastiger' wordt genoemd: dogmatisch gezien zijn het gewoon twee enkelvoudige (en eenvoudige) bewijsrelaties.

Een punt van geheel andere orde is het volgende. In meerpartijengedingen wordt de tijdigheid van bewijslevering als meer prangend ervaren dan in tweepartijengedingen. De Evaluatiecommissie Awb III stelt zich op het standpunt: 'Als het bestreden besluit de belangen van derden met tegengestelde belangen raakt, is het bezwaarlijker om in een laat stadium van de procedure nog nieuw bewijs toe te laten dan wanneer dit niet het geval is.'[62] Instemming met deze zin, betekent niet dat toepassing van een bewijsfuik of -trechter dus terecht zou zijn in meerpartijengedingen, wel dat bij meerpartijengedingen de discussie hierover vaker opkomt. Ter mitigering van dat laatste moeten overigens twee opmerkingen worden gemaakt: (a) toepassing van zo'n bewijsfuik of -trechter in uitspraken wordt zelden of nooit gemotiveerd met verwijzing naar de aanwezigheid van een derde-partij, en (b) in perioden dat en bij rechterlijke colleges waardoor dit werd of wordt toegepast, was of is de toepassing niet beperkt tot meerpartijengedingen.

De (betrekkelijk magere) tussenconclusie op dit punt met het oog op de rest van dit preadvies is: juist bij meerpartijengedingen behoeft het onderwerp buitensluiting van (te) laat ingebracht bewijs bespreking.

4.3 Bewijsrechtelijke gevolgen als belangen van derden een belangrijke rol spelen

Als het iets ruimer wordt bekeken dan alleen gevallen waarin *daadwerkelijk* meer dan twee partijen optreden, moet worden gekeken naar die deelrechtsgebieden waarin belangen van derden evident en met regelmaat een rol spelen. Uit die formulering volgt al dat dit een zacht criterium is; sterker: in principe is dit een criterium zonder natuurlijk eindpunt. Zodra het gaat om toekenning van publieke financiële middelen of verdeling van publieke, schaarse goederen of rechten, kortom bij elk bestuursrechtelijk besluit, speelt het algemeen belang per definitie een rol. Als dat zo is, speelt, hoe ver verwijderd ook, ergens het belang van de belastingbetaler en iedere burger van dit land. Schreuder-Vlasblom gaat hierin het verst. Omdat zij een besluit

62. Evaluatiecommissie Awb III, a.w. p. 27.

steeds ziet als rechtscheppend[63] en dus niet zo veel betekenis toekent aan het rechtsvaststellende karakter van sommige besluittypen[64], relativeert zij sterk de betekenis van het denken over verschillen tussen het twee- en het meerpartijengeding:

> 'Op onderdelen brengt de structuur van het materiële recht met zich dat niet of zelden sprake is van derde-belanghebbenden bij een beschikking, niet omdat het recht daar per se zo gebonden is dat het geen wegingen toelaat, maar omdat de achterliggende algemene belangen relatief abstract zijn en daardoor niet direct gepersonifieerd worden. Dat wil echter niet zeggen dat ze er niet zijn. [hierna volgen enige voorbeelden uit de sfeer van arbeidsongeschiktheidsrecht, ambtenarenrecht, vreemdelingenrecht en het recht betreffende zaken als rijbewijzen, wapenvergunningen, etc.] Het verschijnsel van het "twee-partijen-geding", waarin in de regel niet meer dan twee partijen figureren, heeft dus geen materieelrechtelijke betekenis en dat beperkt ook de processuele betekenis ervan [...]. [...] Het bestuur staat steeds voor meer, vaak vele, van het algemeen belang afgeleide deelbelangen die in rechte niet genegeerd kunnen worden, enkel omdat ze daar slechts verwoord en behartigd worden door het bestuur.'[65]

Op argumentatief niveau valt hier niet zo veel tegen in te brengen, met dien verstande dat men de conclusie over de beperkte processuele betekenis van het optreden van niet meer dan twee partijen, niet hoeft te delen. Terecht wijst Schreuder-Vlasblom er op dat een derde niet per se daadwerkelijk in het geding hoeft mee te doen om in dat geding gewicht toe te kunnen kennen aan belangen van derden. Maar het is wel een glijdende schaal, lopende van deelrechtsgebieden waarin de rol van belangen van derden prominent is (bijvoorbeeld het omgevingsrecht) tot deelrechtsgebieden waarin dergelijke belangen alleen zeer op de achtergrond spelen (bijvoorbeeld het bijstandsrecht). Als je in de rechtspraak betekenis wilt toekennen aan die graduele verschillen in de mate waarin belangen van derden worden geraakt, is dat verdedigbaar (en ook verdedigd[66]). De omstandigheid dat er altijd minstens enig derde-belang speelt, brengt niet *a priori* mee dat aan de mate waarin dergelijke belangen spelen geen of nauwelijks betekenis zou mogen toekomen. Terecht wijst Schreuder-Vlasblom er ook op dat door het bestuur ingebrachte algemene belangen en belangen van (niet-participerende) derden, niet kunnen worden gelijkgesteld met

---

63. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 9: 'De burger heeft, als gezegd, aanspraak op naleving van het de besluitvorming normerende (on)geschreven recht. Men moet zich op de aard van die aanspraken echter niet verkijken. Het zijn geen afgeronde materiële aanspraken op bijvoorbeeld een vergunning of een toekenning. De bestuurlijke besluitvorming is, [...] zijnde het sluitstuk van algemene rechtsvorming, constitutief voor het ontstaan van die aanspraken; ze zijn er niet a priori.' Idem, p. 348: 'De wet heeft het bestuur opgedragen de materiële aanspraken vast te stellen in het verlengde van samenhangende algemene rechtsvorming. Die materiële aanspraken zijn het rechtsgevolg van het besluit; ze bestaan niet a priori (par. 1.2). Het verlenen van de vereiste medewerking is noodzakelijk voor hun ontstaan. Dus kan hun veronderstelde bestaan geen breekijzer zijn om een afwijzend besluit te vernietigen als dit door toedoen van de burger op onvolledige informatie is gebaseerd.'
64. Dat in het belastingrecht en het sociaalverzekeringsrecht juist wel van groot belang wordt geacht.
65. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 14 en 15.
66. J.E.M. Polak (Commissie rechtsbescherming van de VAR), De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, paragraaf 2.1.3.

'belangen van het bestuur'. Maar niet inzichtelijk is waarom de onpartijdigheid van de rechter in gevaar zou zijn indien hij in die deelgebieden waarin belangen van derden alleen op de achtergrond spelen, aan die geringe mate van derde-belangen gewicht zou toekennen in bepaalde processuele keuzes.[67] Als de bestuursrechter bijvoorbeeld in een bijstandszaak wel en in een bouwzaak niet een bepaald bewijsmiddel van de appellerende burger toelaat, op de grond dat in het als eerstgenoemde type zaak de burger het voordeel van de twijfel kan worden gegund, omdat daar alleen de algemene middelen in het geding zijn, terwijl in het als tweede genoemde type zaak de algemene middelen én de belangen van derden in het geding zijn, ondergraaft hij daarmee mijns inziens niet zijn onpartijdigheid, maar erkent hij juist het verschil in implicatie voor de maatschappelijke realiteit. De opmerkingen van Schreuder-Vlasblom op dit punt kunnen dan ook beter als waarschuwingsbord dan als verbodsbord worden opgevat.

Dat het, ook voor haar, niet absoluut is, volgt ook uit de uitzondering die zij maakt voor het belastingrecht.[68] Redengevend daarvoor is voor haar dat:

- regelgeving en beleidsvorming enerzijds en besluiten nemen anderzijds aan verschillende organen zijn toebedeeld;
- de beschikkingsbevoegdheid relatief gebonden en overwegend technisch van aard is;
- de aanleggers van het geding opkomen voor hun wettelijk al in hoge mate omlijnde rechtspositie.

Deze vereisten komen inderdaad voor als een juiste afbakening van deelgebieden waarin derde-belangen slechts in zeer abstracte zin een rol spelen ten opzichte van deelgebieden waarin dergelijke belangen een prominentere rol spelen. Aan die vereisten is in hoge mate voldaan in veel meer zaken dan alleen fiscale. Te denken valt aan algemene bijstand, grote delen van het sociaal-verzekeringsrecht, toeslagen van de belastingdienst, studiefinanciering en nog veel meer. Wat het eerste vereiste betreft, geldt op de hier bij wijze van voorbeeld genoemde deelterreinen in de regel een strakke regeling in wetten in formele zin – met dus weinig ruimte voor normerende beleidsvorming – en een uitvoerend bestuursorgaan in een andere bestuurslaag, in een zelfstandige organisatie of in een anderszins 'op afstand geplaatste' (rijks)organisatie. Ook dat is dus doorgaans niet principieel anders dan in het belastingrecht. Men zou kunnen zeggen dat indien aan deze vereisten is voldaan, de beschikking van het bestuursorgaan vooral een betrekkelijk rechtlijnige (niet per se eenvoudige) feitensubsumptie is, waarbij de rechter zich veilig en verantwoord kan concentreren op het geding van de twee zich aandienende partijen. Dat zou vooral kunnen, omdat de relevante afwegingen al op wetgevingsniveau zijn gemaakt. Als je kijkt naar de verzameling besluittypen die onder deze omschrijving vallen, is die wellicht identiek aan de verzameling besluiten die doorgaans worden getypeerd als 'rechtsvaststellend'.

---

67. Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 15 en 16.
68. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 12.

Tussenconclusie op dit punt voor de rest van dit preadvies is dat het, indien gewenst, mogelijk is om onderscheid te maken, bijvoorbeeld in bewijsrechtelijke kwesties, tussen deelgebieden waarin belangen van derden een prominente rol spelen enerzijds en deelgebieden waarin belangen van derden alleen in zeer abstracte zin een rol spelen anderzijds. Er is daarbij geen absolute grens, maar een glijdende schaal.

Wat, wellicht niet verbazingwekkend, tegen al te vergaande splitsing tussen 'tweepartijenbewijsrecht' en 'meerpartijenbewijsrecht' pleit, is dat het uiteindelijk – althans: beoordeeld naar huidig recht – gaat om de toepassing en uitleg van dezelfde wetsartikelen. Uitleg *zus* van bijvoorbeeld artikel 3:2 van de Awb in het ene type geschil en uitleg *zo* van datzelfde artikel in het andere type geschil kent zijn grenzen in rekbaarheid. De toepasselijkheid van één en dezelfde Awb maakt nu juist dat sluimerende verschillen tussen deelgebieden opvallen. Anderzijds moet worden gezegd dat artikel 3:2 van de Awb zo'n open norm is, dat de rekbaarheid mogelijk toch weer behoorlijk groot is.

Tussenconclusie op dit punt voor de rest van het preadvies is dat er hooguit ruimte is voor graduele verschillen tussen bewijsrechtelijke regels in tweepartijengedingen enerzijds en meerpartijengedingen anderzijds.

Naast verschillen die zijn terug te voeren op de wijze van regelen, zijn er culturele verschillen tussen de verschillende rechterlijke benaderingen. WAO/WIA-geschillen zijn sinds 1 januari 1998 daadwerkelijk of potentieel driepartijengedingen, maar de omstandigheid dat het tot die datum decennialang tweepartijengedingen zijn geweest, lijkt tot gevolg te hebben dat de desbetreffende zaken ook sinds 1998 lange tijd niet wezenlijk anders werden behandeld. Er is in die zaken een jurisprudentiële cultuur van een tweepartijengeding. Uitspraken waarin erkenning van de meerpartijdigheid tot uiting komt, zijn pas relatief laat gekomen, bijvoorbeeld CRvB 31 januari 2006 en 9 januari 2008.[69]

Tussenconclusie op dit punt is dat eventuele verschillen in benadering van wat bijvoorbeeld aan bewijs wordt gevergd van een aanvrager, niet geheel kan worden verklaard uit het desbetreffende regelsysteem, in het bijzonder het al of niet op de voorgrond treden van belangen van derden.

4.4 Slotsom over de rol van de derde als determinant

Conclusie van deze gehele paragraaf over de daadwerkelijk optredende of evident op de voorgrond tredende belangen van derden is dat deze maar in zeer geringe mate als determinant van bewijsrechtelijke vraagstukken zijn aan te merken. Zowel de

69. RSV 2006/104, respectievelijk RSV 2008/51. Eerstgenoemde uitspraak laat zien dat het UWV in ieder geval tot die uitspraak buitenwettelijk beleid ten gunste van (ex-)werknemers voerde, kennelijk met geheel voorbijgaan aan de daaruit voortvloeiende premieverzwaring voor de (voormalige) werkgevers.

‘spelregels’ als de optredende bewijsrechtelijke problemen zijn grotendeels gelijk in situaties waarin typisch twee partijen optreden enerzijds en in situaties waarin meer partijen optreden of belangen van derden op de voorgrond treden anderzijds. Vanuit bewijsrechtelijk perspectief is een driepartijengeding te benaderen als twee tweepartijengedingen, waarbij in beide de bewijsrelaties via het bestuursorgaan lopen.

5 Determinanten van bewijsrecht – andere factoren

5.1 Inleiding

De titel van deze paragraaf is betrekkelijk neutraal: 'andere factoren'. Gelet op de conclusie van de vorige paragraaf echter is de strekking dat veel méér dan (a) het aanwezig zijn van meer partijen of (b) het op de voorgrond treden van belangen van derden, de bewijsrechtelijke gevolgen worden bepaald door factoren die hieronder worden besproken.

5.2 Type besluit

Hiervoor is al gezegd dat het bestuursrechtelijke bewijsrecht in de beroepsfase wordt, 'opgetrokken' uit de verhoudingen in de bestuurlijke fase. Als hoekpunten wordt de redenering opgezet vanuit de verhouding tussen de zorgvuldigheids- en onderzoeksplicht van het bestuursorgaan, artikel 3:2 van de Awb, enerzijds en de plicht een aanvraag te voorzien van de benodigde gegevens, artikel 4:2, tweede lid, van de Awb, anderzijds. Belangrijk om vast te houden is dat het bestuursorgaan gelet op zijn bevoegdheid en plicht om in een besluit de feiten bindend vast te stellen, altijd verantwoordelijk blijft voor de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling.[70] Bij een bevoegdheidsuitoefening waar de bewijslast vooral op de burger rust, verplaatst de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor de kwaliteit van de feitenvaststelling zich naar het zo goed mogelijk informeren van de burger over wat die moet doen om aan zijn bewijslast te voldoen. Ook die plicht van het bestuursorgaan is een uitoefening van zijn in artikel 3:2 opgenomen plicht. Illustratief is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 17 augustus 2005:[71]

> 'De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat appellant op het aanvraagformulier niet had vermeld dat hij geen geldige verblijfsstatus heeft, nu het formulier daarover geen vragen bevat. Voorts kan op het formulier niet worden aangegeven van welke aard het inkomen is en hoe lang dat al wordt genoten. Appellant mocht er van uitgaan dat

70. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 324 e.v.
71. LJN AU1094 en AB 2006, 147 m.nt. NV.

hij door beantwoording van de vragen op het door de minister vastgestelde formulier alle benodigde gegevens heeft verstrekt en daarmee heeft voldaan aan art. 4:2 lid 2 Awb. Terecht heeft de minister het als zijn plicht gezien onderzoek te doen naar de verblijfsstatus van appellant en daartoe bij de gemeente gegevens uit de GBA opgevraagd. Gelet op de uitkomst van dit onderzoek en de door appellant op het formulier verstrekte gegevens lag het echter eveneens op zijn weg nader onderzoek te verrichten naar de uitzondering op het bepaalde bij art. 10 Huursubsidiewet.'

Eveneens illustratief is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 16 november 1999:[72] 'Het was aan [het bestuursorgaan] om zich ervan te verzekeren dat de afwijzing van het verzoek om naturalisatie op een deugdelijke feitelijke grondslag berustte.'

Ook als op een burger de verplichting rust zijn aanvraag van de benodigde gegevens te voorzien (een plicht gebaseerd op artikel 4:2, tweede lid, van de Awb), blijft het bestuursorgaan dus op een bepaalde manier verantwoordelijk; het kan niet achteroverleunen totdat de burger 'zijn ding doet', maar moet verduidelijken en faciliteren. Vooral bij een besluit op aanvraag komt wel een hoge mate van verplichting, met bijbehorend bewijsrisico als hem dat niet lukt, op de burger te rusten om bewijsmateriaal aan te dragen teneinde zijn aanvraag te ondersteunen.

Bewijsrechtelijk is het belangrijkste onderscheid daarom te maken tussen ambtshalve besluiten en besluiten op aanvraag.[73]

Bij ambtshalve besluiten staat de plicht van het bestuursorgaan om de feiten te vergaren steeds voorop. Bewijsvoeringslast en -risico liggen (nagenoeg geheel) bij het bestuursorgaan. Dit wordt nog sterker als het gaat om besluiten met een punitief karakter.

Bedacht moet worden dat de bovenstaande positie doorgaans al op het bewijsrechtelijke schaakbord staat als het spel in de beroepsfase is aangeland. Als het bestuursorgaan bij een ambtshalve besluit in beginsel heeft voldaan aan zijn plicht om de relevante feiten te vergaren, is het aan de burger om over de juistheid of volledigheid van die feitenvergaring twijfel te zaaien. Twijfel zaaien houdt in de regel in dat hij enig tegenbewijs moet leveren (het zit niet zoals het bestuursorgaan meent dat het zit) en geen tegendeelbewijs behoeft te leveren (het zit niet zo, maar zo). Hij moet dan doorgaans zijn stellingen van enig bewijs voorzien, voordat de vereiste twijfel rijst. Dit moet – vooral door zorgvuldig overwegen in de uitspraak – niet de gedachte wekken dat op de burger de bewijslast inclusief bewijsrisico zijn komen te rusten. Zeker als het bestuursorgaan een beproefde, zo mogelijk geprotocolleerde wijze heeft om de feiten vast te stellen, moet de appellerende burger daar wel wat tegen-

72. AB 2000, 24 m.nt. MSV.
73. Y.E. Schuurmans, a.w., hoofdstukken 4 en 5; Y.E. Schuurmans, Besluit gevraagd, bewijslast gekregen. De bewijslastverdeling bij het besluit op aanvraag, JBplus 2004, p. 213 e.v.

over stellen, voordat dergelijke twijfel rijst.[74] Aan tegenbewijs, wil het voldoende zijn om twijfel te zaaien bij de bestuurlijke feitenvaststelling, zullen bovendien doorgaans hogere eisen worden gesteld als het gaat om moeilijk vaststelbare feiten, zeker indien de feitenvaststelling met een zekere mate van appreciatie in beleidstermen of beoordelingsvrijheid samenhangt. De rechter moet dan over een hogere drempel voordat hij ertoe komt te twijfelen aan de feitenvaststelling zoals het bestuursorgaan die heeft verricht. Omdat de eerste zet ten tijde van de beroepsprocedure vaak al is gezet (het bestuursorgaan heeft in beginsel voldaan aan zijn onderzoeksplicht), terwijl dat onbesproken blijft, lijkt het in de uitspraak soms ten onrechte zo dat de bewijslast op de appellerende burger rust. Dat is niet het geval. Essentieel (maar impliciet blijvend in de uitspraak) is juist dat het bestuursorgaan in de bestuurlijke fase al blijk heeft gegeven zijn huiswerk te hebben gedaan, zodat de burger aan zet is. Dat zou mijns inziens veel duidelijker in uitspraken moeten worden overwogen of – wellicht belangrijker nog – in de fase vóór de uitspraak aan die burger moeten worden uitgelegd, zodat hij kan kiezen welke invulling hij geeft aan zijn bewijsvoeringslast.

In een enkel geval kan een burger, hoewel het gaat om een ambtshalve besluit, in dezelfde positie komen te verkeren als hierboven is geschetst voor de aanvrager. Het gaat dan om de situatie dat op die burger een informatieplicht rust èn het niet voldaan zijn van die plicht, een bewijslastomkering kent of een (zich tegen hem kerend) bewijsvermoeden meebrengt. Dat is mijns inziens maar zelden het geval (voorbeelden zijn de artikelen 10 en 12 van de CSV (oud) en artikel 16d, vierde lid, van de CSV (oud), de artikelen 25 en 27e van de AWR en artikel 36, vierde lid, van de Invorderingswet 1990).

Soms is bij bepaalde ambtshalve besluiten iets soortgelijks te zien, maar anders van constructie. Als in het kader van een ambtshalve besluit (bijvoorbeeld herziening van het recht op een subsidie of uitkering) komt vast te staan dat de burger zijn

---

74. Te denken valt aan zaken waarin EG-steun voor akkerbouwgewassen wordt teruggevorderd. De Minister van LNV heeft daar een bepaalde methode om vast te stellen of percelen op bepaalde meetmomenten op een bepaalde agrarische wijze werden gebruikt, te weten door middel van een interpretatie van satellietbeelden door een deskundige organisatie. Hierbij speelt overigens de moeilijkheid dat het bestreden besluit wel ambtshalve is, maar het teruggaat op een besluit op aanvraag (de subsidie), waarbij in die aanvraag mogelijk een onjuiste opgave is gedaan. Zie bijvoorbeeld CBb 30 september 2005, LJN AU4088, CBb 18 november 2005, LJN AU7341, en CBb 13 januari 2006, LJN AV1021. Die satellietgegevens zijn in beginsel betrouwbaar en daarna is het aan de oorspronkelijke aanvrager om overtuigend te laten zien dat de desbetreffende percelen op de relevante momenten, anders dan de satellietbeelden laten zien, wel op een bepaalde wijze werden gebruikt. Te denken valt verder aan de aanwijzing van een object als monument, de oplegging van een last onder dwangsom, etc. Ongelukkig komt in dit verband de uitspraak van de ABRvS van 3 mei 2006, LJN AW7367, voor. Er is een last onder dwangsom opgelegd, maar degene die de last heeft ontvangen, stelt dat het bouwwerk is gemeld (als bedoeld in artikel 42 van de Woningwet (oud)) en daarom niet in strijd met de Woningwet is opgericht. B&W hebben zo'n melding niet weten te traceren. Het al of niet doen van de melding als zodanig onttrekt zich natuurlijk aan de invloedssfeer van B&W, maar de plicht uitsluitsel te geven over de juridische status (bijvoorbeeld het correct opgenomen zijn in het bouwregister bedoeld in artikel 57 van de Woningwet (oud)) behoort in de eerste plaats bij verweerder te liggen. B&W moeten eerst goed onderzoeken of zo'n melding is ontvangen. Als dat niet zo is, is in tweede linie de burger aan zet. Dat de *bewijslast* op de burger zou liggen, valt niet gemakkelijk in te zien. Zie r.o. 2.3.

inlichtingenplicht heeft geschonden, kan de bewijspositie soms sterk lijken op de bewijspositie van de aanvrager in de procedure van het voorafgaande besluit op aanvraag. Met het vaststaan van de schending van de inlichtingenplicht bestaat het bewijsvermoeden dat 'het niet goed zit' (dus dat van meet af aan geen recht op subsidie of uitkering bestond), zodat op betrokkene een vrij zware last rust om aannemelijk te maken dat het toch goed zit. Die gedachtegang lijkt te spreken uit de in de vorige alinea, in de noot genoemde, uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 30 september 2005, 18 november 2005 en 13 januari 2006. Ook in het kader van het recht op bijstand kan dat spelen als door een geschonden informatieplicht het recht op bijstand van meet af aan dubieus wordt, omdat de bijstandontvanger wellicht onjuiste informatie heeft verschaft in zijn aanvraag.

Bij besluiten op aanvraag is de aanvrager verantwoordelijk voor de overtuigendheid van de door hem gestelde feiten die hij aan zijn aanvraag ten grondslag legt, preciezer gezegd: hij moet bewijs leveren (stukken of inlichtingen) voor zover dat (a) benodigd is en (b) redelijkerwijs van hem kan worden gevergd. Bewijsvoeringslast en -risico dáárvan liggen bij de aanvrager, waarbij de reikwijdte door die criteria a en b worden bepaald.

Bij besluiten op aanvraag spelen weer andere nuances die het beeld lijken te vertroebelen. Op zichzelf logisch, maar wel belangrijk om te bedenken is dat bewijsvoeringslast en -risico van de aanvrager zich uitstrekken tot wat hij aan gegevens moet bijbrengen. Voor zover het bestuursorgaan de aanvraag wenst af te wijzen op andere feitelijke gronden dan de feiten waarvoor de aanvrager binnen de hierboven omschreven reikwijdte verantwoordelijk is, is het bestuursorgaan weer verantwoordelijk voor het desbetreffende bewijs.

Voor het onderwerp van dit preadvies is interessant op dit punt het verhandelde in subparagraaf 4.2 in herinnering te roepen: wat gebeurt er als een derde aan het geding gaat deelnemen? Op een derde die hetzij als derde-partij, hetzij als appellerende burger in een geding over een besluit op aanvraag is betrokken, kunnen bovenstaande bewijsrechtelijke grondtrekken, opgetrokken uit de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb, zoals daar gezegd, geen vat krijgen.

Dit komt tot uiting in de situaties als die waarin bestuursorgaan B aan aanvrager A een vergunning verleent die (na onsuccesvol bezwaar) door derde D in beroep wordt aangevochten. Bewijsvoeringslast en -risico liggen bij bestuursorgaan B; dat kan die bewijslast niet afschuiven op aanvrager A; evenmin kan het eiser D tegenwerpen dat hij onvoldoende bewijs heeft geleverd. Dat is althans de hoofdstructuur van de bewijslastverdeling. Een en ander neemt niet weg dat D natuurlijk wel iets moet stellen, en zonodig daarvoor enig bewijs moet aandragen, voordat 'de boel in beweging komt'.

Eerst die onmogelijkheid van het afschuiven van bewijskwesties op aanvrager A. Bestuursorgaan B heeft de vergunning verleend, dus de gegevens die A bij zijn aanvraag heeft gevoegd, zijn door B genoegzaam bevonden om tot verlening over te gaan. Als over die gegevens van A twijfel komt te ontstaan, moet het oordeel zijn dat

B die gegevens beter had moeten onderzoeken. *De facto* is het, zoals hiervoor in subparagraaf 4.1 gezegd, natuurlijk zo dat er bij het ontbreken van een appellerende derde geen haan naar kraait als het bestuursorgaan betrekkelijk gemakkelijk meegaat in de door de aanvrager verstrekte gegevens, terwijl bij het wel optreden van zo'n appellerende derde zo'n (al te) gemakkelijke acceptatie wel aan het licht kan komen. *De jure* echter vertoont de gegevensverstrekkingsplicht van aanvrager A en zijn daaruit voortvloeiende bewijspositie ten opzichte van bestuursorgaan B in beroep geen verschil in de onderscheiden situaties dat er wel of juist geen appellerende derde is. *De facto*, zeker bij een wat zwakker optredend bestuursorgaan, ziet men regelmatig een steeds zenuwachtiger wordende aanvrager die plaatsvervangend allerlei bewijs probeert aan te dragen om het (hem begunstigende) besluit van het bestuursorgaan in rechte overeind te houden, maar ten opzichte van de appellerende derde heeft de aanvrager geen bewijsleveringslast.

Dan de onmogelijkheid D tegen te werpen dat hij onvoldoende bewijs heeft geleverd voor hetgeen hij in zijn beroepsgronden stelt. Zoals gezegd, er is geen op de Awb terug te voeren verplichting aan te wijzen dat D bewijs moet aanleveren. Dat lijkt een redelijk riante positie voor D. Tendentieus gezegd: moet nu bestuursorgaan B op elke kreet van D dat de feiten anders liggen, bewijzen dat het de feiten wel goed heeft vastgesteld? Dat lijkt toch niet het geval. De appellerende derde moet in enige mate aannemelijk maken dat zijn stellingen over de feiten hout snijden. Pas dan vergt de bestuursrechter dat het bestuursorgaan met (aanvullend) bewijs van zijn feitenvaststelling komt. Er is dus een gemotiveerde stelplicht en een adstructieplicht in het bestuursprocesrecht. Hierop wordt in subparagraaf 6.1 teruggekomen. Een alternatieve verklaring is dat – indien het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan – op de derde een bewijsvoeringslast rust om tegenbewijs te leveren. Die bewijsvoeringslast heeft het karakter van 'twijfel zaaien', niet van 'het tegendeel bewijzen'.

5.3 Strekking van de materiële wet/aard van de bestuurlijke bevoegdheid

Op het punt van de bewijslastverdeling bij besluiten op aanvraag, moet een nuancering worden gemaakt. Dat betreft de strekking van de materiële wet dan wel de aard van de bestuurlijke bevoegdheid. In de vorige paragraaf is betoogd dat bij besluiten op aanvraag de hoofdregel dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de juistheid en volledigheid van de feitenvaststelling die aan het besluit ten grondslag is gelegd, wordt gemitigeerd door de verplichting van de aanvrager zijn aanvraag te voorzien van de benodigde en in redelijkheid van hem te vergen gegevens. Dat betreft echter slechts een deel van de besluiten op aanvraag. Er zijn nogal wat besluittypen waarbij wel een aanvraag moet worden gedaan, maar waar toch de bewijslast nagenoeg geheel bij het bestuursorgaan ligt, bijna als bij ambtshalve besluiten. Alle sociale-verzekeringsuitkeringen zijn besluiten op aanvraag. Een besluit over planschadevergoeding zoals dat tot 1 juli 2008 bestond is een besluit op aanvraag (artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening; gelet op artikel 6.1,

derde lid, van de Wet ruimtelijke ordening, zoals dat per 1 juli 2008 geldt, kan de verhouding anders komen te liggen dan hier besproken). Bij een besluit krachtens de WAO/Wet WIA moet de aanvrager van zo'n arbeidsongeschiktheidsuitkering een uitvoerige aanvraag invullen en rusten op hem allerlei informatieverplichtingen over zijn medische toestand. Toch hoeft hij niet aannemelijk te maken dat hij arbeidsongeschikt is. De bewijslast rust vooral op het UWV, door inschakeling van een verzekeringsarts en een arbeidsdeskundige, om – grofweg gezegd – aannemelijk te maken dat betrokkene niet arbeidsongeschikt is, alvorens tot weigering van de uitkering kan worden overgegaan.[75] Bij planschade moest het bestuursorgaan als eerste een deskundige, doorgaans de SAOZ, inschakelen om tot afwijzing van de aanvraag te mogen overgaan.[76] Dat laatste was zelfs zo sterk dat in die gevallen waarin de aanvrager zijn aanvraag liet vergezellen van een deskundigenadvies, hij daarvoor – indien hij uiteindelijk bij de rechter gelijk krijgt – geen proceskostenvergoeding kon claimen voor die deskundige, op de grond dat niet hij, maar het bestuursorgaan een deskundige moest inschakelen.[77] In de desbetreffende uitspraken wordt het niet zo geëxpliciteerd, maar de enige logische conclusie lijkt dan toch te zijn dat de bewijslast, inclusief bewijsrisico, ligt bij het bestuursorgaan.[78] Bij deze gevallen speelt de verplichting van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb kennelijk geen grote rol bij de verdeling van de bewijslast.

Dat dat zo is, kan worden verklaard uit de aard van de toegepaste bevoegdheid. De relevante bepalingen over sociale-verzekeringsuitkeringen kennen en de (oude) bepaling over planschadevergoeding kende een sterk claimrecht toe aan de aanvrager. Een verzekerde arbeidsongeschikte *heeft recht* op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Een benadeelde door een wijziging van een planologisch regime *heeft* (of: had tot 1 juli 2008) *recht* op een planschadevergoeding. Het wettelijk toegekende claimrecht maakt dat de bewijslast grotendeels op het bestuursorgaan rust. De bijzondere wet legt dan op het bestuursorgaan een zware onderzoeksplicht, ook bij een besluit

---

75. Zo zijn er ook binnen de systematiek van de arbeidsongeschiktheidsjurisprudentie vele gevallen waarin bij onzekerheid de verzekerde het voordeel van de twijfel wordt gegund, bijvoorbeeld wanneer bij toegenomen arbeidsongeschiktheid niet zeker is of sprake is van een zelfde oorzaak (hetgeen bij toepassing van artikel 43a van de WAO van belang is voor het verzilveren van de claim). Zie CRvB 22 juni 1989, LJN AK8801 en RSV 1990/53, en CRvB 20 juli 2001, LJN AE4768 en RSV 2001/221. Tegenwoordig behoeft de rechter op dit punt het bestuursorgaan niet meer te corrigeren, maar past het UWV zelf de regel van het voordeel van de twijfel toe. Zie CRvB 31 augustus 2007, LJN BB3288. Vergelijk ook CRvB 16 oktober 2008, LJN BG1102, waarin de Centrale Raad overweegt dat geen sprake is van twijfel, zodat er geen aanleiding is betrokkene het voordeel (van de twijfel) te geven. Dat bij onzekerheid het voordeel van de twijfel de verzekerde toevalt, wijst erop dat het bewijsrisico bij het bestuursorgaan, tegenwoordig het UWV, ligt.
76. ABRvS 12 september 2007, LJN BB3431 en JB 2007/195.
77. ABRvS 19 februari 2003, LJN AE4712. Anders: ABRvS 16 april 2003, LJN AF7337. In r.o. 2.4.3 overweegt de Afdeling dat in de verordening 'een dermate actieve en specialistische inbreng van de aanvrager' werd vereist, dat inbreng van een deskundige in de aanvraagfase wel gerechtvaardigd werd geacht, zodat daarom een proceskostenveroordeling ook voor die deskundige aangewezen was.
78. Dit betreft uiteindelijk niet zo zeer de vraag of de aanvrager heeft voldaan aan zijn verplichtingen, voortvloeiend uit artikel 4:2, tweede lid, van de Awb, maar de vraag waarom wij met name denken in termen van het al of niet door het bestuursorgaan aannemelijk maken dat betrokkene geen recht heeft op hetgeen hij vraagt, voordat het kan komen tot een afwijzend besluit. Zie hiervoor met name de genoemde uitspraak van de ABRvS van 12 september 2007, LJN BB3431 en JB 2007/195.

op aanvraag. Pas als het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, is het aan de appellerende burger om aannemelijk te maken dat het bestuursorgaan er naast zit. Dat is niet of nauwelijks anders dan bij ambtshalve besluiten. Zie ik het goed, dan is dit denken in de WW en WAO niet principieel anders geworden sinds het wettelijk regime in hogere mate werkt met een besluit-op-aanvraagconstructie. Feitelijk is wellicht ook van belang dat (mogelijkerwijs jarenlang) premies zijn betaald – het draait immers om een verzekering –, zodat toedeling van een groot deel van de bewijslast aan de werknemer ook uit dat oogpunt wellicht merkwaardig zou zijn. Ook dat element kleurt het claimrecht. De hardheid van het claimrecht lijkt dus belangrijke bewijslastverdelingsconsequenties te hebben, maar het moet – wederom vanwege de grenzen van een preadvies – enigszins tentatief blijven. Dat het gaat om een hardheidsgradiënt maakt bovendien dat er geen harde grens valt te trekken: waar het claimrecht zó sterk is dat bij een besluit op aanvraag de bewijslast toch vooral bij het bestuursorgaan ligt, is niet eenduidig vaststelbaar.

Als wordt gezocht naar alternatieve verklaringen voor bovenstaande toedelingen van de bewijslast aan het bestuursorgaan in gevallen waarin sprake is van een besluit op aanvraag, zou kunnen worden gewezen op traditie. Van oudsher is de betekenis van de aanvraag in sociale-verzekeringszaken gering geweest. Een andere alternatieve verklaring is dat met de toedeling van de bewijslast aan het bestuursorgaan voor alle betrokkenen het voordeel van standaardisering van het onderzoek kan worden bereikt. Deze alternatieve verklaringen kunnen ook hand in hand gaan met de aard van de bevoegdheid als verklaring.

Hoe dat zij, in afwijking van de gedachte dat bij besluiten op aanvraag steeds de bewijslastverdeling wordt beheerst door de verhouding die voortvloeit uit de artikelen 3:2 en (globaal) 4:2, tweede lid, van de Awb, zijn er besluiten op aanvraag waar de bewijslast bijna geheel rust op het bestuursorgaan. Hardheid van het claimrecht lijkt een verklarende factor.

De gedachte zou kunnen postvatten dat de wetgever in die situaties waarin belangen van derden op de voorgrond treden, zo'n hard claimrecht niet snel in de wettelijke bepaling zal neerleggen, omdat in concreto afweging of in ieder geval beoordeling van die belangen van derden nodig is. Indien de bewijslast dan (nagenoeg) geheel op het bestuursorgaan rust, zou hij alleen een voor de 'eerste partij', de aanvrager, negatief besluit (dat wil vaak zeggen: voor de derde positief besluit) mogen nemen indien hij, het bestuursorgaan, aannemelijk maakt dat de aanvraag niet aan de voorwaarden voor inwilliging voldoet. In situaties waarin belangen van derden op de voorgrond treden, zou het daarom misschien te verwachten zijn dat de wetgever de wettelijke bevoegdheid zo gestalte geeft dat de aanvrager 'wat meer werk moet maken' van zijn aanvraag om het bestuursorgaan 'over de streep te krijgen'. Bij een besluit op een bouwaanvraag (zonder vrijstelling/ontheffing) valt echter op dat de aanvrager op zichzelf wel veel gegevens moet verstrekken, maar dat hij voor het grootste deel niet aannemelijk hoeft te maken dat het bouwwerk voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Het (inmiddels gematigde) limitatief-imperatieve stelsel legt in vrij hoge mate

de bewijslast op de schouders van het college van B&W. Ook bij een besluit over een arbeidsongeschiktheidsuitkering treden belangen van een derde, te weten de werkgever die opdraait voor de hogere premie bij meer arbeidsongeschikten uit zijn bedrijf, op de voorgrond. Maar ook daar lijkt zoals hierboven gezegd, het sterke wettelijke claimrecht door te werken in de bewijslastverdeling.[79]

Ook als aan de aard van de bevoegdheid het in deze subparagraaf veronderstelde gewicht wordt toegekend bij de verdeling van de bewijslast, kan ik geen situatie bedenken waarin dan op grond daarvan de bewijslast op de derde komt te rusten. Die aard van de bevoegdheid betreft steeds de verhouding tussen de 'eerste partij' en het bestuursorgaan. Bovendien leidt de redenering op basis van de aard van de bevoegdheid ertoe dat de bewijslast komt te rusten op het bestuursorgaan.

5.4 Beroep op een uitzondering of zelfstandige norm

Het onderwerp van deze subparagraaf is een punt waarop heel direct de bewijslast of op zijn minst een adstructieplicht (zie hierna subparagraaf 6.1) op de derde kan komen te liggen.

Het gaat om een beroep op een uitzondering of een zogeheten zelfstandige norm.[80] Dat wil zeggen een element dat op zichzelf geen rol heeft gespeeld bij het bestreden besluit en dat ook niet hoefde te spelen. Het bestuursorgaan baseert zijn besluit op bepaalde feiten die, gelet op de toepasselijke rechtsnormen, moeten worden betrokken in de besluitvorming. Bij bepaalde elementen mag het bestuursorgaan het daarbij laten, totdat zo'n element wordt ingeroepen. Het gaat dan bijvoorbeeld om het gelijkheidsbeginsel,[81] het vertrouwensbeginsel, het overgangsrecht bij een bestemmingsplan of bijzondere omstandigheden (mijns inziens inclusief een beroep op artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, het verbod op een onevenredige uitkomst, en artikel 4:84 van de Awb, de bijzondere omstandigheid die noopt tot afwijken van het beleid, zie ook hierna subparagraaf 5.5).[82] Ook een beroep op een hardheidsclausule kan hieronder worden geschaard (zie ook hierna subparagraaf 5.5). Systematisch gaat dit om uitzonderingen, maar numeriek gaat het om vele zaken.

Over het algemeen zal de derde die zich in beroep (bijvoorbeeld na een afwijzend primair besluit dat in de beslissing op bezwaar is herroepen, met vervanging door

---

79. Zodra buiten het wettelijk claimrecht wordt getreden met buitenwettelijk begunstigend beleid voor (ex-)werknemers, komt erkenning van de positie van de derde gelijk tot uiting; zie de eerder genoemde uitspraak van de CRvB 31 januari 2006, RSV 2006/104.
80. Y.E. Schuurmans, a.w., p. 112 e.v. en paragraaf 2.5.2 in het preadvies van Schlössels.
81. Vanzelfsprekend mag het bestuursorgaan in zijn algemeenheid eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel nooit uit het oog verliezen (zie voor deze algemene consistentiebewaking: ABRvS 15 mei 1997, JB 1997/154 en ABRvS 10 september 2003, AB 2004, 4 m.nt. R.J.G.M. W.), maar hier is bedoeld dat het bestuursorgaan pas op precieze aangifte van betrokkene de desbetreffende omstandigheden in het bijzonder moet onderzoeken en motiveren.
82. Y.E. Schuurmans, a.w., p. 120-121.

een toewijzing) beroept op zo'n uitzondering of zelfstandige norm, de feiten die aan die beroepsgrond ten grondslag liggen, moeten stellen (met voor zover nodig enige mate van uitleg) en zonodig van gegevens moeten voorzien. Deze plicht moet niet steeds met een bewijslast worden gelijkgesteld. Bij het gelijkheidsbeginsel heeft dit als het goed is geen verderstrekkende trekken dan die van een adstructieplicht (hij moet specifiek noemen welk geval volgens hem gelijk is, daarmee heeft hij voldaan aan zijn adstructieplicht en daarna rust op het bestuursorgaan de bewijslast aannemelijk te maken dat hetzij wel gelijk wordt opgetreden, hetzij geen sprake is van gelijke gevallen)[83] en bij een beroep op het overgangsrecht heeft dit de trekken van een bewijslast (hij moet de feiten aannemelijk maken).[84]

5.5 Bewijsdomeinen

De vorige drie subparagrafen gaan in zekere zin al over bewijsdomeinen, maar dan in een specifieke sleutel. Vooropgesteld is de hoofdregel dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de feitenvaststelling (afgeleid uit artikel 3:2 van de Awb). Dat is zijn bewijsdomein. In gevallen waarin er een aanvrager is, behoren sommige gegevens tot zijn bewijsdomein (afgeleid uit artikel 4:2, tweede lid, van de Awb). Het bestuursorgaan heeft geen kennis van de desbetreffende gegevens en hoeft die ook niet te hebben, totdat de aanvrager ermee komt. In deze subparagraaf gaat het om die gevallen waar dat denken in twee hoofdbewijsdomeinen, afgeleid uit de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb, onvoldoende antwoord biedt, dan wel waarin de uitkomst van de bewijslastverdeling op grond van die dichotomie correctie behoeft.

Dat denken in termen van (op die twee hoofdbewijsdomeinen volgende) bewijsdomeinen komt vooral neer op enkele vuistregels. Soms komt in een geding een stelling over een bepaalde feitenconstellatie op waarvan de bestuursrechter eigenlijk zegt 'met toepassing van de hoofdregel van artikel 3:2 en de mitigering van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb kom ik hier niet tot een goede bewijslastverdeling en dus moet ik wat anders'. Soms is een ander dan de volgens de regels van de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb aangewezen partij 'de meest gerede partij' om iets aannemelijk te maken. In dit verband veel gehanteerde vuistregels zijn de volgende:

1. *de partij die over bepaalde feiten beschikte of kon beschikken*, draagt (ook als zij daarover nu niet meer beschikt) het bewijsrisico; zij moet de feiten (alsnog) boven tafel zien te krijgen; onder deze vuistregel valt ook de bewijsnood door zelfverkozen tijdsverloop (denk aan de werkgever die bij vroegere werknemers heeft verzuimd de identiteitspapieren in afschrift in zijn administratie op te nemen);
2. *de partij die belang heeft bij een bepaalde feitenvaststelling*, heeft de bewijs(voerings)last; in het belastingrecht wordt dit kernachtig uitgedrukt met de regel dat

83. CRvB van 21 januari 1999, AB 1999, 182 en ABRvS van 15 mei 1997, JB 1997/154.
84. ABRvS 26 maart 1999, Gst. 7115, 2000, 7 m.nt. dG.

de inspecteur de bewijslast voor de verhogingen van de belastingschuld en de belastingplichtige de bewijslast voor de verminderingen heeft;

3. *de partij binnen wier invloedssfeer de feiten liggen*, heeft de bewijs(voerings)last; denk aan de inkomensgegevens van een zelfstandige die van belang zijn voor een bepaalde tegemoetkoming;
4. *de partij die een positief feit stelt* dient vaak wel, de partij die een negatief feit stelt dient bij voorkeur niet de bewijsvoeringslast te krijgen; een werknemer die een weigering van een WW-uitkering krijgt, omdat hij verwijtbaar werkloos zou zijn geworden door geweldpleging jegens zijn werkgever kan bijvoorbeeld niet bewijzen dat hij zijn baas niet heeft geslagen; soms is het niet te vermijden dat iemand een negatief feit moet bewijzen;
5. *de partij die een verandering in een constante situatie wenst te bewerkstelligen*, heeft de bewijslast; het gaat om uitzonderingsbepalingen en hardheidsclausules bij algemeen verbindende voorschriften en inherente afwijkingsbevoegdheden bij beleid;
6. *de partij die de schijn tegen heeft*, heeft de bewijsvoeringslast; die schijn zal dan moeten zijn gebaseerd op feiten van algemene bekendheid; bijvoorbeeld de bijstandsontvanger die in zijn Jaguar bij de Sociale Dienst komt voorrijden.[85]

De onder 1, 2 en 3 genoemde vuistregels lopen parallel met de in subparagraaf 5.2 genoemde regels op basis van de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb. De onder 5 genoemde vuistregel loopt parallel met de in subparagraaf 5.4 genoemde regels over beroep op een uitzondering of zelfstandige norm.

Een voorbeeld is de uitspraak van de ABRvS van 11 januari 2006.[86] Het gaat om een ambtshalve besluit van het college van B&W om tot wijziging van de GBA-inschrijving van kinderen van de eisende partij te komen. Betrokkene is door middel van een toegestuurd formulier en door toezending van een voorgenomen besluit in de gelegenheid gesteld orde op zaken te stellen toen aan de gemeente genoegzaam was gebleken dat de kinderen van betrokkene waarschijnlijk niet meer in Nederland woonden. Hij heeft niet gereageerd. Het is een ambtshalve besluit, dus de bewijslast van het college van B&W staat voorop. De Afdeling bestuursrechtspraak baseert haar oordeel – met omkering van die gebruikelijke bewijslastverdeling of met hantering van een bewijsvermoeden[87] – onder andere op de overweging dat betrokkene 'de meest gerede partij [was] om in het kader van de besluitvorming van het college gegevens omtrent het verblijf van zijn kinderen te verschaffen'.

---

85. D.A. Verburg, a.w., p. 170.
86. LJN AU9389 en AB 2006, 112 m.nt. I. Sewandono.
87. Waarom die bewijslastomkering (met bewijslast) of dat rechtsvermoeden (met bewijsvoeringslast) gerechtvaardigd is, wordt niet geheel duidelijk. Omdat het tot het bewijsdomein van eiser behoort? Omdat betrokkene hinderlijk passief is gebleven toen hij door het bestuursorgaan de mogelijkheden kreeg de juiste informatie te verstrekken (frustratie)? Om andere redenen? Daarnaast kan het zijn dat – na in beginsel voldoende onderzoek door het bestuursorgaan – voldaan is aan de bewijslast van dat bestuursorgaan, zodat op de tegenpartij de bewijsvoeringslast kwam te rusten. Niet duidelijk is welke vorm hier aan de orde is.

Interessant is om te bezien of op grond van deze vuistregels de bewijslast bij de derde kan komen te liggen. In de subparagrafen 5.2 en 5.3 is geconcludeerd dat met de daar besproken spelregels toedeling van de bewijslast aan de derde niet aan de orde is (met de aantekening dat in subparagraaf 5.4 is besproken dat een beroep op een uitzondering of zelfstandige norm wel bewijslast voor de derde kan meebrengen). Zijn er nu vuistregels, als uiting van de 'restdomeinen', die maken dat, in afwijking van de uit die subparagrafen voortvloeiende bewijslastverdeling, de bewijslast op de derde komt te rusten? Uit de jurisprudentie in driepartijengedingen zijn mij nauwelijks uitspraken bekend waarin dat zonneklaar staat. Men moet waarschijnlijk een behoorlijk uitzonderlijke casus in elkaar knutselen om hier iets te vinden. Te denken valt in een WIA-casus aan het UWV dat de werkgever (die volgens het UWV te weinig heeft gedaan om zijn re-integratieverplichtingen na te komen) een loondoorbetalingsverplichting (loonsanctie) van een jaar heeft opgelegd. Als de werkgever dan aantoont (naar wordt aangenomen: een vrij zware bewijslast) alsnog aan zijn verplichtingen te hebben voldaan, beëindigt het UWV – bij wijze van voorbeeld: na vijf maanden – de loonsanctie. Stel dat daarna de werknemer daartegen opkomt en (na onsuccesvol bezwaar) in beroep aanvoert dat die loonsanctie niet had moeten worden beëindigd. In dat heel moeilijke krachtenveld waarbij de werkgever re-integratieverplichtingen heeft, maar ook sterk afhankelijk is van de bereidheid van de werknemer om aan de slag te gaan, dat alles onder controle van het UWV dat ertussen zit met zijn arbeidsongeschiktheidsbeoordeling, zou denkbaar zijn dat met toepassing van vuistregel 2 (de partij die belang heeft bij een bepaalde feitenvaststelling) de bewijslast in beroep komt te berusten bij de werknemer die in dit voorbeeld bij de beëindiging van de loonsanctie de derde is. Te denken valt verder aan een situatie waarin het bestuursorgaan een milieuvergunning heeft verleend, uitgaande van de gedachte op grond van de weergave in een openbaar register, dat een bepaald object geen gevoelig object zou zijn. De derde die in beroep stelt dat het wel een gevoelig object is, bijvoorbeeld omdat het al jaren feitelijk wel bewoond is, zou dan mogelijk de bewijslast dragen op grond van vuistregels 2 (de partij die belang heeft bij een bepaalde feitenvaststelling), 3 (de partij binnen wier invloedssfeer de feiten liggen), 4 (de partij die een positief feit stelt) of 6 (de partij die de schijn tegen heeft). Te denken valt ten slotte aan de situatie waarin de buren van een bedrijf vragen om handhaving jegens dat bedrijf op de grond dat dat bedrijf zich niet houdt aan de verleende milieuvergunning. Het bedrijf is in dat geval de derde. Denkbaar is dat via de band van de vergunningverplichtingen, mede omvattende rapportageverplichtingen, van het bedrijf wordt verwacht dat het in het geding over de handhaving bepaalde inlichtingen verschaft over de bedrijfsvoering ('de meest gerede partij'), bijvoorbeeld op de grond van vuistregel 3 (de partij binnen wier invloedssfeer een bepaald feit ligt). Toch valt in al deze gevallen te zeggen dat de bewijslast rust op het bestuursorgaan die dan maar bij de derde te rade moet gaan, maar ten slotte toch de verantwoordelijkheid draagt voor de juiste feitenvaststelling in het bestreden besluit. De enige jurisprudentie die hierbij in mijn geheugen opkomt gaat over een amberbepaling in de WAO, artikel 43a van die wet.[88] De werknemer (de 'eerste partij') claimt

88. CRvB 19 december 2008, LJN BG8576 en USZ 2009/44.

toegenomen arbeidsongeschiktheid door dezelfde oorzaak als de oorspronkelijke arbeidsongeschiktheid. In de loop van de procedure stemt het UWV daarmee in. De Centrale Raad roept in herinnering dat het niet-toepassen van artikel 43a van de WAO moet worden gebaseerd op een buiten twijfel staan dat de toegenomen arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit een andere ziekteoorzaak.

> 'Daarbij berust de bewijslast in beginsel op degene die het standpunt huldigt dat er geen verband bestaat tussen de eerdere en de latere uitval. [...] Nu het UWV van zijn standpunt is teruggekomen en wel een oorzakelijk verband heeft aangenomen tussen de klachten rechts en links, is de *bewijslast* verschoven naar appellant [de werkgever] als degene die stelt dat dit oorzakelijk verband niet bestaat. [cursivering DAV]'.

Dit lijkt een toepassing van de vuistregel dat degene die belang heeft van een bepaalde feitenvaststelling, de bewijslast daarvan draagt (vuistregel 2).

5.6 Slotsom over de andere factoren als determinant

In deze paragraaf is besproken dat bewijslastverdeling veel meer dan door de aan- of afwezigheid van een derde, wordt bepaald door andere factoren. Die andere factoren zijn (1) het type besluit en (2) de aard van de bevoegdheid en (3) het beroep op een uitzondering of zelfstandige norm. Als corrigerende factor worden soms in het kader van (4) het denken in termen van bewijsdomeinen ('de meest gerede partij') bepaalde vuistregels toegepast. Bij deze vier onderwerpen is besproken hoe zich de desbetreffende factor verhoudt tot meerpartijengedingen en hoe die factor al of niet kan leiden tot toedeling van bewijslast aan de derde. Overheersend beeld dat daaruit oprijst is dat de derde bewijsrechtelijk tegenover het bestuursorgaan staat als ware het een ambtshalve besluit; de bewijslast rust op het bestuursorgaan. Alleen bij een beroep op een uitzondering of zelfstandige norm rust de bewijslast op degene die hem inroept, ook als dat de derde is. Bij uitzondering kan via toepassing van een vuistregel de bewijslast op de derde komen te rusten. In alle gevallen geldt dat de 'eerste partij' bewijsrechtelijk niet zo veel heeft te maken met de derde.[89]

89. Feitelijk natuurlijk wel.

6 Diffuusheid van het bewijsrecht in meerpartijengedingen

6.1 Een plicht gemotiveerd te stellen of te adstrueren?[90]

Deze paragraaf heeft een enigszins verkennend karakter. Dat wordt veroorzaakt door het nogal impliciet blijven van stelplicht en adstructieplicht in de bestuursrechtspraak.[91] Hoewel de termen 'stelplicht' en 'adstructieplicht' zelden in uitspraken worden gebruikt, geldt in de rechterlijke fase wel dat van de eisende partij wordt verwacht dat zij meer dan alleen een blote stelling naar voren brengt. Hoewel dat van andere aard is dan de civiele pendant, kan men dit 'stelplicht' noemen. Die partij moet beredeneerd (gemotiveerd) uiteenzetten waarom de feitenvaststelling in het besluit volgens haar niet deugt (gemotiveerde stelplicht) en als zij zich daarbij beroept op standen van zaken waarvan het voor de hand ligt dat zij daarvan ook iets laat zien, kan ook van haar worden gevergd dat zij een begin van bewijs levert (adstructieplicht). In meergenoemd onderzoeksrapport in het kader van de Derde evaluatie van de Awb staat bijvoorbeeld: 'Heeft een derde-belanghebbende in beroep *zijn grond tegen de feitenvaststelling voldoende gemotiveerd*, dan dient het bestuursorgaan in beginsel aannemelijk te maken dat het bestreden besluit op een juiste feitelijke grondslag berust. In de regel ligt de bewijslast dan op het bestuursorgaan. [cursivering DAV]'[92] Ook zonder gebruik van de termen stelplicht en adstructieplicht, drukt de rechter dit vereiste uit met overwegingen van de strekking 'De enkele stelling van eiser dat ... is onvoldoende om te twijfelen aan ...', of 'Gelet op hetgeen eiser heeft aangevoerd, had het op zijn weg gelegen om ... [bepaalde gegevens in te brengen].' Of met dergelijke formuleringen nu van betrokkenen méér wordt gevergd dan behorend bij een stelplicht of adstructieplicht, is het onderwerp van deze subparagraaf.

---

90. Zie ook de bespreking van Schlössels in zijn preadvies, paragraaf 2.1.1.
91. Als op rechtspraak.nl (laatste raadpleegdatum: 1 februari 2009) wordt gezocht met als zoekterm 'stelplicht' respectievelijk 'adstructieplicht' en als instanties Centrale Raad van Beroep, College van Beroep voor het bedrijfsleven en Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is het aantal treffers 8 (7 van de Centrale Raad, 1 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven), respectievelijk 5 (4 van de Centrale Raad, 1 van de Afdeling bestuursrechtspraak). Als wordt gezocht met als zoekterm 'stelplicht' respectievelijk 'adstructieplicht' en als instantie de Hoge Raad, met als rechtsgebied belastingrecht (om met name de civiele zaken er uit te filteren) is het aantal treffers 75, respectievelijk 0.
92. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 20; zie ook Y.E. Schuurmans, a.w. p 197-199.

Onderwerp van bespreking in deze subparagraaf is namelijk of door de relatieve leegte tussen het instellen van beroep en het voeren van verweer enerzijds en het ontvangen van de uitspraak anderzijds, stel- en adstructieplicht tot een soort verkapte bewijslast zijn verworden. Het antwoord op die vraag zal hierna bevestigend zijn, maar de zoektocht naar dat antwoord toe is een traject van zoeken.

Schuurmans bespreekt in haar proefschrift het verschil in aard tussen stelplicht (welke feiten worden betwist en bepalen dus de bewijsomvang, daargelaten wie de bewijslast daarvoor draagt) en adstructieplicht (welk begin van bewijs moet worden geleverd door de eisende partij voordat de bestuursrechtelijke toetsingsmachine gaat draaien; ook niet geadstrueerde feiten behoren tot de bewijsomvang).[93] De stelplicht wordt dan in de bestuursrechtelijke context vervuld door het aanvoeren van een beroepsgrond, mijns inziens dan wel met de toevoeging dat die meer inhoudt dan de enkele stelling dat de bestuurlijke feitenvaststelling niet deugt. De adstructieplicht wordt in de bestuursrechtelijke context vervuld door het inbrengen van die gegevens waarvan het voor de hand ligt dat degene die de desbetreffende feiten stelt, ook daadwerkelijk iets van die gestelde feiten laat zien, bijvoorbeeld omdat juist hij daarover eenvoudig kan beschikken. Dat deze twee plichten verschillend van aard zijn, moge zo zijn, maar dat is niet waar het in deze subparagraaf over gaat. Deze twee plichten tezamen maken dat een eisende partij, wil zij succes behalen, beredeneerd feiten moet betwisten en zonodig die betwisting van enige stukken moet voorzien. Ten Berge en Widdershoven werken niet met een stelplicht, maar formuleren, als ik het goed zie, de adstructieplicht zo dat beide componenten eronder vallen: 'De partijen moeten de aangevoerde stellingen en feiten adstrueren, dat wil zeggen genoegzaam aannemelijk maken dat de feiten waar kunnen zijn.'[94] Voor de bespreking in deze subparagraaf is het niet van belang of sprake is van twee plichten of één.

In sommige uitspraken, met name in schadevergoedingszaken,[95] worden de stel- en adstructieplicht soms beschreven op een wijze die niet of nauwelijks te onderscheiden is van bewijslastverdeling. Indien daarbij een wettelijke basis wordt genoemd, is dat markant genoeg artikel 4:2, tweede lid, van de Awb. Schuurmans beklemtoont dat adstructieplicht en bewijslast niet hoeven samen te vallen. Dat de eisende partij haar feitenbetwisting moet adstrueren, betekent niet dat zij de bewijslast draagt.[96] Een voorbeeld, in een tweepartijengeding, waarin de rechter die adstructieplicht en bewijslast uitdrukkelijk uit elkaar trekt, is ABRvS 19 november 2003:

> '2.2.1 [...] Gezien deze aanvullende informatie en gelet op de gebruikelijke werkzaamheden die de schoolbegeleidingsdienst naar zijn aard verricht, kan niet worden geoordeeld dat appellante niet aan de, in eerste instantie op haar rustende, *adstructieplicht*

93. Y.E. Schuurmans, a.w., p. 65-66.
94. J.B.J.M. ten Berge & R.J.G.M. Widdershoven, Bescherming tegen de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 2, zesde druk: Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 225.
95. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62; ABRvS 12 juni 2002, JB 2002/226; Van Ravels gaat hierop in in punt 4 van zijn noot onder ABRvS 8 september 2004, LJN AQ9961 en BR 2005, p. 142, m.nt. B.P.M. van Ravels.
96. Y.E. Schuurmans, a.w., p. 198 en 241-242.

heeft voldaan en heeft verweerster zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat appellante niet heeft *aangetoond* dat aan de beëindiging van het dienstverband onderwijskundige redenen ten grondslag liggen, dat geen mogelijkheden bestonden om door verschuivingen binnen het personeelsbestand het niet-verlengen van het dienstverband van het personeelslid te voorkomen en dat ontstane formatieruimte daarvoor niet kon worden ingezet.

2.2.2. Als de achtergrond en omstandigheden van de beëindiging aan verweerster, ondanks de door appellante gegeven informatie, nog steeds niet duidelijk waren, dan had op de weg van verweerster gelegen om naar specifieke nadere informatie te vragen. *Door dit niet te doen en in plaats daarvan te concluderen dat het verzoek onvoldoende is onderbouwd, heeft verweerster het bestreden besluit in strijd met de artikelen 3:2 en 7:12 van de Awb onvoldoende zorgvuldig voorbereid en onvoldoende deugdelijk gemotiveerd.* [cursivering DAV]'[97]

Ten Berge en Widdershoven onderscheiden eveneens de adstructieplicht van de bewijslastverdeling.[98] Ten slotte wijst ook Sewandono in punt 2 van zijn noot onder ABRvS 23 januari 2002 op de noodzaak onderscheid te maken tussen stellen enerzijds en bewijzen anderzijds.[99]

De kwaliteit die bij de stelplicht van de redenering wordt gevergd, is gerelateerd aan de kwaliteit van de redenering in het bestreden besluit. Tegen een uiterst summier gemotiveerd besluit kan doorgaans ook maar een summier gemotiveerde stelling in de beroepsgrond worden betrokken. Datzelfde geldt voor een adstructieplicht. Naarmate het besluit beter is geschraagd met een motivering en onderzoeksgegevens, wordt van een beroepsgrond en het daarbij geleverde begin van bewijs ook meer verwacht voordat de bestuursrechter gaat twijfelen aan de juistheid van het bestreden besluit.

Wil men een stelplicht en adstructieplicht serieus nemen als iets dat is te onderscheiden van de bewijslast en bewijslevering, dan moet de bestuursrechter eigenlijk zijn daadwerkelijke toetsing nog even opschorten en zich afvragen of in verhouding tot het bestreden besluit voldoende gemotiveerd en zo nodig van gegevens voorzien, een stelling is ingenomen in de beroepsgronden. 'Voldoende' is in dat verband voldoende om van verweerder genoegzaam en specifiek verweer te vergen, om zo nodig specifieke stukken op te vragen, om gelegenheid te geven gegevens in te brengen, om een deskundige te benoemen, etc. De vraag of is voldaan aan de stelplicht is dan de eerste stap in een grotere serie. De volgende stappen bestaan uit een dynamisch proces waarbij de één de mogelijkheid krijgt bewijs bij te brengen, de ander vervolgens zich daartegen kan verweren, de eerste daarop vervolgens weer kan repli-

97. LJN AN8327. Meer impliciet, in een schadevergoedingszaak: ABRvS 29 oktober 2003, LJN AM5347 en JB 2003/343 m.nt. GEvM.
98. J.B.J.M. ten Berge & R.J.G.M. Widdershoven, Bescherming tegen de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 2, zesde druk: Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 225-229.
99. LJN 8980 en AB 2002, 153 m.nt. I. Sewandono.

ceren, etc. Naast de statische kant van de bewijsvragen (de vraag in raadkamer, aan het einde van de zaak, hoeveel bewijs in beide schalen van de weegschaal is gelegd en wat het gewogen oordeel daarover moet zijn), is er immers een dynamische kant van de bewijsvragen (de gedachte dat met een bepaalde stellingname, voorzien van bewijs, het bestuursorgaan vaak in beginsel heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht, totdat de appellerende burger met een grond en/of enig (begin van) bewijs komt; dan ligt de bal weer bij het bestuursorgaan om nadere onderzoeksgegevens in te brengen, of zo nodig zijn deskundige te confronteren met de ingebrachte gegevens, etc.). En daar wringt in de huidige bestuursrechtspraak vaak de schoen. Met het ontbreken van vooronderzoeksactiviteiten en bij gebrek aan regie van de rechter om gedurende de procedure duidelijk te maken wie wat moet bewijzen, is er helemaal niet zo'n dynamisch proces. Sterker, deze benadering van de rechter, die onder andere samenhangt met het zittingsgericht werken,[100] maakt het voor partijen noodzakelijk in één keer alle gegevens die mogelijk van hen kunnen worden gevraagd in het geding te brengen, omdat zij anders het risico lopen achteraf, in de uitspraak te lezen dat er iets 'op hun weg had gelegen'. Daarmee is de stelplicht niet een eerste stap in een dynamisch bewijsproces, maar een verkapte bewijslast geworden. Het bij de adstructieplicht benodigde 'begin van bewijs' is gelijk het 'einde van het bewijs' en dus eveneens een verkapte bewijslast geworden. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de CRvB van 1 juni 2005.[101] Het gaat om een situatie waarin aan een werknemer mogelijk ƒ 20 per dag meer was betaald dan uit de loonadministratie leek te volgen; het geschil betreft de hoogte van het in aanmerking genomen laatstverdiende loon. De zaak betrof een intrekking van de eerder toegekende WAO-uitkering van de werknemer. De CRvB oordeelt dat

> 'het bestuursprocesrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht [kent]. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden. Nu appellant [de werknemer] zijn stellingen niet met enig bewijsmateriaal heeft onderbouwd, was er voor de rechter geen aanleiding om van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken.'[102]

Die stel- en adstructieplicht als verkapte bewijslast trekt zich mogelijkerwijs dus maar weinig aan van de gebruikelijke bewijslastverdeling zoals die voortvloeit uit factoren die hiervoor zijn besproken in paragraaf 5. In een geding als in bovenstaand voorbeeld rust op de werknemer namelijk systematisch gesproken niet de bewijslast (die ligt bij het bestuursorgaan). Hierbij moet worden aangetekend dat het citaat heel sterk de bewijslast bij de werknemer neerlegt, maar dat daarnaast in de rest van de uitspraak wel wat meer is te herkennen van de gebruikelijke bewijslastverdeling.

---

100. T.J.P. van Os van den Abeelen, Waarheidsvinding en zittingsbeleid, Migrantenrecht 2009, p. 11.
101. LJN AT7174 en JB 2005/237 m.nt. D.W.M. Wenders.
102. Wat verder uitgewerkt: D.A. Verburg, a.w., p. 167-168.

Het is moeilijk hier de vinger precies op de zere plek te leggen. Ook indien bij een bepaald type besluit, met een bepaalde aard van de bevoegdheid, de gebruikelijke bewijslastverdeling het bestuursorgaan aanwijst (paragraaf 5), geeft die bewijslastverdeling alleen de hoofdlijn weer. Dat betekent niet dat er van de appellerende burger geheel geen bewijs wordt gevergd. Op punten zal naar de burger worden gekeken voor bijbrenging van bewijs. In het bijzonder doet zich dat voor bij een beroep op een uitzondering/zelfstandige norm, subparagraaf 5.4. Verder wijst een aantal van de in subparagraaf 5.5 genoemde vuistregels in die richting. Ook indien het bestuursorgaan in de bestuurlijke fase in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, kan het in de beroepsfase soms lijken dat op de appellerende burger de bewijslast rust, terwijl op hem (slechts) een bewijsvoeringslast rust. Indien in een uitspraak wordt overwogen dat een appellerende burger van een bepaald feit (enig) bewijs had moeten inbrengen, is dus niet altijd duidelijk of hem een verwijt wordt gemaakt omdat hij niet heeft voldaan aan (a) zijn adstructieplicht, (b) bewijslast bij een beroep op een uitzondering, (c) bewijslast op grond van een vuistregel of (d) bewijsvoeringslast nadat het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan.

Dat neemt niet weg dat de conclusie is dat ten gevolge van de relatieve leegte tussen het indienen van beroepsgronden en verweer enerzijds en het ontvangen van de uitspraak anderzijds, de stel- en adstructieplicht tot een verkapte bewijslast zijn geworden. Je moet immers (ex ante) alles wat je aan bewijs hebt direct op tafel leggen, ter voorkoming van het (ex post) risico uit de uitspraak te vernemen dat er iets op jouw weg lag en dat jij, nu je daarvan geen bewijs hebt geleverd, de negatieve gevolgen moet dragen.

Bij meerpartijengedingen kan de derde (in de zin van niet-aanvrager, niet-geadresseerde van het primaire besluit) indien hij degene is die beroep instelt, in de situatie komen dat hoewel op hem geen bewijslast zou behoren te drukken (zie hierover subparagraaf 4.2), hij toch verplicht is bepaalde gegevens bij te brengen, omdat hem anders kan worden verweten dat hij het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd en voorzien van de benodigde gegevens heeft bestreden. Dat wordt hier bedoeld met zijn stelplicht en adstructieplicht als verkapte bewijslast. Zo'n verkapte bewijslast is opmerkelijk want in de literatuur[103] wordt doorgaans vrij eenduidig gezegd dat de

103. Onder meer Y.E. Schuurmans, a.w., p. 197-198, met op laatstgenoemde pagina: 'Op hem [de derde-belanghebbende] rust een adstructieplicht, zodat kan worden verlangd dat hij een "begin van bewijs" levert. Het is echter het bestuursorgaan dan moet instaan voor de deugdelijkheid van het besluit'; T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 20. In rechtspraak komt dit tot uiting in onder meer CBb 6 februari 2003, JB 2003/91.

derde tegenover het besluit staat zoals een burger doorgaans staat tegenover het ambtshalve besluit, te weten dat hij dus niet de bewijslast draagt.[104]

Hoe dat uitpakt, is te zien in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 19 december 2002. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat daarin een specifiek type besluit aan de orde was. Het ging om een zogeheten 'procedurele verlenging' van de toelating van een bestrijdingsmiddel. In het bijvoeglijke naamwoord 'procedurele' bij zo'n verlenging schuilt de betekenis dat in beginsel de inhoudelijke criteria voor toelating niet aan de orde zijn. De producent vraagt in dit geval de verlenging aan, het College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen kent die verlenging toe en enige waterbedrijven komen daartegen in beroep. Hoofdregel tussen de twee laatstgenoemde partijen is dus dat de bewijslast rust op het bestuursorgaan; op eisers rust hooguit een gemotiveerde stelplicht en een adstructieplicht. Toch krijgen eisers de bewijslast:

> 'Naar het oordeel van het College heeft verweerder in de enkele veronderstelling van appellanten dat het causaal verband [tussen de door hen ondervonden nadelige gevolgen enerzijds en het gebruik van het middel anderzijds] bestaat terecht onvoldoende grond gezien voor de conclusie dat aan die meetgegevens doorslaggevende betekenis in vorenbedoelde zin toekomt. In het kader van een besluit tot procedurele verlenging gaat het immers om een beoordeling van de voorhanden gegevens, waarbij het op de weg ligt van degene die zich tegen dat besluit verzet om *aannemelijk te maken* dat verweerder zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die gegevens niet reeds dwingen tot het oordeel dat niet of niet langer aan de toelatingseisen wordt voldaan. De formulering van dit criterium als begrenzing van het beginsel dat bij het nemen van een besluit tot procedurele verlenging geen inhoudelijke toetsing plaatsvindt brengt dit met zich.'[105]

Nogmaals zij erkend dat het specifieke karakter van zo'n procedurele verlenging een andere set spelregels kan meebrengen, maar de vraag is of dat nu moet mogelijk maken dat de 'bewijslast' op eisers (de derden bij het besluit) komt te rusten of dat er

---

104. Een alternatief perspectief zou overigens zijn dat in gevallen als in deze alinea en daarboven bedoeld, vaak al door het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast is voldaan. In de daaropvolgende fase is de beurt aan degene die dat wil betwisten. Die heeft dan de bewijsleveringslast, dus zonder dat op hem het bewijsrisico overgaat. Dat geldt ook als die betwister een derde is (zie subparagraaf 3.1). In de eerste plaats echter zou het dan niet misstaan als in uitspraken wordt geëxpliciteerd dat het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, zodat zijn feitenvaststelling overeind blijft, totdat die voldoende gemotiveerd en onderbouwd wordt betwist. In de tweede plaats komt dan ook de vraag op hoe zwaar die bewijsleveringslast op de derde is. Hij moet dan immers vooral 'twijfel zaaien' bij de bestuurlijke feitenvaststelling. Ook dan lijkt niet aan de orde te kunnen zijn dat die derde in het kader van zijn bewijsleveringslast een bepaalde feitelijke situatie geheel tot het einde moet bewijzen (aannemelijk maken). Vergelijk PG Awb I, p. 206. Als dat wel van hem wordt geëist, is verkapt toch de bewijslast, inclusief risico, op hem overgegaan. Met andere woorden, ook als het onderwerp van deze subparagraaf niet zozeer in het licht van stel- en adstructieplicht, maar in het licht van bewijsleveringslast nadat de tegenpartij in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, wordt gezien, wordt de titel van deze tekst anders, maar blijft de boodschap gelijk.
105. CBb 19 december 2002, LJN AF3264.

alleen aanleiding zou moeten bestaan een soort zware adstructieplicht te eisen, waarna de gewone bewijslastverdelingsregels (zodat de bewijslast rust op het bestuursorgaan) moeten volgen. Hier staat eigenlijk gewoon 'wie stelt, bewijst' en de vraag is welke basis dat in het bestuursrechtelijk bewijsrecht heeft. In uitkomst zou het overigens in dit geval wellicht niet uitmaken, want eisers hebben volstaan met een 'enkele veronderstelling' en dus niet eens aan hun gemotiveerde stelplicht voldaan.[106]

In zaken betreffende gebieds- of soortenbescherming speelt een soortgelijk probleem. De aanvrager, die een ingreep in een bepaald gebied wil plegen, moet door middel van onderzoek aantonen dat de ingreep niet in strijd komt met de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet. Dat onderzoek moet worden beoordeeld door het bestuursorgaan, de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV). In zo'n geval ligt er in de bestuurlijke fase dus al een behoorlijke dosis onderzoeksmateriaal dat pleit vóór het toestaan van de ingreep. Wat is nu de positie van de derde, bijvoorbeeld een milieuorganisatie? Hoeveel moet zij doen om twijfel te zaaien? Als voorbeeld kan gelden de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 7 april 2008[107] over de E.ON-centrale op de Maasvlakte. Greenpeace Nederland claimt onder andere dat in het gebied de rugstreeppad aanwezig is. Greenpeace heeft zelf een onderzoeksrapport ingebracht, te weten van SOSV (gedateerd februari 2008). In het in opdracht van de aanvrager ingebrachte rapport in het kader van de Flora- en faunawet wordt het bouwterrein in beginsel geschikt geacht als overwinteringsgebied en niet als voortplantingsgebied van de rugstreeppad. Verder zijn er migratiebelemmerende factoren. De kans dat de rugstreeppad aanwezig is, wordt heel klein geacht. De aanwezigheid kan niet geheel worden uitgesloten. In dat rapport worden verder maatregelen besproken om vestiging, kort samengevat, ecologisch-vriendelijk, uit te sluiten. De voorzieningenrechter overweegt over het rapport dat Greenpeace heeft ingebracht:

---

106. Ook hier moet weer een alternatieve duiding worden beproefd. Gelet op het besprokene in subparagraaf 5.4, zou de situatie in deze uitspraak van het CBb ook kunnen worden gezien als een beroep op een uitzondering of zelfstandige norm. Als dat de juiste interpretatie is, is juist dat de bewijslast dan rust op degene die zich beroept op die uitzondering of zelfstandige norm. Bij een beroep op een uitzondering of zelfstandige norm echter, gaat het steeds om een aspect dat het bestuursorgaan niet zelf behoefde te beoordelen, totdat het wordt ingeroepen. Dat is bij zo'n procedurele verlenging niet het geval, want de voorhanden gegevens vallen wel binnen de beoordeling van het bestuursorgaan. Als ook deze situatie zou vallen onder de bewijslastcategorie 'beroep op een uitzondering of zelfstandige norm', wordt die categorie mijns inziens ongerechtvaardigd groot.
Als tweede alternatieve duiding kan worden gekeken of het de situatie is dat het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast (althans: bewijslast in zijn bewijsrelatie tot de derde) heeft voldaan (een door de bijzondere wet beperkte bewijslast, lijkt mij dan), waarna die derde aan de beurt is om te voldoen aan een bewijsleveringslast. Zoals net boven de bespreking van deze uitspraak gezegd, blijft de boodschap dan grotendeels gelijk als bij de duiding in termen van stel- en adstructieplicht: welke eisen stellen we aan het tegenbewijs dat de derde moet inbrengen en is dat geen verkapte bewijslast?
107. LJN BC9281 en BR 2008, p. 809 m.nt. H.E. Woldendorp.

> 'De rechter ziet in hetgeen door Greenpeace naar voren is gebracht geen aanknopingspunten om te twijfelen aan de conclusies van het [rapport van de aanvrager in het kader van de Flora- en faunawet]. Daarbij neemt de rechter in aanmerking dat tegenover het onderbouwde betoog in het [rapport van de aanvrager] Greenpeace slechts met de stelling van het SOSV is gekomen dat de rugstreeppad voorkomt tot en met de noordrand van de Maasvlakte, inclusief de bouwlocatie. Weliswaar staat het voorkomen van de rugstreeppad binnen het kilometerhok waarbinnen zich ook de bouwlocatie bevindt niet ter discussie, maar daarmee is het voorkomen van de rugstreeppad op de bouwlocatie [ongeveer eenhonderdste van het kilometervak] nog geen gegeven. Het SOSV heeft haar stelling niet met recente, concrete en gedocumenteerde waarnemingen van de rugstreeppad op de bouwlocatie onderbouwd.'

Zonder lezing van beide rapporten kan niet worden geconcludeerd wat de waarde is van beide feitenclaims, dus de uitkomst van de zaak staat in deze context niet ter discussie. Toch blijft bij lezing van de uitspraak de indruk bestaan dat van de derde ongelooflijk veel wordt gevergd voordat wordt getwijfeld aan de feitenvaststelling zoals die door het bestuursorgaan, op aangifte van de aanvrager, is uitgevoerd. Moeilijk vol te houden is dat het hier nog gaat om een gemotiveerde stelplicht of een plicht om een begin van bewijs aan te dragen. Dit lijkt een verkapte bewijslast. En dat in een situatie waarin alle partijen weten dat de rugstreeppad in het kilometervak voorkomt en het onderzoeksrapport van de aanvrager de aanwezigheid niet uitsluit, maar wel heel klein acht. Veelzeggend is ook dat de annotator (na de aanhaling van de overweging dat Greenpeace de stelling over de aanwezigheid van de rugstreeppad niet met recente, concrete en gedocumenteerde waarnemingen heeft onderbouwd) opmerkt:

> 'Deze benadering van de rechter past prima in de algemene lijn in de jurisprudentie dat een verzoeker of appellant *aannemelijk moet maken* dat ecologisch onderzoek dat is verricht, tekortkomingen vertoont. Indien dit niet is gebeurd of niet met succes is geprobeerd, wordt aangenomen dat de ontheffing kon worden verleend [cursivering DAV].'[108]

Hierboven zijn twee uitspraken aangehaald waarin het ineenklappen van stel- en adstructieplicht enerzijds en bewijslast anderzijds vrij duidelijk uit de overwegingen spreekt. Mijn vermoeden is dat dit veel vaker gebeurt, maar dan minder expliciet, zodat dit verschijnsel grotendeels onder onze radar door vliegt. Als het gaat om (zeer) moeilijk vaststelbare feiten, zeker als daarbij het bestuursorgaan enige mate van beoordelingsvrijheid wordt gegund (bijvoorbeeld de waardering van economische feiten en omstandigheden in mededingingszaken[109]), wordt de positie van de appellerende derde waarschijnlijk nog moeilijker. Om dan de bestuursrechter zo ver te krijgen dat hij gaat twijfelen aan de bestuurlijke feitenvaststelling, zal die derde vermoedelijk heel veel uit de kast moeten halen, zelfs als sprake is van een behoorlijk indringende toetsing door de rechter.[110]

---

108. Voor degene die deze uitspraak leest in termen van tegenbewijs, nadat het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast jegens de derde heeft voldaan, blijft de vraag hoe ongelooflijk veel van een derde wordt gevergd voordat voldoende twijfel bij de bestuurlijke feitenvaststelling rijst.
109. CBb 28 november 2006, LJN AZ3274.

De in deze paragraaf besproken diffuusheid blijft daarmee dat door de relatieve leegte tussen het instellen van beroep en het voeren van verweer enerzijds en het ontvangen van de uitspraak anderzijds, stel- en adstructieplicht tot verkapte bewijslast zijn geworden.

6.2 Bewijslastverdeling: een loterij voor partijen?

Was in de vorige subparagraaf al een hoofdrol weggelegd voor de relatieve leegte tussen het instellen van het beroep en het insturen van het verweer enerzijds en de uitspraak anderzijds, in deze subparagraaf speelt zij weer de hoofdrol. Hiervoor werd al het beeld geschetst dat voor de rechter die naar de zittingszaal loopt de attitude lijkt te zijn 'we gaan vandaag de zaak afdoen', terwijl voor de appellerende burger, zeker als hij geen gemachtigde heeft, de attitude veelal lijkt te zijn 'nu gaat het beginnen'... .[111] Aan die passages uit het onderzoeksrapport, genoemd in de vorige noot, en enige eigen ervaringen ontleen ik de volgende voorbeelden.[112]

Soms neemt de appellerende burger aan dat op zijn enkele stelling de rechter aanleiding ziet zelf onderzoek te doen.[113] Weliswaar gooien die eisers de zaak over de schutting in de hoop dat de rechter er iets moois van maakt, maar markant is dat de rechtbank de zaak ook niet door middel van een expliciete mogelijkheid of verplichting om bewijs aan te leveren, teruggooit.

Soms doet de appellerende burger een voorwaardelijk bewijsaanbod van algemene aard (in de trant: het bestuursorgaan heeft dat en dat fout gedaan en zo nodig kan ik daarvoor ook een getuige laten horen). Soms wordt ook een concreet voorwaardelijk bewijsaanbod gedaan (in de trant: het bestuursorgaan heeft dat en dat fout gedaan en meneer Z is bereid daarover te verklaren). Soms worden expliciet de naam- en adresgegevens van de behandelende arts verstrekt, kennelijk in de vooronderstelling dat de rechtbank dan bij die arts navraag doet. Soms wordt expliciet gevraagd om benoeming van een deskundige.[114] In al die gevallen gaat de rechtbank daarop pas in de regel in op de zitting en soms zelfs voor het eerst in de uitspraak. Waar het de zitting betreft, wordt de vraag doorgaans gesteld in de vorm: 'U heeft niet ... overge-

---

110. Zie hiervoor de in de vorige noot genoemde uitspraak, r.o. 8.3.3, voor mededingingszaken, en T.C. Leemans, a.w., p. 58, voor milieuzaken.
111. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 233-256 en 302-303.
112. Vergelijk ook T.J.P. van Os van den Abeelen, Waarheidsvinding en zittingsbeleid, Migrantenrecht 2009, p. 11.
113. A.T. Marseille, Feitenvaststelling in bestuursrecht en vreemdelingenrecht, Migrantenrecht 2009, p. 9.
114. Zoals in subparagraaf 6.5 nog aan de orde zal komen is de correlatie tussen vragen om een deskundigenonderzoek en de benoeming van zo'n deskundige eenvoudigweg afwezig gebleken. A.T. Marseille, Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 77. Overigens wordt in mijn ervaring wel vaak gevraagd om benoeming van een deskundige, juist in die zaken waar tegenover de aanzienlijke hoeveelheid onderzoek van het bestuursorgaan, geen tegenbewijs door de appellerende burger wordt overgelegd.

legd'. Als daarop wordt geantwoord dat men zeker bereid is dat alsnog te doen, wordt vaak gereageerd met de weigering de zaak aan te houden. Waar het de uitspraak betreft, wordt vaak eerst de inhoudelijke zaak besproken (bijvoorbeeld met als conclusie dat het arbeidsongeschiktheidsbesluit inhoudelijk deugt), waarna nog in één zin volgt 'Gelet op het voorgaande ziet de rechtbank geen aanleiding een deskundige te benoemen.'

Een enkele keer vraagt de rechtbank, met toepassing van artikel 8:45 van de Awb informatie of gegevens bij een partij. Daarbij wordt wel de clausule opgenomen dat bij uitblijven van een adequate reactie van die partij, de rechtbank kan doen wat haar geraden voorkomt (artikel 8:31 van de Awb), maar dat maakt nog niet duidelijk of de rechtbank daarmee meent dat de bewijslast om een bepaalde feitelijke stand van zaken aannemelijk te maken door inbreng van de desbetreffende gegevens, op die partij rust.

Weinig rechtvaardigend, maar feitelijk wel verklarend is dat partijen onvoldoende zicht hebben op het al eerder genoemde zittingsgericht werken, in combinatie met een hoge mate van delegatie naar administratief niveau. Vaak doet betrokkene zijn bewijsaanbod of verzoek om benoeming van een deskundige bij wijze van spreken op pagina 9, rechtsonderaan, van zijn beroepschrift. Het is misschien niet fraai, maar de werkwijze van de sectoren bestuursrecht brengt dan mee dat pas enige dagen voor de zitting dat aanbod of verzoek, door de behandelende rechter en griffier, werkelijk wordt bestudeerd in het licht van de merites van de zaak.

Wat in dit verband als observatie uit de praktijk moet worden opgemerkt, is dat in die gevallen waarin de bewijslast of de bewijsvoeringslast op de appellerende burger rust, terwijl hij dat kennelijk niet doorhad, althans geen bewijs heeft aangedragen, het aanbieden door de rechter ter zitting van de mogelijkheid aan hem dat bewijs alsnog bij te brengen, vaak op weinig uitloopt. Tijdens regiezittingen in de Rechtbank Utrecht, die ik hiervoor in paragraaf 2 noemde, maar ook tijdens 'gewone' zittingen, heeft mij dat regelmatig verbaasd. Als men betrokkene duidelijk maakt wat hij dan moet doen om aan zijn bewijs(voerings)last te voldoen, is het antwoord opvallend vaak 'dat kan ik niet bewijzen'. Dat is geen reden om te zeggen dat er dus geen probleem is, maar scherpt juist in hoeveel onduidelijkheid kennelijk bestaat over wat men van een procedure mag verwachten. Bovendien schat ik in dat partijen met zo'n duidelijke confrontatie met wat zij hebben te bewijzen inclusief de gelegenheid om dat te doen, meer tevreden zijn, ook als zij moeten erkennen dat niet te kunnen volbrengen, dan met de afwijzende overweging in de uitspraak dat zij onvoldoende bewijs hebben geleverd. Ook daarom is er dus geen reden om in deze praktijk van onduidelijkheid te berusten.

Ook gemachtigden van bestuursorganen zijn overigens vaak hogelijk verbaasd als zij ter zitting te horen krijgen dat op een bepaald punt de bewijslast bij dat orgaan berust.

Deze paragraaf bevat observaties die gedeeltelijk losstaan van twee- of meerpartijengedingen. Bij meerpartijengedingen is het echter wel zo dat een diametrale omkering in bezwaar de hier geschetste problemen extra sterk worden. Als bij primair besluit bijvoorbeeld een vergunning is geweigerd, terwijl die na bezwaar van de aanvrager in de beslissing op bezwaar alsnog wordt verleend, is de derde die daarna in beroep komt, in die beroepsfase voor het eerst aan zet. Als van hem in het kader van zijn adstructieplicht wordt gevergd dat hij een begin van bewijs inbrengt, is hem vaak helemaal onduidelijk wat hem te doen staat. In tweepartijengedingen heeft degene die in beroep komt bijna steeds al een onsuccesvolle bezwaarfase doorlopen. In die fase is hem soms al iets duidelijker geworden wat hem te doen staat.

Tussenconclusie moet zijn dat partijen behoorlijk zicht missen op wat hun bewijsrechtelijk te doen staat. Dat geldt vooral, maar niet alleen, voor de appellerende burger en op zijn beurt weer vooral, maar niet alleen, voor de burger zonder professionele gemachtigde. De rechtbank laat partijen op dat punt grotendeels in het duister tasten.

6.3 Is timing everything? Bewijsuitsluiting op de grond dat gegevens eerder konden of moesten worden overgelegd

Zoals in subparagraaf 4.2 is opgemerkt, behoeft het onderwerp op welk moment bewijs kan worden ingebracht juist bij meerpartijengedingen bespreking. In die situaties waarin belangen van derden spelen, wordt het als prangender ervaren wanneer in een late fase van de procedure nog nieuw bewijs wordt ingebracht. Dat is ook logisch, want de 'tweede partij', het bestuursorgaan, heeft nog een aantal sturingsinstrumenten om het inbrengen van bewijs te reguleren, althans dat te proberen, maar de derde kan geen eigen stappen ondernemen om ervoor te zorgen dat de 'eerste partij' tijdig met haar bewijs komt.

De afgelopen periode, vooral sinds ongeveer midden 2004, is zoals bekend gekenmerkt door het lichten van een aantal fuiken.[115] Over het geheel genomen stuit het relatief laat inbrengen van gronden of bewijs minder vaak op problemen dan daarvoor het geval was. Vanzelfsprekend is dat echter niet zonder grenzen. Mede door de verschillen tussen en soms ook binnen rechterlijke colleges gedurende de afgelopen jaren en de verschillen in de tijd sinds 1994, bestaat bij partijen, wetenschappers en rechters soms ook nu nog onduidelijkheid op welk moment bewijs nog kan worden

115. L.J.A. Damen, De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?, AA 49 (2000) 1, p. 61; E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul – De vaststelling van feiten in het bestuursrecht, NTB 2000/7, p. 214; R.H. de Bock, De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het Vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak, JBplus 2000, p. 26; J.E.M. Polak, a.w.; R.H. de Bock, De omvang van het geding; over de betekenis en toepassing van art. 8:69 Awb, AA Cahiers staats- en bestuursrecht deel 10, Nijmegen Ars Aequi Libri 2004, p. 12; R. Ortlep, De fuikendynastie; van afbraak tot verbouwing, NTB 2005, p. 1; Commissie Evaluatie Awb II, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002; de brief van de Minister van Justitie van 29 oktober 2004, Kamerstukken II, 2004/05, 29 241, nr. 11, in het kader van het gewijzigde artikel 6:13 van de Awb.

geleverd. Als het goed is, zijn er op dit moment zes, duidelijk van elkaar te onderscheiden, situaties waarin timing van het bewijs bepalend is. Die worden hieronder besproken, waarbij op veel, maar niet op alle punten aandacht wordt besteed aan die situaties waarin specifieke meerpartijaspecten spelen. Uit een oogpunt van rechtsbescherming staat daarbij als uitgangspunt voorop dat bij de rechter ten opzichte van de bestuurlijke fase nieuw bewijs wel mag worden ingebracht, tenzij er een bijzondere reden is dat niet toe te staan. Hieronder komen dus vooral de beperkingen aan de orde.

6.3.1 Bewijsuitsluiting op grond van een 'sluitingsdatum' in bijzondere regelgeving

Soms brengt een wettelijke regeling mee dat uiterlijk bij indiening van de aanvraag of uiterlijk in de hersteltermijn die voor een onvolledige aanvraag wordt geboden, de benodigde gegevens moeten zijn overgelegd. Als er bijvoorbeeld een subsidieregeling is, met een subsidieplafond, waarbij voor een bepaalde datum programma's moeten worden ingediend, waarna de beste inzendingen voor subsidie in aanmerking worden gebracht, is die inleverdatum essentieel. Elk gehonoreerd programma heeft immers gevolgen voor de andere inzenders. Als een inzender een aanvraag heeft gedaan zonder de volledige gegevens die in de regeling en op het aanvraagformulier zijn opgesomd, krijgt hij waarschijnlijk geen subsidie. Ook als hij daarna in bezwaar of beroep met de benodigde gegevens komt – gegevens die mogelijkerwijs duidelijk maken dat hij het beste programma heeft om voor subsidiëring in aanmerking te komen – is hij te laat. Toekenning alsnog aan hem zou, gelet op het plafond, strikt genomen ook gevolgen moeten hebben voor de laatste aan wie wel subsidie is toegekend of moeten leiden tot buitenwettelijke plafondoverschrijding. Die latere gegevens kunnen dan niet toe- of afdoen aan de weigering van zijn subsidie. Verheij zette deze vorm van buitensluiting op de agenda in punt 6 van zijn noot onder de uitspraak van de ABRvS van 15 februari 2001.[116]

Op het bestuursorgaan rust, ingevolge artikel 3:2 van de Awb, de plicht om de aanvrager waar nodig te ondersteunen in zijn plicht gegevens aan te dragen. Dit kan het doen door een duidelijk formulier vast te stellen krachtens artikel 4:4 van de Awb of anderszins duidelijk te communiceren over wat benodigd is om de subsidie binnen te halen. De bestuursrechter toetst ook die communicatie: heeft het bestuursorgaan de burger duidelijk gemaakt wat hij moest doen om, kort gezegd, succes te behalen (uitspraak van de ABRvS van 17 augustus 2005)[117]?

Een dergelijk tendersysteem in een subsidieregeling maakt de noodzaak van een absolute slotdatum duidelijk. Buitensluiting van te laat bewijs volgt uit het materieelwettelijke systeem, is wellicht zelfs een toepassing van dat wettelijke systeem, met name indien in de regeling een herstelmogelijkheid expliciet is uitgesloten. Een soortgelijke situatie kan zich ook voordoen bij een andere in een wettelijke regeling

116. LJN AN6826 en AB 2001, 409 m.nt. N. Verheij.
117. LJN AU1094 en AB 2006, 147 m.nt. N. Verheij.

opgenomen of daar eenduidig uit voortvloeiende absolute peildatum. Te denken valt aan aanbestedingen en toekenning van concessies.

Door de buitensluiting van laat bewijs kunnen belangen van derden niet in het gedrang komen; dat gevaar is 'weggeregeld'. Belangen van derden spelen dus op de achtergrond een rol, maar komen juist door de buitensluiting niet op de voorgrond.

Het uiterste moment om bewijs (gegevens) bij te brengen is in dit geval dus bij het indienen van de aanvraag (of eventueel bij de gelegenheid om die aan te vullen).

6.3.2 Buitenbehandelinglating van een aanvraag

Indien de door de aanvrager verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag of voor de voorbereiding van de beschikking kan het bestuursorgaan krachtens artikel 4:5, eerste lid, aanhef en onder c, van de Awb die aanvraag buiten behandeling laten. Voorwaarde is dat de indiener in de gelegenheid is gesteld binnen een redelijke termijn de aanvraag aan te vullen. De gegevens die bij die herstelmogelijkheid worden gevraagd zijn begrensd door het criterium van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb (de gegevens moeten nodig zijn en de aanvrager moet er redelijkerwijs over kunnen beschikken). Een tweede begrenzing wordt gevormd door de weigeringsmogelijkheid van artikel 4:3 van de Awb (onder andere bedrijfsgeheimen, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer). Het ontbreken van gegevens of bescheiden kan alleen leiden tot zo'n beslissing indien het niet mogelijk is zonder die stukken op de aanvraag te beslissen. Indien uit de wel ingediende stukken of de informatie die is gegeven in de aanvraag al blijkt dat een afwijzende beschikking moet volgen, kan geen buitenbehandelinglating volgen, maar moet een inhoudelijke afwijzing volgen.[118]

Het object van het besluit tot buitenbehandelinglating is per definitie niet een inhoudelijke beslissing op hetgeen is aangevraagd, maar een procedurele beslissing over de ongenoegzaamheid van de aanvraag en het niet of incompleet herstellen van dat verzuim binnen de daarvoor gestelde termijn. Vanwege die objectdefinitie is het logisch dat de aanvrager niet door later alsnog de benodigde gegevens te verstrekken het debat kan heropenen over de vraag of hij recht heeft op hetgeen hij had aangevraagd. Het besluit is de buitengrens van het geschil en het besluit gaat in dit geval niet over het recht op hetgeen is aangevraagd.[119]

Met een strikte lezing zou hier al de grens om nog gegevens te kunnen indienen moeten liggen bij het einde van de hersteltermijn. Bedacht moet echter worden dat hier – anders dan bij het in de vorige subparagraaf behandelde onderwerp – geen harde deadline ligt die voortvloeit uit de bijzondere regelgeving. Feitelijk is ook te constateren dat veel bestuursorganen in gevallen waarin de benodigde gegevens

118. Bijvoorbeeld ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0399. Dit is gebaseerd op PG Awb I, p. 244.
119. CRvB 31 december 2007, LJN BC1118.

alsnog binnenkomen gedurende de bezwaarfase de voorkeur geven aan een inhoudelijk besluit op de aanvraag. Recent is met de uitspraken van de CRvB van 24 juni 2008[120] en ABRvS van 16 juli 2008[121] duidelijk geworden dat in een situatie waarin (a) bij primair besluit de aanvraag met toepassing van artikel 4:5 van de Awb buiten behandeling is gelaten en (b) in de bezwaarfase alsnog de benodigde gegevens zijn binnengekomen het bestuursorgaan *binnen het kader van de heroverweging* in bezwaar inhoudelijk *mag* beslissen. Indien bij primair besluit de aanvraag ten onrechte buiten behandeling is gelaten, *moet* het bestuursorgaan binnen het kader van de heroverweging in bezwaar inhoudelijk beslissen. Het inhoudelijke besluit is dan dus onderdeel van de beslissing op bezwaar. De Afdeling komt hiertoe vanwege 'de strekking van artikel 7:11, tweede lid, van de Awb en omwille van een doelmatige besluitvorming op een aanvraag binnen een redelijke termijn'. Welke gevolgen heeft dit nu voor het uiterste indieningsmoment van de gegevens? Enerzijds valt een inhoudelijke beoordeling van de later ingekomen gegevens dus onder de heroverwegingsruimte van het bestuursorgaan. Dat pleit ervoor om dat moment in de bezwaarfase te plaatsen, bij voorkeur door middel van een explicitering door het bestuursorgaan van de mogelijkheid gegevens alsnog in te brengen in de bezwaarfase. Anderzijds is het bestuursorgaan, bij een terechte buitenbehandelinglating in het primaire besluit, niet verplicht over de brug te komen met een inhoudelijke behandeling indien de benodigde gegevens dan in bezwaar alsnog worden verstrekt. De aanvrager heeft het mogelijk aan zichzelf te wijten (als hij de hersteltermijn ongebruikt heeft laten verstrijken), maar denkbaar zijn ook situaties waarin hij meende voldoende gegevens te hebben verschaft in de hersteltermijn. Dan weet hij ex ante, bij het maken van bezwaar, niet (a) of het bestuursorgaan volhoudt dat de criteria voor buitenbehandelinglating vervuld waren en zo ja (b), of het bestuursorgaan bereid is de alsnog overgelegde gegevens inhoudelijk te beoordelen. Antwoorden op die vragen volgen dan pas ex post, bij de beslissing op bezwaar. Dat levert dus nodeloze onzekerheid op. Indien het bestuursorgaan niet bereid is in de bezwaarfase alsnog inhoudelijk te beslissen, komt de aanvrager er dan achter dat hij in plaats van bezwaar te maken tegen de buitenbehandelinglating beter een nieuwe aanvraag had kunnen doen (zodat hij in dat kader de gegevens had kunnen overleggen).

Nu eenmaal het nemen van een inhoudelijk besluit bij beslissing op bezwaar na een buitenbehandelinglating in primair besluit mogelijk is (dus onder de heroverwegingsruimte valt), is een logische doortrekking van deze lijn dat bij buitenbehandelinglating altijd nog in bezwaar alsnog de benodigde gegevens mogen worden overgelegd. Dat voorkomt onzekerheid en maakt een nieuwe aanvraagprocedure niet nodig. Helaas zijn we kennelijk nog niet zover, gelet op ABRvS 1 oktober 2008:[122] het staat het bestuursorgaan vrij in de bezwaarfase alsnog ontvangen aanvraaggegevens inhoudelijk te beoordelen, maar het is daartoe niet verplicht. Ook de Centrale Raad van Beroep legt de grens bij het primaire besluit en niet bij de beslissing op bezwaar.[123] Eerlijk gezegd begrijp ik gelet op de systematiek van Afde-

120. LJN BD5641.
121. LJN BD7360.
122. LJN BF3868 en AB 2009, 17 m.nt. A.T. Marseille.
123. CRvB 31 december 2007, LJN BC1118.

ling 7.2 van de Awb, in het bijzonder artikel 7:11, in het geheel niet dat het ter discretie van het bestuursorgaan zou staan wat al of niet tot de heroverwegingsruimte behoort.[124] Met annotator Marseille zeg ik: dit kan niet lang meer duren.

Het uiterste moment om bewijs (gegevens) bij te brengen is daarmee naar de huidige stand van zaken onduidelijk. Mogelijk is het uiterste moment de laatste dag van de hersteltermijn in de primaire fase, mogelijk is het enig moment in de bezwaarfase, bij voorkeur door het bestuursorgaan geëxpliciteerd met een bepaalde termijnstelling in die fase.

6.3.3 Hoe lang is winterbewaarprei houdbaar? Is er nog een bewijsfuik?

De discussie over bewijs-, gronden- en onderdelenfuiken is al op vele plaatsen beschreven.[125] Duidelijk is dat rond de inwerkingtreding van het huidige artikel 6:13 van de Awb op 1 juli 2005 op het punt van fuikwerking een zekere versoepeling valt waar te nemen. Daaraan voorafgaand, vooral vanaf midden 2004, begon de ABRvS met de overwegingen dat buitensluiting van nieuwe beroepsgronden in beroep geen steun vindt in het recht, in het bijzonder artikel 6:13 van de Awb, terwijl ook overigens niet uit de wet of enig rechtsbeginsel voortvloeit dat gronden die niet expliciet in bezwaar zijn aangevoerd vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven.[126] In andere uitspraken luidde de overwegingen dat de toetsing door de rechtbank van het bestreden besluit naar de feiten en omstandigheden ten tijde daarvan er niet aan in de weg staan dat nieuwe gronden worden beoordeeld, terwijl voorts geen rechtsregel, binnen de door de wet en de goede procesorde begrensde mogelijkheden, verbiedt dat dergelijke nieuwe gronden worden beoordeeld.[127] Deze overwegingen hebben weliswaar betrekking op beroepsgronden, maar dat brengt mee dat als een beroepsgrond wordt ingebracht die nog niet in bezwaar is aangevoerd en die beroepsgrond wordt ondersteund met bewijs, ook dat bewijs alsnog kan worden ingebracht. Als graadmeter voor deze ontwikkeling geldt de brief van de Minister van Justitie van 29 oktober 2004.[128] Daarin is verwoord dat het

> 'de bedoeling van het nieuwe artikel 6:13 [is], dat deze [gronden- en bewijs-] "fuiken" slechts kunnen worden toegepast, voor zover de voor het eerst bij de rechter aange-

---

124. Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 347, en J.C.A. de Poorter, Kroniek Bestuursprocesrecht, NTB 2008, 32, p. 244-245; beiden laten zich overigens aanzienlijk milder uit dan ik hierboven heb gedaan.
125. Volstaan wordt met: Y.E. Schuurmans, a.w., p. 248-260; B.J. van de Griend, Trechters in het bestuursprocesrecht (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; A.M.M.M. Bots, Het trechtermodel in het licht van het rechtseenheidsvraagstuk in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer & L.J.M. Timmermans, In eenheid – Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 251-272; D.A. Verburg, a.w., p. 176-179.
126. ABRvS 8 september 2004, LJN AQ9916 en JB 2004/365 m.nt. C.L.G.F.H.A. onder JB 2004/378; ABRvS 12 januari 2005, LJN AS2145 en AB 2005, 75 m.nt. RW.
127. ABRvS 15 november 2004, LJN AR7040 en AB 2005, 26 m.nt. Sew.
128. Kamerstukken II 2004/05, 29 241, nr. 11.

voerde argumenten of bewijsmiddelen betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet aan de orde is gesteld'.

Deze passage heeft naar haar woordkeuze betrekking op beperking van de werkingssfeer van zowel gronden- als bewijsfuiken, maar naar haar strekking kan deze passage geen betrekking hebben op (zelfstandige) bewijsfuiken. Er zijn vier typen situaties mogelijk en in alle speelt een zelfstandige bewijsfuik geen rol:

1. In beroep worden dezelfde gronden en bewijsmiddelen aangedragen als in bezwaar: er is geen probleem enige grond of enig bewijsmiddel toe te laten.
2. In beroep worden dezelfde gronden aangevoerd als in bezwaar, maar met nieuwe bewijsmiddelen: er is geen probleem om de nieuwe bewijsmiddelen toe te laten, want gelet op de gelijkblijvende gronden wordt er geen ander onderdeel van het (primaire) besluit aangevochten dan in bezwaar het geval was.
3. In beroep wordt een nieuwe grond aangevoerd, voorzien van nieuw bewijs, maar die grond heeft betrekking op hetzelfde onderdeel van het (primaire) besluit als in bezwaar was aangevochten: er is geen probleem de nieuwe grond en het nieuwe bewijs toe te laten.
4. In beroep wordt een nieuwe grond aangevoerd, voorzien van nieuw bewijs, en die grond heeft betrekking op een onderdeel van het (primaire) besluit dat niet in bezwaar was aangevochten: de beroepsgrond kan niet in beroep worden toegelaten en daarmee is het bijbehorende bewijs irrelevant geworden.

Let wel dat met deze vier punten niet meer wordt gedaan dan het verrichten van een analyse van bovengenoemde passage uit de brief van de Minister van Justitie. Toentertijd leek het er sterk op dat met die brief was verwoord wat binnen de verschillende bestuursrechters als consensus kon worden gedragen. Dat is de reden waarom die brief hiervoor als 'graadmeter' werd aangeduid. Of de nieuwe grond met nieuw bewijs ook een onderbouwing mag inhouden van de aanvraag met die gegevens die de aanvrager op de voet van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb moet aandragen, is onderwerp van de hierna volgende bespreking.

Terwijl bij een zelfstandige bewijsfuik mogelijk is dat een beroepsgrond wel wordt toegelaten in de beroepsfase (omdat die grond al in bezwaar is aangevoerd), maar het bijbehorende, pas in beroep gepresenteerde bewijs wordt buitengesloten, is dat in het onderdelendenken niet mogelijk. Zodra een grond in beroep wordt toegelaten, wordt het bijbehorende bewijs ook toegelaten. Dat is althans de conclusie als de analyse wordt beperkt tot bovengenoemde passage van de brief van de Minister van Justitie. Andere passages uit de brief vragen echter ook om aandacht. Boven de aangehaalde passage staat:

> 'Wel kan de aard van het besluit verschil maken. Zo kan uit de aard van een besluit voortvloeien dat na een bepaald tijdstip ingebrachte gegevens buiten beschouwing moeten blijven. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een subsidieaanvraag waarvoor een subsidieplafond geldt dat wordt verdeeld door onderlinge vergelijking en prioritering van de aanvragen [zie hiervoor subparagraaf 6.3.1, DAV]. *Voorts zal er in het algemeen in tweepartijenverhoudingen minder reden zijn om het inbrengen van nieuwe gegevens te*

beperken dan in driepartijenrelaties. Een en ander is echter sterk afhankelijk van *aard en inhoud van het besluit* en moet derhalve noodzakelijkerwijs aan de rechtspraak worden overgelaten. [cursivering DAV]'

Daarop volgt de zin dat met het nieuwe artikel 6:13 niet is beoogd een dergelijke rechtsontwikkeling te fixeren.

Hierop zijn (minstens) twee visies mogelijk. De ene is dat binnen de bestuursrechtspraak, als het ware opgehangen aan de wijziging van artikel 6:13 van de Awb, een rechtspolitieke keuze werd gemaakt gronden- en bewijsfuiken te laten varen en een onderdelenfuik daarvoor in de plaats te stellen. Dat zou tussen de verschillende bestuursrechtelijke colleges eenheid en duidelijkheid scheppen en de rechtsbescherming verhogen. De andere is dat de gronden- en bewijsfuik enerzijds en de onderdelenfuik anderzijds op geheel uiteenlopende dogmatische grondslagen zijn gebaseerd, zodat de introductie van de laatste, de eerste twee, en dan vooral de bewijsfuik, niet zomaar kan 'vervangen'.[129] Het onderdelendenken brengt dan mee dat in beginsel voor het eerst in beroep nieuw bewijs kan worden ingebracht, zolang dat betrekking heeft op hetzelfde onderdeel als in bezwaar was aangevochten. Dat betekent evenwel niet dat de aanvrager die in de bestuurlijke fase niet aan zijn verplichtingen de voor de beoordeling van de aanvraag benodigde gegevens te verstrekken, heeft voldaan, in de beroepsfase dat verzuim alsnog kan goedmaken èn inhoudelijk beoordeeld kan krijgen. In die tweede visie is er ook nu nog een zelfstandige bewijsfuik mogelijk.

Recent komt dan ook de gedachte op dat ook in het tijdperk van de onderdelenfuik toch nog met een bewijsfuik rekening moet worden gehouden, in ieder geval bij de Afdeling bestuursrechtspraak.[130] Een bewijsfuik dook bijvoorbeeld weer op in zaken over schadevergoeding (overigens: een typisch tweepartijengeding).[131] Ook in een ambtshalve besluit (ook een tweepartijengeding, maar wel *één* met implicaties voor eventuele derden), over opschorting van de inschrijving van enige personen in de gemeentelijke basisadministratie, dook een bewijsfuik op.[132] Soms lijkt de Afdeling meer impliciet te wijzen op het nog steeds bestaan van een bewijsfuik. Bijvoorbeeld

---

129. Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 346-348.
130. Bij eerste confrontatie hiermee in de jurisprudentiebladen, kwamen bij mij de Groningse personages uit het tv-programma Jiskefet op: 'Ik dachtoch dat wie had'n afgesprok'n...'.
131. ABRvS 13 juni 2007, LJN BA7098, JB 2007/147 en BR 2007, p. 675 m.nt. J.W. van Zundert, en ABRvS 5 maart 2008, LJN BC5805 en JB 2008/96 m.nt. R.J.N. S. Op beide gevallen is overigens het huidige artikel 6:13 van de Awb van toepassing. Overigens valt op dat eerstgenoemde annotator kennelijk geen probleem heeft met de toepassing van een bewijsfuik en dat de als tweede genoemde annotator met enige mildheid vraagtekens plaatst. Deze uitspraken zijn in lijn met eerdere uitspraken: ABRvS 23 juli 2003, AB 2003, 448 m.nt. BJS en JB 2003/258.
132. ABRvS 11 januari 2006, LJN AU9389 en AB 2006, 112 m.nt. I. Sewandono. De annotator plaats de buitensluiting van het bewijs in de sleutel van de door de ABRvS getrokken grens tussen eerste aanleg en hoger beroep, maar de overwegingen van de ABRvS geven daartoe geen aanleiding. Gelet op de overwegingen vindt de ABRvS dat na de beslissing op bezwaar geen bewijs kon worden bijgebracht. Dat blijkt onder meer uit de overweging 'Het college heeft daarmee *bij de besluitvorming* [cursivering DAV] geen rekening kunnen houden.' In dit geval was het huidige artikel 6:13 van de Awb niet van toepassing.

in een geval waarbij een subsidie krachtens de Subsidieregeling sanering loden drinkwaterleidingen op nihil was vastgesteld (overigens: alweer een typisch tweepartijengeding):

> '*In de bezwaarfase* [cursivering DAV] was het aan appellante om gegevens en bescheiden te verschaffen die verweerder ervan hadden moeten overtuigen dat [het besluit op een vergissing berustte]. Anders dan appellante heeft betoogd, doet daaraan niet af dat verweerder niet ter plaatse heeft gecontroleerd [...]. Tot die zichtcontrole was verweerder niet verplicht.'[133]

Al eerder had Widdershoven twijfel geuit of de bewijsfuik tot het verleden behoorde.[134] Ten slotte wordt hier genoemd dat ook Koenraad risico's ziet in het pas in beroep inbrengen van bewijs.[135] Het ging om de aanwijzing tot gemeentelijk monument en hoewel het feitelijk een tweepartijengeding is, is dat in ieder geval een omgevingsrechtelijk deelgebied waarbij belangen van derden een rol kunnen spelen.

Gelet op bovengenoemde brief van de Minister van Justitie van 29 oktober 2004 moet in ieder geval in driepartijengedingen rekening worden gehouden met een beperkte bewijsfuik, in ieder geval bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Zoals al meermalen gezegd, wordt in de beroepsfase het bewijsrecht 'opgetrokken' uit de verhouding in de bestuurlijke fase. De hoofdregel is dan dat gelet op artikel 3:2 van de Awb de bewijslast rust op het bestuursorgaan. Uit artikel 4:2, tweed lid, van de Awb volgt echter dat die gegevens die noodzakelijk en redelijkerwijs te vergen zijn van de aanvrager tot het domein van die aanvrager behoren. Als hij die niet presenteert in de bestuurlijke fase, mag het bestuursorgaan zich bij het primaire besluit en bij zijn beslissing op bezwaar baseren op de gegevens die dan voorhanden zijn. Dit heeft te maken met de opvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak dat de bestuursrechter de bestuurlijke feitenvaststelling naloopt op zorgvuldigheid en volledigheid en niet in de eerste plaats zelf de feiten vaststelt. Als de aanvrager in de bestuurlijke fase niet heeft voldaan aan zijn plicht bepaalde gegevens te leveren, mag het bestuursorgaan daarop afgaan en negatief beslissen. Het bestuursorgaan valt dan geen verwijt te maken dat het zo heeft beslist en dus kleeft aan het besluit geen onrechtmatigheid. Deze benadering werd voor het eerst expliciet in de uitspraak over winterbewaarprei.[136] De appellerende maatschap heeft mogelijk te weinig schadevergoeding gekregen, omdat verweerder, de Minister van LNV, heeft miskend dat de maatschap geen gewone prei, maar winterbewaarprei teelde. Daarvoor geldt een hogere afzetprijs. Het is in de eerste plaats aan de aanvrager om de gegevens die nodig zijn om die aanvraag te beoordelen, te presenteren. Verweerder had hem echter onvoldoende duidelijk gemaakt welke gegevens hij moest verstrekken. Daarom wordt de maat-

---

133. ABRvS 22 november 2006, LJN AZ2798. In dit geval was het huidige artikel 6:13 van de Awb van toepassing.
134. ABRvS 12 januari 2005, LJN AS2145 en AB 2005, 75 m.nt. RW; zie met name punt 4 van de noot.
135. ABRvS 10 september 2008, LJN BF0298 en JB 2008/233 m.nt. L.M. Koenraad; zie met name punt 4 van de noot.
136. ABRvS 19 augustus 1999, AB 1999, 403 m.nt. MSV. Zie ook Y.E. Schuurmans, a.w., p. 157.

schap niet tegengeworpen dat hij pas in beroep met de relevante gegevens komt. Dit is een typerend voorbeeld van de begeleidingsplicht die voor een bestuursorgaan voortvloeit uit artikel 3:2 van de Awb: hij moet de burger zo goed mogelijk begeleiden om te voldoen aan zijn, des burgers, 'bewijslast'. *A contrario* geredeneerd, volgt hieruit dat in een situatie waarin een bestuursorgaan de burger op niet mis te verstane wijze heeft gezegd wat hij, de burger, moet doen om te voldoen aan zijn 'bewijslast', hij, de burger, niet meer voor het eerst in beroep bewijs kan presenteren en inhoudelijk beoordeeld kan krijgen.

Het CBb heeft deze redenering ook (eenmalig?) gevolgd.[137] Ook in dat geval was verweerder onvoldoende duidelijk geweest in wat hij aan gegevens wenste. Daaruit volgt dat ook in dat geval bovengenoemde a-contrarioredenering past. Het CBb achtte toen kennelijk nog mogelijk dat bij voldoende zorgvuldige begeleiding door het bestuursorgaan, een aanvrager die in de bestuurlijke fase in verzuim is gebleven, in de beroepsfase de pas dan overgelegde gegevens niet meer beoordeeld kan krijgen. Gelet op de bewoordingen met een algemene strekking in zijn uitspraak van 2 oktober 2008[138] volgt het College deze redenering nu niet meer.[139]

De CRvB heeft de benadering dat het niet gaat om de verwijten (heeft het bestuursorgaan iets verkeerd gedaan?), maar om de feiten (heeft betrokkene recht op de uitkering?). De Centrale Raad stelt daartoe zonodig zelf de feiten vast (hetgeen op zichzelf niet afdoet aan de principiële toetsingsrol). In gevallen waarin een aanvraag om bijstand buiten behandeling is gelaten vanwege het niet verstrekken van benodigde gegevens, kan betrokkene zijn verzuim niet in de beroepsprocedure herstellen[140] (zie hiervoor, subparagraaf 6.3.2). Indien het college van B&W de aanvraag wel inhoudelijk behandelt, terwijl er onvoldoende gegevens zijn verstrekt om tot toekenning over te kunnen gaan, kan het de bijstand weigeren op de grond dat het eventuele recht niet kan worden vastgesteld. Dat is gebaseerd op artikel 11, gelezen in samenhang met artikel 17, van de Wet werk en bijstand. In dat geval kan betrokkene wel in de beroepsfase en zelfs in de fase van hoger beroep alsnog de benodigde gegevens inbrengen en beoordeeld krijgen.[141]

---

137. CBb 11 januari 2000, AB 2000, 286 m.nt. JHvdV.
138. CBb 2 oktober 2008, LJN BG1634 en JB 2008/264. Verweerder had in dat geval, ter beoordeling van de aanvraag, gevraagd om gebruiksgegevens (r.o. 2.2, vijfde aandachtsstreepje). Betrokkenen hadden toen schattingen overgelegd. In beroep legden zij voor het eerst reële verbruikscijfers over. In hoeverre bepalend voor het oordeel is geweest dat betrokkenen in de bestuurlijke fase wel iets, te weten schattingen, hebben ingebracht, is onbekend.
139. Mogelijkerwijs staat het denken van het CBb over bewijsrechtelijke kwesties mede onder invloed van Europeesrechtelijke noties. Verwezen wordt bijvoorbeeld naar de prejudiciële vragen die het CBb heeft gesteld in de T-Mobilezaak, CBb 31 december 2007, LJN BC1396. Verwezen wordt verder naar A.T. Ottow & E. Doing-Bierens, Enige contouren van het economisch bewijsrecht, JBplus 2008, p. 170-187. Europeesrechtelijke bewijstendensen zijn verder te onderkennen in CBb 28 november 2006, LJN AZ3274 en AB 2007, 316 m.nt. G.J.M. Cartigny. Vergelijk HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03P. Op dit onderwerp wordt hier niet ingegaan. In hoofdlijn gaat ook het CBb uit van het algemeen-bestuursrechtelijke stelsel.
140. CRvB 9 februari 2005, RSV 2005/143 (over recht op WW-uitkering) en CRvB 31 december 2007, LJN BC1118 (over recht op bijstand).
141. CRvB 15 februari 2005, RSV 2005/158 m.nt. F.J. IJspeerd.

Uit de benadering van de CRvB zou kunnen worden afgeleid dat voor een ongenoegzame aanvraag maar één weg bestaat om het debat over het ongenoegzaam verstrekken van gegevens en inlichtingen te sluiten, namelijk buitenbehandelinglating krachtens artikel 4:5 van de Awb. Als het bestuursorgaan daarvan geen gebruikmaakt, zou in die gedachte voor buitensluiting van later bewijs in de beroepsfase geen ruimte meer bestaan. Als het besluit eenmaal over de inhoud gaat, mag die inhoud ook volledig aan bod komen, ook met later ingebracht bewijs. Nog wat strakker geformuleerd, zou die gedachte betekenen dat aangezien er een mogelijkheid van buitenbehandelinglating in de Awb is opgenomen, er geen plaats is voor een bewijsbuitensluiting in die gevallen waarin het bestuursorgaan geen toepassing geeft aan de buitenbehandelinglating. Over dergelijke gedachten moet, zeker in meerpartijengedingen, een aantal opmerkingen worden gemaakt.

In de eerste plaats: artikel 4:5 is een kan-bepaling.[142] Ook in de wetsgeschiedenis is hierover gezegd dat het bestuursorgaan er gebruik van kan maken, maar ook kan overgaan tot inhoudelijke besluitvorming. Dat is neutraal geformuleerd, dus zonder consequenties voor het verdere verloop.[143] Daaruit volgt dat ook als een bestuursorgaan de ongenoegzame aanvraag niet buiten behandeling laat, maar daarop inhoudelijk beslist, het tot de conclusie kan komen dat de wel verstrekte gegevens geen grond opleveren voor toekenning van hetgeen is aangevraagd.[144]

In de tweede plaats geldt dat artikel 4:5 van de Awb in veel gevallen geheel niet toepasbaar zal zijn. De situatie waarin de aanvraag wordt afgewezen omdat bepaalde vereiste gegevens niet voorhanden zijn, is niet identiek aan de situatie waarin die aanvraag ongenoegzaam was en op die grond buiten behandeling kan worden gelaten. Zoals in subparagraaf 6.3.2 al is gezegd, kan in een situatie waarin uit de wel ingediende stukken of de informatie die is gegeven in de aanvraag al blijkt dat een afwijzende beschikking moet volgen, geen buitenbehandelinglating volgen, maar moet een inhoudelijke afwijzing volgen.[145] Denkbaar is dat het bestuursorgaan uit de aanvraag heeft afgeleid (en ook heeft mogen afleiden) dat bepaalde vereiste gegevens om tot toekenning over te gaan er gewoon niet zijn. De aanvraag kan dan prima worden beoordeeld, maar inhoudelijk moet een afwijzing volgen. Als voorbeeld kan dienen dat voor een vergunning tot toelating als particulier beveiligingsbedrijf vereist is dat de leidinggevende en het beveiligingspersoneel bepaalde opleidingen met goed gevolg hebben afgerond, terwijl uit de aanvraag volgt dat de vereiste diploma's niet voorhanden zijn. Voor buitenbehandelinglating is dan geen ruimte, voor inhoudelijke afwijzing wel. Een ander voorbeeld is dat het bestuursorgaan in

142. ABRvS 13 juni 2007, LJN BA7098 en BR 2007, p. 675 m.nt. J.W. van Zundert.
143. PG Awb I, p. 243 (zowel in het nader rapport als in de memorie van toelichting).
144. Het moet de aanvrager vanzelfsprekend wel duidelijk worden gemaakt dat hij bepaalde gegevens moet indienen, hetzij via een duidelijk aanvraagformulier, hetzij via een brief waarin het bestuursorgaan om aanvulling van de aanvraag heeft gevraagd. Bovendien mag het inhoudelijke besluit, ook niet verkapt, inhouden dat de aanvraag tekortschiet. Er moet inhoudelijk worden getoetst aan de wettelijke criteria of tot toekenning kan worden overgegaan.
145. Bijvoorbeeld ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0399.

een rechtsbijstandzaak op basis van de verstrekte gegevens mag concluderen dat er geen schulden zijn die voor aftrek van het vermogen kunnen worden aangewend.[146]

In de derde plaats geldt specifiek in zaken waarin belangen van derden spelen, dat die derden, anders dan het bestuursorgaan, geen middelen hebben om ontbrekende gegevens van de aanvrager in een vroeg stadium boven tafel te krijgen (zij kunnen geen verzuimbrief sturen). Evenmin hebben die derden invloed op het al of niet aanwenden van de bevoegdheid van artikel 4:5 van de Awb, terwijl zij wel de gevolgen dragen van de keuze die het bestuursorgaan maakt, althans als die keuze consequenties heeft voor het al of niet later kunnen bijbrengen van bewijs door de aanvrager. Hier speelt de rechtszekerheid. Het rechtszekerheidsbeginsel kan hier niet een absolute rol vervullen: zolang een procedure loopt, dus totdat een besluit in rechte komt vast te staan, kan per definitie de situatie anders uitpakken en daarmee moet men, ook de derde, rekening houden. Hooguit gaat het om een soort afgeleide of processuele rechtszekerheid. Maar als de benadering van de CRvB in bijstandszaken wordt geprojecteerd op bijvoorbeeld een eenvoudige bouwzaak, staat de derde toch raar te kijken:

> Meneer A vraagt een reguliere bouwvergunning aan voor de bouw van een nieuwe woning, maar legt daarbij geen rapport over waaruit blijkt dat het bouwwerk voldoet aan de constructieve veiligheidseisen van het Bouwbesluit 2003. Dat betreft gegevens die bij de aanvraag moeten worden overgelegd (artikel 4, eerste lid, aanhef en onder a, van het Besluit indieningsvereisten aanvraag bouwvergunning, gelezen in samenhang met paragraaf 1.2.3 van hoofdstuk 1 van de bijlage bij dat besluit). Maar het is ook een weigeringsgrond, te weten dat de aanvraag en daarbij overgelegde gegevens naar het oordeel van het college van B&W niet aannemelijk maken dat het bouwen voldoet aan de toepasselijke voorschriften van het Bouwbesluit 2003 (artikel 44, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet). Buurman B is hier bezorgd over en vraagt het college hem op de hoogte te houden. Het college stelt A in de gelegenheid zijn aanvraag binnen een bepaalde termijn aan te vullen met (gespecificeerd) de nog benodigde gegevens. B krijgt een afschrift van de brief. A laat niets van zich horen. Om welke reden ook laat het college de aanvraag niet buiten behandeling, maar weigert de vergunning op de hierboven genoemde b-grond. Het stelt buurman B hiervan op de hoogte. A maakt hiertegen bezwaar. Op de hoorzitting, waarbij ook B aanwezig is, wordt A nog een korte termijn geboden om het benodigde rapport in te dienen. Ook die termijn laat A ongebruikt verlopen. Het bezwaar wordt ongegrond verklaard. A gaat hiertegen in beroep bij de rechtbank. Onder de bijlagen bij zijn beroepschrift bevindt zich een bouwtechnisch rapport. In het verweerschrift erkent het college dat dit rapport op zichzelf zeker voldoet aan de daaraan te stellen eisen, maar meent dat het beroep ongegrond is, omdat A het rapport te laat heeft ingediend. De rechtbank verklaart evenwel het beroep gegrond, vernietigt de beslissing op bezwaar en draagt verweerder op alsnog op de bouwaanvraag te beslissen.

---

146. ABRvS 17 januari 2007, JB 2007/36.

Je kunt dit nog verergeren door A het rapport pas in hoger beroep te laten indienen, waarna de hogerberoeprechter[147] doet wat in het voorbeeld hierboven de rechtbank doet. Nu kun je redeneren dat na die vernietiging alsnog een procedure zal beginnen die wat rechtsbescherming voor de derde betreft niet afwijkt van een procedure in het geval de aanvraag van meet af aan goed was. Er is in dit voorbeeld dus op zichzelf geen doorslaggevend argument te vinden tegen het pas bij de rechter indienen van stukken die eigenlijk bij de aanvraag behoorden. Maar het voorbeeld laat mijns inziens wel zien dat in gedingen waarin belangen van derden spelen, meer redenen bestaan streng te zijn op dergelijk laat inbrengen van bewijs dan in strikte tweepartijengedingen. Dat heeft te maken met bovengenoemde afgeleide of processuele rechtszekerheid: wat mag of moet die derde nog verwachten indien bepaalde stappen in de procedure zijn genomen (concreet: indien de aanvrager *de facto* drie gelegenheden heeft gekregen zijn aanvraag in orde te krijgen)?

Dogmatisch heeft de benadering van de CRvB en het CBb de beste kaarten, zeker geredeneerd vanuit de noodzaak dat de rechterlijke toetsing zich kan uitstrekken tot de relevante aspecten van de (inhoudelijke) zaak. Maar aangezien de rechter niet alleen materiële, maar ook processuele rechtvaardigheid moet 'verdelen', is in (a) driepartijengedingen en (b) gedingen waarin belangen van derden op de voorgrond treden, mijns inziens een strikt gereguleerde vorm van bewijsuitsluiting in gevallen als hierboven bedoeld, te verdedigen. Ik denk, eerlijk gezegd, dat als de bestuursrechtspraak en de bestuursrechtwetenschap de afgelopen jaren niet zo verknoopt waren geraakt in een ideologisch debat, weinig problemen zouden bestaan met zo'n strikt gereguleerde vorm van bewijsuitsluiting in de rechterlijke fase.

Als een aantal, hierna te noemen, strikte voorwaarden vervuld is, is mijns inziens verdedigbaar dat bewijsbijbrenging in de rechterlijke fase wordt uitgesloten van inhoudelijke toetsing in (a) driepartijengedingen en (b) gedingen waarin belangen van derden op de voorgrond treden.[148] Ik doe een poging die voorwaarden te formuleren, waarbij de voorwaarden onder 1 samenhangen met de plichten van de aanvrager van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb en de laatste drie samenhangen met de zorgvuldigheidsplicht van artikel 3:2 van die wet.

1a. Het moet gaan om gegevens die de aanvrager ingevolge wet in formele of materiele zin bij zijn aanvraag moet voegen, of
1b. het moet gaan om gegevens die redelijkerwijs van de aanvrager kunnen worden gevergd en noodzakelijk zijn voor de beoordeling van de aanvraag;

en

2. het moet gaan om gegevens waarvan het bestuursorgaan de aanvrager expliciet heeft duidelijk gemaakt dat het aan hem is die gegevens over te leggen (die explicite-

147. Waarbij ik omwille van het voorbeeld even afzie van de specifieke opvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak op de functie van het hoger beroep.
148. Deze onderdelen a en b zijn in navolging van paragraaf 4.

ring kan zowel door een duidelijk formulier als door een aparte brief om hem in de gelegenheid te stellen zijn verzuim te herstellen);

en:

3. er moet bij een mogelijkheid van verzuimherstel een expliciete termijnstelling zijn;

en:

4. het moet door het bestuursorgaan worden geëxpliciteerd dat in gebreke blijven van de aanvrager (wellicht/mogelijk/zeker) tot gevolg heeft dat inwilliging van hetgeen in de aanvraag is verzocht, niet zal volgen.

Deze voorwaarden hebben betrekking op de primaire fase. Gelet op het karakter van de heroverweging in bezwaar zoals geregeld in artikel 7:11 van de Awb, kan een verzuim in de primaire fase worden hersteld in de bezwaarfase.

Als aan deze voorwaarden is voldaan, heeft de beslissing op bezwaar een materiële component (de aanvraag is op inhoudelijke gronden afgewezen) èn een procedurele component (de aanvrager is voldoende in de gelegenheid gesteld de gegevens aan te dragen die hij moet aandragen en hij heeft dat niet tijdig gedaan). Als de rechter in (a) driepartijengedingen en (b) gedingen waarin belangen van derden op de voorgrond treden streng toetst of aan die voorwaarden 1 tot en met 4 is voldaan, mag mijns inziens bewijsbijbrenging in de rechterlijke fase worden buitengesloten. Het is in zekere zin een formalisme, maar gelet op de belangen van expliciete of impliciete derden mijns inziens geen excessief formalisme. Het pluspunt is dan in ieder geval dat de rechter wordt geroepen om de communicatie tussen aanvrager en bestuursorgaan te toetsen: hoe duidelijk is het voor de aanvrager gemaakt dat hij bepaalde gegevens moest overleggen om succes te behalen? Het pluspunt is verder dat derden niet voor een verrassing worden gesteld in de rechterlijke fase waarvan zij na de bestuurlijke fase dachten en mijns inziens mochten denken dat ze daarvan gevrijwaard zouden blijven.

Evidente zwakte van deze redenering voor gedingen waar expliciet of impliciet belangen van derden spelen, is dat het is opgetrokken uit de verhouding tussen de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb en er dus – naar huidig recht – geen wettelijke reden is om in tweepartijengedingen anders te oordelen. Het is uitsluitend geredeneerd vanuit de *gevolgen* voor derden dat in gedingen waarin dat speelt, een bewijsfuik aanvaardbaar wordt geacht. Vanuit de *systematiek* is er geen verschil met tweepartijengedingen,[149] temeer daar hiervoor (paragraaf 4) is betoogd dat driepartijengedingen bewijsrechtelijk vallen op te splitsen in twee tweepartijenbewijsrela-

149. Ook vanuit de gedachte dat elke besluit rechtscheppend is voor het ontstaan van het (door de aanvrager gewenste) rechtsgevolg, zou je voor tweepartijengedingen op dezelfde conclusie als voor meerpartijengedingen komen. Vergelijk subparagraaf 4.3.

ties. In dit betoog over de verdedigbaarheid van een bewijsfuik in meerpartijengedingen zit dus een puur consequentialistisch element: welke *gevolgen* van bepaalde keuzen in de rechtspraak achten wij wenselijk? Op dat punt acht ik de gevolgen van toelating van bewijsmiddelen in de beroepsfase, terwijl in de bestuurlijke fase genoeg expliciete gelegenheid is geboden, in meerpartijengedingen onwenselijk.

Numeriek zal maar in een zeer gering aantal zaken de aanvrager tegen deze strikte vorm van bewijsuitsluiting oplopen.[150] Aangezien bewijsuitsluiting in de rechterlijke fase vanwege verzuimen in de bestuurlijke fase uit een oogpunt van rechtsbescherming onwenselijk is, is die gedachte geruststellend te noemen.

Tussenconclusie is dat verdedigbaar is dat in meerpartijengedingen die gegevens die de aanvrager in het kader van zijn aanvraag had moeten overleggen, niet meer in beroep kunnen worden ingebracht indien een aantal strikte voorwaarden wordt gesteld. Of de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak ook zo uitpakt, is onzeker.

6.3.4 *Buitensluiting van andere gegevens dan aanvraaggegevens*

Als men komt tot buitensluiting van pas in de beroepsfase ingebrachte gegevens die een aanvrager in de bestuurlijke fase had moeten inbrengen, wordt dat – zoals besproken in de vorige subparagraaf – gebaseerd op de bewijslastverdeling tussen aanvrager en bestuursorgaan. Wil men consequent blijven dan moet de bewijslastverdeling tussen de burger (al of niet aanvrager) en het bestuursorgaan ook bij andere gegevens de basis zijn.

Gegevens die niet behoren tot één van de volgende twee verzamelingen
- de bij de aanvraag ingevolge wettelijk voorschrift over te leggen gegevens,
- de door het bestuursorgaan ter beoordeling van de aanvraag bij de aanvrager opgevraagde (redelijkerwijs te vergen en noodzakelijke) gegevens,

kunnen daarom in de beroepsfase worden overgelegd, ook als zij niet in de bestuurlijke fase zijn ingebracht. Alleen indien deze gegevens worden ingebracht ter ondersteuning van een nieuwe beroepsgrond en met die beroepsgrond wordt een onderdeel van een besluit aangevochten dat in de bestuurlijke fase niet was aangevochten, stuit het af op een partiële niet-ontvankelijkheid van de desbetreffende grond op basis van de onderdelentrechtering die is beoogd met het huidige artikel 6:13 van de Awb (tenzij het redelijkerwijs niet kan worden verweten dat de grond pas nu wordt aangevoerd).[151] Indien namelijk geen van de twee hierboven opgesomde situaties zich voordoet, geldt de bewijsrechtelijke hoofdregel en rust de bewijslast dus op het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan heeft dan in de bestuurlijke fase

150. Vergelijk A.T. Marseille, De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak, NJB 2003, p. 1062-1069.
151. Daarmee belandt de bespreking meer op het terrein van kwesties van omvang van het geding dan van bewijsrecht, dus hier wordt volstaan met een verwijzing naar H.J.M. Besselink, Art. 6:13 Awb; een tussenstand, JBplus 2008, p. 197.

misschien wel een reconstrueerbare en begrijpelijke aanname gedaan op basis van de toentertijd beschikbare gegevens, maar als die aanname vervolgens op basis van later – in de rechterlijke fase – boven tafel gekomen gegevens onjuist blijkt te zijn, staat voorop dat het bestuursorgaan de bewijslast en (dus) het bewijsrisico draagt. De gedachte dat het bestuursorgaan in zo'n situatie niets te verwijten zou zijn (geen schuld zou dragen aan enige onjuistheid van het besluit) snijdt mijns inziens geen hout. Bewijsrisico is, de naam zegt het al, niet zozeer een kwestie van 'schuld', maar van 'risico'.

Belangrijk om hierbij te beseffen is dat met de aanvaarding van de gedachte, zoals in de vorige subparagraaf omschreven, dat nieuwe beroepsgronden in beginsel wel in de beroepsfase voor het eerst mogen worden ingebracht, 'verwijtbaarheid' als voorwaarde voordat tot vernietiging kan worden gekomen, geen noodzakelijke voorwaarde kán zijn. Die gedachte brengt namelijk per definitie mee dat nieuwe gronden kunnen leiden tot vernietiging van het bestreden besluit, terwijl in de bestuurlijke fase die gronden feitelijk niet zijn betrokken. Juridisch gesproken komen ze evenwel voor rekening van het bestuursorgaan. Bij het inbrengen van nieuwe gegevens (bewijzen) kan daarom niet genoegzaam redengevend zijn dat het bestuursorgaan niets kan worden verweten. Omgekeerd gezegd: het ontbreken van verwijtbaarheid is niet redengevend om vernietiging uit te sluiten. Dit vergt een – vermoedelijk gestage – omslag in het denken van de Afdeling bestuursrechtspraak die van oudsher sterk in de redeneertrant 'vernietiging is pas aangewezen als het bestuursorgaan iets kan worden verweten' zit.[152]

Als een rechter in zo'n geval waarin hij in de beroepsfase een gegeven krijgt overgelegd dat niet behoort tot een van de twee hierboven genoemde verzamelingen gegevens, dat gegeven toch buiten beschouwing zou laten op de grond dat het uiterlijk in de bestuurlijke fase had moeten worden ingebracht, past hij impliciet een omkering van de bewijslast toe. Zolang de bewijslast bij het bestuursorgaan is blijven berusten, lijkt er in ieder geval geen ruimte voor zo'n buitensluiting te zijn (zoals hierboven betoogd). Dat op betrokkene wel een bewijsvoeringslast (dus zonder bewijsrisico) rust, lijkt in ieder geval onvoldoende grond te kunnen opleveren om buitensluiting in zo'n geval te rechtvaardigen. Zeker als men bedenkt dat de wetgever soms een bewijslastomkering in de wet opneemt (bijvoorbeeld het samenstel van de artikelen 10 en 12 van de CSV (oud) en de artikelen 25 en 27e van de AWR), terwijl de wetgever soms opneming van een bewijslastomkering overweegt, maar daarvan afziet (in de

152. Het loslaten van het strikte verwijtbaarheidsdenken, lijkt mij, zoals uit het voorgaande volgt, de meest logische consequentie van het denken in onderdelen en de daaruit op zijn beurt weer volgende mogelijkheid nieuwe gronden aan te voeren. Als men per se aan het concept van verwijtbaarheid wil vasthouden, zou dat niet tot een andere conclusie leiden. Heroverwegen beperkt zich immers niet tot een beoordeling van de aangevoerde bezwaren, maar is een volledige heroverweging (ABRvS 2 mei 2007, LJN BA4141 en AB 2007, 263 m.nt. B.W.N. de Waard). Ook wat voor het eerst in beroep is aangevoerd, viel dus in de bezwaarfase, zolang het gaat om eenzelfde onderdeel, onder de heroverwegingsplicht en dus is het 'verwijtbaar' als in de heroverwegingsbeslissing in de beroepsfase een gebrek blijkt te zitten. Voor bewijs geldt dan dat in de bezwaarfase het bestuursorgaan, gelet op artikel 3:2 van de Awb, altijd verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de feitenvaststelling. Als daarin vervolgens in de beroepsfase een gebrek blijkt te zitten, is dat 'verwijtbaar'.

WW),[153] ligt het in de rede om zéér terughoudend te zijn met zo'n buitenwettelijke omkering van de bewijslast. Het is wellicht goed voor een geval van actieve frustratie[154] de deur op een kier te houden en bewijsbuitensluiting door middel van zo'n bewijslastomkering niet geheel uit te sluiten, maar dat is het dan ook.

Tussenconclusie is dat, indien men de ontwikkelingen rond het gewijzigde artikel 6:13 van de Awb en de daarmee samenhangende onderdelentrechtering serieus neemt, in nagenoeg alle gevallen gegevens die niet in het kader van de aanvraag moesten worden ingebracht, in de beroepsfase kunnen worden ingebracht.

Wanneer vervolgens wordt bekeken wat dit betekent voor een derde, is buitensluiting niet aan de orde. Als deze derde de aanlegger is van het geding bij de rechter, mag hij in beginsel alle gegevens aanvoeren die hem dienstig voorkomen. Hij is geen aanvrager, dus het kan geen gegevens betreffen die hij in de bestuurlijke fase had moeten overleggen. Op hem rust geen informatieverplichting (althans: het is moeilijk een constellatie te bedenken waarin dat wel het geval is), dus ook uit dien hoofde had hij in de bestuurlijke fase geen verplichting iets bij te brengen (nog daargelaten dat uit zo'n informatieplicht niet zonder meer een bewijslast kan worden afgeleid). In de rechterlijke fase geldt voor hem de hoofdregel: de bewijslast rust op het bestuursorgaan. Alleen als een bepaald bewijs typisch in het domein van de derde ligt, het bestuursorgaan hem nadrukkelijk vraagt dergelijk bewijs binnen een bepaalde termijn te leveren en hij bijvoorbeeld ontkent dat de desbetreffende situatie zich voordoet of dat hij beschikt over de gegevens (frustratie), zal het hem kunnen worden tegengeworpen indien hij het pas in de beroepsfase overlegt. Dat zal zich waarlijk weinig voordoen, zodat kan worden gesteld dat een derde in de beroepsfase behoorlijk 'vrij spel' heeft om nieuwe bewijzen ten opzichte van de bestuurlijke fase in te brengen.

Bijzondere aandacht verdient in dit verband het inbrengen van contra-expertise. Met name in het omgevingsrecht baseert het bestuursorgaan zich vaak op een deskundigenrapport, waarna een andere partij daarop reageert met contra-expertise. Het gaat hier niet om gegevens die een aanvrager moet indienen, omdat zijn aanvraag anders niet zou kunnen worden beoordeeld (bijvoorbeeld een milieueffectrapport of een schonegrondverklaring). Het gaat in deze subparagraaf juist om de situatie waarin het bestuursorgaan, binnen zijn bewijslast, bepaalde expertise inwint om tot een juist besluit te komen. Voor de beantwoording van de vraag of een andere partij in de rechterlijke fase nog contra-expertise mag inbrengen, is dus niet relevant of die andere partij de aanvrager, de geadresseerde van het besluit of de derde is. Ook zijn rol in de beroepsfase, aanlegger van het geding of derde-partij, maakt op zichzelf

153. Y.E. Schuurmans, a.w., p. 134-135.
154. Bijvoorbeeld gelimiteerd als de situatie waarin (a) iemand bewust (in de bestuurlijke fase) de feitenvaststelling frustreert en (b) pas in de beroepsfase te voorschijn komt met een gegeven dat zo zeer verbonden is met hem (bewijsdomein) dat het voor de hand ligt dat hij het moet inbrengen (voor het bestuursorgaan is het niet of nauwelijks zelf te achterhalen) en (c) het bestuursorgaan betrokkene uitdrukkelijk in de gelegenheid heeft gesteld het gegeven in de bestuurlijke fase in te brengen.

geen verschil. In al deze situaties ligt de bewijslast namelijk bij het bestuursorgaan. Uit het voorgaande volgt dat er geen harde grond is om te zeggen dat een contra-expertise alleen in de bestuurlijke fase kan worden toegelaten. Sommigen spreken de voorkeur uit dat het wel in die fase wordt ingebracht[155] en dat is natuurlijk, uit een oogpunt van een optimale en 'communicatieve' bestuurlijke fase, een goede gedachte. Volgens De Poorter en Van Soest-Ahlers kan

> '[i]ndien de belanghebbende gedurende de besluitvormingsfase uitdrukkelijk in de gelegenheid is gesteld een contra-expertise te laten verrichten, [...] wel van hem worden verlangd dat hij in ieder geval in de besluitvormingsfase heeft aangekondigd dat hij bezig is met het doen laten verrichten van een contra-expertise en (zo mogelijk) enige indicatie heeft gegeven van de termijn waarop deze te verwachten valt.'[156]

Deze opmerking gaat vergezeld van een verwijzing naar drie vreemdelingenrechtelijke uitspraken uit 2003, 2005 en 2006; in het vreemdelingenrecht ligt de bewijslast bijna steeds bij de vreemdeling, maar is de staatssecretaris soms op grond van zijn beleid bereid een deel van die bewijslast te verlichten door zelf onderzoek te laten doen. Ik zie niet in welke basis deze gedachte op dit moment (nog) heeft in het (algemene) bestuursrecht. Ook zij voeren deze lijn van denken niet te ver door en merken daarom op: 'In dit verband zij echter opgemerkt dat in zijn algemeenheid heeft te gelden dat geen rechtsregel er aan in de weg staat dat een grond die uitdrukkelijk in de besluitvormingsfase is aangevoerd in beroep wordt gestaafd met een onderzoeksrapport.'[157] Ook die – op zichzelf verzachtende – zin roept echter vraagtekens op. Op welke rechtsgrond is het gebaseerd dat iemand de desbetreffende grond al in de bestuurlijke fase heeft aangevoerd? In het milieurecht snijdt dat hout, omdat daar de besluitonderdelen wordt afgebakend naar milieucompartimenten,[158] maar in de rest van het omgevingsrecht en meer in het algemeen het bestuursrecht lijkt dat toch geen noodzaak. Zo lang in beroep dezelfde onderdelen worden aangevochten als in de bestuurlijke fase, mogen extra pijlen, dus ook nieuwe beroepsgronden, voorzien van contra-expertise, worden gericht op het bestreden besluit. In de hele passage voeren zij de wenselijkheid dat contra-expertise wordt ingebracht in de bestuurlijke fase door tot een norm, zonder explicitering van de juridische basis van die norm. Schreuder-Vlasblom formuleert terecht dat de regel juist is dat een contra-expertise nog in beroep kan worden ingebracht. Daarna vervolgt zij:

> 'Hierop kan uitzondering worden gemaakt, indien gedurende de besluitvorming alle gelegenheid is geboden [met verwijzing naar ABRvS 2 mei 2007, LJN: BA4178], het bestuur ook heeft gewezen op de noodzaak om met een tegenrapport te komen en het alsnog in de beoordeling betrekken van het rapport evidente problemen veroorzaakt, bijv. met het oog op andere, samenhangende besluiten of met het oog op een fatale beslistermijn.'[159]

---

155. J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 89-90 en M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 334.
156. J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, a.w., p. 89-90.
157. J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, a.w., p. 89.
158. ABRvS van 1 november 2006, LJN AZ1265 en AB 2007, 95 m.nt. A.T. Marseille en G.M. van den Broek.

Dat moet als zeer uitzonderlijke situatie worden gekenmerkt.

Tussenconclusie op dit punt is dat de regel luidt dat contra-expertise in reactie op een rapport dat het bestuursorgaan in het kader van diens bewijslast heeft ingebracht, steeds[160] in de beroepsfase mag worden ingebracht.

Binnen deze bijzondere aandacht voor de contra-expertise verdient op haar beurt weer bijzondere aandacht de contra-expertise in reactie op een welstandsadvies. Als het college van B&W zich in een beslissing over een bouwaanvraag baseert op een gemotiveerd advies van de welstandscommissie over de 'redelijke eisen van welstand', mag het college – met een toets op zorgvuldigheid (waaronder de wijze van totstandkoming) en evidente gebreken – op dat advies afgaan, tenzij de partij die het tegendeel wil betogen een contra-expertise overlegt. De jarenlange jurisprudentie in deze lijn verscherpt de problematiek die in de vorige alinea aan de orde was. Soms in wat andere bewoordingen, maar in essentie al decennialang, luiden de overwegingen:

> 'Het college mag, hoewel het niet aan een welstandsadvies is gebonden en de verantwoordelijkheid voor welstandstoetsing bij hem berust, aan een advies in beginsel doorslaggevende betekenis toekennen. Het overnemen van een welstandsadvies behoeft in de regel geen nadere toelichting, tenzij de aanvrager of een derdebelanghebbende een rapport overlegt van een andere deskundig te achten persoon of instantie. Dit is slechts anders indien het advies van de welstandscommissie naar inhoud en wijze van totstandkoming zodanige gebreken vertoont dat het college dit niet – of niet zonder meer – aan zijn oordeel omtrent de welstand ten grondslag heeft mogen leggen.'[161]

Deze overwegingen zetten de lezer op het spoor dat contra-expertise in de bestuurlijke fase moet worden ingebracht, althans wanneer men uitgaat van het denken dat de bestuursrechter tot taak heeft de zorgvuldigheid en volledigheid van de bestuurlijke feitenvaststelling heeft te toetsen en niet zelf de feiten vast te stellen. Als in de bestuurlijke fase geen contra-expertise is ingebracht, mocht het college immers afgaan op het welstandsadvies. Het heeft dan dus niets 'fout' gedaan. Als later, in de beroepsfase, een contra-expertise wordt ingebracht – met veronderstellenderwijs vernietigende conclusies voor het welstandsadvies – zou dat niet kunnen afdoen aan de 'juistheid' van het besluit, zo lijkt in die lijn van denken de logische conclusie. Dat die conclusie evenwel niet zo logisch is, volgt uit de volgende overwegingen in de uitspraak die in de vorige noot is genoemd:

> 'Er bestaat geen wettelijke verplichting voor het college op grond waarvan [appellant] expliciet in de gelegenheid had moeten worden gesteld om een tegenadvies over te leg-

159. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 334.
160. Behoudens mogelijkerwijs situaties waarin een specifieke wettelijke regeling (bijvoorbeeld met een besluit ex lege indien niet tijdig wordt beslist) dwingt tot een striktere interpretatie, maar voor zo'n striktere interpretatie zie ik voorshands geen aanleiding.
161. ABRvS 29 april 2008, LJN BD0779.

gen. Hij had, uit eigen beweging, een tegenadvies *ook nog in beroep* kunnen overleggen, *nu hij zich in bezwaar reeds had beklaagd over de welstandsadvisering*.' [cursivering DAV]

Ook bij welstandsaspecten in bouwzaken mag dus een contra-expertise voor het eerst in beroep worden overgelegd. Dat het college doorgaans pas in actie hoeft te komen als er een contra-expertise is, brengt dus niet mee dat wordt vereist dat zo'n contra-expertise uiterlijk in de bestuurlijke procedure wordt ingebracht. Welke rechtsgrond dat vereiste dat eiser in de bezwaarfase al een grond over de welstandsadvisering had aangevoerd, heeft, is onduidelijk. De verschillende weigeringsgronden van een bouwaanvraag zijn niet elk een onderdeel, maar het geheel vormt één onderdeel. Logisch zou dus volgen dat ook als eiser zich in de bezwaarfase uitsluitend over bijvoorbeeld de bestemmingsplanconformiteit had uitgelaten, hij nog in beroep voor het eerst een grond over de welstandstoets kan aanvoeren en in dat kader een contra-expertise kan inbrengen.

Tussenconclusie is dat gegevens die niet de aanvraaggegevens betreffen, steeds in beroep voor het eerst mogen worden voorgedragen. Of ook de Afdeling bestuursrechtspraak op dit punt tot die conclusie komt, is niet geheel zeker.

6.3.5 Buitensluiting van nieuwe gegevens in hoger beroep

Zoals bekend huldigt de Afdeling bestuursrechtspraak een andere visie op het hoger beroep dan de andere hogerberoeprechters in het bestuursrecht. Haar visie is geconcentreerd op controle op de eerstelijnsuitspraak en niet op de zogeheten herkansingsfunctie. Het hoger beroep moet dus volgens de Afdeling *grosso modo* duidelijk maken dat de eerste rechter tot een onjuist oordeel is gekomen. Dat brengt op zichzelf mee dat de inbreng van nieuw bewijs kan afketsen, maar dat is alleen het geval als het nieuwe bewijs in feite een nieuwe grond inhoudt of een geheel gewijzigde feitelijke grondslag van een eerder aangevoerde grond inhoudt. Binnen de grenzen van de in eerste aanleg voorgedragen beroepsgronden mogen nieuwe feiten wel worden gesteld en gegevens mogen in dat verband in hoger beroep wel voor het eerst worden verstrekt, tenzij daarmee een andere feitelijke grondslag aan die in eerste aanleg aangevoerde grond wordt gegeven. Aspecten als het al of niet aanwezig zijn van een derde in het geding, dan wel het op de voorgrond treden van belangen van derden spelen in dit verband, anders dan in de vorige twee subparagrafen, geen bijzondere rol, althans niet als bepalende factor om deze benadering al of niet toe te passen. In dit preadvies wordt dit onderwerp daarom kort gehouden; verwezen wordt naar het proefschrift van Van de Griend.[162]

Tussenconclusie moet zijn dat bij de Afdeling bestuursrechtspraak bewijsbijbrenging in hoger beroep in beginsel mogelijk is, zolang het een voortzetting van een

162. B.J. van de Griend, Trechters in het bestuursprocesrecht (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 197-312, met name p. 282 en verder. De aandacht die naar dat proefschrift is uitgegaan, concentreerde zich vooral op de behandeling van trechters in de eerste aanleg. Ten onrechte wordt soms voorbijgegaan aan haar behandeling van het hoger beroep.

reeds ingezette bestrijding is. Bepalend is dus of de desbetreffende gronden al in eerste aanleg zijn aangevoerd.

6.3.6 Buitensluiting van nieuwe gegevens op grond van de goede procesorde

Buitensluiting van nieuwe gegevens op grond van de goede procesorde is een onderwerp dat in zekere zin geheel losstaat van de hiervoor onder 6.3.1 tot en met 6.3.5 behandelde buitensluitingen. De goede procesorde omvat een aantal samenhangende leerstukken dat veel breder is dan alleen de kwesties van het al of niet toelaten van gegevens.[163] In deze subparagraaf is alleen dat stuk dat gaat over het buitensluiten van gegevens van belang. Bovendien wordt hier alleen ingegaan op het buitensluiten van nieuwe gegevens in een lopende 'procedurestap' (goede procesorde in enge zin[164]), dus bijvoorbeeld binnen de beroepsfase. Als naast die variant van goede procesorde ook buitensluiting van gegevens in beroep op de grond dat zij in de bestuurlijke fase hadden kunnen worden ingediend en buitensluiting van gegevens in hoger beroep op de grond dat zij in eerste aanleg hadden kunnen worden ingediend, worden betrokken, spreekt men van goede procesorde in ruime zin. De overgangen tussen bestuurlijke fase en beroep en tussen beroep en hoger beroep zijn, maar dan niet in de sleutel van de goede procesorde, hierboven al aan de orde gekomen. Daarom blijft de bespreking hier beperkt tot de goede procesorde in enge zin.

Het concentreert zich dan op de vraag of een stuk mag worden ingebracht, als dat niet bij de indiening van het beroepschrift of de aanvulling van de beroepsgronden binnen de daarvoor gestelde termijn, wordt overgelegd, maar pas veel later. De problemen treden doorgaans op als het korte tijd voor de zitting wordt ingediend. Leidend zijn hier het verdedigingsbeginsel en het beginsel van hoor en wederhoor. Kwesties van goede procesorde zijn per definitie in hoge mate casuïstisch. Als mee te wegen aspecten bij de beoordeling of een relatief laat ingediend stuk wel of niet wordt toegelaten, worden onder andere de volgende genoemd: (a) de mogelijkheid het stuk eerder in te dienen, (b) omvang en complexiteit van het stuk, inclusief de expertise die het vergt om erop te reageren, (c) de omstandigheid dat het stuk een reactie is op een stuk van een andere partij, dat ook 'laat' is ingebracht, (d) de omstandigheid dat het stuk vroegtijdig is aangekondigd en (e) de omstandigheid dat een stuk geacht wordt bekend te zijn bij de andere partij.

Gelet op de achterliggende beginselen (verdedigingsbeginsel en beginsel van hoor en wederhoor) is goed verdedigbaar dat in meerpartijengedingen eerder wordt geoordeeld dat de goede procesorde wordt geschonden als een stuk nog zou worden toegelaten. Het gaat dan om reële kansen voor de andere partijen om te reageren. Dat is vooral feitelijk van aard. Stel dat de appellerende buurman bijvoorbeeld veertien dagen voor de zitting een deskundigenrapport over de welstandsaspecten

---

163. B.W.N. de Waard, De goede procesorde, JBplus 2001, p. 148-162.
164. In termen van bijvoorbeeld R.J.G.M. Widdershoven e.a., Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

inbrengt in een bouwzaak. Het college van B&W als professionele speler, met wellicht zonodig een welstandscommissie of standsbouwmeester achter de hand, heeft een wat betere vertrekpositie om nog te kunnen reageren dan de aanvrager/derde-partij. In dat licht is mogelijk te begrijpen de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak die inhoudt dat de termijn van artikel 8:58 van de Awb (nadere stukken tot tien dagen voor de zitting) niet bepalend is. Ook als het inbrengen van een stuk niet afketst op de tiendagentermijn van dat artikel, kan het inbrengen ervan, beoordeeld naar de concrete omstandigheden van dat geval, toch in strijd zijn met de goede procesorde.[165] Met andere woorden: in artikel 8:58 van de Awb is de goede procesorde wel mede geïncorporeerd, maar dat is niet bij uitsluiting. De Afdeling hanteert deze lijn niet alleen in driepartijengedingen,[166] maar wel kan worden gezegd dat juist daar deze lijn begrijpelijk en passend is.

Als minder dan tien dagen voor de zitting een nader stuk wordt ingediend, dus in strijd met artikel 8:58 van de Awb, is niet zomaar gegeven dat dat niet kan. Daarvoor moet een afweging worden gemaakt tussen de belangen van de tegenpartij(en) en de partij die het inbrengt. De redenen waarom het zo laat wordt ingebracht enerzijds en de 'zwaarte' om er pas dan op te reageren anderzijds spelen daarbij een rol.[167]

Tussenconclusie is dat ter beantwoording van de vraag of een laat in de procedure ingebracht bewijsmiddel zal afketsten op de 'goede procesorde' moeilijk bepaalbaar is. Het is principieel casuïstisch van aard.

6.4 Door partijen ingebrachte deskundigheid

Over het onderwerp van de door partijen ingebrachte deskundigheid valt veel te zeggen,[168] maar het onderwerp van deze paragraaf is de diffuusheid die dit onderwerp oplevert voor bewijsrechtelijke vraagstukken. Diffuusheid treedt vooral op indien het bestuursorgaan een deskundige heeft ingeschakeld. Wat moet de burger die het met het daarop gebaseerde besluit niet eens is, dan doen? Moet hij steeds contra-expertise leveren? Rust op hem in dat kader de bewijslast?

Het bestuursorgaan schakelt een deskundige in op het moment dat het in het kader van zijn onderzoeksplicht bepaalde kennis nodig heeft om een besluit te nemen, maar die kennis niet in huis heeft. Het begint dus bij artikel 3:2 van de Awb, het bewijsdomein van het bestuursorgaan.[169] Als het bestuursorgaan het deskundigen-

165. ABRvS 15 augustus 2007, LJN BB1758 en JB 2007/183 m.nt. R.J.N. S.; ABRvS 25 april 2007, AB 2007, 264 m.nt. L.J.A. Damen.
166. Zie bijvoorbeeld in tweepartijengedingen: ABRvS 14 maart 2005, LJN AT8325 en JV 2005/247 m.nt. PB, ABRvS 3 februari 2006, AB 2006, 268 m.nt. I. Sewandono.
167. HR 16 maart 2007, V-N 2007/15.6 en HR 1 oktober 2004, BNB 2005/151.
168. Verwezen wordt naar L.M. Koenraad, Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus 2006, p. 15.
169. L.M. Koenraad, Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus 2006, paragraaf 3.2.

rapport ontvangt, dient het dat rapport in het kader van een vergewisplicht te onderzoeken op zorgvuldigheid (naar wijze van totstandkoming en, voor zover mogelijk, inhoud) en motivering.[170] In het kader van de zorgvuldigheidstoets kan het bestuursorgaan bijvoorbeeld tot de conclusie komen dat de deskundige niet alle relevante feiten heeft verwerkt of zich heeft gebaseerd op niet-actuele gegevens.[171] Voor zover mogelijk kan ook worden bezien of de deskundige zich heeft gehouden aan de grenzen van zijn deskundigheid en niet een oordeel heeft uitgesproken dat ligt op een ander expertisegebied.[172] Verder moet de deskundige onafhankelijk en onpartijdig zijn.[173] In het kader van de motiveringstoets moet het bestuursorgaan controleren of het rapport gedragen wordt door een kenbare en deugdelijke motivering.[174] De eisen aan motivering hangen samen met een controle- en legitimeringsfunctie.[175] Het rapport moet inzichtelijk en logisch zijn. Het bestuursorgaan moet van dit vergewissen ook weer gemotiveerd verantwoording afleggen in zijn besluit.

Als aan deze eisen is voldaan, is het voor de burger die met het besluit wordt geconfronteerd en de rechter mogelijk het rapport na te lopen. De 'transparantie' van het rapport is dus belangrijk, zij het vanzelfsprekend binnen grenzen, omdat juist de finesses van de ingeroepen deskundigheid de leek zullen ontgaan en sommige kwalificaties een zekere onvermijdelijke subjectiviteit in zich dragen (denk daarbij aan deskundigenadvisering over kunstensubsidies).

Bovendien geldt dat als aan deze eisen is voldaan, aan het rapport een zekere bewijswaarde toekomt, in die zin dat het bestuursorgaan dat zich hierop baseert in beginsel heeft voldaan aan zijn bewijslast.[176] Het bestuursorgaan mag vertrouwen op de juistheid van de bevindingen en de conclusies van het rapport. Sterker, het mag doorgaans niet zomaar afwijken van dat rapport zonder inschakeling van een andere deskundige of nadere bevraging van de eerste deskundige.

De burger die tegen het besluit wenst op te komen, of hij nu de aanvrager of een derde is, kan verschillende strategieën kiezen om het deskundigenrapport van tafel te krijgen. Veel van de zaken die het bestuursorgaan in het kader van diens vergewisplicht moet toetsen, lenen zich vaak voor bestrijding zonder inschakeling door de burger van een eigen deskundige. Als hij kan laten zien dat de deskundige onvolledig is geweest bij het verzamelen van de relevante gegevens, is uitgegaan van niet-actuele gegevens, niet onafhankelijk of onpartijdig is (als dat tenminste te staven is

---

170. ABRvS 10 oktober 2007, JB 2007/224 en JM 2008/10 m.nt. Pieters.
171. ABRvS 7 oktober 2008, JV 2008/429.
172. ABRvS 31 december 2008, LJN BG8655.
173. CRvB 13 november 2007, JB 2008/16; ABRvS 5 december 2007, AB 2008, 198; ABRvS 27 november 2008, LJN BG6945.
174. ABRvS 30 maart 2005, AB 2005, 200 m.nt. AvH.
175. J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, paragraaf 4.4.; L.M. Koenraad, Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus 2006, paragrafen 4.3 en 4.4.
176. L.M. Koenraad, Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus 2006, paragraaf 5.

met geobjectiveerde gegevens) dan wel de grenzen van zijn deskundigheid heeft overschreden,[177] kan hij slagen zonder eigen deskundige.[178] Als hij de inhoud van het rapport wil aanvallen, maar zelfs als hij wil betogen dat het rapport niet inzichtelijk of logisch is (want ook dat laatste raakt al snel de inhoud), zal hij doorgaans mee moeten in de *battle of the experts* en zelf met contra-expertise moeten komen.[179] Koenraad schrijft hierover:

> 'Wijkt de opvatting van de door de belanghebbende ingeschakelde deskundige af van de conclusie van de deskundige waarop het bestuursorgaan zich baseert, dan is niet zonder meer gezegd dat het bestuursorgaan geen gebruik mag maken van het "eigen" deskundigenadvies; een andere mening betekent immers niet zonder meer dat het betwiste advies een wezenlijk gebrek vertoont. [volgen enige verwijzingen naar uitspraken] Een deugdelijke contra-expertise vormt vaak echter wel een goede aanleiding om nog een[s] kritisch te kijken naar het advies dat aan het bestuursorgaan is gericht, met andere woorden: om de in art. 3:9 Awb geformuleerde vergewisplicht extra serieus te nemen.'[180]

Aan een contra-expertise worden in beginsel dezelfde eisen gesteld, met name in termen van relevante deskundigheid, onafhankelijkheid, volledigheid, gedegenheid en transparantie van het betoog.[181] Bijkomende eis is dat de contra-expertise niet langs het oorspronkelijke rapport heen mag gaan, maar duidelijk moet maken dat aan het door het bestuursorgaan gebruikte rapport iets niet deugt.[182] Dat laatste kan anders liggen bij arbeidsongeschiktheidszaken. Daarin wordt doorgaans een verklaring van een behandelend arts aanvaard als 'contra-expertise', naar moet worden aangenomen omdat méér niet van betrokkene kan worden gevergd.[183] Het is een behandelend arts doorgaans niet toegestaan zich uit te laten over iets anders dan de gezondheid van betrokkene.

---

177. Dat moet dan wel evident zijn, want anders raakt het te veel aan de inhoud van het rapport, zodat zonder andere deskundige die daar (in de woorden van Koenraad) 'gefundeerd iets lelijks over zegt' niet kan worden vastgesteld dat de grenzen van de deskundigheid zijn overschreden.
178. ABRvS 18 april 2007, AB 2007, 208; CRvB 25 juli 2007, AB 2007, 208; ABRvS 14 november 2007, AB 2007, 390; ABRvS 5 maart 2008, JB 2008/95.
179. Behoudens bij een zogeheten 'stempeladvies'; enige mate van motivering is dan voldoende om het advies inhoudelijk te bestrijden, contra-expertise is niet vereist; zie ABRvS 21 maart 1996, Gst. 1997, 7055, 5 m.nt. J.M.H.F. Teunissen.
180. L.M. Koenraad, Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus 2006, p. 32.
181. ABRvS 28 februari 2007, LJN AZ9538; ABRvS 20 september 2007, LJN BB5253; ABRvS 9 juni 2008, JV 2008/298.
182. ABRvS 13 juli 2005, LJN AT9278.
183. CRvB 24 december 2008, LJN BG9468. Daarin wordt in een WAO-zaak het beginsel van *equality of arms* (als onderdeel van artikel 6 van het EVRM) niet geschonden geacht. Appellant had zich, samengevat, op het standpunt gesteld dat hij zich niet kon verweren tegen de besluitvorming op basis van de bevindingen van de (bezwaar)verzekeringsartsen. Appellant kan, oordeelt de Centrale Raad, in deze procedure zijn eigen medisch oordeel (trachten te) onderbouwen met een verklaring van een behandelend arts, waaraan doorgaans geen of weinig kosten zijn verbonden. Impliciet lijkt daarmee gezegd dat verdergaande contra-expertise niet wordt gevergd.

Als de burger komt met een contra-expertise die aan de hiervoor genoemde eisen voldoet, mag het bestuursorgaan er niet zomaar aan voorbijgaan. In de regel is nodig dat het bestuursorgaan de contra-expertise voorlegt aan de oorspronkelijk deskundige of een derde deskundige.

Hiervoor, in subparagraaf 6.3.4, is al gesproken over het moment van inbreng van de contra-expertise. Het moge zo zijn dat het de voorkeur verdient dat de contra-expertise wordt ingebracht in de bestuurlijke fase, maar dat betekent niet dat inbreng van contra-expertise in de beroepsfase niet meer zou mogen.

Als van de appellerende burger contra-expertise wordt gevergd, is dat een vorm van bewijsvoeringslast, dus zonder bewijsrisico. Deze subparagraaf begon met de constatering dat een bestuursorgaan een deskundigenrapport aan zijn besluit ten grondslag kan leggen als dat in het kader van zijn onderzoeksverplichting (artikel 3:2 van de Awb) nodig is. De bewijslast berust bij het bestuursorgaan.[184] Omdat een bestuursorgaan met een zorgvuldig en deugdelijk gemotiveerd deskundigenrapport in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, verschuift de bewijsvoeringslast, maar niet het bewijsrisico naar de tegenpartij.[185]

6.5 Door de rechter ingeroepen deskundigheid

Ook voor het onderwerp van deze paragraaf geldt dat er veel over valt te zeggen,[186] maar dat hier wordt geconcentreerd op de diffuusheid. Overigens wordt opgemerkt dat het benoemen van een deskundige door de rechtbank wel over feitenvaststelling, maar strikt genomen niet over bewijsrechtelijke kwesties gaat. Het hangt daarmee echter zo sterk samen, dat bespreking in dit preadvies op haar plaats is. Of de bestuursrechter een deskundige benoemt, hangt namelijk sterk af van de posities die partijen innemen, tezamen met het door hen voor die posities aangedragen (begin van) bewijs.

Hoofdregel is dat de bestuursrechter een deskundige kan benoemen, maar daartoe niet snel verplicht is, noch daartoe verplicht wordt geacht door de hogerberoeprechter.[187]

---

184. Ik zie hooguit een uitzondering als het bestuursorgaan deskundigenadvisering nodig heeft om de juistheid van een aanvraaggegeven (dus binnen het bewijsdomein van de aanvrager) te bepalen.
185. Naar ik afleid (omdat zij daar spreken over de bestuurlijke fase) zo ook: J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 88; anders (met dezelfde afleiding uit wat daar wordt gezegd over de bestuurlijke fase): L.M. Koenraad, Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus 2006, p. 32-33.
186. Na de eerste noot in de vorige subparagraaf zal geen verwondering wekken dat hier wordt verwezen naar L.M. Koenraad, Deskundig rechtspreken: Beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht, JBplus 2007, p. 202.
187. ABRvS 7 februari 2007, AB 2007, 146.

Als een bestuursrechter een deskundige aanstelt, heeft dat grote gevolgen voor de mogelijke uitkomst. Hij durft bijvoorbeeld twee keer zo vaak te concluderen dat het bestuursorgaan de feiten onjuist heeft vastgesteld indien hij een deskundige heeft benoemd (10 in plaats van 5 procentpunt van de respectieve oordelen). Als hij een deskundige heeft ingeschakeld komt hij ook vaker tot de conclusie dat het bestuursorgaan de feiten onvoldoende heeft onderzocht of gemotiveerd (33 in plaats van 22 procentpunt). Aan de andere kant van het spectrum komt hij meer dan twee keer zo vaak tot het oordeel dat de feiten juist zijn vastgesteld als hij géén deskundige heeft benoemd (32 in plaats van 14 procentpunt van de respectieve oordelen).[188]

Het moge dan voor de uitkomst zeer belangrijk zijn of de bestuursrechter een deskundige benoemt, maar wat er voor nodig is om de bestuursrechter te bewegen een deskundige te benoemen, is onduidelijk.[189] De Evaluatiecommissie Awb III heeft de aanbevelingen gedaan dat zou moeten worden gepoogd kenbare criteria te ontwikkelen voor het gebruik van onderzoeksbevoegdheden door de bestuursrechters, althans in veelvoorkomende categorieën geschillen (aanbeveling 29). Marseille meent dat dergelijke criteria in de (recent vernieuwde) Procesregeling bestuursrecht 2008 hadden moeten worden opgenomen.[190]

Een verkenning laat zien dat het zeer moeilijk is criteria te selecteren die aan de ene kant onderscheidend zijn (geen platitudes) en aan de andere kant zonder al te veel (wat in de statistiek heet:) H0- en H1-fouten (dat wil zeggen: gevallen die binnen de omschrijving zouden moeten vallen, maar naar de tekst erbuiten vallen en gevallen die buiten de omschrijving zouden moeten vallen, maar naar de tekst erbinnen vallen) zijn.[191]

Verkennend kunnen de volgende criteria worden genoemd die (mede) bepalen of een bestuursrechter een deskundige benoemt:

1. Een redelijk voor de hand liggend criterium is dat het beroepschrift een grond moet bevatten over de feiten. Zo niet, dan benoemt de bestuursrechter sowieso geen deskundige.[192]
2. Als dat zich voordoet, is weer van belang (zij het niet doorslaggevend) of verweerder de beroepsgrond heeft weersproken.[193]

---

188. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 284-285.
189. A.T. Marseille, Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 77: er is geen verband gevonden tussen een verzoek om een deskundigenbenoeming en de daadwerkelijke benoeming van zo'n deskundige door de rechtbank.
190. A.T. Marseille, De losse eindjes van de Procesregeling bestuursrecht 2008, NJB 2008, 1684, afl. 33, p. 2065.
191. Vergelijk M.S.E. Wulffraat-van Dijk, Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 251 e.v.
192. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 219; T.C. Leemans, a.w., p. 192.
193. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 220.

3. Pas als (inbreng van bepaalde expertise voor een zorgvuldige besluitvorming nodig is[194] en) het bestuursorgaan zich ook daadwerkelijk heeft gebaseerd op deskundigeninbreng,[195] zal de bestuursrechter aanleiding kunnen zien een deskundige te benoemen (binnen rechtbanken hoort men wel 'we gaan niet het werk voor verweerder lopen doen'; als het bestuursorgaan geen deskundigeninput heeft, volgt veeleer een zorgvuldigheidsvernietiging).[196]
4. Maar juist dan geldt dat van de kant van de eisende burger gerede twijfel moet zijn gewekt bij de aldus verkregen input van het bestuursorgaan. Die gerede twijfel ontstaat mogelijkerwijs bij een zeer goed verhaal,[197] maar mogelijk toch pas bij enige vorm van contra-expertise.[198] Getalsmatig onderzoek heeft overigens het vaak veronderstelde verband tussen contra-expertise van de appellerende burger en benoeming van een deskundige niet aangetoond.[199] Desalniettemin, zeker als de 'battle of the experts' er toe leidt dat geen duidelijkheid is komen te ontstaan over de juistheid van één van de feitenbeoordelingen,

---

194. L.M. Koenraad, Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht, JBplus 2006, p. 18.
195. Op dit punt is niet doorslaggevend of die deskundigeninput van binnen de gelederen van het ambtelijk apparaat komt of extern is ingewonnen.
196. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 224.
197. Bijvoorbeeld met een feitelijk plausibele stelling die laat zien dat de feitelijke uitgangspunten van het onderzoek zoals dat in opdracht van het bestuursorgaan is uitgevoerd, niet deugen ('in het geluidsrapport is er van uitgegaan dat er op die plaats wordt geladen en gelost, maar een vrachtwagen kan op die plaats onmogelijk in- en uitparkeren').
198. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 63-64 en p. 224-227; L.M. Koenraad, Deskundig rechtspreken: Beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht, JBplus 2007, p. 205; J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 96; B.J. Schueler, Bestuursrecht 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, nr. 684; G.M. van den Broek, A.A.J. de Gier & A.M.E. Veldkamp, Tien jaar StAB. Een onderzoek naar het functioneren van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak in het recente verleden en haar rol in de nabije toekomst, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 61; M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 394; T.C. Leemans, a.w., p. 194.
199. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 224-227; blijkens tabel 6:34 op p. 226 bestaat op rechtbankniveau maar een lichte correlatie tussen door de eisende partij aangedragen bewijs enerzijds en benoeming van een deskundige door de rechtbank anderzijds; op grond van tabel 6:35 op p. 227 is het verband tussen het door de eisende partij verstrekte deskundigenrapport en deskundigenbenoeming zelfs zwakker dan het verband tussen door de eisende partij verstrekt overig bewijs en deskundigenbenoeming. Vanwege de zeer geringe inputcijfers is de uitkomst van deze laatste tabel met een hoge mate van onzekerheid omgeven, maar desalniettemin volgt eruit dat het vaak veronderstelde verband tussen contra-expertise en deskundigenbenoeming nog niet is aangetoond. Hier stopt de interpretabiliteit van de hier gepresenteerde cijfers. Verondersteld kan nog de volgende verklaring worden. Op rechtbankniveau vinden veel deskundigenbenoemingen plaats in arbeidsongeschiktheidszaken. In die zaken treft men bijna nooit echte contra-expertises aan, omdat het behandelend artsen niet is toegestaan de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling te verrichten; wat men dan aantreft zijn vooral medische verklaringen die wel over betrokkene gaan, maar niet één op één naast de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling kunnen worden gelegd. Het wordt van betrokkene niet gevergd dat hij daarom maar zelf een verzekeringsarts inschakelt. In eerder onderzoek is overigens wel een verband tussen 'een rapport van een deskundige' in arbeidsongeschiktheidszaken (dus niet per se contra-expertise, maar wel een standpunt ter zake van een deskundige, bijvoorbeeld een behandelend arts) en benoeming van een deskundige gevonden: bij het ontbreken van zo'n rapport werd in 21 procent van de gevallen een deskundige benoemd, bij het aanwezig zijn van zo'n rapport in 50 procent van de gevallen: A.T. Marseille, Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 76-77.

bestaat aanleiding voor een rechterlijke deskundige.[200] Hetgeen de eisende partij inbrengt (hetzij argumentatief, hetzij met behulp van contra-expertise) moet in ieder geval het feitenonderzoek zoals dat door (in opdracht van) het bestuursorgaan is uitgevoerd, aanvallen of ondergraven; een eenvoudige tegenoverplaatsing van een andere opvatting, zonder aanduiding dat er iets niet deugt aan de bestuurlijke feitenvaststelling, leidt doorgaans niet tot benoeming van een deskundige.[201]

5. Los van het criterium onder 3 kan de rechter een deskundige benoemen, ook als hij op grond van het dossier al voldoende reden heeft om tot een zorgvuldigheidsvernietiging te komen, maar wil proberen of uit een oogpunt van finaliteit meer zekerheid kan worden verkregen over de feitelijke situatie.[202]
6. Het criterium onder 5 komt mogelijk genuanceerder te liggen[203] als aan het bestuursorgaan enige mate van beoordelingsvrijheid toekomt[204] of er anderszins reden is te oordelen dat de rechter niet te snel moet treden in de bestuurlijke feitenvaststelling.[205, 206] Als het vermelde onder dit punt een rol speelt, heeft benoeming van een deskundige om te komen tot een finale beslissing geen zin, omdat ook als de feiten door het deskundigenonderzoek klip en klaar komen vast te staan, doorgaans nog een bestuurlijke weging nodig is om te komen tot nieuwe besluitvorming.[207]
7. Specifiek in (complexe) ruimtelijkeordeningszaken zie je wel dat het deskundigenadvies van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak wordt gebruikt om

---

200. Ben ik overtuigd?, rapport van de werkgroep medische toetsing, mei 1995, p. 38-39.
201. T.C. Leemans, a.w., p. 192.
202. L.M. Koenraad, Deskundig rechtspreken: Beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht, JBplus 2007, p. 205, met verwijzing naar ABRvS 10 november 2004, BR 2005, p. 312 en de verwijzing naar ABRvS 6 oktober 2004, AB 2004, 390 die de andere kant op wijst. Zie verder ABRvS 5 oktober 2005, AB 2006, 49. Verder kan worden gewezen op het jaarverslag 2007 van de Raad van State, <www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/> (laatste raadpleegdatum: 18 januari 2009), p. 80: (na een bespreking van de zorgvuldigheidstoets van de bestuurlijke feitenvaststelling) 'Soms kan er echter reden voor de rechter zijn om ter wille van finale afdoening zelf onderzoek naar de feiten in te stellen door bij partijen nadere inlichtingen of stukken op te vragen of in uitzonderlijke gevallen daartoe een deskundige te benoemen.'
203. Genuanceerder in die zin dat hij mogelijkerwijs toch geen deskundige benoemt, ondanks dat criterium 3 vervuld is.
204. B.J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 203.
205. ABRvS 28 december 2005, AB 2006, 86; ABRvS 2 februari 2006, LJN AV2137 en ABRvS 25 juli 2006, JV 2006/351.
206. De inhoud van het vermelde onder 6 wordt overigens sterk gematigd door de vaststelling dat de Afdeling bestuursrechtspraak in milieugeschillen (waar zoals bekend enige mate van beoordelingsvrijheid op het punt van de gekozen normstelling wordt aangenomen) de procentueel grootste afnemer van deskundigenadviezen (van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak) is, te weten in ongeveer een kwart van de zaken (T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., a.w., p. 221 en p. 225). De gedachte zou dan kunnen rijzen dat het moet gaan om de (slechts bij uitzondering in het asielrecht bestaande) variant van beoordelingsvrijheid op het punt van de feiten zelf, maar de hiervoor genoemde drie vreemdelingrechtelijke uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak hebben geen van alle betrekking op het asielrelaas. Het vermelde onder 6 is naar de huidige stand van zaken onvoldoende scherp te krijgen.
207. M. Schreuder-Vlasblom, a.w., p. 393, met verwijzing naar ABRvS 21 oktober 1996, AB 1997, 6; ABRvS 15 november 1999, LJN AA4994, ABRvS 19 maart 2001, in de zaak 200000460/1 (niet vindbaar op rechtspraak.nl en <www.raadvanstate.nl> (laatste raadpleegdatum: 26 februari 2009), en CRvB 1 augustus 2006, RSV 2006/287.

het dossier te ordenen en te structureren in die gevallen waarin er veel eisende partijen zijn betrokken en daarmee vele, vaak uiteenlopende belangen spelen.[208] Naar mijn inschatting vindt benoeming van een deskundige ook wel eens met dit doel plaats bij complexe milieuzaken.[209]

8. In uitzonderingsgevallen is denkbaar dat de rechter gewicht toekent aan de sterkere procespositie van het bestuursorgaan, zodat hij daarom een deskundige benoemt, bijvoorbeeld in de aanvaarding dat het van de burger niet kan worden gevergd dat hij contra-expertise weet in te brengen.[210] Als van een appellerende burger steeds wordt verwacht dat hij in ruimtelijkeordeningszaken of milieuzaken zelf een contra-expertise inbrengt op het vlak van bijvoorbeeld luchtkwaliteit, gaat dat vermoedelijk te ver.[211]

Deze (summiere en nog op hoofdlijnen gehouden) verkenning laat zien dat deskundigenbenoeming door de bestuursrechter een divers beeld vertoont. Sommige van de hierboven genoemde punten zijn van belang, maar zelden bepalend (2). Sommige van de hierboven genoemde punten zijn in zichzelf onduidelijk (punten 5, 6, 7 en 8), andere worden in combinatie met elkaar onduidelijk (3 in combinatie met 5, 6 en 8). Sommige van deze punten zijn zo sterk van verschillende aard, dat ze zich niet met elkaar laten vergelijken (3 in relatie tot 5, 6, 7 en 8). Sommige punten worden in de literatuur genoemd, maar kunnen niet cijfermatig worden onderbouwd (punt 3). Voor het formuleren van criteria lijkt het te vroeg. Daarmee bestaat er voor partijen veel onduidelijkheid in welke gevallen zij mogen rekenen op benoeming van een deskundige. Als in de toekomst de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht[212] wordt ingevoerd en de milieurechtspraak in eerste lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak (die in die zaken vaak een deskundige benoemt) naar de rechtbanken (die doorgaans weinig deskundigen benoemen) gaat, wordt die onzekerheid voor langere of kortere tijd nog vergroot.

Onduidelijkheid dus, terwijl inschakeling van een deskundige door de bestuursrechter, zoals hierboven gezegd, vaker leidt tot een gegrond beroep dan bij afwezigheid van zo'n inschakeling. Oorzaak daarvan lijkt niet bij uitsluiting te kunnen worden gevonden in de (veronderstelde) twijfel die er toch al bij de rechter zou hebben bestaan voordat hij tot benoeming van de deskundige overging. Als een deskundige

---

208. J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 97.
209. T.C. Leemans, a.w., p. 187. Hij beschrijft hoe het deskundigenadvies processtructurerend kan werken en ter zitting vaak centraal staat; het debat loopt via het deskundigenadvies.
210. T.C. Leemans, a.w., p. 191-192; ook in medische gevallen speelt dit soms een rol, omdat het de behandelend arts doorgaans niet is toegestaan zich uit te laten over bijvoorbeeld de socialeverzekeringsclaim, vergelijk Ben ik overtuigd?, rapport van de werkgroep medische toetsing, mei 1995, p. 38. Financieel onvermogen van betrokkene is evenwel op zichzelf geen reden voor de bestuursrechter om een deskundige te benoemen: CRvB 24 juli 2007, JB 2007/176.
211. De appellerende burger moet natuurlijk wel met een behoorlijk verhaal komen, waarmee bijvoorbeeld de vooronderstellingen die zijn ingevoerd in de berekeningen twijfelachtig worden. Vergelijk evenwel ABRvS 30 juli 2008, r.o. 2.2.1, LJN BD8911.
212. Stb. 2008, 496.

wordt benoemd, vindt er meestal een soort 'voortgezette recherche' plaats. Indien bijvoorbeeld door de eisende partij (bijvoorbeeld de buren van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer) het in opdracht van het bestuursorgaan uitgevoerde geluidsonderzoek niet met beroepsgronden aanvecht, maar wel aanvoert dat de gestelde geluidgrenswaarden niet streng genoeg zijn om geluidhinder te voorkomen, kan de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak er niet omheen ook na te lopen of in het geluidsrapport van het bestuursorgaan alle relevante geluidsbronnen zijn betrokken.[213] Dat heeft niet te maken met een soort overactieve (of activistische) deskundige, maar in dit geval vermoedelijk met het milieurechtelijke leerstuk dat verbod van de 'verkapte weigering' heet.[214] Het is maar één voorbeeld van de tientallen feitelijke punten waarop een deskundige stuit (terwijl de appellerende burger daaraan mogelijkerwijs nooit heeft gedacht) als hij eenmaal onderzoek instelt.

Hiervoor, in subparagraaf 6.1 is in kritische zin gesproken over het samenvallen van stel- en adstructieplicht enerzijds en bewijslast anderzijds. Dat is daar een verkapte bewijslast genoemd. Zeker als die verkapte bewijslast op de schouders van de derde komt – op wie dogmatisch gesproken geen bewijslast rust – moet dat als bezwaarlijk worden aangemerkt. Op het punt dat nu in dit preadvies aan de orde is, de 'voortgezette recherche' van de door de rechter benoemde deskundige, moet erop worden gewezen dat dit effect een (gelet op de aantallen zaken: gering) tegenwicht biedt. Als een derde als eisende partij gemotiveerd de bestuurlijke feitenvaststelling betwist en zo mogelijk enige gegevens heeft overgelegd die twijfel zaaien bij de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling, is hij 'klaar'. Op hem komt geen bewijslast te rusten. Verder onderzoek wordt dan gedaan door de deskundige. Die stuit daarbij mogelijkerwijs in het verlengde van de beroepsgronden op problemen in het feitenonderzoek. Die problemen, hoewel niet expliciet aangevochten, kunnen dan toch tot vernietiging leiden van het besluit van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan draagt immers ten opzichte van de derde het bewijsrisico. Dan zijn stel- en adstructieplicht daadwerkelijk te onderscheiden van bewijslast.

In de voorgaande alinea is bewust gezegd dat de derde als eisende partij 'mogelijk enige gegevens' zou kunnen overleggen. In de daaraan voorafgaande verkenning is onder punt 4 gesteld dat, wil een bestuursrechter komen tot benoeming van een deskundige, soms van de eisende partij wordt gevergd dat hij contra-expertise heeft ingebracht. Kan nu van een derde – op wie, zoals meermalen gezegd, niet de bewijslast rust – worden gevergd dat hij contra-expertise inbrengt? Vermoedelijk wel, als je bedenkt dat het ook van een aanvrager van een vergunning kan worden gevergd dat hij contra-expertise inbrengt tegen de bestuurlijke feitenvaststelling. Op die aanvrager rust immers evenmin een bewijslast waar het die door de deskundige van het bestuursorgaan onderzochte materie betreft. Het gaat immers niet om gegevens die hij, de aanvrager, bij zijn aanvraag diende over te leggen, maar om onderzoeksgege-

---

213. T.C. Leemans, a.w., p. 362.
214. Indien de gestelde grenswaarden lager zouden worden gesteld, zou de inrichting mogelijkerwijs geheel niet in werking kunnen zijn. Dan is geboden dat niet de geluidvoorschriften neerwaarts worden bijgesteld, maar dat de vergunning wordt geweigerd.

vens binnen het 'artikel-3:2-domein' van het bestuursorgaan. Op de eerste partij of de derde rust, nadat het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, een bewijsvoeringslast. Voor de toepassing van de regel dat een bestuursrechter mogelijk pas overgaat tot benoeming van een deskundige als de eisende partij enige mate van contra-expertise heeft ingebracht, maakt het dus niet uit of die eisende partij de 'eerste partij' of de derde is. De gedachte dat op de eisende partij in dit soort gevallen bijna nooit de bewijslast voor de betwiste feiten zal liggen, maakt wel dat waarschijnlijk aan de (in het kader van de bewijsvoeringslast te vergen) contra-expertise, redelijk lichte eisen moeten worden gesteld.

Wat hierboven 'voortgezette recherche' is genoemd, heeft nog een effect dat in het kader van meerpartijengedingen moet worden besproken. Het gaat te ver om te spreken van toeval, maar er zijn natuurlijk onzekerheidsfactoren (bepaald door processuele keuzes in de primaire fase en de bezwaarfase, door de opstelling van het bestuursorgaan, etc.) die invloed hebben op de beantwoording van de vraag of het in meerpartijengedingen nu de derde (bijvoorbeeld de omwonende) of de 'eerste partij' (bijvoorbeeld de vergunninghouder) is die in beroep komt. Maar als je degene bent die in beroep komt in een zaak waarin uiteindelijk een deskundige wordt benoemd, leiden de bevindingen van de deskundige met een sterk verhoogde kans tot vernietiging van het besluit. Gelet op de ruime mate waarin de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste aanleg, in milieuzaken en ruimtelijkeordeningszaken, een deskundige inzet, remt dit verschijnsel haar niet. Maar dat maakt het verschijnsel niet bepaald minder opmerkelijk. Hoe positief ook te waarderen de activiteit van de rechter is om een deskundige te benoemen, hier wordt ook niet het vraagteken uit de weg gegaan dat daarbij te stellen is: hoe verhoudt zich nou het vereiste van equality of arms tot het bovenstaande? Loopt de rechter in meerpartijengedingen niet het risico te gaan 'meeprocederen' als hij een deskundige benoemt?

Tussenconclusie moet zijn dat, hoewel het al of niet benoemen van een deskundige door de rechtbank een grote invloed heeft op de uitkomst van het geding, bijzonder veel onduidelijkheid bestaat over de criteria die rechtbanken hanteren voor zo'n benoeming. Die criteria zijn werkelijk moeilijk bepaalbaar.

7 Oplossingsrichtingen: wetgever of rechter aan zet?

In deze paragraaf wordt, aan de hand van de diffuusheden die zijn benoemd in paragraaf 6, besproken welke oplossingsrichtingen denkbaar zijn. Anders dan Schlössels kies ik er daarbij voor zo veel als mogelijk vast te houden aan het zogeheten zittingsgericht werken. Ik zie althans geen reële mogelijkheid die benadering over de volle linie los te laten. De voordelen van zittingsgericht werken zijn immers ook wel gebleken: korte doorlooptijden. In de dagelijkse praktijk ziet men bovendien zeer veel bagatelzaken, waarin werkelijk met vooronderzoeksinstrumenten niets te 'verhapstukken' valt. Een scheiding tussen zaken die (zo mogelijk op korte termijn) naar een zitting gaan en zaken die een zwaarder traject volgen, inclusief instrumenten als comparitie, regiezitting of een andere manier om uit te zoeken of het inzetten van een vooronderzoeksinstrument zinvol en wenselijk is, is mijns inziens onmisbaar. In termen van dergelijke 'kokers' sprak de voorzitter van de VAR in zijn al genoemde rede over het einde van de eenheidsworst. Ook in het LOVB-project 'Differentiatie van werkstromen' speelt dit een rol. Het is niet om de macht van het getal te introduceren, maar het besef dat jaarlijks door de negentien rechtbanken 125.000 tot 135.000 zaken worden afgedaan, waarvan maar een zeer klein deel via bijvoorbeeld jurisprudentiebladen tot enige zichtbaarheid voor de buitenwacht komt, lijkt mij op zijn plaats.

1. *Het verschil tussen stel- en adstructieplicht enerzijds en bewijslast anderzijds*

In subparagraaf 6.1 is besproken dat door de relatieve leegte tussen het instellen van beroep en het voeren van verweer enerzijds en het doen van uitspraak anderzijds, de stel- en adstructieplicht zijn verworden tot een verkapte bewijslast, inclusief bewijsrisico. In de uitspraak vernemen partijen dat er iets 'op hun weg lag'. De weg ligt al met al bezaaid met onbenutte en onopgemerkte bewijsnoodzakelijkheden. Nu er in de bestuursrechtspraak een stel- en adstructieplicht blijkt te bestaan, terwijl in de Awb daarvoor geen plek is gevonden, zou explicitering in de wet, in hoofdstuk 6 of 8, op zichzelf soelaas kunnen bieden. Belangrijker lijkt mij evenwel dat de bestuursrechter het onderscheid nadrukkelijker onderkent en dat expliciteert in zijn overwegingen, waarbij hij het karakter van stel- en adstructieplicht zorgvuldig in acht neemt, dus zonder door te schieten in een verkapte bewijslast: verwacht hij van betrokkene een begin van bewijs (van het karakter 'twijfel zaaien' bij de bestuurlijke feitenvaststelling) of bewijs (van het karakter 'aannemelijk maken'). Wetgeving zou hier hooguit een steuntje in de rug zijn, maar mijns inziens niet primair nodig.

Anderzijds kan ik hier begrip hebben voor het argument dat de bestuursrechter voor dit onderscheid kennelijk niet uit zichzelf voldoende gevoelig is gebleken, zodat zo'n wettelijk steuntje in de rug wel nodig is.

2. Bewijslastverdeling als loterij voor partijen

Als een partij, doorgaans de eisende partij, een aanbod doet bepaald bewijs te leveren (door middel van stukken, deskundigenrapporten of getuigen) of de rechtbank verzoekt een deskundige te benoemen of getuigen te horen, vindt dat aanbod of verzoek doorgaans plaats in de fase van het vooronderzoek, geregeld in Afdeling 8.2.2. van de Awb. Hier strijden verschillende belangen om de voorrang. We zouden in artikel 8:77 van de Awb kunnen opnemen dat bij afwijzing van zo'n bewijsaanbod of verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen, steeds in de uitspraak moet worden gemotiveerd waarom die afwijzing plaatsvindt. In de concrete zaak is dat dus achteraf. Op den duur kan dan wel een lijn worden getrokken wat voldoende en noodzakelijke voorwaarden zijn voor een bewijsaanbod of een verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen. In de zaak zelf echter wordt partijen daarmee niet tijdig duidelijk gemaakt wat zij van de verdere procesgang te verwachten hebben. Voor de zaak zelf is daarmee veel belangrijker dat binnen korte termijn, bijvoorbeeld vier weken, op een bewijsaanbod of een verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen wordt beslist. Zo'n tijdige beslissing laat immers de mogelijkheid open dat betrokkene zelf met (getuigen)bewijs komt of zelf een deskundige inschakelt. Dat zou pleiten voor opneming in Afdeling 8.2.2 van de Awb van de verplichting voor de rechtbank om op een bewijsaanbod en een verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen zo spoedig mogelijk, bijvoorbeeld binnen vier weken, te beslissen. Een beslissing, in welke vorm dan ook, op zo'n aanbod of verzoek zou vallen onder de appellabiliteit in hoger beroep, bedoeld in artikel 37, derde lid, van de Wet op de Raad van State, artikel 18, derde lid, van de Beroepswet, artikel 20, vierde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en artikel 27h, derde lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Zo'n communicatieve oplossing zou echter een bom leggen onder het zittingsgericht werken. Ik acht, zoals gezegd, het behouden van zittingsgericht werken in het gros van de zaken zeer gewenst. Om de beslissing op zo'n aanbod of verzoek verantwoord te regelen, zou dan een misschien primitief voorkomende, maar vanwege het hoge delegatiegehalte noodzakelijke maatregel nodig zijn. Als in Afdeling 8.2.2 van de Awb een dergelijke verplichting wordt opgenomen, zou dat zo moeten worden geformuleerd dat een mogelijkheid blijft bestaan voor nadere invulling, bijvoorbeeld in de Procesregeling bestuursrechtspraak. Daarin zou dan kunnen worden opgenomen dat alleen indien een bewijsaanbod of een verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen wordt gedaan bij aparte brief, een beslissing binnen vier weken zal worden gegeven. Alleen dan namelijk kan binnen het delegatiemodel van de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken worden verzekerd dat 'oplijning' naar een griffier of rechter plaatsvindt. Primitief, maar noodzakelijk, mijns inziens. Ik wil hierbij overigens wel opmerken dat, ook los van wetgeving, op dit moment binnen de Landelijke werkgroep procesrecht (die de Procesregeling bestuursrecht voorbereidt) een dergelijk model in bespreking is, vooral naar aanleiding van de bijdragen in het NJB van

Marseille en Schlössels.[215] Nadere vereisten zijn wellicht dat een motivering van het verzoek om een deskundige, met zo mogelijk aanduiding van de aard van de deskundigheid, nodig is en dat het moet gaan om een onvoorwaardelijk en expliciet aanbod (met vermelding van bijvoorbeeld de namen van de getuigen).

Gelet op de positie van de derde zou bovendien ook de toewijzing van een bewijsaanbod of een verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen motivering behoeven.

Aanbeveling aan de wetgever is dus (1) opneming in artikel 8:77 van de Awb dat in de uitspraak wordt gemotiveerd waarom een bewijsaanbod of een verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen wordt afgewezen of toegewezen, tenzij in het kader van het vooronderzoek daartoe al bij beslissing van de rechtbank is beslist en (2) opneming in Afdeling 8.2.2 van de Awb dat op een gemotiveerd en onvoorwaardelijk bewijsaanbod door de rechtbank zo spoedig mogelijk wordt beslist en (3) opneming in Afdeling 8.2.2 van de Awb dat op een gemotiveerd verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen door de rechtbank zo spoedig mogelijk wordt beslist.

Valkuil is hier dat gemachtigden dan standaard een briefje sturen met een verzoek om bijvoorbeeld benoeming van een deskundige. Als dat gebeurt, is dat de bijl aan de wortel van deze aanbeveling. Gevolg zal zijn dat de rechtbank dan even standaard de computer een briefje laat uitspugen met de afwijzing van dat verzoek in de trant van 'Nu u uw verzoek om benoeming van een deskundige niet heeft gemotiveerd met enige stelling die betrekking heeft op het ter beoordeling staande geval, ziet de rechtbank geen aanleiding uw verzoek te honoreren.' Als dat gebeurt, hebben we hiermee uitsluitend gezorgd voor een administratieve lastenverzwaring en verdere bureaucratisering zonder enige reële verhoging van de kwaliteit van de rechtsbescherming. En daar ging het toch om.

Aanbeveling aan de wetgever is vervolgens om in artikel 8:45 van de Awb toe te voegen dat de rechtbank, indien zij verzoekt om verstrekking van bepaalde informatie of gegevens, tot uitdrukking brengt of naar (voorlopig) oordeel de bewijs-(voerings)last voor de desbetreffende informatie of gegevens berust bij de partij aan wie die informatie wordt of gegevens worden gevraagd. Pas met die laatste informatie immers kan de artikel-8:31-clausule serieus worden genomen. Ook dit is eigenlijk een bom onder het zittingsgericht werken, maar aangezien in gevallen waarin informatie en stukken worden opgevraagd toch al bijzondere aandacht voor die ene zaak noodzakelijk is, doet dat mijns inziens geen kwaad. Dit kan zich ook uitstrekken tot de derde, maar zoals meermalen gezegd zal op hem niet snel een bewijslast, maar zeker mogelijk wel een bewijsvoeringslast rusten.

---

215. A.T. Marseille, De losse eindjes van de Procesregeling bestuursrecht 2008, NJB 2008, 1684, afl. 33, p. 2065; R.J.N. Schlössels, Procesregeling bestuursrecht 2008 niet alleen beperkt, maar op punten ook (te) schraal..., NJB 2008, 1924, afl. 39, p. 2462.

3. Tijdigheid van bewijs

Op dit punt is in subparagraaf 6.3. veel gezegd, maar ik zie geen rol voor de wetgever weggelegd. Het zijn de rechters die op dit punt duidelijkheid moeten scheppen over (a) de grenzen die zij stellen aan de tijdigheid en (b) de criteria die zij daarbij aanleggen. Op het punt van buitensluiting op grond van een harde 'sluitingsdatum' (subparagraaf 6.3.1) is mijns inziens nauwelijks verdere explicitering nodig. Dat in de overwegingen van de uitspraak meer aandacht wordt besteed aan een verduidelijking dat de (materiële) wetgeving in zo'n geval noopt tot toepassing van zo'n harde sluitingsdatum, kan welkom zijn. Met name op de punten van het moment waarop uiterlijk gegevens kunnen worden bijgebracht bij een buitenbehandelinglating van de aanvraag (paragraaf 6.3.2) en de criteria die worden toegepast bij buitensluiting van aanvraaggegevens (paragraaf 6.3.3) is explicitering welkom. Ook helderheid over de mogelijkheid alle gegevens die niet behoren tot de aanvraaggegevens, met name contra-expertise, ook nog in beroep in te brengen, vraagt om duidelijkheid van de rechtspraak (paragraaf 6.3.4). Op het punt van hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak bestaat mijns inziens voldoende duidelijkheid (paragraaf 6.3.5). Wat buitensluiting van 'laat' bewijs op grond van de goede procesorde (paragraaf 6.3.6) betreft, is er weinig of geen mogelijkheid om meer duidelijkheid te scheppen. Goede procesorde is naar haar aard casuïstisch.

4. Door partijen ingebrachte deskundigheid

Ook op dit punt zie ik geen rol weggelegd voor de wetgever. De bestuursrechter zou beter moeten expliciteren (a) onder welke omstandigheden hij een contra-expertise van de burger vergt, (b) of in dat geval op de burger een bewijslast of een bewijsvoeringslast rust en (c) welke eisen aan zo'n contra-expertise worden gesteld. Er bestaat hierover veel jurisprudentie, maar een lijn is maar moeilijk te ontdekken. Mijns inziens (a) mag enige vorm van contra-expertise worden gevergd zodra het door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundigenrapport op inhoudelijke gronden wordt aangevochten, (b) heeft de burger daarbij een bewijsvoeringslast, dus zonder bewijsrisico[216] en (c) moet van de contra-expertise wel worden gevergd dat het de door het bestuursorgaan ingeroepen deskundige kennis ondergraaft,[217] maar dan slechts van het karakter dat het 'twijfel zaait' (er is immers geen bewijsrisico voor de burger). Dit geldt eens te meer voor de derde op wie van meet af aan geen bewijslast rust.

5. Door de rechter ingeroepen deskundigheid

Verder zie ik ook op het punt van deskundigeninbreng bij de rechter geen rol weggelegd voor de wetgever. Wel is nodig dat de rechter criteria probeert te ontwikkelen ter beantwoording van de vraag wanneer hij een deskundige benoemt. Zoals besproken, is dat echter zeer moeilijk. De motiveringsplicht voor de rechter, zoals besproken in deze paragraaf, onder 2, biedt hier mogelijk soelaas.

---

216. Behoudens de genoemde uitzondering dat het bestuursorgaan deskundige kennis heeft ingewonnen om de juistheid van de aanvraag te beoordelen.
217. Behoudens de genoemde uitzondering voor arbeidsongeschiktheidsaspecten waarbij een visie van de behandelende arts op de gezondheidstoestand van betrokkene genoegzaam wordt geacht.

6. *Bewijsvoeringslast*

Hoewel in dit preadvies is geprobeerd een aantal ongeïdentificeerde verschijnselen die doorgaans onder onze radar door vliegen, te identificeren, is er toch nog een verschijnsel dat onvoldoende kon worden belicht. Dat wordt mede veroorzaakt door de concentratie in dit preadvies op de beroepsfase. Het gaat namelijk om de bewijsvoeringslast. Op vele afzonderlijke punten is deze wel genoemd. Als de procedure als geheel wordt bezien ((aanvraag) – primair besluit – bezwaar – beslissing op bezwaar – beroep – verweer – zienswijze van derde – uitspraak in eerste aanleg – hoger beroep – zienswijze van de andere partij(en) – uitspraak in hoger beroep), zal vaak moeten worden geconcludeerd dat het bestuursorgaan, met hetgeen het heeft aangedragen, onderzocht, gemotiveerd, in beginsel heeft voldaan aan zijn bewijslast een bepaalde feitenconstellatie aannemelijk te maken. Dat zo zijnde, rust op degene die het daarmee niet eens is, de bewijsvoeringslast twijfel te zaaien bij die feitenconstellatie. Zoals is besproken in subparagraaf 3.1, betekent ook een bewijsvoeringslast – hoewel daarbij geen bewijsrisico is komen te berusten bij degene op wie de bewijsvoeringslast rust – dat het niet voldoen aan die bewijsvoeringslast, veelal inhoudt dat men de zaak verliest. Zeker als het gaat om complexe feitenvaststellingen en feitenvaststellingen waarbij een zekere mate van beleidsappreciatie noodzakelijk is, is die bewijsvoeringslast in de regel redelijk zwaar. Betrokkene moet met heel wat komen voordat twijfel rijst bij de bestuurlijke feitenvaststelling. Op zichzelf is dat misschien nog gerechtvaardigd, maar de omstandigheid dat betrokkene dat vaak pas in de uitspraak verneemt, is niet goed te praten.

Idealiter zou de rechter betrokkene, zeker als dat een derde is die in beroep voor het eerst appelleert (dus na geslaagd bezwaar van de 'eerste partij'), moeten wijzen op omvang en zo mogelijk zwaarte van zijn bewijsvoeringslast.[218] Ook dat echter legt een bom onder het zittingsgericht werken. Dat kan mijns inziens dus zeker niet in alle gevallen. Indien de zaaksdifferentiatie waarmee nu wordt geëxperimenteerd, doorzet, zijn er wel perspectieven. In zaken die 'verzwaard' worden behandeld (dus met zo mogelijk en nodig de inzet van vooronderzoeksinstrumenten) zou het mijns inziens op de weg van de bestuursrechter liggen[219] om betrokkene te informeren in de volgende trant:

> 'Naar het (voorlopig) oordeel van de rechtbank heeft verweerder in beginsel voldaan aan zijn bewijslast. Daarom ligt het op uw weg om voldoende bewijs aan te dragen waarmee twijfel rijst over de feitenvaststelling zoals verweerder die heeft verricht. Als u geen of onvoldoende bewijs daarvoor aandraagt, zal de rechtbank, naar haar (voorlopig) oordeel, geen aanleiding zien te twijfelen aan verweerders feitenvaststelling.'

---

218. Vergelijk A.T. Marseille, Feitenvaststelling in bestuursrecht en vreemdelingenrecht, Migrantenrecht 2009, p. 9.
219. Er ligt al zo veel op de weg van partijen. Het zou goed zijn als er ook wat meer op de weg van de bestuursrechter ligt.

7. Over deze zes punten tezamen

Al met al wordt in deze paragraaf weinig wetgeving aangewezen geacht. Vooral wordt gedacht aan verbetering, verduidelijking, explicitering in de rechtspraak. Die verbeteringen van de rechtspraak komen er niet zomaar. Stimulering door de wetgever is daarvoor op de genoemde punten wellicht nodig. Ook steun van de Raad voor de rechtspraak, die in zijn Agenda voor de rechtspraak 2008-2011 aandacht vraagt voor de effectiviteit van de bestuursrechtspraak, zal nodig zijn. Bovendien moet het bekostigingsmodel zodanig worden aangepast dat de bestuursrechter beter kan doen wat hij moet doen; de richtingaanwijzers staan in dat model nu vaak de verkeerde kant op. De verbeteringen die de wetgever kan aanbrengen zitten vooral op de *motivering* van procesbeslissingen. Dat lijkt marginaal, maar daarmee kan hij wel stimuleren dat de bestuursrechter op de *inhoud* beter beslist. De reden waarom ik van de wetgever op de hier behandelde bewijsrechtelijke punten niet veel verwacht, laat zich simpel samenvatten in de gedachte dat een olifant gemakkelijker wordt herkend dan omschreven. In wetgeving kunnen wel in algemene zin allerlei mooie principes en uitgangspunten worden omschreven, maar dat blijft snel steken in zeer algemene wetsformuleringen. De werkelijke omslag moet toch gewoon in de bestuursrechtspraak plaatsvinden. In het concrete geval laat zich veel gemakkelijker herkennen wanneer een bepaalde vooronderzoekshandeling moet worden verricht, een bewijsopdracht, met explicitering van de bewijslast, moet worden verstrekt, etc. Wil echter rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid worden voorkomen, dan zal meer eenduidigheid nodig zijn en daarvoor kan (in algemene formuleringen gestelde) wetgeving, als stimulering van rechtspraak, op haar plek zijn.

Een aantal keren heb ik nu gezegd dat zittingsgericht werken moet worden behouden.[220] Een rigoureuze oplossing zou zijn om alle zaken (ongeveer zoals het experiment dat plaatsvindt in de rechtbanken Dordrecht en Utrecht, genoemd in paragraaf 2) kort na voltooiing van het dossier op zitting (maar dan geen comparitie, maar een 'eindzitting') te brengen. Als het goed is, kan ongeveer 80 procent van de zaken direct daarna worden afgedaan. In de rest van de zaken kan worden afgesproken welke vooronderzoeksinstrumenten moeten worden ingezet of welke bewijsbijbrenging nog noodzakelijk is. Als het goed is, kan ook in die resterende 20 procent efficiënt worden geopereerd, zodat in bijvoorbeeld slechts 10 procent van de zaken nog een nadere zitting nodig is. Als dat het model wordt, zou Afdeling 8.2.2 moeten worden herdoopt in 'De bestuursrechter ten dienste staande onderzoeksinstrumenten'.[221]

---

220. T.J.P. van Os van den Abeelen (Waarheidsvinding en zittingsbeleid, Migrantenrecht 2009, p. 12) schat zijn benadering van werken bijvoorbeeld in op één uur werken extra voor de secretaris en één uur werken extra voor de rechter ten opzichte van zittingsgericht werken. Dat lijkt mij, indien toegepast op alle zaken, niet haalbaar.

221. (1) Vooruitlopend op het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht (<www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-bestuursprocesrecht.aspx>; laatste raadpleegdatum: 28 februari 2009) wordt hier al gesproken over 'bestuursrechter' in plaats van (het in deze eeuw niet meer gangbare) 'administratieve rechter'. (2) De artikelen 8:42 en 8:43 van de Awb zouden dan een andere plek moeten krijgen.

8 Conclusie

In dit preadvies is primair (h)erkend dat de rol van de derde bewijsrechtelijk beperkt is. Bewijsrechtelijk laten driepartijengedingen zich opsplitsen in twee tweepartijengedingen, beide via de band van het bestuursorgaan. De derde staat bewijsrechtelijk ten opzichte van het besluit zoals elke andere burger ten opzichte van een ambtshalve besluit: hij draagt in beginsel niet de bewijslast. Daarnaast heeft de 'eerste partij' bewijsrechtelijk de positie die hij in een tweepartijengeding heeft: als hij de aanvrager is, heeft hij de daarbij behorende bewijslast (verantwoordelijkheid voor de aanvraaggegevens); als hij geen aanvrager is, heeft hij de daarbij behorende bewijslast (in beginsel geen). Slechts zeer zelden heeft de derde de bewijslast. Dat is wel het geval als hij specifieke, hem betreffende, belangen inbrengt in het kader van een belangenafweging dan wel indien hij een beroep doet op een uitzondering of een zelfstandige norm. Ten slotte is ook mogelijk, bij wijze van uitzondering, dat de toepassing van vuistregels in het kader van de bewijsdomeinen meebrengen dat de bewijslast op de derde rust.

Indien een derde degene is die in beroep komt, rust op hem wel een stel- of adstructieplicht. Dat wordt in de gangbare rechtspraak te weinig onderkend en door de relatieve leegte tussen instellen van het beroep en voeren van het verweer enerzijds en het doen van de uitspraak anderzijds, dreigt die stel- of adstructieplicht ten onrechte te verworden tot een verkapte bewijslast.

Op elke partij, dus ook op een derde, kan – zonder bewijsrisico – de bewijsvoeringslast komen te rusten. Dat doet zich voor in die gevallen waarin het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan. Het is dan in de dynamiek van de heen en weer springende bewijsvoering aan de partij die het niet eens is met de bestuurlijke feitenvaststelling, twijfel te zaaien bij die bestuurlijke feitenvaststelling. Zoals gezegd in de vorige paragraaf is die bewijsvoeringslast, zeker als het gaat om complexe feitenvaststellingen en feitenvaststellingen waarbij een zekere mate van beleidsappreciatie noodzakelijk is, in de regel redelijk zwaar. De derde kan daarbij – zeker als hij in beroep voor het eerst appelleert (dus bij succesvol bezwaar van de 'eerste partij' in bezwaar) – voor onaangename verrassingen komen te staan. Hij heeft er niet om gevraagd dat bijvoorbeeld zijn buurman een groot bouwwerk neerzet in zijn achtertuin, maar toch kan op hem een redelijk zware bewijsvoeringslast komen te rusten. De bestuursrechter moet in zijn overwegingen expliciteren en zo mogelijk voorafgaande aan zijn uitspraak communiceren dat het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, zodat pas bij voldoende tegenspraak, mèt enige mate van bewijs, wordt getwijfeld aan de bestuurlijke feitenvaststelling. Hij moet in zijn uitspraak in

ieder geval expliciteren dat hij een toets heeft voltrokken, waaruit volgt dat het bestuursorgaan in beginsel 'zijn huiswerk' heeft gedaan.

Ten slotte moet in deze conclusie worden onderkend dat – hoewel in dit preadvies tot nog toe het onderscheid tussen materieel en formeel bewijsrecht slechts summier aan de orde kwam – deze hele discussie begonnen was (zie paragraaf 2) met een mogelijk tekort aan *materieel* bewijsrecht in de Awb, oplossingen die in dit preadvies zijn aangedragen voor de wetgever, maar ook de meeste oplossingen die daarbuiten zijn geopperd voor de wetgever, behoren tot het domein van het *formeel* bewijsrecht. Motivering van bewijsvraagstukken in zijn uitspraken en communicatie over die bewijsvraagstukken met partijen door de bestuursrechter is de werkelijke oplossing! Wetgeving helpt mijns inziens alleen voor zover het die motivering en communicatie van de bestuursrechter stimuleert.

Stellingen

1. Driepartijengedingen kunnen eenvoudig worden opgedeeld in twee bewijsrelaties: die tussen de 'eerste partij' en het bestuursorgaan enerzijds en tussen de 'derde' en het bestuursorgaan anderzijds (paragraaf 4).

2. Daadwerkelijke optredende of evident op de voorgrond tredende belangen van derden zijn maar in zeer geringe mate als determinant van bewijsrechtelijke vraagstukken aan te merken (paragraaf 4).

3. De aanpak van de bestuursrechter die bekendstaat als 'zittingsgericht werken', dat wil zeggen een werkwijze waarin geen vooronderzoeksinstrumenten worden benut, moet in het gros (schattenderwijs: 80 procent) van de zaken blijven worden gevolgd (paragrafen 2 en 7).

4. De Awb zou niet met meer bepalingen van materieel bewijsrecht, maar juist met bepalingen van formeel bewijsrecht moeten worden versterkt (paragraaf 8).

5. Het ligt op de weg van de bestuursrechter om in zaken waarin is gekozen vooronderzoeksinstrumenten in te zetten, de eisende partij – met name als dat de derde is – gedurende de beroepsfase in die gevallen waarin het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, te wijzen op haar bewijsvoeringslast (paragraaf 7).

6. De wetgever zou in artikel 8:77 van de Awb moeten opnemen dat de rechtbank in de uitspraak motiveert waarom zij een bewijsaanbod of een verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen toe- of afwijst (paragraaf 7).

7. De wetgever zou in Afdeling 8.2.2 van de Awb moeten opnemen dat de rechtbank op een gemotiveerd en onvoorwaardelijk bewijsaanbod zo spoedig mogelijk beslist (paragraaf 7).

8. De wetgever zou in Afdeling 8.2.2 van de Awb moeten opnemen dat de rechtbank op een gemotiveerd verzoek om benoeming van een deskundige of het horen van getuigen zo spoedig mogelijk beslist (paragraaf 7).

9. De wetgever zou aan artikel 8:45 van de Awb moeten toevoegen dat de rechtbank, indien zij verzoekt om verstrekking van bepaalde informatie of gegevens,

tot uitdrukking brengt of naar (voorlopig) oordeel de bewijs(voerings)last voor de desbetreffende informatie of gegevens berust bij de partij aan wie die informatie wordt of gegevens worden gevraagd (paragraaf 7).

10. Een streng gereguleerde bewijsfuik jegens een aanvrager van een besluit (van het type winterbewaarprei) is verdedigbaar in meerpartijengedingen (subparagraaf 6.3.3).

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. B.J. van Ettekoven (voorzitter)
Mr. drs. D. Brugman (secretaris)
Prof. mr. W. den Ouden (penningmeester)
Mr. S. van Heukelom-Verhage (adjunct-secretaris)
Mr. P.J. van Amersfoort
Mr. H.J.M. Havekes
Mr. M.G. Hordijk
Mr. dr. A.T. Marseille
Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt
Prof. mr. J.E.M. Polak
Mr. drs. Th.G.M. Simons
Mr. W.G.B. van de Ven
Prof. mr. N. Verheij
Mr. dr. J.H. Verweij
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Ereleden

Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Prof. mr. M. Scheltema

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)

XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)

XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)

LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)

z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)

118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)

138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)