

Bewijsrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen Jonge VAR 2023

O.A. Al Khatib

M.T.M. Hennevelt

D.T.J. van de Voort

22

Boom

ISBN 978-94-6212-933-7



9 789462 129337 >

Bewijsrecht

Bewijsrecht

Preadviezen uitgebracht door

O.A. Al Khatib

M.T.M. Hennevelt

D.T.J. van de Voort

Voor de bijeenkomst

van de Jonge VAR

op 1 december 2023

Boom

© 2024 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, 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 veeelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprecuregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprecht.nl). Voor het veeelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

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 978-94-6212-933-7

ISBN 978-94-0011-4357-0 (e-book)

NUR 823

www.boom.nl

www.boom.nl/juridisch

Inhoud

Van individuele naar systemische transparantie: op naar een recontextualisering van geldende rechtsnormen na de ‘algorithmic turn’ O.A. Al Khatib	7
Bewijsnood in belastingzaken M.T.M. Hennevelt	61
De (in)formele burgerlus: achterstallig onderhoud van de bewijspositie van de burger? D.T.J. van de Voort	93

Van individuele naar systemische transparantie: op naar een recontextualisering van geldende rechtsnormen na de ‘algorithmic turn’

O.A. Al Khatib*

1	Introductie	9
1.1	Aanleiding en onderzoeksvraag	9
1.2	Perspectief en afbakening	11
1.3	Concrete bijdrage en leeswijzer	13
2	De fabel van de haas en de schildpad: de Awb vanuit het perspectief van legal regulatory theory en law and technology theory	17
2.1	Legal regulatory theory en law and technology theory in een notendop	17
2.2	Het Awb-beeld van bestuurlijke besluitvorming	19
3	Veranderingen in de sociotechnische context van bestuurlijke besluitvorming?	21
3.1	Algorithms 101	21
3.2	De ‘algorithmic turn’	22
3.3	Gefragmenteerde(re) besluitvorming via legio ‘microbeslissingen’?	23
3.3.1	De dimensie ‘database (bron)’	25
3.3.2	De dimensie ‘technologische ontwikkeling (middel)’	26
3.3.3	De dimensie ‘organisatorische toepassing (organisatiestructuur en menselijke besluitvormer)’	27

* O.A. (Ola) Al Khatib is als promovenda verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Haar promotieonderzoek heeft als werktitel ‘Redesigning legal protection in view of the “algorithmic turn” in Dutch social security decision-making: lessons from the combined perspective of legal regulatory theory and law and technology theory’. Dit onderzoek focust zich op (a) het effect van de inzet van algoritmes op besluitvorming door Nederlandse bestuursorganen en (b) hoe de hiervoor (vanuit het staats- en bestuursrecht en het gegevensbeschermingsrecht) geldende normering – vanuit het gecombineerde perspectief van de legal regulatory theory en law and technology theory – aangepast zou moeten worden om de positie van de burger te blijven waarborgen in deze context. Dit preadvies is gebaseerd op een deel van de tot nu toe in het kader van dit promotieonderzoek vergaarde kennis. Ola is Anne Meuwese, Joyce Esser en Lotte van den Bosch erkentelijk voor hun waardevolle feedback op een conceptversie van dit stuk.

3.4	Fragmentatie voorbij	30
3.4.1	Van 'street-level' naar 'system-level'	30
3.4.2	Een vlindereffect?	30
3.5	Analoge vs. digitale besluitvorming	31
3.6	Tussenconclusie: het effect van de algorithmic turn op de normering van bestuurlijke besluitvorming – lost in standardization?	33
4	De rol van de rechter: het openen van de black box en recontextualiseren van bestaande normering?	35
4.1	Transparantievereisten vanuit de ABRvS en de Hoge Raad als reactie op de black box	35
4.2	Tussenconclusie: de transparantievereisten vergeleken	39
4.3	Effecten van de door rechter gestelde transparantievereisten bij fraudeopsporingsbeleid	40
4.3.1	Enig teken van transparantie?	40
4.3.2	De houding van de rechter in het geval van een gebrek aan transparantie	41
4.3.3	De houding van de rechter in het geval van transparantie	44
4.4	Tussenconclusie: onder het topje van de ijsberg	46
5	Oplossingsrichtingen	49
6	Conclusie	53
	Literatuur	55

I Introductie

1.1 Aanleiding en onderzoeksvraag

Wie regelmatig een krant openslaat, weet dat algoritmes niet meer weg te denken zijn uit onze huidige maatschappij. Ook Nederlandse bestuursorganen maken veelvuldig gebruik van (complexe) algoritmes in de uitoefening van hun bestuurlijke taken.¹ Een deel van de algoritmische toepassingen van de overheid heeft zich de laatste jaren ontwikkeld tot een *regelrecht* schandaal. Niet zelden hadden deze toepassingen namelijk significante mentale, sociale en financiële consequenties voor de desbetreffende slachtoffers. Voorbeelden van zulke schandalen zijn de inmiddels internationaal beruchte kinderopvangtoeslagaffaire, de zwarte lijsten van de Fraudesignaleringsvoorziening van de Belastingdienst en de toepassing van het recenter in de media verschenen algoritme voor de handhaving van de Wet studiefinanciering 2000.²

Wat deze schandalen met elkaar gemeen hebben, is dat zij het resultaat zijn van gedeeltelijk algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid.³ Daarnaast vormen zij er ook een pijnlijke illustratie van dat uitvoering die haaks staat op de beginselen van de democratische rechtsstaat dikwijls pas jaren later aan het licht komt.⁴ In bijvoorbeeld de kinderopvangtoeslagaffaire vergde het meerdere rechterlijke geschillen alsook journalistiek en parlementair spuurwerk voordat parlementaire ondervragings- en enquêtecommissies *daadwerkelijk* gingen graven. Steeds opnieuw staat daarbij de vraag centraal of het algoritmisch ingestoken

1 Alhoewel de huidige maatschappelijke discussie soms doet vermoeden dat dit een nieuw fenomeen betreft, is dit zeker niet het geval, maar daarover later meer. Zie onder par. 3.1 en 3.2.

2 NOS 17 december 2020; The Guardian 15 januari 2021; NOS 21 juni 2023; PwC 2021. Een voorbeeld van een datagedreven algoritme is het inmiddels niet meer in werking zijnde bijstands-algoritme van de gemeente Rotterdam: Argos/Human 6 maart 2023. Dit preadvies gaat over de Nederlandse context, maar deze problematiek beperkt zich zeker niet daartoe. Uit Australië is het zogenoemde 'Robodebt'-schandaal bekend, uit Frankrijk het 'Parcoursup'-schandaal en meest recent uit het Verenigd Koninkrijk het 'Post Office'-schandaal. Zie achtereenvolgens: The Guardian 7 juli 2023; La Croix 11 februari 2022; BBC News 23 januari 2024.

3 In dit preadvies wordt de term 'fraudeopsporing' gebruikt, maar algoritmische toepassingen worden ook gebruikt voor controle op de naleving van wettelijke vereisten voor een aanspraak op een socialezekerheidsvoorziening. Bij niet-naleving kan sprake zijn van een onschuldige fout en is niet direct sprake van fraude. In het maatschappelijk en politiek debat wordt het onderscheid tussen fraudeopsporing en controle op de naleving niet (voldoende) gemaakt en hierdoor is het onduidelijk wanneer waarvan sprake is. Het voert te ver om in dit preadvies een conceptueel kader hiervoor op te nemen. Tenzij nadrukkelijk bedoeld wordt op het onderscheid tussen fraudeopsporing en niet-naleving, wordt dus de term 'fraudeopsporing' gebruikt.

4 In Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 7 (rapport Ondervragingscommissie toeslagenaffaire, *Ongekend onrecht*) constateert de Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag dit ook met zoveel woorden.

fraudeopsporingsbeleid discriminatoir van aard is.⁵ Want wat heeft ertoe geleid dat een bestuursorgaan bij de daadwerkelijk onderzochte groep X uitgekomen is, en niet bijvoorbeeld de rechtmatigheid van belastingaangiften van groep Y is gaan controleren?

Tegen deze achtergrond staan het bieden van effectieve rechtsbescherming tegen algoritmische besluitvorming door de overheid en het ontwerpen van passende normering daarvoor steeds vaker hoog op de maatschappelijke en wetenschappelijke agenda.⁶ De analyse in dit preadvies draagt bij aan dit debat door de volgende vraag te beantwoorden:

Welke rol speelt de rechter (via het bewijsrecht) bij de effectieve rechtsbescherming van belanghebbenden tegen beschikkingen waaraan discriminatoir, algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid ten grondslag ligt en wat zijn oplossingsrichtingen voor (bestuursrechtelijke) normering in deze context?

Dit preadvies betoogt – samengevat – dat er redenen bestaan om aan te nemen dat het besluitvormingsproces in toenemende mate gefragmenteerd raakt door de inzet van algoritmes en zich daarbij verplaatst naar het bovenindividuele niveau.⁷ Waar geldende bestuursrechtelijke normering primair ontworpen is voor een analoge (niet-algoritmische) en individueel-georiënteerde context waarin het beslismoment beter op één plek kan worden gelokaliseerd, bestaan algoritmische bestuursbesluiten juist uit veel, in temporele zin, kleinere beslismomenten die op bovenindividueel niveau doorwerken. Daarnaast is de wetgever bij het ontwerpen van het non-discriminatierecht uitgegaan van vooraf identificeerbare discriminatiegronden zoals etniciteit of religie, terwijl bepaalde algoritmes op een andere, wellicht eveneens discriminatoire, manier ‘oordelen’ dan mensen. Door deze andere oordeelswijze kunnen potentiële discriminatiegronden lastiger vooraf identificeerbaar zijn. Doordat het huidige non-discriminatierecht hier niet op ingesteld is, zou de beoogde rechtsbescherming kunnen ontbreken bij bepaalde vormen van algoritmische discriminatie.

Zogenoemde ‘vertaalfouten’ kunnen optreden bij het nemen van de stap van geldende rechtsnormen die ontworpen zijn voor de analoge bestuursbesluitvormingscontext naar in de algoritmische bestuursbesluitvormingscontext hanteerbare normen. Mogelijkerwijs treffen geldende rechtsnormen hierdoor

5 Voor de risicoselectie in de kinderopvangtoeslagaffaire is dit zelfs vastgesteld: *Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 14; Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 683, p. 3-4.*

6 Getuige de ontelbare nationale en internationale wetenschappelijke artikelen hierover, waarvan naar een deel in dit preadvies wordt verwezen.

7 Voor de analyse van dit preadvies wordt ‘gedeeltelijk algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid’ dus als besluitvorming aangemerkt. In Awb-jargon is dit niet zozeer besluitvorming maar voorbereiding daarop; de analyse in dit preadvies is deels conceptueel en loopt dus niet langs Awb-lijnen. Bij het besluitbegrip zijn door de jaren heen al de nodige kanttekeningen geplaatst, zie ook Meuwese 2017. Buiten de Awb-context om zien we dat deze discussie ook speelt, bijvoorbeeld in het recente *Schufa*-arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJ) EU 16 maart 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220). Daarin speelde de vraag in hoeverre de fase van algoritmische analyse op zichzelf behoort tot het object van regulering zoals omschreven in art. 22 AVG (namelijk: een volledig geautomatiseerd besluit).

geen doel (hierna: ‘de doorkruising van de reflexieve werking’). Deze veranderingen in de besluitvormingscontext hebben ook hun weerslag op de door de rechter, onder meer via het bewijsrecht, geboden rechtsbescherming. Voor een deel is dit te wijten aan het *black box*-karakter van het aan de beschikking ten grondslag liggende fraudeopsporingsbeleid; voor een ander deel aan de doorkruising van de reflexieve werking tussen rechtsnormen en gedragsnormen. Door verschillende hoge rechters geformuleerde transparantievereisten zouden in bepaalde gevallen het probleem van de *black box* kunnen oplossen; toch kan niet zonder meer gesteld worden dat daarmee ook effectieve rechtsbescherming wordt geboden.⁸ Daarvoor lijkt een meer systemische vorm van transparantie en een recontextualisering van geldende normering geboden. Tegen deze achtergrond zal dit preadvies enkele oplossingsrichtingen aanstippen.

1.2 Perspectief en afbakening

De analyse wordt gedeeltelijk ingestoken vanuit een voor het Nederlandse staats- en bestuursrechtelijke debat extern perspectief, gevormd door een combinatie van *legal regulatory theory* en *law and technology theory*.⁹ De relatie tussen *legal regulatory theory* en *law and technology theory* is als volgt. *Legal regulatory theory* analyseert ‘mismatches’ tussen rechtsnorm en ‘realiteit’ (ofwel: de te reguleren praktijk). Daarbij is de centrale premisse dat een rechtsnorm pas doel kan treffen wanneer deze gericht is op het fenomeen dat in causaal opzicht relevant is. Aangezien het maar tot op zekere hoogte mogelijk is om de realiteit in een rechtsnorm te vangen, gaan rechtsnormen per definitie uit van bepaalde ficties, zoals het besluitbegrip uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Wanneer een rechtsnorm de realiteit zo goed als mogelijk vangt, kunnen veranderingen in deze realiteit over de tijd heen toch resulteren in een ‘mismatch’. *Law and technology theory* is een specifiek onderdeel van de algemene *legal regulatory theory* dat ziet op de manier waarop bij het (her)ontwerpen van rechtsnormen geanticipeerd of gereageerd moet worden op door technologie ingezette verandering (in par. 2.1 wordt dit perspectief uitgewerkt).

Voor dit perspectief wordt gekozen omdat het relevante inzichten biedt voor de manier waarop rechtsnormen ontworpen moeten worden, zodat ze zo goed mogelijk aansluiten op de veranderende ‘sociotechnische context’ waarin ze doel moeten treffen. Met ‘sociotechnische context’ wordt bedoeld op het samenspel van sociale en technische factoren in een bepaalde context.¹⁰ Alhoewel het huidige staats- en bestuursrecht voortbouwt op veel kennis over de asymmetrische relatie burger-overheid alsook het waarborgen van de beginselen van de democratische rechtsstaat binnen deze relatie, is dit recht niet voldoende gestoeld op kennis over de manier waarop het recht moet anticiperen op en omgaan met

8 Zie bijv. Pasquale 2015 voor het gebruik van de term ‘black box’.

9 Delen van dit gecombineerde perspectief komen naar voren in bijvoorbeeld dit gezaghebbende werk: Black 1997; Black 2002; Schauer 1993; Bennett Moses 2013; Brownsword 2008.

10 In de *law and technology*-hoek is deze term min of meer gemeengoed, zo signaleren ook Bennett Moses 2013, p. 6-10 en Kaminski 2020, p. 124-125.

sociotechnische verandering. Ook in het wetenschappelijke debat ontbreekt het grotendeels aan kennis over de invloed van sociotechnische verandering op de effectuering van rechtsnormen, terwijl de hierboven geformuleerde problematiek in ieder geval gedeeltelijk het gevolg lijkt van een toenemend gebruik van algoritmes bij bestuurlijke besluitvorming en een daardoor veranderende socio-technische context.¹¹

De hierboven geschetste, veelomvattende problematiek wordt enigszins afgebakend doordat gefocust wordt op (a) beschikkingen van bestuursorganen, die (b) (gedeeltelijk) algoritmisch tot stand gekomen zijn en (c) een intrekking en terugvordering van een socialezekerheidsvoorziening zoals een bijstandsuitkering of studiefinanciering als gevolg hebben gehad – al dan niet gepaard gaande met een boeteoplegging. De focus ligt daarmee op voor burgers ingrijpende gevolgen die het resultaat zijn van fraudeopsporingsbeleid waarbij algoritmes in ieder geval enige vorm van ondersteuning bieden. Afbakening (a) past goed bij de analyse van de invloed van de veranderende besluitvormingscontext op effectieve rechtsbescherming en passende normering. De beschikking stond namelijk centraal bij het ontwerp van de Awb, zoals blijkt uit de opbouw van deze voor het bestuursrecht belangrijke wet. Verder geeft afbakening (c) weliswaar een heel specifiek beeld van het bestuursrecht, maar het socialezekerheidssterrein is nu eenmaal bij uitstek een terrein waarop algoritmes veelvuldig ingezet worden.¹² Bovendien is deze afbakening ook pragmatisch te onderbouwen. Over het algemeen wordt weinig inzicht geboden in algoritmische besluitvormingsprocessen en bij de auteur van dit preadvies zijn ook geen uitspraken bekend waarin de rechter daadwerkelijk toekomt aan een rechtmatigheidsoordeel over de keuzes die gemaakt zijn bij algoritmische besluitvormingsprocessen. Om toch een analyse te kunnen verrichten is daarom naar een analoge context gezocht. Die is gevonden in de over analoog fraudeopsporingsbeleid ontwikkelde jurisprudentie. Analoog fraudeopsporingsbeleid is weliswaar – zoals ‘analoog’ aangeeft – niet algoritmisch vormgegeven, maar kan door de daaraan ten grondslag liggende risicoprofilering wel trekken van algoritmisch vormgegeven beleid vertonen.¹³ Last but not least sluit de hier geschetste afbakening goed aan bij de (terecht) volop gevoerde maatschappelijke discussie over het doorgesloten fraudebeleid van bestuursorganen. Daarbij lijken bestuursorganen nog altijd in het duister te tasten wat betreft de vormgeving van een *fraudeaanpak 2.0*, die een betere balans moet treffen tussen efficiënte fraudeopsporing enerzijds en fundamentele rechtstatelijke waarborgen zoals non-discriminatie anderzijds.¹⁴

11 Dit wordt bijvoorbeeld ook geconstateerd in Reflectiedocument Wet versterking waarborgfunctie Awb 2024; Raad van State 2021.

12 Dit blijkt ook uit het terrein van veel van de aan het licht gekomen algoritmische schandalen.

13 Hierop wordt uitgebreider ingegaan in par. 3,5.

14 Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 7. Dit wordt tevens geconcludeerd omdat ik ervan uitga dat bestuursorganen hun fraudeopsporingsbeleid met de beste bedoelingen inrichten.

1.3 Concrete bijdrage en leeswijzer

Dat algoritmisering de bestuurlijke besluitvormingscontext verandert, is een punt dat al door menigeen in het staats- en bestuursrechtelijk debat gemaakt is.¹⁵ Desalniettemin levert dit preadvies een bijdrage op dit punt, omdat hierin niet wordt gefocust op de rol van de technologie zelf, maar op de bredere context die de toepassing van deze technologie vormt en *vice versa*. De inzet van algoritmes bij bestuurlijke besluitvorming heeft namelijk invloed op én wordt beïnvloed door factoren als de wijze van gegevensverzameling en de in het bestuursorgaan geldende uitvoeringscultuur. Het analyseren van deze bredere context is gebruikelijk in de *law and technology*-literatuur. Vanuit het gecombineerde perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* worden ook vraagtekens gezet bij de in het bestuursrechtelijke debat dominante focus op de rol van de rechter. De algoritmische besluitvormingscontext creëert veel uitdagingen voor rechtsbescherming door de rechter, ook al voert de rechter zijn taak goed uit en functioneert het bewijsrecht naar behoren. Hiermee is niet direct gezegd dat de rechter geen rechtsbescherming kan bieden, maar op een gegeven moment komt de grens in beeld van wat de bestuursrechter kan betekenen binnen het huidige normeringskader.

Hierna wordt allereerst (in par. 2) beknopt uiteengezet waar het gecombineerde perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* op neerkomt. Aan de hand van dit perspectief wordt namelijk de verbinding gemaakt tussen het huidige bestuursrechtelijke kader en de veranderende besluitvormingscontext. Ter operationalisering van dit perspectief bevat deze paragraaf ook een schets van het beeld van bestuurlijke besluitvorming zoals volgt uit het ontwerp van de Awb. Uiteraard bestaat (bestuursrechtelijke) normering van algoritmische bestuursbesluitvorming niet enkel uit normering vanuit de Awb, maar ook vanuit bijzondere wetgeving, het ongeschreven bestuursrecht, alsook uit normering vanuit supranationale organisaties zoals de Raad van Europa (bijvoorbeeld het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) en de Europese Unie (bijvoorbeeld de AI-verordening). Bij de analyse in dit preadvies wordt de Awb centraal gesteld,¹⁶ maar vanwege het monistische karakter van de Nederlandse

¹⁵ Bijvoorbeeld: Meuwese 2017; Meuwese 2022; Van Eck 2018; Van Ettekovén 2018a; Van Ettekovén 2018b; Ranchordas 2024; Wolswinkel 2020; Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021; De Poorter & Goossens 2019; Adriaansz 2020.

¹⁶ Enerzijds wordt deze keuze gemaakt omdat de Awb voor een wezenlijk deel de verhouding burger-overheid vormgeeft, bijvoorbeeld via de bepalingen rondom de toegang tot en procedure bij de bestuursrechter. Welke (internationale) rechtsnormen ook gelden, deze interacteren altijd met bepaalde regels uit de Awb. Dit is ook zo voor niet-procesrechtelijke Awb-regels, nu veel internationale rechtsnormen een omnibus-karakter hebben en niet specifiek betrekking hebben op overheids-handelen. Anderzijds focust de zo veelbelovend klinkende AI-verordening op algoritmische toepassingen als product – de verordening is immers ontworpen als product-veiligheidswetgeving – en neemt de bredere sociotechnische context niet mee. Het blijft dus van groot belang dat het bestuursrecht, met de Awb als belangrijkste wet, manieren vindt om met sociotechnische verandering om te gaan en te anticiperen op toekomstige veranderingen. Tegelijkertijd gaat dit preadvies in algemenere zin over de verhouding tussen rechtsnormen en technologie. Aangezien andere normenkaders dan de Awb ook goed moeten aansluiten op de context waarvoor ze bedoeld zijn, kan de analyse voor de Awb dus ook in abstracto gelden voor andere normenkaders.

rechtsorde en de geformuleerde onderzoeksvraag wordt op punten het in het EVRM neergelegde discriminatieverbod toch in de analyse meegenomen.¹⁷

Ten tweede (in par. 3) wordt stilgestaan bij de vraag hoe de inzet van algoritmes de bestuurlijke besluitvormingscontext verandert. Hierbij wordt niet zozeer bestuurlijke besluitvorming vóór de inzet van algoritmes vergeleken met die ná de inzet van algoritmes, maar wordt, in lijn met het gekozen externe perspectief, een vergelijking gemaakt tussen het beeld van bestuurlijke besluitvorming zoals dit uit het ontwerp van de Awb volgt en het beeld dat op grond van beschikbare literatuur bestaat over de (bestuurlijke) algoritmische besluitvormingscontext. De volgende onderdelen komen achtereenvolgens aan bod: (1) het verschil tussen ‘codegedreven’ en ‘datagedreven’ algoritmes, (2) de aanwijzingen voor de veranderende besluitvormingscontext via de concepten ‘algorithmic turn’ alsook (3) ‘microbeslissingen’ (waarmee de fragmentatie van het beslismoment geïllustreerd wordt), (4) de hiermee samenhangende verschuiving van de besluitvorming naar bovenindividueel niveau en (5) de mate waarin het relevant is dat het in casu algoritmische in plaats van analoge besluitvorming betreft.

De paragraaf sluit af met (6) een tussenconclusie over het effect van de ‘algorithmic turn’ op de totstandkoming van bestuursbesluitvorming overeenkomstig de beginselen van de democratische rechtsstaat. Aangezien de algoritmische context te veel lijkt te verschillen van de context waarvoor deze rechtsnormen ontworpen zijn, komen deze rechtsnormen mogelijk slecht tot uitdrukking in zowel het besluitvormingsproces als het uiteindelijke besluit. Bestuursrechtelijke normen zijn namelijk primair ontworpen voor besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen de uitzondering daarop, maar deze kunnen op verschillende punten in het algoritmische besluitvormingsproces incorrect vertaald worden. Zo kan onduidelijk zijn wat het zorgvuldigheidsbeginsel met zich meebrengt voor een ‘microbeslissing’ in de ontwikkelfase van het algoritme. In deze ontwikkelfase kan daarnaast onvoldoende sturing uitgaan vanuit het geldende discriminatieverbod: moet het algoritme bijvoorbeeld alleen opgeschoond of hertraint worden in het geval van selectiegronden op grond van geslacht, of ook in het geval dat witte en alleenstaande mannen, boven de vijftig, in het bezit van een teckel onevenredig vaak door het algoritme opgepikt worden?¹⁸ Deze paragraaf illustreert dat algoritmische schandalen tot nu toe weliswaar slechts incidenteel aan het licht komen, maar dat de eraan ten grondslag liggende problematiek veel fundamenteeler van aard is. Het blijkt namelijk lastig om algemeen geldende rechtsnormen toe te passen in de algoritmische context.

Ten vierde (in par. 4) wordt gefocust op het effect van de door de rechter geformuleerde transparantievereisten. Bij het doel van effectieve rechtsbescherming wordt een onderscheid gemaakt tussen het definitief beslechten van het bestreden besluit (‘het symptoom’) en het vaststellen van het mogelijk discriminatoire

¹⁷ Ook omdat de jurisprudentie over fraudeopsporingsbeleid vooral gaat over een eventuele schending van het discriminatieverbod.

¹⁸ Vergelijk Houser & Sanders 2017, p. 871.

karakter van algoritmisch ingestoken fraudeopsporingsbeleid ('de onderliggende oorzaak'). De doorkruising van de reflexieve werking tussen rechtsnormen en gedragsnormen komt ook aan bod. Al met al worden vraagtekens gezet bij de rol die de rechter, via onder meer het bewijsrecht, kan spelen in deze context.

Ten vijfde (in par. 5) worden een aantal nader uit te werken oplossingsrichtingen gepresenteerd. Deze komen op het volgende neer: (1) het recontextualiseren van bestaande normen, (2) het omzetten van individuele transparantie in systemische transparantie, (3) het aanstellen van een publieke organisatie die slachtoffers van algoritmische bestuursbesluitvorming bewijs kan helpen vergaren en (4) het vertalen van bewijsregels in het ontwerp van het algoritme.

2 De fabel van de haas en de schildpad: de Awb vanuit het perspectief van *legal regulatory theory* en *law and technology theory*

2.1 *Legal regulatory theory* en *law and technology theory* in een notendop

In deze paragraaf wordt eerst het perspectief neergezet aan de hand waarvan verderop beoordeeld wordt of het huidige bestuursrechtelijke kader doel kan treffen in de algoritmische context. Normering bestaat – zo leert het werk van de gezaghebbende (*legal*) *regulatory theory*-auteurs Black en Schauer – uit (a) een doelstelling, (b) een feitelijke toepassingsconditie en (c) een rechtsgevolg (bijvoorbeeld een sanctie).¹⁹ De feitelijke toepassingsconditie is relevant voor onze analyse. Dit element omschrijft namelijk ‘het object van normering’. Wanneer de wetgever een bepaald maatschappelijk fenomeen, zoals in *casu* bestuurlijke besluitvorming, wenst te normeren, is het startpunt het vormen van een beeld daarvan. Het object van normering betreft het fenomeen dat, op grond van het beeld dat de wetgever heeft van de realiteit (of: de sociotechnische context), in causaal opzicht relevant is voor het bereiken van de beoogde doelstellingen.²⁰ Deze doelstellingen kunnen immers alleen gerealiseerd worden als deze normering zich richt op het fenomeen dat invloed heeft op de beoogde doelstellingen. Desalniettemin leidt het vaststellen van de feitelijke toepassingsconditie nooit tot het spiegelbeeld van de realiteit en is het in plaats daarvan een exercitie in het *benaderen* van de realiteit.²¹ Aan de wetgever de taak om in te zoomen op relevante aspecten van het object van normering en irrelevante aspecten buiten beschouwing te laten. Slaagt de wetgever er niet in om de realiteit *voldoende* te benaderen, dan is de normering in kwestie niet ‘inclusief’ genoeg. Richt de feitelijke toepassingsconditie zich niet uitsluitend op het relevante fenomeen, dan is de

19 Black en Schauer spreken van ‘regulatory objective’, ‘factual predicate’ en ‘consequent’: Schauer 1991, p. 23; Black 2012, p. 21-22. Op element a en c gaat dit preadvies niet nader in, maar de lezer kan hierbij denken aan respectievelijk de waarborgfunctie van het bestuursrecht en bijvoorbeeld de vernietiging van een bestuursbesluit door de rechter (zie bijvoorbeeld Schlössels & Zijlstra 2017, 9).

20 Black 2012, p. 7; Schauer 1991, p. 23.

21 Schauer 1991, p. 23; 26.

normering te ‘inclusief’. In beide gevallen kan de achterliggende doelstelling niet goed gerealiseerd worden; de desbetreffende normering is daarmee ineffectief.²²

Hieruit volgt dat wanneer de feitelijke toepassingsconditie zich niet nauwkeurig genoeg richt op het beoogde object van normering, een (mismatch) kan ontstaan tussen de geldende juridische normering enerzijds en de te normeren realiteit anderzijds. Een van de oorzaken van een dergelijke ‘normeringsmismatch’ is een door technologie ingezette verandering van de sociotechnische context.²³ Brownsword identificeert verschillende normeringsmismatches veroorzaakt door sociotechnische verandering.²⁴ Hij onderscheidt bijvoorbeeld (1) mismatches waarin er onduidelijkheid bestaat over de vraag of de te normeren context onder de wettelijke formulering van de feitelijke toepassingsconditie valt en (2) mismatches die normatief van aard zijn. Bij de eerste soort mismatch geeft Brownsword het voorbeeld van een wettelijke norm waarbij de formulering ervan uitgaat dat een embryo het resultaat is van de bevruchting van een eicel. Hierdoor is onduidelijk of een nieuwe technologie om embryo’s te ontwikkelen onder diezelfde norm valt. Bij de tweede soort mismatch bespreekt Brownsword een wettelijke norm waarbij het screenen van embryo’s toegestaan wordt met als doel om een succesvolle zwangerschap te faciliteren, in plaats van om embryo’s te identificeren die voor een specifiek individu als donor kunnen fungeren. Op het moment dat de technologie tot het laatste in staat is, ontstaat de *normeringsmismatch*. Daarmee toont Brownsword aan dat in de verhouding recht-technologie zeer diverse uitdagingen ontstaan. Volgens Brownsword kan de mismatch in sommige gevallen simpelweg te groot zijn om door rechterlijke interpretatie verholpen te worden; in een dergelijk geval is een fundamentele herontwerp van rechtsnormen geboden.²⁵

In de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* is het gebruikelijk om het bovenstaande perspectief op normering te hebben.²⁶ In deze literatuur wordt dan ook niet zelden een verwijzing gemaakt naar de haas en de schildpad in de fabel van Aesopus: technologie schrijdt in rap tempo voort en het recht hobbelt erachteraan.²⁷ Het is voor het recht de uitdaging om de race uiteindelijk toch te winnen. Vanuit dit perspectief is het een cruciale vraag in hoeverre de inzet van algoritmes de bestuurlijke besluitvormingscontext verandert. Een praktisch voordeel van dit perspectief is dat geen informatie vereist is over de analoge besluitvormingscontext. Dit is immers de context waarvoor veel geldende normering ontworpen is, maar waarover tegelijkertijd (ook) een groot gebrek aan empirische informatie bestaat. Het denkproces van ambtenaren is in zoverre altijd al een *black box* geweest. De vergelijking moet gemaakt worden tussen het beeld van de bestuurlijke besluitvormingscontext zoals volgt uit het ontwerp van de Awb en de daarna ontstane algoritmische besluitvormingscontext. Zoals hiervoor bleek kan

22 Black 2012, p. 7-8.

23 Black 2012, p. 7-8; Bennett Moses 2013, p. 18-19.

24 Brownsword 2008, hfdst. 6.

25 Brownsword 2008, p. 165-168. Deze auteur spreekt van ‘disconnections’ in plaats van ‘mismatches’.

26 Deze literatuur spreekt van ‘regulering’, maar dit preadvies hanteert de term ‘normering’ omdat deze eenduidiger is en beter aansluit bij de bestuursrechtelijke context.

27 Bennett Moses 2013, p. 7.

verandering ten opzichte van dit beeld ervoor zorgen dat geldende rechtsnormen geen doel meer treffen – die zijn immers ingegeven door dit beeld.

2.2 Het Awb-beeld van bestuurlijke besluitvorming

De vorige paragraaf bood een kijkje in het perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory*. Hieruit bleek dat dit perspectief ervan uitgaat dat rechtsnormen alleen doel treffen wanneer de sociotechnische context correct geïnterpreteerd is bij het opstellen van deze rechtsnormen. Na veranderingen in de sociotechnische context bestaat de kans dat rechtsnormen – ondanks rechterlijke interpretatie – hun doel niet kunnen realiseren. Om te analyseren in hoeverre geldende rechtsnormen uit de Awb momenteel doel treffen, is het dus noodzakelijk om de context waarvoor deze rechtsnormen opgesteld zijn te vergelijken met de huidige context.

Bestuursrechtelijke normering in de Awb is, zoals algemeen bekend, in overwegende mate ingegeven door het beeld van bestuursorganen die de samenleving ordenen via het nemen van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb.²⁸ Het gevolg hiervan is dat *concrete* normering ontbreekt voor bestuurshandelen dat niet als Awb-besluit kwalificeert, bijvoorbeeld omdat het geen (zelfstandig) rechtsgevolg heeft. Zoals in paragraaf 3.3 en verder ook geïllustreerd wordt, behoort een groot deel van de belangrijke beslissingen in de algoritmische besluitvormingscontext tot bestuurshandelen dat niet als Awb-besluit maar als voorbereidingshandeling of feitelijke handeling wordt gekwalificeerd. Het rechtsgevolg wordt op grond van het bestaande Awb-kader namelijk pas geïdentificeerd wanneer de besluitvorming de fase van het besluit in de zin van artikel 1:3 Awb bereikt. In geval van het in de Awb centraal gestelde beschikkingsbegrip wordt deze fase bereikt bij de toepassing van geldende rechtsnormen op het individuele geval.²⁹ Beslissingen over bijvoorbeeld het ‘bouwen’ van de algoritmische *tool* vallen temporeel niet samen met dit beslismoment.

Uiteraard betekent de focus van de Awb op besluiten niet dat er voor handelen dat niet kwalificeert als Awb-besluit in het geheel geen normering bestaat. Allereerst bestaat het algemene bestuursrecht namelijk ook uit algemene beginselen van behoorlijk bestuur die gedeeltelijk in de Awb gecodificeerd zijn en voor al het bestuurshandelen gelden, voor zover de aard hiervan zich niet daartegen verzet.³⁰ Normeren via beginselen biedt een zekere mate van flexibiliteit: beginselen zijn namelijk ‘slechts’ richtinggevend. Dit betekent dat een interpretatieslag vereist is voor de toepassing in een concreet geval. In principe sluit het normeren via beginselen ook goed aan op een technologieonafhankelijke benadering.³¹ Een dergelijke benadering houdt namelijk rekening met het feit dat technologie en recht zich altijd als de haas en de schildpad uit de fabel van Aesopus tot elkaar zullen

28 Schlössels & Zijlstra 2017, 86, 152 en 157.

29 Art. 1:3 lid 2 Awb.

30 Art. 3:1 lid 2 Awb; Schlössels & Zijlstra 2017, 152.

31 Koops 2006, p. 10.

verhouden en het recht niet bij iedere technologische ontwikkeling opnieuw uitgevonden kan worden. Voor de normering van technologie is het dus een voordeel dat beginselen geen pasklaar antwoord bieden op wat rechtmatig is in concrete gevallen, maar dit voordeel kan op een gegeven moment ook omslaan in een nadeel. Ook beginselen kunnen, ondanks hun algemene aard, ophouden doel te treffen door (te grote) veranderingen in de sociotechnische realiteit.³² Zo is het maar de vraag of duidelijk is hoe bestuursorganen hun gedeeltelijk algoritmisch ingegeven fraudeopsporingsbeleid moeten vormgeven om aan het zorgvuldigheidsbeginsel te voldoen. Bijvoorbeeld: hoe vaak moet gecontroleerd worden of een algoritme nog wel zo goed als mogelijke risico-inschattingen maakt of het hertraint moet worden? Ten tweede functioneert de Awb niet in isolement: vanwege onder meer het monistische karakter van de Nederlandse rechtsorde en het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet, vormen rechtsnormen uit supranationale verdragen de verhouding overheid-burger op een wezenlijke manier. Het discriminatieverbod zoals neergelegd in de artikelen 14 en 1 bij Protocol 12 EVRM is een dergelijke rechtsnorm. Ingevolge deze artikelen lijken slechts bepaalde vormen van algoritmisch onderscheid verboden, terwijl we als samenleving wellicht meerdere vormen van onderscheid problematisch (discriminatoire) achten in de algoritmische context (zie par. 3.5). Zoals de rest van dit preadvies betoogt, betekent het bestaan van normering voor algoritmische (voorbereidings)handelingen niet zonder meer dat deze context ook *passend* genormeerd wordt. Deze normering is namelijk wel onderdeel van een systeem gestoeld op fundamentele aannames die steeds minder op lijken te gaan (zoals dat het bestuur de samenleving ordent via het nemen van besluiten).

32 Koops 2006, p. 11.

3 Veranderingen in de sociotechnische context van bestuurlijke besluitvorming?

3.1 Algorithms 101

Voordat de redenen besproken worden om aan te nemen dat de bestuurlijke besluitvormingscontext verandert door de inzet van algoritmes, volgt de definitie van twee centrale begrippen. Algoritmes kunnen namelijk grofweg in twee categorieën worden ingedeeld, door Hildebrandt aangeduid als: (1) ‘codegedreven’ en (2) ‘datagedreven’ algoritmes.³³ Codegedreven algoritmes staan ook wel bekend als ‘regelgebaseerde’ algoritmes en hebben een ‘als X, dan Y’- of beslisboomstructuur. Dit betekent dat het algoritme ontwikkeld wordt en functioneert op basis van vooraf ingevoerde ‘code’. Deze code bestaat uit de wetsinterpretatie of ervaringsgegevens van het bestuursorgaan in kwestie, gegoten in programmeertaal. Dat maakt weer dat de output van dit soort algoritmes ‘rigide’ is: deze is vooraf op bovenindividueel niveau bepaald; ‘maatwerk’ in individuele gevallen is daarom onmogelijk. Hierbij hoeft vanuit technisch oogpunt geen menselijke ambtenaar betrokken te zijn. Individuele besluiten kunnen volledig geautomatiseerd plaatsvinden.³⁴ Het vaststellen van het recht op een toeslag kan bijvoorbeeld op deze manier plaatsvinden. Wanneer datagedreven algoritmes (ook aangeduid als ‘*case-based*’) worden ingezet, bestaat zo’n vooraf identificeerbare code daarentegen *niet*: deze algoritmes produceren output door middel van de blootstelling aan een grote database in combinatie met een bepaalde vorm van artificiële intelligentie zoals *machine learning*. In zekere zin is dit soort algoritme het spiegelbeeld van codegedreven algoritmes, omdat het algoritme niet gebouwd is op menselijk geformuleerde regels, maar op de door artificiële intelligentie uit beschikbare data afgeleide correlaties en patronen die als ‘regels’ dienen. Daardoor lijkt er, als het algoritme goed functioneert, meer ruimte te zijn voor maatwerk, omdat de ‘regels’ volgen uit een analyse van een database waarin zeer veel verschillende gevallen voorkomen. Deze regels kunnen gepersonaliseerder of fijnkorreliger zijn door middel van het ontwaren van correlaties tussen kenmerken van verschillende gevallen.³⁵

33 Hildebrandt 2018, p. 2.

34 Hildebrandt 2018, p. 2-3; Meuwese 2022, p. 59.

35 Hildebrandt 2018, p. 2-3; Meuwese 2022, p. 59. Zie ook Hirsch Ballin 2021.

3.2 De 'algorithmic turn'

Of, en in hoeverre, bestaande bestuursrechtelijke normering inderdaad geen doel treft omdat de sociotechnische context veranderd is, is nog onderwerp van bestudering. Desalniettemin biedt de bestaande literatuur reeds aanwijzingen die erop duiden dat de verandering in de sociotechnische context van wezenlijke aard is. Dit preadvies duidt deze aanwijzingen aan de hand van het uit de *law and technology*-literatuur ontleende concept van de 'algorithmic turn'. Met deze term, ook aangeduid als de 'computational turn', wordt de verschuiving aangeduid van analoge naar algoritmische benaderingen om in een steeds ingewikkeldere maatschappij (1) toekomstig gedrag van bepaalde subjecten te voorspellen (bijvoorbeeld de kans dat zij een overtreding zullen begaan) of (2) een specifiek kenmerk van objecten of subjecten te detecteren en classificeren (bijvoorbeeld of gefraudeerd is bij een aangifte inkomstenbelasting). Deze *algorithmic turn* heeft onder meer kunnen aanvangen door de vrij recent beschikbaar gekomen, grote databestanden waarop algoritmes werken.³⁶

Het is niet zo dat de inzet van algoritmes door bestuursorganen een nieuw fenomeen is. *Vóór* deze verschuiving werden complexe (datagedreven) algoritmes ook al wel ingezet om inzicht te verkrijgen in abstractere fenomenen zoals het klimaat of filegolven. Hetzelfde geldt voor simpelere (codegedreven) algoritmes om grote 'beschikkingsfabrieken' te ontlasten in de uitvoering, bijvoorbeeld door het automatisch laten uitbetalen van toeslagen indien wordt voldaan aan de in een beslisboom gecodeerde wettelijke voorwaarden. De verandering die de *algorithmic turn* teweeggebracht heeft, ligt dus specifiek in het feit dat (a) algoritmische toepassingen zich nu richten op *voorspellingen* over en *classificatie* van *concretere* subjecten of objecten, in plaats van abstractere fenomenen, in combinatie met het feit dat (b) de (gedeeltelijk) geautomatiseerde analyse van deze subjecten of objecten niet zozeer (uitsluitend) gebaseerd wordt op objectieve methoden zoals meten of (empirisch) vaststellen, maar *subjectiever* van aard is omdat conclusies afgeleid worden uit door het algoritme gedetecteerde correlaties of door mensen in code vastgelegde ervaringsregels.³⁷

Met de *algorithmic turn* verwijst dit preadvies dus naar de aanwijzingen voor veranderingen in de sociotechnische context van het in paragraaf 1.2 afgebakende terrein van bestuursbesluitvorming. Deze besluitvorming resulteert in:

- a. beschikkingen van bestuursorganen; die
- b. (gedeeltelijk) algoritmisch tot stand gekomen zijn; en
- c. een intrekking en terugvordering van een sociale zekerheidsvoorziening zoals een bijstandsuitkering of studiefinanciering als gevolg hebben gehad – al dan niet gepaard gaande met een boeteoplegging.³⁸

³⁶ Edwards & Veale 2017, p. 25.

³⁷ Edwards & Veale 2017, p. 24; Rouvroy & Berns 2010, p. 89. Voor een bredere duiding van het gebruik van deze term in de literatuur, zie: De Vries 2013, p. 14-15.

³⁸ De algoritmische besluitvormingscontext behelst juist ook risico's wanneer het eindresultaat geen beschikking is, bijvoorbeeld in het geval van de groep personen die als niet-risicovol wordt bestempeld door het algoritme. Deze risico's hangen samen met de microbeslissingen die in dit preadvies besproken worden, maar er wordt hier niet specifiek ingegaan op deze niet-inbeslissingen-uitmondende gevallen.

Wellicht ten overvloede wordt benadrukt dat dit preadvies niet specifiek ingaat op de eerder omschreven soort algoritmische besluitvorming, namelijk waarbij codegedreven algoritmes – volledig geautomatiseerd – besluiten nemen over de toekenning van een socialezekerheidsvoorziening. Een deel van de risico's zijn weliswaar hetzelfde voor volledig geautomatiseerde beschikkingen waarbij socialezekerheidsvoorzieningen worden toegekend en voor gedeeltelijk door algoritmisch fraudeopsporingsbeleid vormgegeven besluiten. Zo kan het soort algoritmes dat ingezet wordt voor fraudeopsporingsbeleid voor de inputdata afhankelijk zijn van de data voortgekomen uit simpelere algoritmes die direct ingezet zijn bij de verlening van bijvoorbeeld een toeslag.³⁹ Als bijvoorbeeld fouten optreden bij de vertaling van analoge regels naar algoritmische code, hebben deze fouten indirect ook gevolgen voor de algoritmes ingezet voor fraudeopsporingsbeleid. Bovendien bestaan ook fraudeopsporingsalgoritmes waarvan de 'eigen' ontwikkeling een vertaling van analoge regels naar algoritmische code vereist.⁴⁰ Deze overeenkomsten daargelaten kleven wezenlijk andere risico's aan algoritmisch ingegeven fraudeopsporingsbeleid dan aan het geautomatiseerd toekennen van socialezekerheidsvoorzieningen en daarom wordt in dit preadvies primair de eerste categorie geanalyseerd. Primair en niet uitsluitend, omdat de scheidslijn dus lastig aan te brengen is. Dat is ook het geval bij de scheidslijn tussen digitale en analoge besluitvorming. Aangezien algoritmes ontworpen worden door mensen, is het logisch dat allerlei bestaande maatschappelijke fenomenen, zoals menselijke bias, doorwerken in de digitale *modus operandi*. Door deze doorwerking kunnen risico's van analoge besluitvorming ook gelden voor algoritmische besluitvorming. De verandering die ingezet is door de *algorithmic turn* is dus niet van categorische aard, maar genuanceerd, en zit vaak in de interactie tussen verschillende soorten handelingen. In paragraaf 3.5 wordt verder ingegaan op dit verschil tussen digitale en analoge besluitvorming.

3.3 Gefragmenteerde(re) besluitvorming via legio 'microbeslissingen'?

Kortweg lijkt de *algorithmic turn* ervoor te zorgen dat het beslismoment in toenemende mate gefragmenteerd raakt, door verschillende actoren gevormd wordt en zich daarbij in overwegende mate verplaatst naar het bovenindividuele niveau. Het alomvattende karakter van de *algorithmic turn* wordt in dit preadvies geïllustreerd aan de hand van deze kleinere beslismomenten, in de verdere analyse aangeduid als 'microbeslissingen'.⁴¹ Microbeslissingen worden gedefinieerd als: *incrementele beslissingen die genomen worden gedurende het gehele besluitvormingsproces*

39 Stel dat de data beschikbaar bij het desbetreffende bestuursorgaan het resultaat zijn van een codegedreven algoritmisch besluitvormingsproces en bij het ontwikkelen van dat algoritme bijvoorbeeld een fout gemaakt is in de vertaling van analoge regel naar code. Die fout werkt dan door in het daarna ontwikkelde datagedreven algoritme. Zie voor uitleg over de ontwikkeling van algoritmes par. 3.3.3.

40 Zie par. 3.3.3.

41 Yeung & Harkens 2023a, p. 1; Hildebrandt 2018, p. 3; Merigoux, Alauzen & Slimani 2022, p. 6.

en die bij elkaar genomen op significante wijze dit besluitvormingsproces en de daaruit voortvloeiende eindbeslissing vormen.⁴²

Op het eerste gezicht lijken ‘micro’ en ‘bovenindividueel’ een tegenstelling te impliceren, maar uit het hierop volgende zal blijken dat een beslissing die genomen wordt over bijvoorbeeld het soort algoritme dat ingezet wordt ‘micro’ is ten opzichte van het voor de Awb relevante besluit, maar op bovenindividueel niveau doorwerkt omdat algoritmische systemen ontworpen worden voor de beoordeling van een groot aantal gevallen. Bovendien resulteert de interactie tussen de verschillende soorten microbeslissingen in een soort ‘vlindereffect’: iedere microbeslissing (verder) *upstream* heeft wezenlijk effect op de microbeslissingen (verder) *downstream*, alsook op het uiteindelijke besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Om het conceptuele kader dat hierna volgt meer tot de verbeelding te laten spreken, licht ik de volgende praktijkvoorbeelden uit.

1. In het schandaal rondom de Fraudesignaleringsvoorziening had een gebrek aan gedeelde interpretatie van ingevoerde data een ingrijpend effect op het uiteindelijke besluit. Enerzijds genereerde de ene afdeling van de Belastingdienst een datapunt dat slechts bedoelde aan te geven dat het individu in kwestie geselecteerd was voor een afwijkende behandeling omdat bepaalde signalen wezen op *mogelijke fraude*. Anderzijds interpreteerde de afdeling die verantwoordelijk was voor de besluitvorming deze invoer als een *vastgesteld geval van fraude*. Het gevolg hiervan was dat individuen ten onrechte een minnelijke betalingsregeling werd geweigerd voor eventueel onrechtmatig ontvangen toeslagen.⁴³
2. Van een ‘impliciete classificatie’-functie (zie par. 3.3.4) lijkt sprake te zijn geweest bij het gebruik van het COMPAS-systeem. In dit onder meer in de Verenigde Staten gebruikte systeem ontvangen rechters bij de beoordeling van een verzoek voor vrijlating op borgtocht een algoritmisch advies over het risico op recidive. Uit onderzoek blijkt dat een deel van de rechters een negatief algoritmisch advies opvolgt wanneer de verdachte een zwarte huidskleur heeft, terwijl dit deel het algoritmisch advies naast zich neerlegt en het eigen oordeel volgt bij verdachten met een witte huidskleur.⁴⁴
3. Van een vergelijkbare dynamiek lijkt sprake te zijn geweest bij een algoritmische toepassing van de Britse immigratiedienst. Hierbij werd de classificatie niet gebaseerd op voor de mens identificeerbare kenmerken zoals huidskleur, maar op niet-menselijk identificeerbare maar algoritmisch gecreëerde groepen. Individuen die door het algoritme als een ‘laag risico’ werden bestempeld, werden na menselijke tussenkomst nooit anders beoordeeld, terwijl dit wel gold voor individuen die door het algoritme als ‘hoog risico’ of ‘relatief hoog risico’ werden bestempeld.⁴⁵

42 Vergelijk Binns & Veale 2021, p. 319-320.

43 PwC 2021, p. 11.

44 Binns & Veale 2021, p. 325.

45 Binns & Veale 2021, p. 325.

Een eerste literatuuronderzoek suggereert dat bij algoritmische besluitvorming ten minste drie soorten microbeslissingen genomen worden in de dimensies: (1) database (*bron*), (2) technologische ontwikkeling (*middel*) en (3) organisatorische toepassing (*organisatiestructuur en menselijke besluitvormer*). Deze microbeslissingen worden genomen door ten minste drie soorten actoren en in ten minste drie soorten institutionele contexten.

3.3.1 De dimensie ‘database (*bron*)’

Microbeslissingen worden genomen met betrekking tot het ontwerpen van de databases die voor algoritmische besluitvorming als ‘bron’ fungeren (de dimensie ‘database (*bron*)’). In deze dimensie treft men actoren uit twee soorten institutionele contexten aan: intern of extern, gezien vanuit het ‘centrale bestuursorgaan’ (dat het uiteindelijk Awb-besluit neemt). Databases kunnen aan de ene kant namelijk bestaan uit data die het bestuursorgaan intern verzameld heeft door het nemen van besluiten in het verleden (het opleggen van een belastingaanslag, het vaststellen van het recht op een bijstandsuitkering of een eerdere intrekking van een bijstandsuitkering). Wanneer uit de primaire taken van het beslissende bestuursorgaan niet de benodigde data verkregen zijn, kunnen databases aan de andere kant bestaan uit data die het bestuursorgaan ontvangt van een ander bestuursorgaan (extern). Van externe dataverkrijging is bijvoorbeeld sprake in het geval van ‘ketensamenwerking’.⁴⁶ In dit geval is een van de eerste microbeslissingen die genomen moet worden, gelegen in de keuze tussen het delen van data met het andere bestuursorgaan via simpel kopiëren of via een zogeheten ‘semipermanente datastructuur’. Aan deze keuze ligt een afweging ten grondslag tussen enerzijds de mogelijkheid om data te recontextualiseren voor de doeleinden van het ontvangende bestuursorgaan en anderzijds de mogelijkheid om op de hoogte gebracht te worden wanneer data *a posteriori* gecorrigeerd worden en het daarop gebaseerde besluit incorrect blijkt te zijn. Simpel kopiëren zou laatstgenoemde namelijk onmogelijk maken, aangezien het bestuursorgaan in kwestie dan enkel de data van het andere bestuursorgaan ontvangt in plaats van dat het toegang heeft tot delen van de database van het andere bestuursorgaan.⁴⁷

Verder is van belang dat de actoren uit dit stadium, namelijk actoren die verantwoordelijk zijn voor de data-invoer, en de actoren uit een later stadium, namelijk actoren die verantwoordelijk zijn voor de besluitvorming die op basis daarvan geschiedt, dezelfde interpretatie van de betekenis en significantie van data hanteren. Dit is bijvoorbeeld relevant bij het verschil tussen ‘harde’ (individuele en feitelijke) data en ‘zachte’ (niet-individuele en/of niet-feitelijke) data. Wanneer beide soorten data opgenomen worden in de database, is het belangrijk dat duidelijk aangegeven wordt wanneer sprake is van welke soort data. Anders ligt ook het risico op de loer dat onderbuikgevoelens, ervaringsgegevens of andere soorten (subjectieve) aannames in de daarop volgende besluitvorming hetzelfde gewogen worden als ‘daadwerkelijke’ feiten, terwijl de menselijke beslissers onder de

⁴⁶ Van Eck 2018, p. 22.

⁴⁷ Van Eck 2018, p. 213; Widlak 2021, p. 14, 171, 179 en 180-182.

indruk verkeren dat de besluitvorming (voor zover dit al mogelijk is) op ‘objectieve gronden’ plaatsgevonden heeft.⁴⁸

3.3.2 De dimensie ‘technologische ontwikkeling (middel)’

Ook over het technische ontwerp van de algoritmische tool zelf worden micro-beslissingen genomen (de dimensie ‘technologische ontwikkeling (middel)’). In deze dimensie treft men actoren uit twee soorten institutionele contexten: de beslissingen worden soms namelijk genomen door *software engineers* en data-analisten die werkzaam zijn bij het desbetreffende bestuursorgaan, maar ook weleens bij een commerciële partij die een opdracht uitvoert voor het bestuursorgaan.⁴⁹ Afhankelijk van of de keuze valt op een codegedreven of datagedreven algoritme, moet een verschillend ontwerptraject ingeslagen worden. In het geval van codegedreven algoritmes moeten analoge regels (wet- en regelgeving of bestuurlijke ervaringsgegevens) vertaald worden naar algoritmische code.⁵⁰ Bij deze vertaling kunnen veel zaken voor een discrepantie tussen analoge en algoritmische regel zorgen, onder meer vanwege het feit dat verschillen bestaan tussen menselijke taal (meer genuanceerd) enerzijds en computertaal (meer binair) anderzijds. Ook speelt mee dat de technici die de vertaling uitvoeren logischerwijs niet over de juridische kennis beschikken om de interpretatie te maken die een vertaling mogelijkwijs vereist.⁵¹ In het geval van datagedreven algoritmes worden in de ontwerpfasen beslissingen genomen over de manier waarop invoerdata gelabeld worden.⁵² Een bepaald waterverbruik dat inconsistent is met het gemiddeld verbruik van een individu kan bijvoorbeeld worden gelabeld als ‘fraude’ met een bijstandsuitkering omdat een feitelijk partnerschap mogelijkwijs niet geregistreerd staat of iemand feitelijk op een ander adres woont dan geregistreerd. De gelabelde invoerdata vormen zo de “*training dataset*”, die (zoals de naam aangeeft) het algoritme traint.⁵³

Ook moeten voor datagedreven algoritmes beslissingen genomen worden over welk type *machine learning*-software wordt gebruikt om het algoritme te bouwen. Zo kan de keuze tussen bijvoorbeeld een regressie- en een classificatiemodel relevant zijn; waar het eerste model een score genereert voor ieder individu, plaatst het tweede model ieder individu juist in bepaalde algoritmische groepen.⁵⁴ Daarnaast moet bepaald worden welke verdeling tussen valspositieven en valsnegatieven geschikt is voor de desbetreffende besluitvormingscontext. Zo zou in een juridische context de afweging in principe sneller (moeten) uitvallen in het voordeel van meer valsnegatieven dan in een medische context. Bovenstaande verdeling in juridische context geeft er uiting aan dat een samenleving met toewijding aan de beginselen van de democratische rechtsstaat, de situatie dat een deel van

48 Widlak, p. 20-21, 25 en 217.

49 Yeung 2023, p. 3.

50 Hildebrandt 2018, p. 2-3.

51 Citron 2007, p. 1261.

52 Edwards & Veale 2017, p. 25; Hildebrandt 2018, p. 2-3; Meuwese 2022, p. 59.

53 Edwards & Veale 2017, p. 25-26.

54 Yeung & Harkens 2023b, p. 8.

de bestaande fraudeurs niet opgespoord wordt, verkiest boven de situatie dat een deel van de goeden onder de kwaden lijdt. In de medische context worden we daarentegen juist liever gealarmeerd over een ziekte die achteraf niet aanwezig blijkt te zijn, dan dat we er te laat achter komen dat we ziek zijn.⁵⁵

Bovendien is het essentieel om ons te realiseren dat dergelijke ontwerpbeslissingen niet tot de verleden tijd behoren wanneer het algoritme eenmaal in werking is: tijdens de inzet van het algoritme is het ook van belang dat technische ontwikkelaars kunnen identificeren wanneer zij het algoritme moeten hertrainen. Data-gedreven algoritmes zijn namelijk, door de combinatie van een training dataset en een bepaalde *machine learning*-software, getraind op basis van een bepaalde voorstelling van een tijdelijke realiteit. Aangezien sociale problemen zoals fraude niet statisch zijn, kunnen eventuele patronen daarin op overeenkomstige wijze aan verandering onderhevig zijn.⁵⁶

3.3.3 De dimensie ‘organisatorische toepassing (organisatiestructuur en menselijke besluitvormer)’

Microbeslissingen worden genomen in de gehele sociotechnische context van algoritmische bestuursbesluitvorming en dus ook met betrekking tot de inbedding van de algoritmische tool in de werkprocessen van het desbetreffende bestuursorgaan (de dimensie ‘organisatorische toepassing (*organisatiestructuur en menselijke besluitvormer*)’). In deze dimensie vindt men actoren uit de meer seniore lagen van het bestuursorgaan (die immers grotendeels de doelstellingen en manier van werken bepalen), alsook actoren op de werkvloer (de menselijke beslissers). Kort en goed komt het er in deze dimensie op neer dat organisatorische keuzes van invloed zijn op de interactie tussen mens en machine. De soort en mate van menselijke interactie, alsook het moment waarop deze plaatsvindt, brengen voor het uiteindelijke besluit bepalende microbeslissingen met zich mee. De oorzaak hiervan ligt in meer psychologische hoek en raakt aan hoe menselijke beslissers aankijken tegen technologie (bijvoorbeeld als objectief en gezaghebbend) ten opzichte van hun eigen professionele oordeelsvorming. Opereert een menselijke beslisser binnen een bepaalde organisatorische context (zoals die van een bestuursorgaan), dan spelen ook allerlei verwachtingen van bovenaf mee. Zo is het denkbaar dat als een algoritme de besluitvorming voornamelijk ondersteunt met als doel kostenbesparing en efficiëntie, vanuit de organisatie relatief meer waarde gehecht wordt aan standaardisering. Voor de menselijke beslisser is het dan lastiger om af te wijken van het algoritmisch advies.

Het is inmiddels alom bekend dat bij gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming het risico van ‘*automation bias*’ op de loer ligt. Met deze term wordt uitdrukking gegeven aan het fenomeen waarbij menselijke beslissers geneigd zijn om algoritmisch advies min of meer blind op te volgen. Vanwege de aura van objectiviteit die algoritmes met zich meedragen, leiden contra-indicaties voor

⁵⁵ Yeung & Harkens 2013b, p. 9; Scantamburlo, Charlesworth & Cristianini 2019, p. 53-55.

⁵⁶ Binns 2020, p. 4-5.

het algoritmisch advies dan toch niet tot een materieel ander besluit.⁵⁷ Empirisch onderzoek suggereert bovendien dat menselijke beslissers in bestuursorganen met een meer hiërarchische organisatiecultuur minder ruimte ervaren om af te wijken van algoritmisch advies dan hun collega's in bestuursorganen met een minder hiërarchische organisatiecultuur. Dit is het gevolg van de door de bestuurslaag gemaakte keuze voor een sterke inbedding van algoritmische systemen in het werkproces van individuele beslissers. In bestuursorganen met een meer hiërarchische organisatiecultuur blijken individuele beslissers vaker geen gevolg te geven aan contra-indicaties verkregen uit niet-algoritmische informatie, omdat zij afwijking van het algoritmisch advies gemotiveerd dienen voor te leggen aan hun bovengesikten.⁵⁸ Of de oorzaak nu ligt in hoe de menselijke beslisser zich verhoudt tot de cultuur van het bestuursorgaan of hoe hij zich überhaupt verhoudt tot technologie, de papieren werkelijkheid en de reële werkelijkheid kunnen op deze manier flink uit elkaar lopen. Op papier functioneert het algoritme namelijk slechts als beslisondersteuning en blijft de menselijke beslisser *in charge*; in de praktijk wordt de rol van deze menselijke beslisser gereduceerd tot *rubberstamping*. Dat menselijke beslissers op deze manier onopgemerkt weg kunnen vallen als *checks and balances* op de geautomatiseerde besluitvormingspraktijk is dan ook een van de redenen dat artikel 22 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) in beginsel een verbod neerlegt op volledig geautomatiseerde besluitvorming.

Bij de inbedding van algoritmes binnen organisatorische werkprocessen zouden bepaalde microbeslissingen dus van invloed kunnen zijn op de mate van zinvolle menselijke interventie. Een van deze beslissingen raakt aan de rol die een algoritme (en daarmee de menselijke beslisser) in het algehele besluitvormingsproces vervult. Zo kunnen algoritmes een adviserende of een classificerende rol vervullen. In het eerste geval rolt een advies uit het algoritme, bijvoorbeeld over het risico van een individu om frauduleus gedrag te vertonen. Op basis hiervan beslist het bestuursorgaan dan of dit individu onderworpen moet worden aan geïntensiveerd toezicht. Het advies wordt geproduceerd doordat het dataprofiel van een individu getoetst wordt aan vooraf menselijk ingevoerde regels (in geval van een codegedreven algoritme) of door data-analyse opgevatte correlaties (in het geval van een datagedreven algoritme). Hieruit rolt een score, label of categorie, bijvoorbeeld: 'de kans op toekomstige fraude is 65%', dit is een 'potentieel toekomstige fraudeur' of er bestaat een 'hoog risico op fraude'. Wanneer een algoritme een dergelijke rol vervult, beschikt de menselijke beslisser ook over andere, niet-algoritmische informatiebronnen en blijft hij in ieder geval formeel bevoegd om het uiteindelijke besluit te nemen, ook indien dat betekent dat hij het algoritmische advies naast zich neerlegt.⁵⁹ In het tweede geval, namelijk dat waarin het algoritme een classificerende rol vervult, werpt het algoritme bepaalde gevallen uit voor behandeling door een menselijke beslisser. Een belangrijk verschil met het eerste soort algoritme is dat een deel van de daaruit voortvloeiende besluiten dus volledig geautomatiseerd is: het algoritme produceert immers geen advies

57 WRR 2021, p. 415.

58 Meijer, Lorenz & Wessels 2021, p. 844.

59 Binns & Veale 2021, p. 322.

voor alle gevallen, maar brengt enkel bepaalde besluiten onder de aandacht van de menselijke beslisser. Zo kan een dergelijk fraudeopsporingsalgoritme een deel van de besluiten als niet-verdacht bestempelen, en een deel als verdacht. Het eerste deel wordt dan niet onderworpen aan verder toezicht. Het tweede deel wordt overgedragen aan de menselijke beslisser die op basis van alle beschikbare informatie een oordeel velt over de vraag of het algoritme dit deel terecht als verdacht bestempelt en verder toezicht inderdaad op zijn plek is, of dat het algoritmische oordeel onterecht is.⁶⁰

Het soort algoritme dat een classificerende rol vervult, is vanuit efficiëntie-oogpunt interessant wanneer veel gevallen beoordeeld moeten worden: het is immers onmogelijk om iedere belastingaangifte separaat te beoordelen. Anders dan bij de eerste soort algoritmes kan de menselijke beslisser geen eigen oordeel vellen over ieder geval dat het algoritme heeft beoordeeld; dit kan hij alleen over de gevallen die het algoritme voor hem uitwerpt. Voor de andere gevallen kan de menselijke beslisser niet verifiëren of het algoritmisch advies terecht is, of bijvoorbeeld bevooroordeeld. De rol van het algoritme lijkt zo vooraf bepaald door bepaalde ontwerpkeuzes. Voor een deel is dit ook zeker het geval, maar de interactie tussen mens en machine kan dergelijke ontwerpkeuzes toch in bepaalde mate doorkruisen (of, in andere gevallen, juist te veel versterken). Deze interactie kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat een adviserend algoritme toch classificerend functioneert. Dit komt voor wanneer de menselijke beslisser het algoritmisch advies alleen naast zich neerlegt bij een bepaald deel van de geanalyseerde populatie en niet bij het andere (een ‘impliciete classificatie’-functie).⁶¹ Hiervan leek bijvoorbeeld sprake bij het in paragraaf 3.3 besproken COMPAS-algoritme.

De keuze voor een specifieke rol van het algoritme in het besluitvormingsproces behelst in die zin dan ook al een zekere microbeslissing. Daarnaast kan het ontwerp van de gebruikte interface waarop het algoritmisch advies aan de menselijke beslisser wordt gepresenteerd worden gezien als een hieraan gerelateerde microbeslissing die van invloed kan zijn op de mate van zinvolle menselijke interventie. Voor zinvolle menselijke interventie is immers vereist dat de menselijke beslisser enigszins kennis heeft van de rationale die ten grondslag ligt aan het algoritmisch advies en dat niet-algoritmische informatie ook in deze interface opgenomen is. Een dergelijke interface is ook van belang voor de mogelijkheid om het besluit aan het desbetreffende individu uit te leggen.⁶² Al met al toont deze dimensie aan dat expliciete en impliciete keuzes over hoe het werkproces en de -omgeving ingericht worden van grote invloed zijn op het uiteindelijke besluit.

60 Binns & Veale 2021, p. 322. Uiteraard bestaan variaties op deze soorten, maar voor conceptuele duidelijkheid worden deze twee uitersten besproken.

61 Binns & Veale 2021, p. 325 [vertaling OAK; auteurs spreken van ‘implied “triage” situation’].

62 Yeung & Harkens 2023b, p. 12.

3.4 Fragmentatie voorbij

3.4.1 Van ‘street-level’ naar ‘system-level’

Vanuit de drie dimensies van microbeslissingen tezamen ontstaat allereerst het beeld dat Bovens en Zouridis, geïnspireerd door het werk van Lipsky, in 2002 al neerzetten. Door de datagerelateerde, technische en organisatorische microbeslissingen bij algoritmische besluitvorming, verplaatst het zwaartepunt van bestuurlijke besluitvorming zich van de ‘street-level’ naar de ‘system-level bureaucrats’. Niet langer behoort de discretionaire ruimte van het bestuur toe aan de ambtenaar die contact onderhoudt met de burger, zijn situatie kent en deze toetst aan het geldende wettelijke kader, waarna hij uiteindelijk binnen de daardoor aan hem gelaten ruimte over bijvoorbeeld een aanvraag van of sanctie jegens deze burger beslist. Deze ruimte wordt in plaats daarvan overgedragen aan medewerkers van het bestuursorgaan die op systeemniveau opereren, zoals de data-analisten en softwareontwerpers alsook beleidsmedewerkers die de uitvoering op organisatieniveau vormgeven.⁶³ Alhoewel de analyse van Bovens en Zouridis specifiek gaat over de context van ‘beschikkingsfabrieken’, is het niet ondenkbaar dat deze ook geldt voor de besluitvormingspraktijk van andersoortige bestuursorganen, zoals een college van burgemeester en wethouders (hierna: college). Colleges geven hun fraudeopsporingsbeleid namelijk niet altijd zelfstandig vorm, maar juist in samenwerkingsverbanden met beschikkingsfabrieken zoals de Belastingdienst en andere gemeenten.⁶⁴

3.4.2 Een vlindereffect?

Ten tweede ontstaat het beeld dat de dimensies van microbeslissingen niet op zichzelf staan en mede daardoor niet micro maar macro uitpakken. Bij het lezen van het voorgaande beknopte overzicht van de mogelijke soorten microbeslissingen kan het overkomen alsof het effect van deze beslissingen inderdaad ‘micro’ is. Deze feitelijke ‘micro’-beslissingen hebben echter een significante en beslissende invloed op het algehele besluitvormingsproces en het uiteindelijke besluit. Als concept representeren microbeslissingen dus de bij algoritmische besluitvorming cruciale beslistmomenten die meer *upstream* – voorafgaand aan het formele bestuursrechtelijke beslistmoment – plaatsvinden. Dat deze dimensies niet op zichzelf staan, is niet heel lastig voor te stellen. Zo hebben de microbeslissingen in de dimensie ‘database (bron)’ invloed op de beslissingen in de dimensie ‘technologische ontwikkeling (tool)’ en ‘organisatorische toepassing (organisatiestructuur en menselijke besluitvormer)’. Bijvoorbeeld: is de gebruikte dataset *biased*, dan is diezelfde bias ingebakken in de tool. Bias die besluitvorming uit het verleden heeft beïnvloed, werkt dan door in de besluitvorming in het heden: bij datagedreven algoritmische tools wordt dan ook van ‘historische bias’ gesproken.⁶⁵ De

63 Bovens & Zouridis 2002, p. 175 en 180. Zie ook Van Eck, Bovens & Zouridis 2018.

64 Zie bijvoorbeeld CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 1.2.1. en 1.2.3; Choi, Van Eck & Hukshorn 2021.

65 Hacker 2018, p. 5-6.

doorwerking van 'kwalitatief slechte' data bestaat ook bij codegedreven algoritmische tools: ook hier hebben de beschikbare data immers de van toepassing zijnde regel bepaald, alleen dan via de mens zelf die de regel in code vatte. Een ander voorbeeld: bevat de gebruikte database ook zachte data, maar is dat niet duidelijk voor de menselijke beslisser, dan zal deze wellicht eerder misleid worden door de 'aura van objectiviteit' rondom algoritmes. De in paragraaf 3.3 opgesomde praktijkvoorbeelden tonen ook aan dat microbeslissingen juist door de onderlinge interactie van grote invloed kunnen zijn op het uiteindelijke besluit. Het beeld dat ontstaat, is dat microbeslissingen tezamen een soort 'vlindereffect' veroorzaken. In het algemeen geldt dat in de complexe systemen waar het vlindereffect zich voordoet, op het eerste oog kleine wijzigingen aan de voorkant juist grote, wezenlijke effecten op de uiteindelijke uitkomst hebben.⁶⁶ Dit lijkt ook te gelden voor de algoritmische besluitvormingscontext.

3.5 Analoge vs. digitale besluitvorming

In paragraaf 3.2 werd er al op gewezen dat de door de *algorithmic turn* ingezette verandering niet per se van categorische aard hoeft te zijn, maar wellicht gradueler van aard is. Yeung suggereert ook een graduelere verandering: zij stelt dat de algoritmisering van bestuurlijke besluitvorming, een verandering door haar aangeduid als 'New Public Analytics', in zekere zin voortborduurde op een eerder in de publieke sector gesignaleerde verandering, *New Public Management*. Kort gezegd werd met laatstgenoemde een marktgeoriënteerde logica geïntroduceerd bij de uitvoering van publieke taken.⁶⁷ Alhoewel de vraag naar het verschil tussen analoge en digitale besluitvorming zeer complex is, wordt hier mede aan de hand van de aan het begin van paragraaf 3.3 opgenomen praktijkvoorbeelden een eerste hypothese gesteld. Bij deze drie praktijkvoorbeelden rijst immers ook de vraag of de fragmentatie van de besluitvorming en de doorwerking van die gefragmenteerde beslissingen wel zo uniek is aan algoritmische besluitvorming. Is het menselijk leed dat ontstaan is in alle drie die voorbeelden niet simpelweg veroorzaakt door menselijke fouten of vooroordelen?

In een vergelijking tussen analoge en digitale besluitvorming lijken twee categorieën te kunnen worden onderscheiden: 'oude uitdagingen in een nieuw jasje' en 'nieuwe uitdagingen'. Om bij 'oude uitdagingen in een nieuw jasje te beginnen': het is voorstelbaar dat analoge profilering zich grotendeels richt op kenmerken die voor mensen waarneembaar zijn en in de desbetreffende cultuur op (voor)oordelen kunnen rekenen (bijvoorbeeld huidskleur, religieuze overtuiging, seksuele geaardheid). Algoritmes kunnen op een soortgelijke manier sociaal of maatschappelijk geconditioneerd zijn; algoritmes zijn immers gebouwd

66 Een Google-zoekopdracht met de termen 'butterfly effect' + 'AI' leverde direct het volgende artikel op, waarin de desbetreffende auteur ook expliciet de connectie legt tussen algoritmische systemen en het vlindereffect: Ferrara 2024. Deze auteur legt ook uit in welk kader Lorenz deze term in eerste instantie opgeworpen heeft, alsook dat, alhoewel deze term in de jaren zestig van de vorige eeuw door Lorenz is opgeworpen in de meteorologie, deze term inmiddels ook gehanteerd wordt in andere wetenschappelijke disciplines.

67 Yeung 2023, p. 4-5.

door mensen en bestaan uit menselijk opgestelde beslisregels of door mensen gecreëerde en verzamelde *inputdata*. Men kan hier spreken van ‘oude uitdagingen in een nieuw jasje’ om de volgende redenen:

1. Algoritmes kunnen bevestigend werken, in de zin dat menselijke bias geobjectiveerd wordt door het eveneens bevooroordeelde algoritme: van praktijkvoorbeeld 2 zou men bijvoorbeeld kunnen stellen dat dit puur menselijke bias betreft. ‘Menselijke’ bias is het zeker, in de zin dat de uiteindelijke doorslag voor de discriminatoire uitkomst door een menselijke oordeelsvorming of handeling werd gegeven. Toch moet ook erkend worden dat menselijke beslissers zich op een bepaalde manier tot technische middelen verhouden. Het negatieve advies voor zwarte verdachten kan bijvoorbeeld legitimerend gewerkt hebben voor de reeds bij de rechter in kwestie bestaande vooroordelen, terwijl het negeren van het negatieve advies voor witte verdachten juist weer de overtuiging gevoed kan hebben dat wel degelijk sprake was van betekenisvolle menselijke interventie.
2. De in analoge besluitvorming besloten risico’s worden opgeschaald door algoritmisering: een menselijke beslisser kan niet even snel oordelen vellen of besluiten nemen zoals een algoritme dat kan en dit maakt dat een algoritme waarbij bijvoorbeeld een vorm van discriminatie ingebakken zit op veel grotere schaal schade kan aanrichten.⁶⁸ Dit is ook omdat een menselijke beslisser en een algoritme op andere niveaus opereren. Een menselijke beslisser opereert op individueel niveau: een individueel geval wordt bekeken en geldende rechtsnormen worden daarop toegepast. Daarentegen is het niveau waarop algoritmische microbeslissingen genomen worden bovenindividueel en
3. werken de keuzes die daarbij gemaakt worden systematiserend: een verkeerde interpretatie van de feiten omtrent een zaak (zoals bij praktijkvoorbeeld 1) kan inderdaad ook bij volledig analoge besluitvorming zorgen voor verkeerde uitkomsten. Maar de manier waarop algoritmische beslissystemen ontworpen worden, brengt een systematische doorwerking mee van een enkele interpretatiefout.
4. Behalve dat algoritmes oude risico’s opschalen, kunnen ze in zekere zin ook de toekomst ‘bevriezen’: waar menselijk denken over de tijd heen kan veranderen, geldt voor de codegedreven of datagedreven algoritmes die door bestuursorganen gebruikt worden dat de onderliggende logica pas verandert als de softwareontwerper de code herschrijft of het algoritme hertraint op basis van een nieuwe dataset. In zekere zin worden oude (menselijke) fouten door algoritmes dus verankerd in het besluitvormingsproces.⁶⁹

De andere categorie, die van ‘nieuwe uitdagingen’, lijkt veroorzaakt door de compleet andere manier van analyseren door datagedreven algoritmes in vergelijking met analyseren door mensen. Door het vinden van correlaties tussen twee of meer datapunten in zeer grote databases, kunnen datagedreven algoritmes ook profileren op basis van niet voor mensen waarneembare karaktereigenschappen. Het gaat hier dan om zeer specifieke groepen, die logischerwijs niet door het bestaande discriminatierecht zijn omschreven, zoals: witte en alleenstaande

⁶⁸ O’Neill 2016, p. 30: de auteur duidt dit aan met ‘scaling’.

⁶⁹ O’Neill, p. 203-204; zie ook Hildebrandt 2020.

mannen, boven de vijftig, in het bezit van een teckel.⁷⁰ Deze soort discriminatie kan ook ‘ad hoc discriminatie’ worden genoemd omdat de groepen ‘ad hoc’ door algoritmische analyse gecreëerd worden en niet al als zodanig bestonden voor mensen.⁷¹ Ad hoc bias of discriminatie kan daarom als nieuwe uitdaging worden gezien. De menselijke beslisser in situaties zoals in praktijkvoorbeeld 3 wordt ontlast door algoritmische filtering van gevallen in verschillende categorieën risico’s. De neiging kan dan zijn om, als het algoritme geen risico detecteert, aan te nemen dat er geen vuiltje aan de lucht is. Omdat bij dit voorbeeld sprake is van algoritmisch gecreëerde groepen en niet van groepen op basis van bijvoorbeeld huidskleur, kan het onderscheid neutraal of objectief overkomen op mensen. Hier blijkt ook uit dat, juist bij nieuwe uitdagingen, de interactie tussen mens en machine de risico’s kan vergroten.

3.6 Tussenconclusie: het effect van de algorithmic turn op de normering van bestuurlijke besluitvorming – lost in standardization?

Het voorgaande suggereert dat de *algorithmic turn* zorgt voor een zekere fragmentatie van het beslismoment in vergelijking met de ‘klassieke beschikkingscontext’ zoals we die kennen uit de Awb. Het uiteindelijke besluit wordt daarbij in significante zin bepaald door allerlei microbeslissingen die niet zozeer genomen worden op het niveau van het individuele geval, maar op bovenindividueel niveau. Daarnaast wordt het gedeelte van de beslissingen dat wél plaatsvindt op het niveau van de ambtenaar die een individueel geval beoordeelt in zekere mate geconditioneerd door organisatorische factoren alsook door de manier waarop de menselijke natuur zich tot technologie verhoudt. Ook zorgen al deze microbeslissingen tezamen voor een soort vlindereffect, waarbij een ander effect kan ontstaan dan te verwachten valt op basis van een enkele microbeslissing. Verder blijken sommige algoritmes onderscheid te kunnen maken op basis van persoonskenmerken, terwijl menselijke beslissers geen onderscheid zouden maken op basis van diezelfde kenmerken.

Het geldende bestuursrechtelijke kader, dat primair ontworpen is met een ‘klassieke beschikkingscontext’ als object van regulering, gaat ervan uit dat het beslismoment op een bepaald punt van het besluitvormingsproces gelokaliseerd kan worden. Dit is het punt waarop rechtsregels toegepast worden op individuele gevallen. Dit is in de Awb vertaald via de centrale begrippen ‘besluit’ en ‘beschikking’ zoals neergelegd in artikel 1:3 lid 1 en 2 Awb. Een groot deel van de normering in de Awb is dan ook ‘enkel’ van toepassing op besluiten en, in sterkere mate, op beschikkingen. Zelfs bij (andersoortige) analoge besluitvorming is dit beeld tot op zekere hoogte een fictie, waardoor een mismatch kan ontstaan tussen de te normeren context en bestaande normering.⁷²

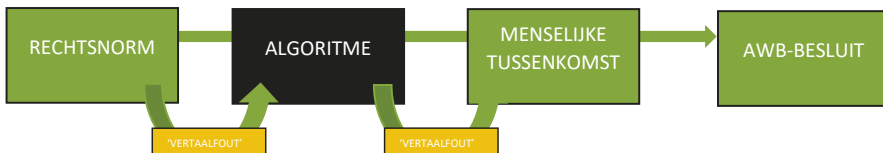
⁷⁰ Vergelijk Houser & Sanders 2017, p. 871.

⁷¹ Vedder & Naudts 2017, p. 210; Al Khatib 2021; hierin wordt ook verwezen naar academische literatuur hierover.

⁷² Dit is ook al veelvuldig aangekaart, bijvoorbeeld in bestuursrechtelijke literatuur over bovenindividuele besluitvorming: zie bijvoorbeeld Schuurmans 2015.

Tegelijkertijd zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – door de Awb-schakelbepaling – weliswaar ook van toepassing op overheidshandelen niet zijnde een Awb-besluit en dus op algoritmische microbeslissingen.⁷³ Desalniettemin zijn deze beginselen grotendeels in de jurisprudentie ontwikkeld naar aanleiding van individueel voorliggende besluiten.⁷⁴ Daardoor zijn ze niet een-op-een toepasbaar in de algoritmische context: in veel gevallen zal onduidelijk zijn wat een algemeen beginsel, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, vereist. Het is vervolgens ook niet vanzelfsprekend dat de vertaling van analoge rechtsnormen naar algoritmische besluitvormingscontext succesvol plaatsvindt.

Door deze veranderingen in het besluitvormingsproces – ten opzichte van de klassieke beschikkingscontext waar de Awb primair op geënt is – is het mogelijk dat bestaande rechtsnormen, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar ook bijvoorbeeld het in het EVRM neergelegde discriminatieverbod, als het ware *lost in translation* (of in dit geval *standardization*) raken. Via de toepassing in het algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid kunnen deze rechtsnormen hun doel voorbijgaan in het uiteindelijke Awb-besluit. Op minstens twee niveaus kan een ‘vertaalfout’ optreden (zie figuur 1.1 hieronder). Allereerst op het bovenindividuele niveau waarop een groot deel van de microbeslissingen genomen wordt. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de microbeslissingen die genomen worden in het kader van gegevensverzameling voor en ontwerp van het algoritme. Ten tweede kan op het niveau van menselijke tussenkomst ook een vertalingsfout optreden, doordat menselijke beslissers zich – eventueel gestuurd door organisatorische factoren – op een bepaalde manier verhouden tot het algoritmisch advies. Bij praktijkvoorbeeld 2 bleek bijvoorbeeld al dat menselijke beslissers het algoritmisch advies kunnen gebruiken ter bevestiging van hun eigen oordeelsvorming en dat hierdoor discriminatoire uitkomsten kunnen ontstaan.



Figuur 1.1 Door de *algorithmic turn* kan normering *lost in translation* raken

⁷³ Art. 3:1 lid 2 Awb.

⁷⁴ Schlössels & Zijlstra 2017, 272.

4 De rol van de rechter: het openen van de *black box* en recontextualiseren van bestaande normering?

Hiervoor is het perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* geoperationaliseerd via (1) het beeld dat de wetgever had van bestuurlijke besluitvorming ten tijde van het ontwerp van de Awb en (2) een tussenconclusie over het effect van de *algorithmic turn* op de bestuurlijke besluitvormingscontext. Vanuit dit perspectief wordt in deze paragraaf gefocust op de rol van de rechter bij het bieden van effectieve rechtsbescherming en het waarborgen van de beginselen van de democratische rechtsstaat bij een *normeringsmismatch*. Hierna wordt allereerst stilgestaan bij de transparantievereisten die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State respectievelijk de Hoge Raad gesteld hebben voor algoritmische bestuursbesluitvorming.⁷⁵ Vervolgens wordt voor zover op dit moment mogelijk stilgestaan bij de mate waarin deze transparantievereisten effect hebben gesorteerd en waarin ze dat nog zouden kunnen doen. Bij het doel van effectieve rechtsbescherming wordt een onderscheid gemaakt tussen het definitief beslechten van het bestreden besluit ('het symptoom') en het vaststellen van de mogelijkerwijs discriminatoire aard van fraudeopsporingsbeleid ('de onderliggende oorzaak'). Ook wordt stilgestaan bij het eventueel doorkruisen van de reflexieve werking tussen rechtsnormen en gedragsnormen. Al met al worden vraagtekens gezet bij de rol die de rechter en het bewijsrecht in deze context kunnen spelen.

4.1 Transparantievereisten vanuit de ABRvS en de Hoge Raad als reactie op de *black box*

Inmiddels is de rechter al een aantal keer geconfronteerd met belanghebbenden die een (gedeeltelijk) algoritmisch genomen bestuursbesluit proberen aan te vechten. In reactie op het gebrek aan inzichtelijkheid waarmee belanghebbenden geconfronteerd werden, hebben de ABRvS en de Hoge Raad transparantievereisten neergelegd voor overheidsbesluitvorming die (gedeeltelijk) het resultaat is van geautomatiseerde besluitvorming. Deze zijn erop gericht om de

⁷⁵ Alhoewel niet hierop ingegaan wordt in dit preadvies, heeft de Europese rechter ook het een en ander bepaald over de noodzakelijkheid van transparantie voor het bieden van effectieve rechtsbescherming bij mogelijkerwijs discriminatoire algoritmische besluitvorming: HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains v. Conseil des ministres*). Voor een uitgebreide analyse, zie: Brouwer 2023.

gelijkwaardigheid van de procespositie van partijen te waarborgen en effectieve rechterlijke controle te faciliteren door de *black box* als het ware te openen.

De Afdeling was in 2017 als eerste aan zet: in de AERIUS I-uitspraak heeft zij een toetsingskader geformuleerd voor (gedeeltelijk) geautomatiseerde besluitvorming door de overheid. Het komt erop neer dat dit toetsingskader voor het bestuursorgaan de plicht in het leven roept om de belanghebbende informatie te verschaffen over alle gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames. Hiertoe moet het bestuursorgaan niet alleen vanuit eigen beweging en voor aanvang van de rechterlijke fase overgaan. Zij moet dit ook op ‘passende wijze’ doen, wat zoveel betekent als dat zij daarbij daadwerkelijk gericht moet zijn op begrijpelijkheid voor de belanghebbende en niet op informatievervalsing *an sich*. Als dit niet het geval is, maakt de belanghebbende namelijk geen schijn van kans om (gedeeltelijk) geautomatiseerde besluitvorming te beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten bij de rechter. De belanghebbende zal daarbij immers met bewijs moeten komen om zijn beroepsgrond te ondersteunen.⁷⁶

In 2018 heeft de ABRvS het bovenstaande toetsingskader verder verfijnd in de AERIUS II-uitspraak. Daarmee is een zekere relativisering aangebracht ten opzichte van de toetsingscriteria over het soort *gegevens* dat actief en tijdig verschaft moet worden en *de vorm daarvan*. Bij de AERIUS-software kan namelijk een onderscheid gemaakt worden tussen ‘maatwerkinvoergegevens’ en ‘standaardinvoergegevens’, kortgezegd die gegevens die het bestuursorgaan zelf invoert respectievelijk die al in de software besloten liggen. De Afdeling overweegt dat voor het bestuursorgaan wel een plicht geldt om dergelijke maatwerkinvoergegevens uit eigen beweging en tijdig te verschaffen, maar dat deze niet geldt ten opzichte van de standaardinvoergegevens. Deze gegevens hoeven bovendien niet verschaft te worden in de vorm zoals deze ingevoerd zijn in het systeem. De plicht geldt in zoverre dat inzicht geboden moet worden in de keuzes die gemaakt zijn bij de invoer van de gegevens. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan zowel de maatwerkinvoergegevens als standaardinvoergegevens moet verschaffen in de vorm zoals ingevoerd indien belanghebbende hiertoe een voldoende concreet en tijdig verzoek indient.⁷⁷ Dat de plicht zich op grond van dit toetsingskader uitstrekt tot de fase dat de belanghebbende nog niet in beroep is gegaan, wordt in AERIUS II in ieder geval bevestigd. De Afdeling relateert deze plicht namelijk ook expliciet aan de mogelijkheid om zienswijzen naar voren te brengen.⁷⁸

De Hoge Raad heeft driemaal een arrest gewezen dat relevant is voor geautomatiseerde besluitvorming. Allereerst heeft de Hoge Raad begin 2018 het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ uit artikel 8:42 Awb nader ingevuld. Hiertoe behoren alle gegevens die de inspecteur *ter beschikking staan of hebben gestaan* en van belang kunnen zijn voor het *nog bestaande onderlinge geschil*. Enerzijds is hiervoor niet

76 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck (AERIUS I), r.o. 14.3.-14.5.

77 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, *Computerrecht* 2018/253, m.nt. N. Jaken T. Barkhuysen (AERIUS II), r.o. 23.1.-23.5. en 23.7.

78 AERIUS II, r.o. 23.4.

relevant of de inspecteur deze stukken daadwerkelijk als onderbouwing aan het besluit ten grondslag heeft gelegd: als deze ter beschikking (hebben ge)staan en van belang zijn, behoren ze te worden overgelegd. Anderzijds brengt deze nadere invulling met zich mee dat stukken die wel als onderbouwing hebben gediend maar niet (meer) van belang zijn voor de beoordeling van het nog bestaande geschil niet hieronder vallen. Met dit arrest interpreteert de Hoge Raad het begrip ‘stukken’ dus op een technologie neutrale manier omdat zowel op papier als in elektronische vorm vastgelegde gegevens hiertoe worden gerekend. Daarbij geldt voor een op elektronische wijze opgeslagen tekstbestand dat deze in het geheel als een stuk wordt gekwalificeerd en daarmee ook in het geheel moet worden overgelegd. Voor een elektronische brief geldt dus dezelfde standaard als voor een papieren brief. Daarentegen bepaalt de Hoge Raad dat voor systematische gegevensverzamelingen (*databases*) niet relevant is of de gegevens in kwestie moeten worden verzameld uit een of meer bestanden. Dat is ook logisch nu de aard van dergelijke databases juist is dat gegevens verspreid kunnen zijn over meerdere bestanden.⁷⁹

Halverwege 2018 legde de Hoge Raad een norm neer voor de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ in het specifiekere geval waarin een besluit van een bestuursorgaan genomen is op basis van een geautomatiseerd proces. De achtergrond van deze zaak betreft een verzoek van belanghebbende tot het ten tijde van de hoorprocedure ontvangen van de voor het desbetreffende geautomatiseerde besluit relevante stukken. Het bestuursorgaan heeft dit verzoek pas in hoger beroep ingewilligd en heeft daarbij een beroep gedaan op de technische onmogelijkheid om deze stukken op dat moment te verstrekken alsook op het feit dat deze niet in papieren vorm beschikbaar waren.⁸⁰ De Hoge Raad maakte korte metten met deze argumentatie en oordeelde dat:

‘alhoewel “de in artikel 7:4, lid 2, Awb opgenomen verplichting tot het ter inzage leggen van de op de zaak betrekking hebbende stukken zich niet kan uitstrekken tot informatie die het bestuursorgaan zelf niet kan raadplegen”, “[i]ndien (...) een door het bestuursorgaan genomen besluit geheel of ten dele het resultaat is van een geautomatiseerd proces – zoals de modelmatige waardebeoordeling in het kader van de uitvoering van de Wet WOZ – en de belanghebbende de juistheid van de bij dat geautomatiseerde proces gemaakte keuzes en van de daarbij gebruikte gegevens en aannames wil controleren en zo nodig gemotiveerd betwisten, moet het bestuursorgaan zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuzes, aannames en gegevens. Zonder die inzichtelijkheid en controleerbaarheid dreigt een ongelijkwaardige procespositie van partijen te ontstaan. Een belanghebbende kan in geval van besluitvorming op basis van een computerprogramma dat vanuit zijn perspectief is te beschouwen als een zogenoemde “black box” immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen (vgl. Afdeling Bestuursrechtspraak RvS 17 mei 2017, nrs. 201600614 e.a., ECLI:NL:RVS:2017:1259, AB 2017/91, rechtsoverweging 14.3). Dit heeft ook te gelden indien die informatie (nog) niet is neergelegd in op de

⁷⁹ HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, BNB 2018/164, m.nt. G.J.M.E. de Bont, r.o. 3.3.-3.4.5.

⁸⁰ HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, BNB 2018/182, m.nt. E.B. Pechler, r.o. 2.1 en 2.3.1-2.3.2.

zaak betrekking hebbende stukken.” Omdat de door de belanghebbende verzochte gegevens het resultaat zijn van dergelijke keuzes, aannames en gegevens, had het bestuursorgaan de belanghebbende inzicht hierin moeten bieden.⁸¹

De Hoge Raad bevestigt hiermee de lijn uit het arrest van begin 2018, bestaande uit de belang- en beschikbaarheidseis en de technologie-neutrale interpretatie van het begrip ‘stukken’. Aan deze lijn wordt toegevoegd dat in het geval dat stukken vanwege een technische onmogelijkheid niet daadwerkelijk overgelegd kunnen worden, nog steeds inzicht geboden moet worden in de inhoud daarvan.⁸²

Ten slotte wees de Hoge Raad in 2021 arrest naar aanleiding van een klacht die belanghebbende heeft over de toepassing van de Fraudesignaleringsvoorziening waarbij haar belastingaangifte geselecteerd is voor een rechtmatigheidscontrole. Hierin formuleert de Hoge Raad een aantal algemene uitgangspunten rondom transparantie bij rechterlijke procedures over beschikkingen die het resultaat zijn van fraudeopsporingsbeleid met een *black box*-karakter:

‘De rechtmatigheid van het besluit van de inspecteur om een aangifte te controleren wordt in beginsel niet aangetast door de manier waarop informatie over de belastingplichtige is verwerkt. (...) Dat kan anders zijn indien de controle van de aangifte voortvloeit uit een *risicoselectie*, een verwerking van persoonsgegevens in een databank of een gebruik van een databank waarin persoonsgegevens zijn opgeslagen, op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, gaardheid of geloofsovertuiging. (...) Indien een belastingplichtige gemotiveerd stelt dat de hier bedoelde uitzonderlijke situatie zich in zijn geval heeft voorgedaan, dient de inspecteur aan de belastingplichtige en de rechter de gegevens te verstrekken die voor de beoordeling hiervan van belang kunnen zijn’ [cursivering OAK].⁸³

Het valt op dat de belanghebbende gemotiveerd moet stellen dat sprake is van discriminatie voordat het bestuursorgaan gegevens moet verstrekken. De bewijsmaatstaf die de Hoge Raad hier legt, is juridisch gezien geen hoge maatstaf: ‘gemotiveerd stellen’ betekent in het belastingrecht dat de belanghebbende – bij een geschil zoals het onderhavige – moet betogen dat hij gediscrimineerd is. Dat is dus niet enkel het stellen dat sprake is van discriminatie, maar ook wel het bieden van een behoorlijk uitleg daarvoor (zonder dat daarbij bewijsmiddelen vereist zijn).⁸⁴ Met deze bewijsmaatstaf legt de Hoge Raad de bewijslast bij de inspecteur, die betwist dat sprake is van discriminatie. Desalniettemin betekent het bieden van een behoorlijke uitleg dat belanghebbende afhankelijk is van openbaar

81 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, BNB 2018/182, m.nt. E.B. Pechler, r.o. 2.3.3.

82 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, BNB 2018/182, m.nt. E.B. Pechler, r.o. 2.2 en 2.3.2.

83 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, BNB 2022/41, m.nt. E.B. Pechler, r.o. 5.3. Hieraan is in r.o. 5.4 wel toegevoegd: ‘Tot de hiervoor in 5.3 geschetste uitzonderlijke situaties kan niet zonder meer worden gerekend het geval waarin de Belastingdienst het recht van een belastingplichtige op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer heeft geschonden door gegevens van die belastingplichtige te verwerken op een wijze die door de inhoud, het gebruik of de verspreiding van de desbetreffende bestanden – eventueel op onderdelen – in strijd is met de Wet bescherming persoonsgegevens of de AVG.’

84 Haas & Jansen 2009.

beschikbare informatie. In de onderhavige zaak bestond die informatie omdat er al een aantal onderzoeken naar de Fraudesignaleringsvoorziening waren gepubliceerd. Wanneer openbaar beschikbare informatie ontbreekt (wat naar de aard van dergelijke situaties vaak het geval zal zijn), zou belanghebbende mogelijk-erwijs in het geheel niet op de hoogte zijn van de toepassing van een algoritme of van een eventueel discriminatoir karakter hiervan. De *black box* kan dus wel geopend worden, maar alleen in de uitzonderlijke situatie dat de belanghebbende de contouren daarvan al wel in beeld heeft.

4.2 Tussenconclusie: de transparantievereisten vergeleken

Kortom, de Afdeling en de Hoge Raad overwegen dus dat bestuursorganen alleen maar geautomatiseerde systemen kunnen inzetten ter ondersteuning van hun besluitvorming, als zij de *black box* als het ware voor de burger openen. Digitale gegevens waarin aannames en keuzes besloten liggen die het besluitvormingsproces en daarmee het uiteindelijke besluit hebben gevormd, moeten inzichtelijk gemaakt worden aan de belanghebbende. De hieraan ten grondslag liggende rationale is dat alleen met een gelijkwaardige procespositie op basis van voldoende inzicht in het besluitvormingsproces, belanghebbenden een oordeel kunnen vormen over voor hen ingrijpende overheidsbeslissingen en zo nodig gemotiveerd kunnen betwisten bij de rechter. Vóór deze jurisprudentie moesten bestuursorganen hun handelen natuurlijk ook al inzichtelijk maken. Dit blijkt bijvoorbeeld uit uitspraken waarbij beschikkingen centraal staan die het resultaat zijn van analoog fraudeopsporingsbeleid (dat op een bepaalde manier ook een *black box* is). De Afdeling en de Hoge Raad maken in zoverre het verschil ten opzichte van bijvoorbeeld deze jurisprudentie dat de inzichtelijkheid in de vorm van de op de zaak betrekking hebbende stukken moet worden geboden.

Hierbij moet echter opgemerkt worden dat bovenstaande jurisprudentie over geautomatiseerde besluitvorming, met uitzondering van het arrest van de Hoge Raad uit 2021, niet over fraudeopsporingsbeleid gaat. Deze uitspraken gaan in plaats daarvan over rekenmodellen voor het verlenen van stikstofvergunningen respectievelijk het vaststellen van de WOZ-waarde. Alleen het arrest van de Hoge Raad uit 2021 gaat over mogelijk-erwijs discriminatoir fraudeopsporingsbeleid en daar vallen toch een aantal verschillen op. Bij de jurisprudentie over rekenmodellen moet *tijdig* inzicht worden geboden, wat zoveel wil zeggen als in ieder geval vóór de rechterlijke fase. Tijdens de hoorprocedure en zienswijzprocedure moeten de relevante gegevens reeds overgelegd zijn; alleen zo kan belanghebbende het bestreden besluit immers gemotiveerd betwisten. In het arrest van de Hoge Raad uit 2021, waarbij fraudeopsporingsbeleid was gevoerd, lag het moment dat gegevens verstrekt zouden kunnen worden veel later. Weliswaar hoeft belanghebbende geen bewijsmiddelen aan te leveren om over de relevante gegevens te beschikken, hij moet zijn beroepsgrond wel goed uitleggen. Dit impliceert dus dat hij zich al op het niveau van de rechterlijke fase bevindt. Ook moet hij dus wel kunnen leunen op enige openbare informatie, terwijl dit in het geheel niet hoeft om de andere transparantievereisten te doen gelden. Hierdoor lijken de daadwerkelijk geboden transparantievereisten die de rechter bij algoritmisch

ingestoken fraudeopsporingsbeleid op dit moment stelt van bescheiden aard. Het heimelijke karakter van dit beleid lijkt hiermee in stand gehouden te worden.

4.3 Effecten van de door rechter gestelde transparantievereisten bij fraudeopsporingsbeleid

4.3.1 Enig teken van transparantie?

Eenzijds kan men denken: als de in de jurisprudentie geformuleerde transparantievereisten effect zouden sorteren bij fraudeopsporingsbeleid, dan zouden bestuursorganen meer transparantie moeten bieden in geschillen hierover van na 2018. Anderzijds valt het niet mee om dit vast te stellen, en wellicht is het daar ook nog te vroeg voor. Zeker voor de transparantievereisten uit het Hoge Raad-arrest uit 2021 en überhaupt omdat weinig geschillen over algoritmische besluitvorming de rechter lijken te bereiken. Toch kan, zoals hierboven bleek, betwijfeld worden of de voor belanghebbende gunstiger uitpakkende transparantievereisten wel gelden in het kader van fraudeopsporingsbeleid. Deze twijfel wordt groter doordat bestuursorganen over het algemeen al huiverig zijn om inzicht te bieden in fraudeopsporingsbeleid, algoritmisch ingestoken of niet. Zo duikt het ‘*gaming the system*’-argument in deze context vaak op. De rationale daarbij is: als inzichtelijkheid geboden wordt in (algoritmisch vormgegeven) fraudeopsporingsbeleid, kunnen kwaadwillende burgers hun gedrag op dit beleid afstemmen en de opsporing frustreren. In het ene openbare geschil dat bij de auteur van dit preadvies bekend is, ook wel bekend komen te staan als de SyRI-zaak, beroept de staat zich hier ook op bij het weigeren om inzicht te bieden in de werking van het gebruikte SyRI-systeem.⁸⁵ SyRI staat voor ‘Systeem Risico Indicatie’, een algoritmisch systeem waarbij door verschillende samenwerkende overheidsorganisaties persoonsgegevens verwerkt werden om risicosignalen te verkrijgen en fraudeopsporing te vergemakkelijken.⁸⁶ Ook al stond de aan SyRI ten grondslag liggende wetgeving centraal in deze procedure – en niet daarop gebaseerde besluitvorming –, toch is deze uitspraak relevant. Men zou namelijk kunnen stellen dat als een systeem in *abstracto* niet uitgelegd kan worden, dat ook niet in *concreto* zou kunnen. Buiten rechterlijke procedures om is transparantie tevens moeilijk te verkrijgen, zo blijkt uit Woo-verzoeken in fraudeopsporingscontexten waarbij het *gaming the system*-argument wederom de revue passeert.⁸⁷

Desalniettemin – en ook omdat de Afdeling en de Hoge Raad niet expliciteren wat de implicaties zijn van het verschil in context tussen fraudeopsporing en bijvoorbeeld milieurecht – probeer ik voor het doel van dit preadvies hieronder op basis van wel beschikbare informatie een eerste analyse te verrichten van het effect van de gestelde transparantievereisten.

⁸⁵ Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878 (SyRI), r.o. 6.49.

⁸⁶ SyRI, r.o. 3.1 e.v.

⁸⁷ Zie bijv. het besluit van 28 juni 2023 van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap op het Woo-verzoek betreffende het algoritme voor de handhaving van de Wet studiefinanciering 2000, p. 3.

4.3.2 De houding van de rechter in het geval van een gebrek aan transparantie

Rechterlijke procedures over fraudeopsporingsbeleid, ook indien niet-algoritmisch vormgegeven, hebben als directe aanleiding dat de desbetreffende appellant de intrekking van bijvoorbeeld zijn uitkering ongedaan wil maken. Om het effect van een gebrek aan transparantie hierop te beoordelen, kan wederom gekeken worden naar de SyRI-uitspraak, ook al is deze procedure niet gericht op bestuurlijke besluitvorming maar de daaraan ten grondslag liggende wetgeving. De rechter verbindt strenge consequenties aan het gebrek aan transparantie. In de SyRI-zaak oordeelt de rechtbank namelijk dat de SyRI-wetgeving onverbindend is omdat deze wetgeving er niet in slaagt een voldoende effectief kader te bieden waarmee alle in het geding zijnde belangen inzichtelijk en controleerbaar tegen elkaar kunnen worden afgewogen.⁸⁸

Ook kan worden gekeken naar analoge fraudeopsporingsgeschillen, juist ook omdat uitspraken die gaan over *algoritmisch* ingestoken fraudeopsporingsbeleid schaars zijn. Zoals hierboven vermeld, moest analoog fraudeopsporingsbeleid ook al inzichtelijk gemaakt worden vóór de door de Afdeling en de Hoge Raad gestelde transparantievereisten bij algoritmische besluitvorming. Bij analoge fraudeopsporingsgeschillen valt op dat de rechter het door het niet inzichtelijk en controleerbaar gemaakte besluitvormingsproces verkregen bewijs als onrechtmatig bestempelt.⁸⁹ Het is aannemelijk dat de rechter op gelijke wijze zou oordelen als deze risicoprofileringszaken wel algoritmisch vormgegeven waren. Op grond van de onrechtmatigbewijsleer geldt: is het bewijsmateriaal niet rechtmatig verkregen, dan mag het niet als motiveringsgrondslag dienen voor het genomen besluit. In sommige gevallen kan dit tot gevolg hebben dat in het geheel geen bewijs voorhanden is om de genomen besluiten te kunnen dragen en deze moeten worden herroepen en vernietigd. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat deze uiterste consequentie in sommige gevallen feitelijk weinig nut heeft. In een van de bestudeerde zaken heeft het bestuursorgaan een half jaar na de intrekking, in de context van een nieuwe aanvraag voor bijstand en met in het achterhoofd de informatie waartoe zij beschikte op grond van de onrechtmatige bewijsvergaring, een nieuw en dit keer wel rechtmatig onderzoek ingesteld op grond waarvan de aanvraag werd afgewezen.⁹⁰ In een andere zaak leveren appellanten tijdens de bezwaarfase zelf stukken waarop in materiële zin hetzelfde besluit gebaseerd kan worden.⁹¹ In beide gevallen kan beargumenteerd worden dat appellanten wellicht überhaupt niet in deze procedure terecht waren gekomen als het bestuur niet op onrechtmatige wijze bewijs vergaard had. Controle op de rechtmatigheid van de

⁸⁸ SyRI, r.o. 6.6. Deze wetgeving is onverbindend verklaard vanuit het oogpunt van bescherming van het recht op respect voor het privéleven, waaronder het recht op de bescherming van persoonsgegevens.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld: CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3156, AB 2017/402, m.nt. I. Sewandono, r.o. 4.7; CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1664, Gst. 2021/8, m.nt. M.I.T. Albers & J.C. de Wit, r.o. 4.18. Zie uitgebreider over de onrechtmatigverkregebewijsleer: Schuurmans 2017.

⁹⁰ CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3156, AB 2017/402, m.nt. I. Sewandono, punt 11.

⁹¹ CRvB 28 juli 2020. ECLI:NL:CRVB:2020:1664, Gst. 2021/8, m.nt. M.I.T. Albers & J.C. de Wit, r.o. 4.18.

toekenning van socialezekerheidsvoorzieningen is uiteraard van groot belang, maar de controle zelf moet wel rechtmatig ingestoken zijn. Gezien het feit dat niet-naleving van een inlichtingenplicht grote gevolgen kan hebben voor belanghebbende, is het opvallend dat het onrechtmatig vormgeven van controle op de naleving of fraudeopsporing slechts beperkte gevolgen heeft voor het bestuursorgaan in kwestie. Eventuele gevolgen voor het bestuursorgaan hoeven niet positief uit te pakken voor de burger (en moeten dit ook niet zijn wanneer deze kwaadwillend is), maar het bestuursorgaan lijkt er nu wel erg gemakkelijk vanaf te komen. Het onderzoek voor dit preadvies leverde slechts één zaak op waarbij het onrechtmatigheidsoordeel leidt tot bewijsuitsluiting en daarmee tot herroeping en vernietiging van de genomen besluiten. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) komt via de volgende weg tot deze uiterste consequentie. Het college voert in dit kader aan dat het de reisgegevens uit de Marokkaanse paspoorten ook anderszins had kunnen bemachtigen. Ook stelt het dat het vervolgonderzoek zich niet enkel richtte op de reisgegevens, maar ook op financiële gegevens. Deze financiële gegevens beschouwt het college niet als rechtstreeks gevolg van het huisbezoek, schijnbaar nu deze gegevens niet boven water kwamen bij het huisbezoek. Tenslotte is de intrekking (bestreden besluit 1) het gevolg van het niet verstrekken van alle gevraagde gegevens door appelland en gebaseerd op de bevoegdheid in artikel 54, vierde lid, van de PW.⁹² De CRvB maakt korte metten met deze argumenten:

‘Deze beroepsgrond en het verweer van het college slagen niet. Op zichzelf verzet geen rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel zich ertegen dat het bijstandverlenend orgaan na een onrechtmatig aangevangen onderzoek of een onrechtmatig geoordeeld huisbezoek een nader onderzoek instelt naar de rechtmatigheid van verleende of nog te verlenen bijstand. (...) In dit geval borduren de onderzoekshandelingen van het college echter rechtstreeks voort op het onrechtmatig aangevangen onderzoek, waarbij het adres van betrokkene als verwonderadres is aangemerkt. Hierna heeft het huisbezoek plaatsgevonden, zijn nadere gegevens opgevraagd, heeft een gesprek plaatsgevonden en is het dwangmiddel van opschorting en intrekking na opschorting toegepast om die nadere gegevens te verkrijgen. Al deze onderzoekshandelingen zijn uitsluitend een vervolg op en onlosmakelijk verweven met het onrechtmatig gestarte onderzoek. Volgens vaste rechtspraak (...) worden de op die manier verkregen gegevens ook aangemerkt als onrechtmatig verkregen bewijs. Dit geval is niet gelijk aan wat beoordeeld is in de [door het college] in 4.8.1 genoemde uitspraak. Daar is niet de aanvang van het onderzoek onrechtmatig geoordeeld, maar een onderdeel daarvan, namelijk het huisbezoek, en ging het, anders dan hier, niet om verkregen bewijs, maar om een niet rechtmatig verkregen hulpmiddel voor onderzoek.’⁹³

‘Hieruit volgt dat de besluitvorming in geschil niet berust op rechtmatig verkregen bewijs. Dit is in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. In dit geval kan dit gebrek in de besluitvorming ten aanzien van de intrekking na opschorting niet worden hersteld. De aard van het dwangmiddel van opschorting en intrekking na opschorting is van dien aard dat feitelijk onderzoek nadien niet achteraf

⁹² CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.8.1.

⁹³ CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.8.2.

een grondslag kan scheppen voor de uitoefening van deze bevoegdheid. Ten aanzien van de intrekking, herziening en terugvordering heeft het college niet gesteld dat het los van het onrechtmatig aangevangen onderzoek over bewijs beschikt of kan gaan beschikken.⁹⁴

Het resultaat van dit alles is dus dat appellant volledig in het gelijk gesteld wordt, beide beslissingen op bezwaar worden vernietigd en beide beslissingen *in primo* worden herroepen.

Op basis hiervan zou men kunnen stellen dat de rechter zijn taak uitvoert: het individuele geschil zo spoedig mogelijk definitief beslechten. Dit kan de rechter doen door simpelweg bestuursprocesrechtelijke logica, waaronder die van de bewijsleer, door te voeren. Kan het bestuursorgaan het gevoerde beleid niet inzichtelijk en controleerbaar maken, dan is het geleverde bewijs onrechtmatig en kan dit het bestreden besluit niet dragen. De uiterste consequentie hiervan is zelfs dat het bestreden besluit vernietigd wordt. Geen vuiltje aan de lucht dus? Het bestuursorgaan wordt immers teruggefloten vanwege een gebrek aan transparantie en appellant is zelfs van het voor hem nadelige besluit af. Toch lijkt deze conclusie om een aantal redenen te simpel. Allereerst zagen we al dat de uiterste consequentie van de vernietiging en herroeping van de bestreden besluiten feitelijk niet altijd nut heeft. Als een belanghebbende daadwerkelijk onrechtmatig gehandeld heeft, is dit wellicht ook niet vereist, maar dan moeten wetgeving en bestuurlijke besluitvorming wel goed het onderscheid tussen niet-naleving en fraude uitdrukken.⁹⁵ Als niet-naleving als fraude wordt behandeld, kan de uiteindelijke besluitvorming disproportioneel uitpakken. Bovendien, als een geschil voor de rechter komt, is het kwaad vaak al geschied. Financiële aanspraken zijn al ingetrokken bij vaak de zwaksten in de samenleving, in sommige gevallen zijn kinderen al uit huis geplaatst en kampen de desbetreffende slachtoffers met allerlei mentale en sociale problemen door het domino-effect van het fraudeopsporingsbeleid.⁹⁶ Verder, eenmaal onterecht door een algoritme als fraudeur geprofileerd, blijkt het in de praktijk lastig – zo niet onmogelijk – om data die je als fraudeur bestempelen te verwijderen uit overheidsdatabases en de gevolgen daarvan teniet te doen.⁹⁷

Vanuit een ander perspectief bezien kunnen we ook niet zonder meer positief oordelen over het ontstane beeld. De hiervoor besproken directe aanleiding voor beroep, namelijk het uiteindelijk vernietigd krijgen van bijvoorbeeld het besluit dat een uitkering intrekt, kan als ‘symptoom’ van het ‘onderliggende probleem’ van discriminatie worden beschouwd. De beroepsgronden richten zich immers tegelijkertijd op het discriminatoire karakter van het desbetreffende fraudeopsporingsbeleid. En alhoewel de rechtsvraag naar eventueel discriminatoir handelen door het bestuur in zekere zin onlosmakelijk verbonden is met de vraag

94 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.8.3.

95 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2023/24, 35867, nr. 6, p. 49-50 (rapport Enquêtecommissie fraudebeleid en dienstverlening, *Blind voor mens en recht*).

96 NOS Nieuws 19 oktober 2021.

97 Van Eck 2018, p. 22 en 26.

of de uitkering ingetrokken had mogen worden, wordt de ene vraag niet per se beantwoord door de andere. Transparantie is waardevol en een gebrek daaraan zorgt er dus voor dat het bestuursorgaan op de vingers getikt wordt, maar het eigenlijke probleem is of een gedeeltelijk algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid wel gevoerd mag worden. Maar die bredere vraag raakt nu vaak ondergesneeuwd in fraudeopsporingszaken.

Ook al doet de onrechtmatigbewijsleer haar werk als transparantie uitblijft, deze leer leidt er niet toe dat wanneer in de praktijk toch fraudeopsporingsbeleid is gevoerd dat we als discriminatoir zouden bestempelen, belanghebbende een antwoord op de discriminatievraag krijgt. Vanuit de appellant kan beargumenteerd worden dat zijn geschil met het bestuursorgaan niet beslecht is met de vernietiging van het bestreden besluit; dit besluit is namelijk ‘slechts’ een symptoom van de onderliggende oorzaak. Belanghebbende zal hoogstwaarschijnlijk ook antwoord willen op de discriminatievraag. Bovendien, doordat het handelen niet inzichtelijk wordt voor de rechter en hij zijn controlerende taak niet kan uitvoeren ten opzichte van de materiële rechtmatigheidsvraag, wordt ‘de onderliggende oorzaak’ hiermee ook niet weggehaald. Het bestuur zal in het geval van discriminatoir ingestoken fraudeopsporingsbeleid niet leren van de door hem gemaakte fouten. Dit is problematisch in deze context, omdat deze vooral genormeerd wordt door niet specifiek daarvoor ontworpen rechtsregels. Hieronder zal verder ingegaan worden op dit punt.

4.3.3 De houding van de rechter in het geval van transparantie

Hoe ziet de rol van de rechter eruit als bestuursorganen wél transparantie zouden bieden in het door hen gedeeltelijk algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid? Deze vraag is interessant om een aantal redenen: als vermeld is het op dit moment lastig te beoordelen of de door de rechter gestelde transparantievereisten zoden aan de dijk zetten en in de nabije toekomst kan blijken dat dit wel het geval is. Daarnaast wordt in het maatschappelijke en wetenschappelijke debat over algoritmes dikwijls het gebrek aan transparantie opgeworpen als obstakel voor de rechtsbescherming – waaronder hier ook de bredere discriminatievraag wordt gerekend.⁹⁸ Bovendien kan men tegen het feit dat geldende rechtsnormen niet specifiek voor de algoritmische bestuursbesluitvormingscontext ontworpen zijn, inbrengen dat het de rol van de rechter is om deze normen te recontextualiseren. Zo schrijven Schlössels en Zijlstra in algemene zin over de verschillende functies van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder gedragsnormen en rechterlijke toetsingsnormen:

‘Zonder toetsing in beroep bij de bestuursrechter zouden de beginselen van behoorlijk bestuur niet goed tot ontwikkeling zijn gekomen. Ongeschreven rechtsnormen krijgen pas betekenis wanneer de beroepsorganen ze hanteren als toetsingsgrond. Hieraan doet niet af dat de abbb ook een instructie vormen voor het bestuur.’⁹⁹

⁹⁸ Bijvoorbeeld in Reflectiedocument Wet versterking waarborgfunctie Awb 2024.

⁹⁹ Schlössels & Zijlstra 2017, 276.

De rechter zou de eerder aangenomen *normeringsmismatch* moeten oplossen totdat de wetgever in actie komt. Het staat echter niet zonder meer vast dat de principiële vragen die opkomen bij de beoordeling van algoritmische discriminatiegronden zich laten beantwoorden met transparantie. Voor de rechter is het waarschijnlijk uitdagend om uit eventueel door het bestuursorgaan gedeelde informatie te concluderen of sprake is van bijvoorbeeld discriminatie. Daarvoor moet hij namelijk beschikken over een breder beeld van het beleid van het bestuursorgaan, in de zin dat hij de effecten op anderen ook moet kunnen beoordelen. Verder is het onduidelijk in hoeverre het geldend juridisch kader antwoord biedt op vragen als welke selectie(gronden) rechtmatig zijn om bijvoorbeeld uitkeringsgerechtigde A wel maar B niet te controleren op fraude. Kan een selectiegrond als ‘laaggeletterdheid’ bijvoorbeeld door de beugel?¹⁰⁰ Deze onduidelijkheid maakt het voor de rechter ingewikkeld om zijn controlerende taak uit te voeren. En om weer de connectie met het bewijsrecht te leggen: het onduidelijke karakter van de geldende rechtsnormen heeft indirect ook gevolgen voor de bewijspositie van appelland. Wat als discriminatie wordt beschouwd, bepaalt immers grotendeels met wat voor bewijs hij moet komen.

Voor een beter beeld van hoe de rechter een discriminatiegrond beoordeelt als transparantie geboden wordt, kan bij gebrek aan openbare rechterlijke geschillen over algoritmische besluitvorming wederom bij wijze van analogie gekeken worden naar niet-algoritmische risicoprofileringszaken. Dan valt op dat, voor het oordeel over de vraag of fraudeopsporingsbeleid discriminatoir vormgegeven is, vooral gekeken wordt naar de artikelen 14 EVRM en 1 bij Protocol 12 EVRM en de daarbij behorende jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De rechter beoordeelt eerst of de gronden waarop geselecteerd is zogenoemde ‘verdachte gronden’ zijn; klassieke gronden zoals etniciteit. Als dit het geval is, moet de ‘*very weighty reasons*’-toets van het EHRM doorstaan worden, ofwel: zwaarwegende redenen moeten bestaan om onderscheid op basis van deze gronden te rechtvaardigen. Het lijkt er hierbij op dat als alleen geselecteerd wordt op bijvoorbeeld ‘Marokkaanse afkomst’, geen zwaarwegende redenen worden aangenomen. Wordt er behalve op afkomst ook op andere (niet verdachte) gronden geselecteerd zoals vakantiegedrag en het ontvangen van een uitkering, dan lijkt het desbetreffende fraudeopsporingsbeleid *wel* door de beugel te kunnen.¹⁰¹ Deze interpretatielijnt lijkt zich slecht te verhouden met de algoritmische context zoals neergezet in paragraaf 3.5. Hierin kunnen algoritmes namelijk juist heel fijnmazige analyse opleveren doordat allerlei correlaties in grote datasets worden gevonden. Het is dan ook niet uitgesloten dat bepaalde aanvullende selectiegronden juist sterk gecorreleerd zijn aan afkomst. Bijvoorbeeld: het hebben van in het buitenland wonende kinderen die kinderbijslag ontvangen zal vaker voorkomen bij mensen die een niet-Nederlandse afkomst hebben. Dat zou wellicht als indirecte discriminatie gekwalificeerd kunnen worden, maar de vraag is of de

¹⁰⁰ Argos/Human 6 maart 2023; Algorithm Audit 2023, p. 10 en 12. Onder andere deze selectiegrond werd gebruikt bij het (niet meer in werking zijnde) bijstandsalgoritme van de gemeente Rotterdam.

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld, in samenhang: CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1664, Gst. 2021/8, m.nt. M.I.T. Albers & J.C. de Wit; CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3156, AB 2017/402, m.nt. I. Sewandono; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, USZ 2018/215, m.nt. Venderbos.

rechter tot die conclusie kan komen als hij niet over veel expertise beschikt ten aanzien van de werking van algoritmes.

In ieder geval gaan allerlei complexe technische keuzes schuil achter algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid, die verder gaan dan in het geval van analoog vormgegeven fraudeopsporingsbeleid. Bij laatstgenoemde is de aanleiding voor het beleid namelijk niet zelden zo simpel als: het bestuursorgaan ontvangt het signaal dat een aantal uitkeringsgerechtigden met een specifieke niet-Nederlandse afkomst zich opzettelijk niet als ingezetene zouden uitschrijven wanneer zij naar het buitenland verhuizen en daardoor op onrechtmatige wijze een uitkering blijven ontvangen. In de groep uitkeringsgerechtigden wordt dan geselecteerd op deze afkomst. De geselecteerde uitkeringsgerechtigden worden vervolgens aan fraudeopsporing onderworpen, waaronder huisbezoeken.¹⁰² Algoritmisch ingestoken fraudeopsporingsbeleid wordt daarentegen, in sommige gevallen, bepaald door het leggen van verbanden en daarmee vinden van correlaties tussen verschillende (persoons)kenmerken. Hoe dit gebeurt, is van veel zaken afhankelijk, waaronder de manier waarop de *inputdata* gelabeld worden in de ontwikkelfase.¹⁰³ Meer dan bij analoog fraudeopsporingsbeleid gaat het bij algoritmisch fraudeopsporingsbeleid dus over de keuzes (de microbeslissingen) die ten grondslag lagen aan de uiteindelijke selectie van bepaalde groepen.

Op een ander punt lijkt de rechter ook moeite te hebben met het recontextualiseren van normen. Zo merkt Venderbos op dat de CRvB uit EHRM-jurisprudentie afleidt dat een ruime *margin of appreciation* geldt op het terrein van de sociale zekerheid, terwijl deze jurisprudentie gaat over materiële aanspraken op dit terrein. Dit is niet het geval in de zaken waarover de CRvB oordeelt. Deze zaken gaan namelijk niet over de toekenning van kinderbijslag (op grond van bijvoorbeeld nationaliteit) maar over overheidshandelen niet-zijnde een Awb-besluit in het kader van het inrichten van fraudeopsporingsbeleid.¹⁰⁴ Ook deze rechterlijke interpretatie toont dus aan dat het vertalen van rechtsnormen van de ene context naar de andere niet altijd even soepel gaat, ook al speelt digitalisering nog niet eens een rol.

4.4 Tussenconclusie: onder het topje van de ijsberg

Een eventueel gebrek aan effectieve rechtsbescherming van individuele burgers kan deels door transparantie opgelost worden. Maar dit probleem is slechts het topje van de ijsberg. Daaronder bevindt zich het grotere probleem van ongeschikte normering die algoritmische besluitvorming in strijd met de beginselen van de democratische rechtsstaat tegengaat. Wat de inmiddels vele algoritmische schandalen immers ook illustreren, is dat uitvoering die haaks staat op de beginselen van de democratische rechtsstaat regelmatig pas jaren later aan het licht komt. Alhoewel transparantie in sommige gevallen een verschil kan maken,

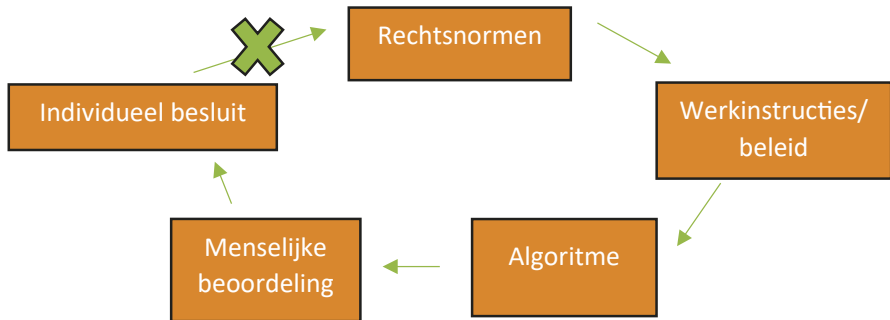
¹⁰² Naar de feiten in Rb. Haarlem 8 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA5410, JWwB 2007, 217, m.nt. Josan van Hoof.

¹⁰³ Par. 3-3-3.

¹⁰⁴ CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, USZ 2018/215, m.nt. Venderbos, punt 14.

is het geen panacee. Ook als men ervan uitgaat dat het bestuur deze processen met de beste bedoelingen inricht, zou vanuit de complexiteit van algoritmische besluitvormingsprocessen gezien meer sturing welkom zijn. Het kan namelijk sterk betwijfeld worden of bestuursorganen opgewassen zijn tegen alle normatieve vragen die komen kijken bij het algoritmisch inrichten van hun uitvoeringsprocessen.

De verwachting dat de rechter dit gebrek aan rechtsbescherming kan verhelpen, lijkt gestoeld te zijn op het beeld dat schandalen rondom algoritmische bestuursbesluitvorming incidenten betreffen. Tegelijkertijd lijkt, hoewel deze schandalen tot nu toe slechts incidenteel aan het licht komen, de eraan ten grondslag liggende problematiek van veel fundamenteelere en structurelere aard te zijn: de sprong van algemene rechtsnormen naar algoritmische microbeslissing op bovenindividueel niveau is lastig te nemen. Daarnaast veroorzaakt menselijke tussenkomst het risico dat goede vertaling van deze rechtsnormen naar het algoritmisch systeem toch teniet wordt gedaan omdat discriminatoire menselijke oordeelsvorming, versterkt door algoritmisering, de bovenhand neemt.¹⁰⁵ Redeneren vanuit het systeem van rechtsbescherming bij de rechter tegen besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb veronderstelt een zekere reflexieve werking tussen rechtsbescherming door de rechter en gedragsnormen voor het bestuur bij de uitoefening van aan dit bestuur opgedragen wettelijke taken. De veranderingen in de besluitvormingscontext bieden aanleiding om te twijfelen aan het bestaan van deze reflexieve werking (zie figuur 1.2). Voor zover transparantie geen obstakel is, lijkt het recontextualiseren van bestaande bestuursrechtelijke normering dus niet alleen een hele opgave voor bestuursorganen, maar ook voor de rechter.



Figuur 1.2 De doorbreking van de reflexieve werking tussen rechterlijke toetsingsnormen en gedragsnormen voor het bestuur in de algoritmische context. Een rechterlijk oordeel over een individueel besluit leidt niet tot de gewenste concretisering van algemene rechtsnormen.

¹⁰⁵ Reflectiedocument Wet versterking waarborgfunctie Awb 2024, par. 5 vat de problemen en risico's bij algoritmische besluitvorming samen langs grofweg dezelfde lijnen als de analyse in dit preadvies.

5 Oplossingsrichtingen

Dit preadvies beoogt vooral een bijdrage te leveren aan de probleemanalyse van de normering van algoritmische bestuursbesluitvorming. In deze paragraaf wordt dan ook alleen een paar oplossingsrichtingen aangestipt die verder uitgewerkt en aangevuld moeten worden in mijn proefschrift.¹⁰⁶ Mijns inziens valt de grootste winst te behalen door te werken aan de volgende oplossingen (waarbij ik me goed realiseer dat (1) en (2) niet van de ene op de andere dag gerealiseerd kunnen worden, terwijl dat bij (3) en (4) wellicht al wat spoediger het geval kan zijn):

1. Het recontextualiseren van de geldende normering, óók en juist buiten de rechtspraak om: aangezien het te beargumenteren valt dat geldende rechtsnormen een *mismatch* vertonen met de algoritmische context en de reflexieve werking tussen rechtsnormen en gedragsnormen wordt verhinderd, moet de wetgever, eventueel samen met het bestuur, in actie komen. Iedere recontextualisering begint echter met het voeren van een maatschappelijke discussie, en een van de eerste zaken waar we een discussie over moeten voeren is het onderscheid tussen ‘fraude’ en ‘niet-naleving’. Zowel in het maatschappelijk debat alsook in het juridisch kader lijkt het element opzet lang niet altijd relevant te worden bevonden. Dat is vreemd, nu in het woord fraude taalkundig in ieder geval enige vorm van opzet besloten ligt, terwijl niet-naleving ook volledig onbewust kan plaatsvinden. Daarnaast moet een andere beladen discussie gevoerd worden, namelijk: die over wat discriminatie precies behelst. Het geldende discriminatieverbod, zoals bijvoorbeeld op grond van de artikelen 14 EVRM en 1 bij Protocol 12 bij het EVRM, biedt alleen bescherming tegen zogenoemde ‘klassieke gronden’, zoals etniciteit. Dat heeft een goede verklaring, namelijk dat het discriminatierecht ontworpen is voor de analoge context waarin bescherming geboden moest worden tegen discriminerende handelingen van mensen. Nu kunnen sommige algoritmes nieuwe groeperingen voor fraudeopsporingsbeleid selecteren door het leggen van verbanden in heel grote datasets. Dat roept de vraag op of we meer waarde hechten aan het beschermen van groepen die historisch gezien gestigmatiseerd zijn, of dat we juist ook een open beschermingsgrond in het leven willen roepen die vooral gericht is op het tegengaan van selectie op grond van irrelevante factoren.¹⁰⁷ De selectiegronden die gebruikt zijn door het inmiddels niet meer in werking zijnde Rotterdamse bijstands algoritme illustreren dat algoritmes ook kunnen selecteren op factoren die zo banaal overkomen als uiterlijke verzorging en

¹⁰⁶ Daarvoor doe ik momenteel ook onderzoek naar onder meer de handvatten die het gecombineerde perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* hiervoor kan bieden.

¹⁰⁷ Gerards & Zuiderveen Borgesius 2020.

laaggeletterdheid.¹⁰⁸ Nu kunnen analoge risicoprofileringsmethoden ook dergelijke selectiegronden hanteren, maar bij complexe algoritmes kan dit meer sluipenderwijs gebeuren omdat het niet de mens is die de beslisregel formuleert, maar het datagedreven algoritme. Een mogelijk antwoord op de vraag naar de uitbreiding van discriminatiegronden is ook dat dergelijke banale selectiegronden niet beschermd worden door het discriminatieverbod, maar door het (algemene) gelijkheids- of zorgvuldigheidsbeginsel. Wat het uiteindelijke antwoord ook zal zijn, duidelijk is dat dit nog geen uitgekristalliseerd debat is.¹⁰⁹

2. De uitvoeringspraktijk zo hervormen dat transparantie een wezenlijk onderdeel daarvan gaat uitmaken, in plaats van een mechanisme dat pas bij het aanwenden van rechtsmiddelen via het bewijsrecht geboden kan worden: transparantie gericht op individuele rechtsbescherming is een groot goed, maar zoals de jurisprudentiebespreking hiervoor duidelijk maakt geenszins een *panacee*. Of, in de woorden van Kaminski: '(...) for transparency to be effective, it has to be designed. It can't be sprinkled on like seasoning; it has to be built into a regulatory system from the onset'.¹¹⁰ Zij stelt dat, om antwoorden te geven op de wie-, wat-, wanneer- en hoe-vragen van transparantieontwerp, we eerst moeten kunnen formuleren waarom we transparantie zo hoog in het vaandel hebben staan.¹¹¹ Niet zelden is het antwoord op de waaromvraag iets in de trant van: 'zodat het algoritme geen *black box* wordt en men een daarop gebaseerd besluit kan aanvechten'. Kaminski maakt duidelijk dat dit te simpel is en bepleit een vorm van transparantie die gericht is op de gehele sociotechnische context waarin het algoritme opereert, in casu de *system-level* én *street-level* medewerkers van een bestuursorgaan.¹¹² Transparantiemechanismen die voornamelijk of uitsluitend focussen op het algoritme in kwestie slagen er niet in het besluitvormingsproces goed te normeren. Omdat de vorm van transparantie die ik voorstel, namelijk systemische transparantie, juist ook ruimte biedt voor individuele transparantie, wil ik voorstellen dat het – net als in Frankrijk al het geval is – voor Nederlandse bestuursorganen verplicht wordt om bij ieder geautomatiseerd besluit kenbaar te maken dat dit een geautomatiseerd karakter heeft. Op die manier kan een belanghebbende überhaupt te weten komen dat hij geprofileerd is door een algoritme.¹¹³ Voor het bewerkstelligen van meer transparantie moet echter ook het debat gevoerd worden over de wenselijkheid van heimelijk gevoerd fraudeopsporingsbeleid zoals blijkt te worden gevoerd uit de hiervoor besproken houding van bestuursorganen in openbare uitspraken en besluiten op Woo-verzoeken. De volgende oplossingsrichting draag ik, in lijn met Kaminski's voorstel, aan voor de uitvoeringspraktijk van bestuursorganen.¹¹⁴

108 Argos/Human 6 maart 2023; Algorithm Audit 2023, p. 10 en 12.

109 Wellicht is een startpunt de verdere ontwikkeling van de beginselen voor behoorlijk IT-gebruik in: Franken 1993.

110 Kaminski 2020, p. 121.

111 Kaminski 2020, p. 121.

112 Kaminski 2020, p. 126-127.

113 Zie art. L311-3-1 Code des relations entre le public et l'administration, Décret n°2017-330; uit Reflectiedocument Wet versterking waarborgfunctie Awb 2024, p. 12 blijkt overigens dat het kabinet dit een interessante bepaling vindt.

114 Kaminski 2020, p. 134 e.v.

3. Wijs een publieke organisatie, zoals de directie Coördinatie Algoritmes van de Autoriteit Persoonsgegevens (DCA) of de Nationale ombudsman, aan die naar analogie met het mededingingsrecht een actieve rol kan vervullen bij het vergaren van bewijs indien belanghebbenden de gang naar de rechter zoeken: dit zou de (proces)positie van belanghebbenden significant kunnen verbeteren. Het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad geeft geen blijk van het hanteren van een strenge bewijsmaatstaf wanneer belanghebbende stelt dat hij gediscrimineerd is.¹¹⁵ Tegelijkertijd toont dit arrest aan dat een belanghebbende geen chocolade kan maken van zijn beroepsgrond indien geen enkele publieke informatie beschikbaar is over een mogelijk discriminatoir fraudeopsporingsalgoritme. In dergelijke gevallen is een mooie rol weggelegd voor een nader te bepalen publieke organisatie. Over de precieze invulling en voorwaarden van een dergelijke rol moet verder nagedacht worden, maar net zoals in het geval van de Europese Commissie in de context van het mededingingsrecht, kan gedacht worden aan de mogelijkheid voor burgers om een verzoek in te dienen tot bewijsvergaring door de desbetreffende instantie alsook een eigen initiatiefrecht. Dit kan gecombineerd worden met een boetebevoegdheid – in die zin is de DCA wellicht geschikter dan de Nationale ombudsman – omdat een boete opleggen waarschijnlijk meer pijn doet dan het enkele vernietigen van een besluit.¹¹⁶ Deze oplossingsrichting is in lijn met Kaminski's idee van transparantie. Als een van de mechanismen voor wezenlijke transparantie noemt zij namelijk het geven van auditbevoegdheden aan een onafhankelijke derde partij.¹¹⁷
4. Roep de verplichting in het leven dat bestuursprocesrechtelijke (bewijs)regels worden doorgevoerd in het handelen van het bestuursorgaan: onder meer Schuurmans heeft aangetoond dat de bestuursrechtelijke bewijsmaatstaf contextueel is, waarbij factoren gelden zoals of het besluit gericht is op het verleden of de toekomst; of het besluit een begunstigend of belastend rechtsgevolg voor de burger meebrengt; of het een bestuursorgaan is dat op massale schaal besluiten neemt of niet. In feite komt het erop neer dat dergelijke factoren tezamen inzichtelijk maken hoe algemeen versus individueel belang zich in een concreet geval tot elkaar moeten verhouden, en dus: wat voor foutdistributie behoort bij het oordeel dat iets bijvoorbeeld aannemelijk gemaakt is. Schuurmans stelt voor dat deze contextuele bewijsmaatstaf voor rechters wordt geëxpliciteerd in de vorm van een percentage, met het oog op het voorkomen dat een te hoge maatstaf wordt gelegd en te hoge eisen aan de bewijslevering vanuit de burger worden gesteld, zoals het geval was in de kinderopvangtoeslagaffaire.¹¹⁸ Het is denkbaar dat dit voorstel voor kwantificering van de bewijsmaatstaf vertaald kan worden naar de algoritmische context. Zoals we in paragraaf 3.3.3 zagen, moet bij het ontwikkelen van een algoritme ook een beslissing worden genomen over de in een specifieke context geschikte verdeling tussen valspositieven en valsnegatieven. Het voorstel van Schuurmans

¹¹⁵ HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, BNB 2022/41, m.nt. E.B. Pechler, r.o. 5.3.

¹¹⁶ Zie art. 18 en 20 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 001/1-25).

¹¹⁷ Kaminski 2020, p. 134 e.v.

¹¹⁸ Schuurmans 2023, p. 264-267.

biedt bruikbare handvatten hiervoor. Dit zou een goede waarborg kunnen zijn tegen de tunnelvisie die het bestuur soms heeft bij fraudeopsporingsbeleid.¹¹⁹

Deze oplossingsrichtingen sluiten mijns inziens goed aan op de context van algoritmische bestuursbesluitvorming. Zoals de inspiratie voor een deel van de oplossingsrichtingen aantoont, kan het wegnemen van de *normeringsmismatch* in de algoritmische context uitstekend samengaan met (verbeterde) rechtsbescherming en normering van analoge bestuursbesluitvorming. Dit verbaast ook niet aangezien in de bredere bestuursrechtliteratuur al vaker is opgemerkt dat besluitvorming door bestuursorganen steeds meer op een bovenindividueel niveau plaatsvindt.¹²⁰ Bovendien zagen we al enkele overeenkomsten met de analoge fraudeopsporings- of risicoprofileringscontext.

¹¹⁹ Waarvan bijvoorbeeld sprake leek bij: Rb. Haarlem 8 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA5410, JWWB 2007, 217, m.nt. Josan van Hoof.

¹²⁰ Zie bijv. Schuurmans 2015.

6 Conclusie

In dit preadvies heb ik een eerste poging gedaan om het perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* te introduceren in de Nederlandse staats- en bestuursrechtwetenschap. De komende jaren hoop ik daarmee verder te gaan, maar hoop ik zeker ook het perspectief van de Nederlandse staats- en bestuursrechtwetenschap onder de aandacht van de internationale *technology regulation*-gemeenschap te brengen. Deze twee werelden lijken in sommige opzichten mijlenver van elkaar af te staan: de ene is sterk georiënteerd op de rechtspraktijk, de andere is juist weer conceptueel en interdisciplinair van aard. Tegelijkertijd kunnen deze twee werelden mijns inziens veel van elkaar leren, wellicht juist omdat ze zo van elkaar verschillen, maar ook omdat ze hier en daar met soortgelijke vraagstukken geconfronteerd worden. Zo speelt in de *technology regulation*-gemeenschap – waarin de bestudering van het gegevensbeschermingsrecht traditioneel een belangrijke plek inneemt – al langer, maar zeker sinds het recent gewezen *Schufa*-arrest van het Europese Hof van Justitie,¹²¹ de vraag naar wat ‘een besluit’ is. En laten wij staats- en bestuursrechtjuristen daar nou net, op onze eigen manier, het een en ander van afweten. Voor de staats- en bestuursrechtwetenschap past de analyse vanuit sociotechnisch perspectief dan weer als een schoen. In een rechtsgebied dat een concept van wat een ‘besluit’ is als het object van normering heeft, is immers meer aandacht voor de bredere context die het uiteindelijke besluit vorm geeft welkom.

De voorgaande analyse was erop gericht om te illustreren welk deel van de werkelijkheid wij als staats- en bestuursrechtjuristen voor lief nemen en, onterecht, niet meenemen in de door ons geformuleerde probleemstellingen. In hoofdlijnen is geïllustreerd dat de bestuurlijke besluitvormingscontext in ieder geval bij fraudeopsporing aan wezenlijke verandering onderhevig is. Misschien is het wel helemaal niet meer zo dat het bestuur primair de samenleving ordent via het nemen van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Algoritmisering legt om verschillende redenen een grotere nadruk op microbeslissingen omtrent de gegevensverwerking, het ontwerp van de algoritmische tool en menselijke interactie. Als de condities voor een bepaald besluit al gecreëerd zijn in wat wij in het bestuursrecht aanduiden als de ‘voorbereidende fase’, in hoeverre kunnen we het beslismoment dan nog aan de achterkant lokaliseren? Deze veranderingen in het object van normering ten opzichte van het beeld dat ten grondslag lag aan het ontwerp van de Awb hebben gevolgen voor de effectuering van de geldende rechtsbeginselen. Op verschillende momenten in het algoritmisch vormgegeven

121 HvJ EU 16 maart 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220 (*Schufa*).

besluitvormingsproces kunnen vertaalfouten optreden waardoor deze beginselen geen doel meer treffen. Dit geldt op een andere manier ook voor het in het EVRM neergelegde discriminatieverbod.

Vanuit deze achtergrond is voor zover dit kon, geanalyseerd welke rol de rechter onder meer via vanuit het bestuursorgaan toenemende transparantie en het bewijsrecht kan spelen. Deze analyse is uitgevoerd om te kunnen beoordelen in hoeverre de veranderende bestuursbesluitvormingscontext aanleiding geeft om de geldende rechtsnormen te herdenken. Waar de rechter in sommige gevallen rechtsbescherming kan bieden ten aanzien van het bestreden besluit (bijvoorbeeld de intrekking van een uitkering), blijft de discriminatievraag vaker in de lucht hangen. Dit is ofwel omdat toch geen transparantie wordt geboden in de fraudeopsporingscontext, ofwel omdat de stap van geldende algemene kaders naar de algoritmische context te groot is om door de rechter te maken. Ten slotte is in de aangestipte oplossingsrichtingen geprobeerd door te laten klinken dat algoritmische schandalen dus voortkomen uit een structureler probleem, grotendeels ook omdat de reflexieve werking tussen rechtsnorm, uitvoering en rechtsbescherming doorkruist wordt in deze context. Transparantie die primair gericht is op individuele rechtsbescherming biedt dan weinig soelaas. Individuele waarborgingsmechanismen moeten ingebed worden in systemische waarborgingsmechanismen: door werk te maken van de recontextualisering van normen, door transparantie daadwerkelijk 'in te bakken' in de uitvoeringsprocessen, een publieke organisatie aan te stellen die burgers kan helpen met bewijs verzamelen als zij de gang naar de rechter willen maken en door daarvoor geschikte bewijsregels te laten doorwerken in te maken microbeslissingen. De huidige normeringsmismatch lijkt op het eerste gezicht een typisch geval van 'you can't have your cake and eat it too!' te veroorzaken; maar verhelpen we deze normeringsmismatch, dan zouden systemische, materiële rechtvaardigheid en individuele legitimatie prima samen moeten kunnen gaan.

Literatuur

Adriaansz 2020

C. Adriaansz, 'De rechtmatigheid van algoritmische besluitvorming in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel', *NTB* 2020/100.

Algorithm Audit 2023

Algorithm Audit, *Problem statement: Risk Profiling for Social Welfare Re-examination* (A-goprudence AA:2023:02:P).

Al Khatib 2021

O.A. Al Khatib, 'In het digitale tijdperk is het huidige artikel 1 Grondwet 'maar' het begin!', *Nederland Rechtsstaat* 28 september 2021.

Argos/Human 6 maart 2023

'Fraude-algoritme op de snijtafel: Rotterdam verdenkt vooral jonge moeders', Reinier Tromp via *Argos/Human* 6 maart 2023.

BBC News 23 januari 2024

'Post Office scandal explained: What the Horizon saga is all about', Kevin Peachey, Michael Race & Vishala Sri-Pathma via *BBC News* 23 januari 2024.

Bennett Moses 2013

L. Bennett Moses, 'How to think about law, regulation and technology: Problems with 'technology' as a regulatory target', *Law, Innovation and Technology* 2013, nr. 1.

Binns 2020

R. Binns, 'Algorithmic decision-making: A guide for lawyers', *Judicial Review* 2020, p. 2-7.

Binns & Veale 2021

R. Binns & M. Veale, 'Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR', *International Data Privacy Law* 2021, nr. 4.

Black 1997

J. Black, 'Using Rules', in: J. Black (red.), *Rules and regulators*, Oxford: Oxford University Press 1997.

Black 2002

J. Black, 'Critical reflections on regulation', Londen: London School of Economics and Political Science 2002.

Bovens & Zouridis 2002

M. Bovens & S. Zouridis, 'From street-level to system-level bureaucracies: How information and communication technology is transforming administrative discretion and constitutional control', *Public Administration Review* 2002, nr. 2, p. 174-184.

Brouwer 2023

E. Brouwer, 'Ligue des droits humains and the validity of the PNR Directive: Balancing individual rights and State powers in times of new technologies', *Common Market Law Review* 2023, nr. 3.

Brownsword 2008

R. Brownsword (red.), *Rights, regulation, and the technological revolution*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Choi, Van Eck & Hukshorn 2021

W. Choi, M. van Eck & H. Hukshorn, *Hoe gemeenten besluiten over algoritmen & mensenrechten* (Onderzoek voor het College voor de Rechten van de Mens, 29 juni 2021).

Citron 2007

D.K. Citron, *Technological due process*, University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper 2007, nr. 26.

Van Eck 2018

M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018.

Van Eck, Bovens & Zouridis 2018

M. van Eck, M. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018, afl. 40.

Edwards & Veale 2017

L. Edwards & M. Veale, 'Slave to the algorithm? Why a "right to an explanation" is probably not the remedy you are looking for', *Duke Law & Technology Review* 2017, nr. 18.

Van Ettekoven 2018a

B.J. van Ettekoven, 'Werken aan moderne(r) bestuursrechtspraak', *NTB* 2018/71.

Van Ettekoven 2018b

B.J. van Ettekoven, 'Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big Data tijdperk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu ... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 209-233.

Ferrara 2024

E. Ferrara, 'The butterfly effect in artificial intelligence systems: Implications for AI bias and fairness', *Machine Learning with Applications* 2024.

Franken 1993

H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen', in: *Beschikken en automatiseren* (VAR Vereniging voor administratief recht, preadviezenreeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.

Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021

J. Goossens, E.M.H. Hirsch Ballin & E.Y. van Vugt, 'Algoritmische beslisregels vanuit constitutioneel oogpunt. Tweedeling tussen algemene regels en concrete toepassing onder druk', *TvCR* 2021, afl. 1, p. 4-19.

Haas & Jansen 2009

F.J.P.M. Haas & D.N.N. Jansen, 'Bewijs in belastingzaken', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2009/2.

Hacker 2018

P. Hacker, 'Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law', *Common Market Law Review* 2018, nr. 4, p. 1143-1185.

Hildebrandt 2018

M. Hildebrandt, 'Algorithmic regulation and the rule of law', *Philosophical Transactions of the Royal Society A* 2018.

Hildebrandt 2020

M. Hildebrandt, 'Code driven law. Scaling the past and freezing the future', in: C. Markou & S.F. Deakin (red.), *Critical perspectives on law and artificial intelligence*, Hart Publishers 2020.

Hirsch Ballin 2021

E.M.H. Hirsch Ballin, *Mensenrechten als ijkpunt van artificiële intelligentie*, Den Haag: WRR 2021.

Houser & Sanders 2017

Houser & Sanders, 'The use of big data analytics by the IRS: efficient solution or the end of privacy as we know it?', *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 2017, nr. 4.

Kaminski 2020

M. Kaminski, 'Understanding transparency in algorithmic accountability', in: *Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Woodrow Barfield: Cambridge University Press 2020.

Koops 2006

B.-J. Koops, 'Should ICT regulation be technology-neutral?', in: B.-J. Koops, M. Lips, C. Prins & M. Schellekens (red.), *Starting points for ICT regulation. Deconstructing prevalent policy one-liners* (IT & Law Series nr. 9), The Hague: T.M.C. Asser Press 2006, p. 77-108.

La Croix 11 februari 2022

'Parcoursup: enquête sur les algorithmes qui décident de l'avenir de nos enfants', Denis Peiron en Laurent Duvoux via *La Croix* 11 februari 2022.

Meijer, Lorenz & Wessels 2021

A. Meijer, L. Lorenz & M. Wessels, 'Algorithmization of bureaucratic organizations: Using a practice lens to study how context shapes predictive policing systems', *Public Administration Review* 2021, nr. 5, p. 837-846.

Merigoux e.a. 2022

D. Merigoux, M. Alauzen & L. Slimani, 'Rules, computation and politics: Scrutinizing unnoticed programming choices in French housing benefits', *Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law* 2022, nr. 1.

Meuwese 2017

A.C.M. Meuwese, 'Grip op normstelling in het datatijdperk', in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR Vereniging voor Bestuursrecht, preadviezenreeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017).

Meuwese 2022

A.C.M. Meuwese, 'Artificiële intelligentie en bestuursrecht: menselijk én digitaal', *NTB* 2022/37.

NOS 17 december 2020

'Gedupeerden toeslagaffaire: "Eindelijk erkenning, maar littekens blijven"', NOS Nieuws 17 december 2020.

NOS 21 juni 2023

Sumeyye Ersoy & Salwa van der Gaag, 'Studenten met migratieachtergrond opvallend vaak beschuldigd van fraude, minister wil systeem grondig nagaan', NOS 21 juni 2023.

NOS Nieuws 14 november 2020

'Verhoren kinderopvangtoeslag-affaire: van genegeerde ambtenaar tot Rutte', NOS Nieuws 14 november 2020.

NOS Nieuws 19 oktober 2021

'Meer dan duizend kinderen gedupeerden toeslagenaffaire uit huis geplaatst', NOS Nieuws 19 oktober 2021.

O'Neill 2016

C. O'Neill, *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Penguin Books 2016.

Pasquale 2015

F. Pasquale, *The Black Box society: The secret algorithms that control money and information*, Cambridge: Harvard University Press 2015.

De Poorter & Goossens 2019

J.C.A. De Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777.

PwC 2021

PwC, *Onderzoek effecten FSV particulieren*, 2021.

Raad van State 2021

Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag 2021.

Ranchordas 2024

S. Ranchordas, 'The invisible citizen in the digital state: Administrative law meets digital constitutionalism', in: J. De Poorter, C. Oirsouw & G. van der Schyff (red.), *European Yearbook of Constitutional Law* (te verschijnen in 2024).

Reflectiedocument Wet versterking waarborgfunctie Awb 2024

Reflectiedocument *algoritmische besluitvorming en de Algemene wet bestuursrecht*, Bijlage bij (internet)consultatiestukken wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb.

Rouvroy & Berns 2010

A. Rouvroy & T. Berns, 'Le nouveau pouvoir statistique: Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps "numériques"...', *Éditions Association Multitudes, Multitudes* 2010/1(n° 40).

Scantamburlo e.a. 2019

T. Scantamburlo, A. Charlesworth & N. Cristianini, 'Machine decisions and human consequences', in: K. Yeung & M. Lodge (red.), *Algorithmic regulation*, Oxford: Oxford University Press 2019.

Schauer 1993

F. Schauer, 'Rules as generalizations', in: F. Schauer (red.), *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life* (Clarendon Law Series), Oxford: Oxford University Press 1993.

Schlössels & Zijlstra 2017

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 1*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

Schuurmans 2015

Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), 2015.

Schuurmans 2017

Y.E. Schuurmans, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht' *Ars Aequi* 2017, AA20170388.

Schuurmans 2023

Y.E. Schuurmans, 'Aannemelijkheid in het bestuursrecht', *RMThemis* 2023, afl. 5.

The Guardian 15 januari 2021

John Henley, 'Dutch government resigns over child benefits scandal', *The Guardian* 15 januari 2021.

The Guardian 7 juli 2023

Paul Karp & Luke Henriques-Gomes, 'What is robodebt? Six things to watch for in the royal commission's final report today', *The Guardian* 7 juli 2023.

Vedder en Naudts 2017

A. Vedder & L. Naudts, 'Accountability for the use of algorithms in a big data environment', *International Review of Law, Computers & Technology* 2017.

De Vries 2013

K. de Vries, 'Privacy, due process and the computational turn: A parable and a first analysis', in: M. Hildebrandt & K. De Vries (red.), *Privacy, due process and the computational turn: The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge: Taylor & Francis Group 2013.

Widlak 2021

A. Widlak, *Volwassen digitale overheid*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2022.

Wolswinkel 2020

C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Universiteit Tilburg 2020.

WRR 2021

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Opgave AI. De nieuwe systeem-technologie* (WRR-Rapport nr. 105), Den Haag: WRR 2021.

Yeung 2023

K. Yeung, 'The new public analytics as an emerging paradigm in public sector administration', *Tilburg Law Review* 2023, nr. 2.

Yeung & Harkens 2023a

K. Yeung & A. Harkens, 'How do "technical" design-choices made when building algorithmic decisionmaking tools for criminal justice authorities create constitutional dangers?' (Part I), *Public Law* 2023 (op het moment van downloaden nog te verschijnen).

Yeung & Harkens 2023b

K. Yeung & A. Harkens, 'How do "technical" design-choices made when building algorithmic decisionmaking tools for criminal justice authorities create constitutional dangers?' (Part II), *Public Law* 2023 (op het moment van downloaden nog te verschijnen).

Bewijsnood in belastingzaken

M.T.M. Hennevelt*

1	Inleiding	63
2	Bewijsrecht (in belastingzaken) in vogelvlucht	65
2.1	Inleiding	65
2.2	Het belang van bewijsrecht en de vrije bewijsleer	65
2.3	Het bewijsrechtelijk model	66
2.4	Bewijslastverdeling	67
2.5	Bewijsmiddelen	68
2.6	Bewijsstandaarden	69
3	Het bewijsvermoeden	71
3.1	Inleiding	71
3.2	Het bewijsvermoeden in het algemeen	71
3.2.1	Vestiging van een bewijsvermoeden	71
3.2.2	Ontzenuwing van een bewijsvermoeden	72
3.2.3	Inpassing in het bewijsrechtelijk model	73
3.3	Het bewijsvermoeden in boetezaken	75
3.3.1	Het arrest BNB 2022/68	75
3.3.2	De jurisprudentie (van de Hoge Raad) tot BNB 2022/68	76
3.3.3	Is de Hoge Raad omgegaan?	78
4	De omkering van de bewijslast	81
4.1	Inleiding	81
4.2	Omkering van de bewijslast als sanctie	81
4.2.1	Voorwaarden voor omkering van de bewijslast	81
4.2.2	Gevolgen van omkering van de bewijslast	84
4.3	Omkering van de bewijslast als remedie	86

* Mr. drs. M.T.M. (Michiel) Hennevelt is werkzaam als senior gerechtsjurist bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

5	Conclusies en aanbevelingen	89
5.1	Conclusies	89
5.2	Aanbevelingen	90
Literatuur		91

I Inleiding

Belastingrecht is bestuursrecht. De regels die, vaak op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), voor het bestuursrechtelijke proces gelden, gelden in beginsel ook voor het fiscale proces. Sterker nog, de wet kent niet een van het bestuursproces te onderscheiden fiscaal proces en evenmin een van de bestuursrechter te onderscheiden belastingrechter. Toch zijn dergelijke begrippen in de rechtspraak algemeen geaccepteerd en ook met goede reden. Zodra een besluit ‘ingevolge de belastingwet’¹ is genomen, gelden op grond van hoofdstuk V van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) namelijk bijzondere procesregels, soms in afwijking van, dan weer in aanvulling op de Awb. Bovendien worden geschillen omtrent dergelijke besluiten in hoogste instantie beslecht door een bijzondere hoogste bestuursrechter: de Hoge Raad. Tot slot verschilt de aard van het belastingproces van veel andere delen van het bestuursproces, waarbij om maar iets te noemen in fiscalibus zelden meer dan twee partijen zijn betrokken en waarbij de rechter zelden rekening hoeft te houden met bestuurlijke beslissingsruimte. Het is dan ook niet vreemd dat het belastingprocesrecht op veel vlakken een eigen leven leidt.² Niettemin blijft belastingprocesrecht ook gewoon bestuursprocesrecht en hebben beide rechtsgebieden ook uiteindelijk ongeveer dezelfde functies, zoals het bieden van rechtsbescherming en definitief beslechten van geschillen, bij voorkeur op basis van de materiële waarheid. Beide onderdelen van het bestuursrecht kunnen daarom, zonder dat zij noodzakelijkerwijs één hoeven te worden, baat hebben bij kruisbestuiving. In dit preadvies tracht ik daaraan een bijdrage te leveren.

Het onderwerp van dit preadvies bevindt zich in het domein van het fiscale bewijsrecht. Daarbij heb ik ervoor gekozen een specifiek deelonderwerp vanuit meerdere invalshoeken te belichten: bewijsnood. Ik ga met name in op twee figuren die als remedies tegen bewijsnood kunnen worden gezien en die binnen het belastingrecht een min of meer bijzondere invulling krijgen: het bewijsvermoeden en de omkering van de bewijslast. Mijn onderwerpkeuze is mede geïnspireerd door wat zonder twijfel de meest spraakmakende recente ontwikkeling op het gebied van het fiscale bewijsrecht is: het arrest van de Hoge Raad van 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526, BNB 2022/68 over het voor beboeting benodigde bewijs. Dat arrest zal in paragraaf 3 worden besproken.

In dit preadvies vertrek ik vanuit het geldende recht zoals dat volgens mij luidt, zonder evenwel uit het oog te verliezen waartoe het bewijsrecht nu principieel

1 Zie voor dit begrip art. 2 lid 1 onder a jo. art. 1 AWR.

2 Vgl. Haas 2014, hfdst. 1.

dient en welke vragen nog niet beantwoord zijn. Hiertoe belicht ik in paragraaf 3 het fiscale bewijsvermoeden en in paragraaf 4 de omkering van de bewijslast, na enige algemene bespiegelingen over fiscaal bewijsrecht in paragraaf 2. Ik sluit in paragraaf 5 af met een aantal conclusies en aanbevelingen.

2 Bewijsrecht (in belastingzaken) in vogelvlucht

2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een aantal algemene aspecten van bewijsrecht (in belastingzaken) besproken, zodat daarop kan worden voortgebouwd in paragraaf 3 en 4. Ik zal dan ook met name ingaan op die aspecten die relevant zijn voor het bewijsvermoeden en de omkering van de bewijslast. Het doel van deze paragraaf is daarnaast het voorkomen van misverstanden over bepaalde begrippen die binnen verschillende delen van het bestuursrecht wellicht verschillende betekenissen hebben.

2.2 Het belang van bewijsrecht en de vrije bewijsleer

Waarom dient het bewijsrecht? Op zichzelf kan eenvoudig worden geconstateerd dat de rechter vaak niet in staat is met zekerheid vast te stellen welke relevante feiten zich in een zaak hebben voorgedaan. Ondanks deze onzekerheid zal de rechter uiteindelijk toch een beslissing moeten nemen, waarbij hij van bepaalde feiten zal moeten uitgaan. Het bewijsrecht verschaft de rechter een middel om met deze onzekerheid om te gaan, door als het erop aankomt te regelen dat deze onzekerheid voor rekening van een bepaalde partij komt, ten nadele van wie de beslissing dan in zoverre zal luiden. Dit is het praktische belang van het bewijsrecht.

Het praktische belang van het bewijsrecht kan echter op vele manieren worden verwezenlijkt en om iets zinnigs te kunnen zeggen over wat de beste manier is, dus hoe het bewijsrecht het best kan worden vormgegeven, is het nuttig te kijken naar de achterliggende doelstellingen daarvan. In dat kader kan in de eerste plaats worden gewezen op de geschiedenis van de invoering van hoofdstuk 8 van de Awb. Bij die invoering is het voor de wetgever steeds van groot belang geweest dat burgers zelf moeten kunnen procederen en dat de procedure zo eenvoudig mogelijk moet worden gehouden.³ In dit kader heeft de wetgever gewild dat de rechter aan ongelijkheidscompensatie doet. Daarnaast is de wetgever ervan uitgegaan dat de bestuursrechter actief onderzoek doet naar de materiële waarheid.⁴ Hij mag bijvoorbeeld ambtshalve de feiten aanvullen. Mede gelet op deze uitgangspunten is ervoor gekozen nauwelijks regels van materieel bewijsrecht op

³ Kamerstukken II 1991/92, 22495, A, p. 33.

⁴ Kamerstukken II 1991/92, 22495, A, p. 36.

te nemen. Het enige voorschrift dat de Awb-wetgever in dit kader heeft willen opnemen, is artikel 8:69 lid 1 Awb. Die bepaling schrijft dwingend voor waarop de rechter zijn uitspraak moet baseren. Bovendien heeft de wetgever in de toelichting op hoofdstuk 8 van de Awb wel enige wensen geformuleerd over de wijze waarop de rechter met bewijskwesities moet omgaan. Die wensen komen erop neer dat de rechter afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen moet verdelen.⁵ De wetgever spreekt van de in het bestuursprocesrecht geldende vrije bewijsleer.⁶

Bij de behandeling van de Vierde tranche Awb heeft de wetgever opnieuw uitdrukkelijk gekozen het materiële bewijsrecht, zowel voor bestuurlijke boetes als voor het bestuursrecht in het algemeen, niet wettelijk te regelen. Aan een dergelijke omvangrijke operatie zou geen behoefte bestaan, omdat het bestuursorgaan al op grond van het in artikel 3:46 Awb neergelegde motiveringsbeginsel gehouden is zich ervan te verzekeren dat het voldoende bewijs heeft alvorens het een besluit neemt. De rechter kan dit vervolgens volledig toetsen, waarbij de materiële waarheid centraal staat. Ook regels over de keuze en waardering van bewijsmiddelen achtte de wetgever niet nodig, omdat uit artikel 3:2 Awb al volgt dat het feitenonderzoek zorgvuldig moet gebeuren.⁷

Geconcludeerd kan worden dat de wetgever de rechter nagenoeg volledig vrij heeft willen laten op het gebied van het bewijsrecht. Verder kan worden geconstateerd dat het bewijsrecht primair de waarheidsvinding, de laagdrempeligheid van de bestuursrechtelijke procedure en het beginsel van *equality of arms* dient. Bij een onderzoek naar het bewijsrecht in belastingzaken moeten deze belangen dan ook steeds voor ogen worden gehouden.

2.3 Het bewijsrechtelijk model

Algemeen geaccepteerd is dat het fiscale bewijsrechtelijke model uit een aantal elementen bestaat, waarin ook een zekere chronologie is te onderkennen. Dat model kan met weglating van de nodige nuances als volgt worden weergegeven.⁸

Bij de toepassing van een bepaalde rechtsregel zal de rechter moeten beoordelen wat de relevante feiten zijn, wie die feiten moet stellen (*stelplicht*) en of die feiten inderdaad zijn gesteld. Indien dat het geval is en die feiten door de wederpartij ook gemotiveerd worden betwist,⁹ komt bewijslevering aan de orde. In dat stadium zal

⁵ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 33 en 37.

⁶ Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3, p. 110.

⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 131-132.

⁸ Voor een nadere beschouwing van de basisbegrippen verwijs ik naar het drieluik van Haas & Jansen 2009c. Zie voor het overzicht op hoofdlijnen van het bewijsrecht in het algemeen bestuursrecht Schlössels 2009, par. 1.2.

⁹ Aan stellen en betwisten worden doorgaans geen hoge motiveringseisen gesteld, maar in specifieke gevallen kan dit anders zijn, bijvoorbeeld als de partij die niet de bewijslast heeft, wel in staat is relevante gegevens aan te leveren, zie HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1021, BNB 2018/156.

de rechter moeten beslissen wie de bewijslast heeft (*bewijslastverdeling*). Diegene zal aan de hand van *bewijsmiddelen* een bepaalde *bewijsstandaard* moeten halen; hij zal een bepaalde mate van zekerheid over de door hem gestelde feiten moeten verschaffen. De rechter is bij de *selectie* en de *waardering* van de bewijsmiddelen in beginsel vrij. Uit de bewijsmiddelen zal hij uiteindelijk *bewijsgronden* moeten afleiden. Het gaat daarbij om de relevante inhoud van bewijsmiddelen en wat daaruit als gevolgtrekking kan worden afgeleid.¹⁰ Aan de hand daarvan komt de rechter tot slot tot een *bewijsoordeel*. Daarbij speelt niet alleen een rol wat de partij met de bewijslast heeft aangedragen, maar ook wat de wederpartij daartegen heeft ingebracht.

2.4 Bewijslastverdeling

Over de vraag hoe de rechter de bewijslast moet verdelen, is veel geschreven. Daarbij wordt in het algemeen onderscheid gemaakt tussen de objectieve bewijsleer en de billijkheidsleer.¹¹

Kort gezegd houdt de objectieve leer in dat de bewijslastverdeling volgt uit de toe te passen rechtsregel. Sommige wettelijke bepalingen schrijven heel uitdrukkelijk voor welke bewijslastverdeling geldt, maar veel vaker zal dit impliciet uit de toe te passen regel moeten worden afgeleid. In essentie verschillen beide type wettelijke bepalingen voor aanhangers van de objectieve leer echter niet.¹² Hoofregel daarbij is dat iemand die zich beroept op een door toepassing van die regel te bereiken rechtsgevolg, de bewijslast heeft. Roept de wederpartij op haar beurt bijvoorbeeld een uitzondering op die regel in, dan ligt het voor de hand dat zij daarvoor weer de bewijslast heeft.¹³ In deze leer ligt de verdeling van de bewijslast kortom besloten in het materiële recht en staat zij reeds vóór het proces onwrikbaar vast.¹⁴

De billijkheidsleer vertrekt niet vanuit de rechtsregel, maar vanuit de omstandigheden in de concrete zaak, zoals het partijdebat, gezond verstand, ervaringsregels en de redelijkheid.¹⁵ Volgens deze leer zal de rechter in elke procedure weer opnieuw kunnen en moeten bepalen hoe de bewijslast moet worden verdeeld, afhankelijk van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval.

Geconcludeerd kan worden dat in het fiscale procesrecht de objectieve leer dominant is.¹⁶ Dat betekent onder meer dat de Hoge Raad als cassatierechter het laatste woord heeft over de bewijslastverdeling bij de toepassing van een bepaalde rechtsregel. Dit betekent echter niet dat de redelijkheid helemaal geen rol speelt. Vooral

¹⁰ Zie in deze zin Meyjes e.a. 2020, par. 3.1.

¹¹ Zie hierover bijv. Koopman 1996, par. 1.2.3 en 1.2.4.

¹² Vgl. Koopman 1996, par. 4.5.

¹³ Vgl. HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1610, BNB 2019/190 en HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1344, BNB 2020/172.

¹⁴ Verseput 1985.

¹⁵ Vgl. Schlössels 2009, par. 2.5.1.

¹⁶ In deze zin o.m. Van Roij FBR.6.7.4.A, par. 3.2.

indien de bewijslastverdeling niet expliciet uit de toe te passen rechtsregel blijkt, zal de rechter immers aan de hand van uitleg van die regel tot een beslissing over de bewijslastverdeling moeten komen. Bij die beslissing betreft hij uitdrukkelijk wat redelijk is.¹⁷ Zo heeft de Hoge Raad om een vrij recent voorbeeld te noemen in 2019 geoordeeld dat een redelijke verdeling van de bewijslast meebrengt dat een belastingplichtige die zijn jaarlijkse winst aan de hand van een bepaald (boekhoudkundig) stelsel wil bepalen, de stelplicht en bewijslast heeft voor de feiten waarop de toepassing van dat stelsel steunt.¹⁸ Een van de gedachten daarachter, die overigens niet wordt uitgesproken, zal zijn dat die belastingplichtige beter dan de inspecteur over deze feiten (betreffende zijn eigen economische reilen en zeilen) kan beschikken.

2.5 Bewijsmiddelen

Uitgangspunt in het fiscale procesrecht is dat een partij alles wat haar ter beschikking staat, mag aandragen als bewijsmiddel.¹⁹ Daar komt bij dat het de rechter in beginsel vrijstaat om uit die bewijsmiddelen te selecteren wat hem uit een oogpunt van betrouwbaarheid dienstig voorkomt en terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht.²⁰ Die bewijsmiddelen kunnen uiteraard allerlei vormen hebben, van mondelinge verklaringen tot jaarrekeningen, foto's, monsters, en andere stukken. Sommige auteurs huldigen de opvatting dat ook het bewijsvermoeden een bewijsmiddel is, waaruit de rechter kan afleiden dat een bepaald feit is bewezen.²¹ Aan deze visie wordt in paragraaf 3.2.3 nader aandacht besteed.

Hiervóór is besproken dat de belastingrechter de redelijkheid meeweegt bij de verdeling van de bewijslast. De verdeling van de bewijslast is echter niet de enige knop waaraan de belastingrechter kan draaien om tot redelijke uitkomsten te komen. Soms staat bijvoorbeeld als een paal boven water dat de bewijslast bij de inspecteur of juist bij de belastingplichtige ligt, maar is het toch niet redelijk om die partij het volle gewicht van deze last te laten dragen. Ik noem daarvan een voorbeeld. De stelling dat een belastingplichtige een bepaald bedrag aan omzet heeft gerealiseerd, heeft doorgaans rechtstreeks tot gevolg dat die belastingplichtige een daarmee samenhangend bedrag aan omzetbelasting is verschuldigd. Het is bij uitstek aan de inspecteur om in dat kader het benodigde bewijs te leveren. In een op het gebied van bewijsrecht belangwekkend arrest, waarin de inspecteur hiermee grote moeite had, schoot de Hoge Raad hem te hulp.²² Die moeite werd in die zaak namelijk veroorzaakt doordat de administratie van de belastingplichtige zodanige gebreken en tekortkomingen bevatte dat deze niet kon dienen als grondslag voor de winst- en omzetberekening. In dat geval kan de

17 Zie bijv. HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1050, BNB 2020/20.

18 HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:199, BNB 2019/58.

19 HR 26 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:294, BNB 2021/77.

20 HR 13 augustus 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8502, BNB 2010/323.

21 Zie bijv. Van Roij FBR.6.7.5.

22 HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1086, BNB 2021/138. Een ander aspect van deze zaak betreft de wettelijke omkering van de bewijslast (zie art. 27e AWR). Het is op deze plaats echter niet nodig daarop in te gaan.

inspecteur ter voldoening aan de op hem rustende bewijslast in eerste instantie volstaan met een gemotiveerde schatting van de winst/omzet. Wanneer hij daarin slaagt, is het aan de belastingplichtige om te bewijzen dat en waarom de winst/omzet toch lager moet zijn. Het is belangrijk om te zien dat de bewijslast in eerste instantie bij de inspecteur blijft liggen, maar dat bij de vraag of hij aan die bewijslast voldoet, de waardering van de bewijsmiddelen dus, rekening wordt gehouden met het feit dat de belastingplichtige bewijsnood voor hem veroorzaakt. Dit is een gebruikelijke wijze om met bewijsnood om te gaan,²³ mits die bewijsnood uiteraard niet is te wijten aan de partij die de bewijslast sowieso al had.²⁴

2.6 Bewijsstandaarden

Met het begrip bewijsstandaard wordt bedoeld op de mate waarin de rechter ervan overtuigd moet zijn dat een bepaald feit zich heeft voorgedaan om dat feit als bewezen te beschouwen. Het belastingrecht is ervan doordrongen dat in het algemeen twee bewijsstandaarden bestaan: het minder strenge aannemelijk maken en het strengere doen blijken. Daarbij geldt dat aannemelijk maken volstaat, maar dat van dit uitgangspunt kan worden afgeweken als daar een (bijvoorbeeld wettelijke of verdragsrechtelijke) grond voor is. Beide begrippen worden in het fiscale recht ook wel van elkaar onderscheiden doordat aannemelijk maken wordt gelijkgesteld met ‘aantonen’, terwijl doen blijken wordt gelijkgesteld met ‘overtuigend aantonen’. Het onderscheid tussen beide bewijsstandaarden is expliciet aangebracht door de fiscale wetgever.²⁵

Bij de herziening van het bestuursprocesrecht lijkt de Awb-wetgever aan te sluiten bij de in fiscalibus op dat moment al lang bestaande terminologie, wanneer hij een onderscheid maakt tussen aannemelijk maken en doen blijken. Daarbij merkt hij echter ook op dat de woorden ‘doen blijken’ suggereren dat er ‘expliciet, specifiek bewijs moet zijn’, terwijl aannemelijk maken ook kan op basis van ‘algemene ervaringsregels’.²⁶ De Awb-wetgever lijkt het onderscheid tussen beide begrippen hier dus te plaatsen in de toelaatbaarheid van bepaalde bewijsmiddelen. In de fiscale jurisprudentie komt dit onderscheid op deze manier niet terug. Op basis van die jurisprudentie en de fiscale literatuur kan wel het volgende worden gezegd over de betekenis van deze twee bewijsstandaarden.

De jurisprudentie van de Hoge Raad maakt niet duidelijk wanneer de feitenrechter ervan mag uitgaan dat een stelling aannemelijk is. In de literatuur wordt wel aangenomen dat dit het geval is als die stelling de meest waarschijnlijk juiste stelling is of als die stelling waarschijnlijk meer waar dan onwaar is.²⁷ Versepoot merkt hierover met de nodige realiteitszin op dat de ene rechter met een bepaalde

²³ Zie ook Haas & Jansen 2009b en De Bont 2020.

²⁴ Vgl. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:629, BNB 2019/129.

²⁵ Vgl. HR 27 januari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX689, BNB 1971/55, HR 26 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:BI6766, BNB 1999/272, HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4209, BNB 2004/169 en HR 29 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1335.

²⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32450, nr. 7, p. 12.

²⁷ Vgl. Van Roij FBR.6.7.8.

graad van zekerheid eerder genoeg zal nemen dan de andere rechter en dat de rechter ook bewust de ene keer lichtere en de andere keer weer zwaardere eisen aan het te leveren bewijs kan stellen.²⁸

Over de betekenis van het begrip ‘doen blijken’ is de Hoge Raad duidelijker. Een feit is pas gebleken als buiten redelijke twijfel is dat dat feit zich heeft voorgedaan.²⁹ Ook bij deze bewijsstandaard wordt echter niet van een partij geëist dat zij de onweerlegbare juistheid van haar stelling bewijst; andere mogelijkheden mogen denkbaar blijven.³⁰

Niessen meent dat het maken van het onderscheid tussen aannemelijk maken en doen blijken niet steeds eenvoudig is. Ik zou daaraan willen toevoegen dat het onderscheid tussen ‘aannemelijk’ en ‘niet aannemelijk’ in algemene zin evenmin eenvoudig te maken is. Niessen suggereert daarom dat de Hoge Raad expliciet nader onderscheid zou kunnen maken tussen de mate van zekerheid van beide bewijsvormen (‘gerede kans’ tegenover ‘naar zekerheid tenderende waarschijnlijkheid?’).³¹ Zoals hiervoor betoogd, is weliswaar duidelijk wat de ondergrens is voor doen blijken (buiten redelijke twijfel), maar is niet duidelijk wanneer iets niet meer aannemelijk is. In zoverre valt de suggestie van Niessen zeker te onderschrijven.

Zoals in paragraaf 2.2.4 besproken zien sommige auteurs het bewijsvermoeden als bewijsmiddel. Een andere opvatting die in de literatuur echter wel wordt verdedigd, is dat het bewijsvermoeden naast doen blijken en aannemelijk maken als een derde bewijsstandaard kan worden onderscheiden. Daarbij zou het gaan om een nog lichtere bewijslast dan aannemelijk maken. In weer andere gevallen is wel betoogd dat het bewijsvermoeden een verschuiving van de bewijslast naar de wederpartij tot gevolg heeft.³² Ik zal hierna betogen dat deze zienswijzen volgens mij onjuist zijn.

28 Verseput 1985.

29 HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526, BNB 2022/68.

30 Vgl. Koopman 1996, par. 4.2. Zie ook De Kruijf & Visser 2022.

31 Concl. A-G Niessen 31 augustus 2022, ECLI:NL:PHR:2022:783.

32 Haas & Jansen 2009.

3 Het bewijsvermoeden

3.1 Inleiding

In deze paragraaf staat het bewijsvermoeden in het belastingrecht centraal. Het gebruik van een bewijsvermoeden is een remedie waarover de (belasting)rechter beschikt indien een partij in bewijsnood verkeert en uit die nood moet worden geholpen.

In deze paragraaf zal ik eerst in 3.2 ingaan op het bewijsvermoeden in algemene zin en de plaats van dit verschijnsel in het bewijsrechtelijk model. Vervolgens zal ik in paragraaf 3.3 beschouwen of in fiscale boetezaken, al dan niet op grond van artikel 6 EVRM, andere regels gelden voor het gebruik van bewijsvermoedens. De aanleiding voor deze exercitie is BNB 2022/68. Ik zal dan ook op dat arrest ingaan en daarbij mede beoordelen hoe dit arrest zich verhoudt tot andere, eerdere jurisprudentie over bewijsvermoedens in boetezaken en of de Hoge Raad is ‘omgegaan’.

3.2 Het bewijsvermoeden in het algemeen

3.2.1 Vestiging van een bewijsvermoeden

Een bewijsvermoeden kan in beeld komen indien een partij die de bewijslast heeft er niet in slaagt om een gesteld feit X rechtstreeks aannemelijk te maken, maar wel sprake is van een of meer andere feiten Y-Z die het vermoeden rechtvaardigen dat dat feit X zich heeft voorgedaan. Het is daarbij niet van belang hoe die feiten Y-Z zijn komen vast te staan. Het kan dus gaan om feiten die op zichzelf wel behoorlijk zijn bewezen, maar ook om feiten die vaststaan omdat ze van algemene bekendheid zijn of tussen partijen niet in geschil zijn.³³ Een partij kan dus verhinderen dat een bewijsvermoeden wordt gevestigd door de feiten en omstandigheden die aan dat vermoeden ten grondslag liggen met succes te betwisten.³⁴

Een klassiek voorbeeld van een bewijsvermoeden is het vermoeden dat per post verzonden stukken ook op het daarop vermelde adres van de geadresseerde zullen worden ontvangen, gebaseerd op de algemene ervaringsregel dat per post verzonden stukken doorgaans op het desbetreffende adres worden ontvangen. De partij

33 Vgl. HR 26 mei 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2893, BNB 1954/235 en HR 17 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3355, BNB 1998/112.

34 Vgl. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:63, BNB 2013/207.

die moet bewijzen dat een stuk op een adres is ontvangen, kan dus in beginsel volstaan met het bewijs van verzending naar het juiste adres.³⁵

De rechter moet van bewijsvermoedens terughoudend gebruikmaken en hij moet daarvan in bepaalde gevallen in het geheel afzien. Het gebruik van bewijsvermoedens zal namelijk vooral geboden zijn in gevallen waarin hetgeen moet worden bewezen niet of bezwaarlijk waarneembaar is voor de rechter of voor de partij op wie de bewijslast rust. Deze omstandigheid doet zich doorgaans bijvoorbeeld niet voor bij de beoordeling of een belanghebbende heeft voldaan aan zijn fiscale administratieplicht. Als een administratie voorhanden is, kan de inspecteur immers aanwijzen wat daarin ontbreekt of onjuist is. Hij kan dan doorgaans niet volstaan met het bewijs dat de administratie in eerdere jaren ook al gebrekkig was.³⁶ De parallel dringt zich hier op met het geval waarin de inspecteur een redelijke schatting mag maken van de omzet zoals besproken in paragraaf 2.5. Net zoals het gebruik van bewijsvermoedens is ook dat slechts toegestaan indien de partij die de bewijslast heeft in bewijsnood verkeert en daarvan zelf geen verwijt kan worden gemaakt. Vanuit het belang van waarheidsvinding zijn deze beperkingen aan het gebruik van bewijsvermoedens goed te volgen. De kans op juiste feitelijke oordelen wordt immers groter indien zo veel mogelijk van partijen wordt verlangd dat zij direct bewijs leveren voor hun stellingen en zo min mogelijk wordt toegestaan dat gebruik wordt gemaakt van vermoedens die in het algemeen wel zullen gelden, maar in een specifiek geval wellicht niet.

3.2.2 Ontzenuwing van een bewijsvermoeden

Is een bewijsvermoeden eenmaal gevestigd, dan ligt het op de weg van de wederpartij dat vermoeden te ontzenuwen. Daartoe is niet vereist dat die partij aannemelijk maakt dat het vermoeden in haar geval onjuist is; voldoende is dat op grond van wat zij aanvoert redelijkerwijs moet worden getwijfeld aan de juistheid van het vermoeden.³⁷ Toegepast op het vermoeden van ontvangst van een poststuk hoeft de vermeende ontvanger dus slechts redelijke twijfel te zaaien over de ontvangst van dat stuk, bijvoorbeeld door uit te leggen en voor zover mogelijk te onderbouwen dat hij het stuk niet heeft ontvangen.³⁸

In sommige gevallen zal een geloofwaardige verklaring van de wederpartij kunnen volstaan voor het zaaien van redelijke twijfel over de juistheid van het bewijsvermoeden. In andere gevallen is meer nodig. Zo kan een ondernemer die zijn personeel in de gelegenheid stelt een sportwedstrijd bij te wonen, worden geconfronteerd met het bewijsvermoeden dat dit privédoeleinden voor zijn werknemers dient. Dat zou fiscale gevolgen hebben. Volgens de Hoge Raad kan hij dit vermoeden bijvoorbeeld ontzenuwen door aannemelijk te maken dat er ook (potentiële) zakenrelaties bij dat evenement waren. Zie goed dat de Hoge Raad

35 Vgl. HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ4416, BNB 2007/112.

36 HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:986, BNB 2021/125.

37 HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9354, BNB 2003/14.

38 Vgl. HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ4416, BNB 2007/112.

hier dus niet eist dat aannemelijk wordt gemaakt dat het bijwonen van het evenement *geen* privédoeleinden voor de werknemers dient. Voor ogen moet immers worden gehouden dat niet van de wederpartij mag worden geëist dat zij aannemelijk maakt dat het vermoeden niet opgaat. Omkering van de bewijslast heeft een bewijsvermoeden namelijk niet tot gevolg, zodat het bewijsrisico blijft berusten bij degene die de bewijslast oorspronkelijk had en twijfel dus ten nadele van hem blijft werken.³⁹

Slaagt de wederpartij erin een bewijsvermoeden te ontzenuwen, dan ligt de bal weer volledig bij de partij die de bewijslast al had. De verzender van een brief zal in dat geval de ontvangst aan de hand van (andere) bewijsmiddelen aannemelijk moeten maken.⁴⁰

3.2.3 Inpassing in het bewijsrechtelijk model

Zoals al eerder opgemerkt bestaat in de literatuur geen eenduidigheid over de plaats van het bewijsvermoeden in het bewijsrechtelijk model.

Zo is er aan de ene kant een aantal auteurs dat bewijslevering door middel van vermoedens als een vorm van bewijslevering ziet die lichter is dan aannemelijk maken. Onder meer Haas verdedigt deze opvatting.⁴¹ Zij zien als gevolg van deze opvatting het gebruik van bewijsvermoedens principieel als onverenigbaar met de bewijsstandaard ‘doen blijken’.

Koopman huldigt een andere opvatting. Hij ziet het bewijsvermoeden als een bewijsgrond, dus een inhoudelijke gevolgtrekking uit de bewijsmiddelen.⁴² Volgens hem zouden vermoedens dus een rol moeten spelen bij de vraag of degene die de bewijslast heeft, erin is geslaagd zijn stellingen aannemelijk te maken.⁴³ In zijn proefschrift formuleert hij het zo, dat het gebruik van bewijsvermoedens zich afspeelt in het grensgebied van bewijslastverdeling en bewijswaardering.⁴⁴ Koopman meent overigens wel dat in gevallen waarin een feit moet zijn gebleken, nauwelijks ruimte zal zijn voor bewijsvermoedens, omdat vermoedens doorgaans te veel ruimte voor twijfel zullen overlaten.⁴⁵ Ik begrijp deze opvatting zo dat Koopman niet van mening is dat het gebruik van bewijsvermoedens zonder meer uitgesloten is indien een feit overtuigend moet worden aangetoond (net zo min als het gebruik van een partijverklaring hiervoor bijvoorbeeld uitgesloten is),⁴⁶ maar wel dat de rechter bij de waardering van het uit de bewijsmiddelen af

39 HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9354, BNB 2003/14 en HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1021, BNB 2018/156.

40 HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ4416, BNB 2007/112.

41 Haas 2014, par. 3.3. Zie ook zijn noot in BNB 200268 bij HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526.

42 Meyjes e.a. 2020, par. 3.1. In dezelfde zin HR 17 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4555, BNB 1991/218.

43 Meyjes e.a. 2020, par. 3.2.

44 Koopman 1996, par. 3.6.

45 Koopman 1996, par. 4.2 en 6.3.

46 HR 13 september 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4101, BNB 1989/318.

te leiden bewijsvermoeden nog terughoudender moet zijn dan hij is met zulke vermoedens wanneer de soepelere bewijsstandaard (aannemelijk maken) geldt.

De Bont betoogt ten slotte dat een bewijsvermoeden een bewijsmiddel is. Volgens mij bedoelt hij hiermee echter in wezen hetzelfde als Koopman, getuige zijn toelichting op dit standpunt dat een bewijsvermoeden gelijk te stellen is met de inhoud van een geschrift of een getuigenverklaring, waarmee de benodigde bewijsstandaard kan worden gehaald. Hij meent dan ook, anders dan Haas, dat het leveren van bewijs door middel van vermoedens niet categorisch te mager is om de norm van het ‘doen blijken’ te halen.⁴⁷

Volgens mij is de opvatting dat een bewijsvermoeden een (al dan niet uit de bewijsmiddelen af te leiden) bewijsgrond is, de juiste. De geschiedenis van de Awb biedt geen duidelijke argumenten vóór of tegen deze opvatting. Mijns inziens ook niet als wordt gekeken naar de uitlating van de Awb-wetgever dat ‘doen blijken’ suggereert dat er ‘expliciet, specifiek bewijs moet zijn’, terwijl aannemelijk maken ook kan op basis van ‘algemene ervaringsregels’ (zie par. 2.2.5). Met die uitlating zegt de wetgever mijns inziens niets over het gebruik van bewijsvermoedens en bovendien is die uitlating betwistbaar in die zin dat de rechter ook bij de bewijsstandaard ‘aannemelijk maken’ niet steeds tevreden hoeft te zijn of mag zijn met algemene ervaringsregels. Bovendien pleit de systematiek van het bewijsrecht volgens mij voor de door mij verdedigde opvatting dat een bewijsvermoeden een bewijsgrond is. Nu een bewijsvermoeden een gevolgtrekking uit vaststaande feiten is,⁴⁸ valt deze opvatting het best in te passen in het bewijsrechtelijk model. Illustratief voor de juistheid van deze opvatting is verder het arrest BNB 1993/272, waarin de Hoge Raad oordeelt dat het hof aan de hand van vermoedens tot het oordeel kon komen dat ‘buiten redelijke twijfel’ was dat door opzet van de belanghebbende te weinig belasting was betaald.⁴⁹ Volgens mij kan niet worden volgehouden dat hier een bewijsstandaard is toegepast die soepeler is dan aannemelijk maken. Ook kan worden gewezen op het arrest BNB 2011/103, waarin de Hoge Raad overweegt dat ook vermoedens bewijs kunnen ‘opleveren’ en de inspecteur dus niet over (ander) bewijsmateriaal hoeft te beschikken indien hij op basis van vermoedens een correctie aanbrengt.⁵⁰ Verder acht ik ook vanuit het belang van waarheidsvinding mijn opvatting het best verdedigbaar. De kans op een juist feitelijk oordeel wordt mijns inziens onnodig verkleind indien het gebruik van bewijsvermoedens categorisch wordt uitgesloten wanneer de maatstaf ‘doen blijken’ geldt. Het is immers goed voorstelbaar dat het ook in zulke gevallen om valide redenen niet mogelijk is direct bewijs voor een stelling te leveren, maar aan de wél vaststaande feiten een zo sterk vermoeden kan worden ontleend dat de stelling toch buiten redelijke twijfel (of zelfs met 99,8% zekerheid)⁵¹ voor juist moet worden gehouden. De waarheidsvinding zou mijns inziens geweld worden aangedaan indien aan zulke vermoedens dan voorbij moet worden gegaan. Tot slot pleit mijns inziens ook de

47 De Bont 2022, par. 3.2 t/m 3.4.

48 Vgl. HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU5687, BNB 2012/28.

49 HR 23 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5391, BNB 1993/272.

50 HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2975, BNB 2011/103.

51 Zie de opmerking van de Redactie Vakstudie Nieuws over de betrouwbaarheid van de postbezorging in haar noot in V-N 2023/6.17 bij HR 20 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:41.

laagdrempeligheid van de bestuursrechtelijke procedure ervoor dat, ook indien een verzwaarde bewijslast geldt, partijen moet worden toegelaten dat zij aan de hand van alle mogelijke bewijsmiddelen trachten aan die last te voldoen. Ik acht het met andere woorden niet juist om te stellen dat het hanteren van bewijsvermoedens leidt tot een lichtere bewijslast dan ‘aannemelijk maken’. Ter illustratie: wanneer iemand aan de hand van authentieke camerabeelden kan bewijzen dat hij op een bepaald moment op een bepaalde plek was, kan niet worden gezegd dat voor diegene een ‘lichtere bewijslast’ geldt dan voor een ander die dat tracht te bewijzen aan de hand van eigen verklaringen. Beide personen hebben dezelfde bewijslast, maar de eerste persoon heeft simpelweg een sterker bewijsmiddel.

Gelet op het feit dat de vrije bewijsleer blijft gelden, ook indien de bewijsstandaard ‘doen blijken’ van toepassing is, kan in de visie die ik verdedig ook bij die standaard het bewijs door middel van vermoedens worden geleverd. Een belanghebbende mag immers met elk bewijsmiddel doen blijken dat een bepaalde stelling waar is.⁵² Wel zal het uit die bewijsmiddelen af te leiden vermoeden aanzienlijk sterker moeten zijn als aan de hand van die vermoedens iets moet blijken, dan wanneer aan de hand daarvan iets aannemelijk moet zijn.

3.3 Het bewijsvermoeden in boetezaken

3.3.1 Het arrest BNB 2022/68

In BNB 2022/68 ging het om de vraag of het bewijs met betrekking tot een bestanddeel van een beboetbaar feit was geleverd. Omdat het gaat om een boete en artikel 6 Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) in dit kader van belang is, hoeft voor het antwoord op die vraag niet noodzakelijkerwijs te gelden wat hiervoor in paragraaf 3.2 over het gebruik van bewijsvermoedens bij belastingheffing is geschreven. Artikel 6 EVRM is namelijk niet van toepassing op het gebied van belastingheffing. De Hoge Raad oordeelt dat in dit kader de bewijslast inderdaad op grond van artikel 6 lid 2 EVRM op de inspecteur rust⁵³ en dat in geval van twijfel het voordeel van die twijfel aan de belanghebbende moet worden gegund. Dit betekent volgens de Hoge Raad dat de aanwezigheid van een bestanddeel van een beboetbaar feit alleen kan worden aangenomen als de daarvoor vereiste feiten en omstandigheden buiten redelijke twijfel zijn komen vast te staan. Vertaald naar de in het belastingrecht gangbare begrippen (zie par. 2.6), betekent dit dat de inspecteur de desbetreffende feiten en omstandigheden moet ‘doen blijken’, ofwel overtuigend moet aantonen.⁵⁴

Het arrest BNB 2022/68 heeft in de praktijk een aantal vragen opgeroepen. Een van die vragen is of de Hoge Raad met dit arrest is omgegaan ten opzichte van eerdere jurisprudentie. Vóór BNB 2022/68 werd namelijk wel ervan uitgegaan dat voor het

⁵² HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1395, BNB 2011/22.

⁵³ Dit is vaste jurisprudentie op basis van artikel 6 EVRM sinds HR 15 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3876, BNB 1988/270.

⁵⁴ Zie ook HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:97, BNB 2023/48.

bewijs van een bestanddeel van een fiscaal beboetbaar feit voldoende was dat de benodigde feiten en omstandigheden aannemelijk worden gemaakt; de in fiscalibus gangbare bewijsmaatstaf. Hiermee samenhangend is in de literatuur ook de vraag opgekomen of het voor beboeting benodigde bewijs nog wel geleverd kan worden aan de hand van bewijsvermoedens. Deze vragen komen zoals gezegd in het vervolg van deze paragraaf 3.3 aan bod.

Bijzonder aan het arrest BNB 2022/68 is onder meer dat daarin door de Hoge Raad wordt verwezen naar uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), de Centrale Raad van beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb).⁵⁵ Daarmee wordt klaarblijkelijk tot uitdrukking gebracht dat voor het bewijs van boetebestanddelen alle hoogste bestuursrechters materieel dezelfde bewijsstandaard hanteren, hoewel de terminologie om deze te duiden soms verschilt.⁵⁶ Inderdaad kan worden geconstateerd dat alle hoogste bestuursrechters uit artikel 6 EVRM afleiden dat de bewijslast op het bestuursorgaan rust en dat in geval van twijfel dit ten voordele van de belanghebbende strekt. Dat in dit kader de ABRvS en de CRvB soms wel spreken van ‘aantonen’,⁵⁷ terwijl dit in belastingzaken synoniem is met het lichtere ‘aannemelijk maken’, moet mijns inziens worden gezien als een verschil in terminologie zonder inhoudelijke betekenis. In het belastingrecht hebben deze woorden van oudsher nu eenmaal een eigen betekenis. Dat de Hoge Raad strenger is dan de andere hoogste bestuursrechters, lijkt mij derhalve geen juiste conclusie.⁵⁸

3.3.2 De jurisprudentie (van de Hoge Raad) tot BNB 2022/68

De jurisprudentie van de Hoge Raad tot BNB 2022/68 kan als volgt worden samengevat. Artikel 6 EVRM gaat niet zover dat daaruit volgt dat een bestuurlijke boete die een *criminal charge* vormt moet worden beoordeeld met inachtneming van de regels van het nationale strafprocesrecht. De rechter hoeft dus niet, in weerwil van het nationale bestuursprocesrecht, te onderzoeken of voor de bestuurlijke boete wettig en overtuigend bewijs overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 338 en volgende van het Wetboek van Strafvordering (Sv) is geleverd.⁵⁹ Het bewijs voor een bestuurlijke boete kan op grond van deze in ieder geval tot BNB 2022/68 vaste jurisprudentie van de Hoge Raad daarom ook worden gebaseerd op vermoedens, mits die vermoedens redelijkerwijs voortvloeien uit de aanwezige bewijsmiddelen.⁶⁰ Het gebruik van bewijsvermoedens mag niet ertoe leiden dat de bewijslast verschuift naar de belanghebbende. Concreet betekent dat bijvoorbeeld dat het zwijgen van de belanghebbende alleen kan bijdragen tot het bewijs

55 ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:999, CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2068, Cbb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 en Cbb 23 november 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1016.

56 Zie het jaaroverzicht 2022 van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht.

57 Zie naast de in voetnoot 55 genoemde uitspraken ook CRvB 29 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1204, waarin de CRvB overweegt dat ‘aantonen’ duidt op een zwaardere bewijslast dan ‘aannemelijk maken’.

58 Anders: De Kruijf & Visser 2022.

59 HR 18 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5166, BNB 1993/40.

60 Vgl. EHRM 7 oktober 1988, ECLI:NL:XX:1988:AB9983, FED 1990/420 en HR 23 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4295, BNB 1990/240. Zie ook Meyjes e.a. 2020, par. 3.7.

voor zover uit de aanwezige bewijsmiddelen reeds een zodanige verdenking voortvloeit dat die vraag om uitleg van de belanghebbende.⁶¹

Onderbelicht in de jurisprudentie van de Hoge Raad is mijns inziens dat de (feiten)rechter bij het gebruik van bewijsvermoedens bij wijze van evenredigheids-toets ook acht moet slaan op, in de woorden van het Europees Hof van de Rechten voor de Mens (EHRM), ‘what is at stake’. Volgens Wattel (mede onder verwijzing naar Bemelmans) moet daarbij kort gezegd een afweging worden gemaakt tussen onder meer het algemene belang bij handhaving van een bepaalde norm (in de fiscaliteit: het verzekeren dat de staat zijn primaire bron van inkomsten, belastingen en premies, op massale schaal kan blijven innen)⁶² en het individuele belang van een belanghebbende om niet in een uiterst bezwaarlijke bewijspositie gemanoeuvred te worden (en de gevolgen als hij zich niet weer uit die positie weet te manoeuvreren). Het gaat er dus niet alleen om dat het bewijsvermoeden voldoende weerlegbaar moet zijn en de bewijslast niet mag omkeren, het gebruik van dat vermoeden moet ook in een redelijke verhouding staan tot de daarmee te dienen doelen.⁶³ Feteris voegt daar in het kader van artikel 6 EVRM nog aan toe dat een vermoeden slechts gebruikt zou moeten worden als het in de overgrote meerderheid van de gevallen in overeenstemming is met de werkelijkheid.⁶⁴ Een vorm van een dergelijke belangenafweging wordt in de jurisprudentie al wel enigszins gemaakt, bijvoorbeeld doordat de rechter acht slaat op de vraag of sprake is van bewijsnood en door wie die is veroorzaakt (zie par. 2.2.4 en 2.3.1), maar volgens mij is het toetsingskader daarbij te beperkt. Die vraag betreft immers slechts het individuele belang van degene die zich beroept op of geconfronteerd ziet met het bewijsvermoeden. De rechter slaat daarbij doorgaans niet ook kenbaar acht op het algemene belang dat met het gebruik van het bewijsvermoeden zou kunnen worden gediend.

Nu de hoogste bestuursrechters naar eigen zeggen materieel uitgaan van dezelfde bewijsmaatstaf bij boetes (zie par. 3.3.1), is het nuttig om ook te kijken wat de niet-fiscale hoogste bestuursrechters doen. Zo sluit de CRvB zich uitdrukkelijk aan bij de rechtspraak van het EHRM dat weliswaar gebruik mag worden gemaakt van vermoedens, maar dat dit gebruik niet ertoe mag leiden dat de bewijslast wordt verschoven van het bestuursorgaan naar de belanghebbende en dat het vermoeden redelijkerwijs moet voortvloeien uit de aanwezige bewijsmiddelen.⁶⁵ Ook het CBB acht bewijsvermoedens in boetezaken niet ontoelaatbaar, mits de belanghebbende voldoende reële mogelijkheden heeft om zich tegen die vermoedens te verweren.⁶⁶ Tot slot staat ook volgens de ABRvS artikel 6 EVRM niet in de weg aan het gebruik van vermoedens in boetezaken.⁶⁷

61 HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324, BNB 2011/206 en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:63, BNB 2013/207.

62 EHRM 23 juli 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0723JUD003461997 en EHRM 3 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0603JUD004843118.

63 Concl. A-G P.J. Wattel 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187.

64 Zie zijn noot in FED 1990/420 bij EHRM 7 oktober 1988, ECLI:NL:XX:1988:AB9983.

65 Vgl. CRvB 28 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3024, r.o. 4.11 en CRvB 13 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:5094, r.o. 4.10.

66 CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652, AB 2020/34.

67 ABRvS 24 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2023.

3.3.3 Is de Hoge Raad omgegaan?

Gelet op de literatuur die zowel voor als na BNB 2022/68 is verschenen, kan worden vastgesteld dat de meerderheid van de auteurs vóór BNB 2022/68 ervan uitging dat in fiscale boetezaken niet de strenge bewijsstandaard van doen blijken gold. Zo schrijft Okhuizen in 2016 dat in het fiscale boeterecht aannemelijk maken voldoende wordt geacht en dat dit ook valt te verklaren vanuit het gegeven dat artikel 6 EVRM regels van bewijsrecht aan het nationale recht overlaat.⁶⁸ Met BNB 2022/68 staat vast dat aannemelijk maken in ieder geval niet meer voldoende is. Veel auteurs kennen echter een nog grotere betekenis aan dat arrest toe. Dat de Hoge Raad na BNB 2022/68 niet alleen geen genoegen meer zal nemen met ‘aannemelijk maken’ bij boetes, maar ook niet meer zal accepteren dat gebruik wordt gemaakt van bewijsvermoedens, is namelijk de opvatting van veel auteurs, waaronder Haas,⁶⁹ Van Roij,⁷⁰ de redactie van de Vakstudie Nieuws,⁷¹ Sitsen⁷² en Sijbers.⁷³ Ook Berns denkt dat de Hoge Raad de lat heeft verhoogd en dat hij steeds meer aansluit bij wat geldt voor het strafrecht, maar laat zich niet uit over de betekenis van dit arrest voor het gebruik van bewijsvermoedens.⁷⁴ Tot slot vermoedt ook Den Ouden dat de Hoge Raad is omgegaan, waarbij hij wel erop wijst dat de Hoge Raad dit doorgaans uitdrukkelijk benoemt en dus zelf mogelijk niet meent dat hij is omgegaan.⁷⁵

Een middenweg wordt bewandeld door Paans en De Borst. Ook zij menen dat de Hoge Raad met de bewijsstandaard ‘doen blijken’ voor fiscale boetes weliswaar is omgegaan, maar dat ook onder die bewijsstandaard het gebruik van bewijsvermoedens nog steeds mogelijk is. Daartoe is volgens hen vereist dat die vermoedens dan wel gestoeld zijn op feiten en omstandigheden die buiten redelijke twijfel zijn komen vast te staan.⁷⁶ Min of meer in dezelfde zin schrijft De Bont. Hij wil weliswaar ook wel toegeven dat de bewijsnorm in boetezaken in een zwaardere klasse is ingedeeld, maar volgens hem leidt dit materieel niet tot wijzigingen. Kort gezegd baseert hij dat erop dat (1) de Hoge Raad in BNB 2022/68 naar zijn eigen eerdere rechtsregels op dit vlak verwijst en (2) ook uit de verwijzingen naar de andere hoogste bestuursrechters niet kan worden afgeleid dat de Hoge Raad is omgegaan. Zijn belangrijkste argument is echter, zoals in paragraaf 3.2.3 ook besproken, dat het leveren van bewijs door middel van vermoedens volgens hem geen bewijsstandaard is, maar een bewijsmiddel en dat dit bewijsmiddel niet categorisch te mager is om de bewijsstandaard ‘doen blijken’ te kunnen halen, mits het vermoeden zelf weer is gebaseerd op feiten die buiten redelijke twijfel vast zijn komen te staan.⁷⁷ Daaraan zou ik voor de volledigheid willen toevoegen

68 Zie haar noot in AB 2016/418 bij CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2068.

69 Zie zijn noot in BNB 2022/68 bij HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526.

70 Van Roij FBR.6.7.4.G.

71 Zie haar noot in V-N 2022/17.10 bij HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526.

72 Zie haar noot in NTFR 2022/1628 bij HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526.

73 Sijbers FBR.8.7.3 Sijbers schrijft weliswaar dat BNB 2022/68 moet worden gezien als verduidelijking, maar ook dat bewijsvermoedens op basis van dit arrest onvoldoende zijn.

74 Zie zijn noot NLF 2022/0829 bij HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526.

75 Den Ouden 2022.

76 Paans & De Borst 2022.

77 De Bont 2022, par. 3.2 t/m 3.4. Zie ook De Bont & Prins 2023.

dat ook feiten die niet in geschil zijn of die van algemene bekendheid zijn, in die visie als basis voor een bewijsvermoeden kunnen volstaan.

Het zal gelet op wat ik in paragraaf 3.2.3 heb geschreven niet verbazen dat ook ik denk dat de Hoge Raad voortaan het gebruik van bewijsvermoedens in boetesaken nog steeds niet categorisch zal afwijzen. Zoals ik in deze paragraaf heb betoogd, is het gebruik van bewijsvermoedens mijns inziens ook toelaatbaar als de bewijsstandaard 'doen blijken' geldt. Als de Hoge Raad voor het bewijs van boetes dus al is omgegaan van aannemelijk maken naar doen blijken, brengt dit nog niet mee dat bewijsvermoedens niet meer zijn toegestaan. De onduidelijkheid die op dit vlak bestaat, is echter uiteraard niet wenselijk; daarop kom ik in paragraaf 5 terug.

4 De omkering van de bewijslast

4.1 Inleiding

De wetgever heeft in de AWR wettelijk geregeld dat onder bepaalde omstandigheden de bewijslast van de onjuistheid van een belastingaanslag of andere fiscale beschikking bij de belastingplichtige moet worden gelegd en dat die belastingplichtige dan bovendien de zware bewijsstandaard ‘doen blijken’ moet halen. Die regeling vindt kort gezegd toepassing in een aantal gevallen waarin de belastingplichtige geen (deugdelijke en tijdige) aangifte heeft gedaan of bepaalde informatieverplichtingen jegens de inspecteur niet is nagekomen. Het gevolg hiervan wordt in de praktijk de omkering en verzwaring van de bewijslast genoemd. Omkering, omdat in veel gevallen volgens het normale bewijsrecht de bewijslast bij de inspecteur ligt (tenzij het bijvoorbeeld gaat om vrijstellingen en aftrekposten) en verzwaring, omdat doorgaans de lichtere bewijsstandaard ‘aan-nemelijk maken’ geldt. Ik spreek korthedshalve over omkering van de bewijslast.

In paragraaf 4.2 ga ik in op het geldende recht omtrent de omkering van de bewijslast. Daarbij is het noodzakelijk om kort in te gaan op de voorwaarden voor intreding van die omkering. Ik zal in deze paragraaf echter met name op de gevolgen en de aard van de omkering ingaan. De algemeen, ook door de Hoge Raad,⁷⁸ geaccepteerde opvatting is dat de omkering moet worden getypeerd als een (weliswaar niet punitieve, maar toch) zware processuele sanctie voor degene die niet voldoet aan bepaalde verplichtingen. Vaak wordt gesteld dat een belastingplichtige dan geen of weinig kans meer maakt de procedure te winnen.⁷⁹ In paragraaf 4.3 zal ik betogen dat die typering losgelaten zou moeten worden en dat het beter is om de omkering van de bewijslast te gaan zien als een remedie tegen bewijsnood.

4.2 Omkering van de bewijslast als sanctie

4.2.1 Voorwaarden voor omkering van de bewijslast

De omkering van de bewijslast is geregeld in artikel 25 lid 3 (voor de bezwaar-fase) en artikel 27e (voor de beroepsfase) AWR. Volgens die bepalingen is de omkering van toepassing indien ofwel de vereiste aangifte niet is gedaan, ofwel

⁷⁸ Zie bijv. HR 9 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1150, BNB 2022/134.

⁷⁹ Zie bijv. punt 3.4.1 van de noot van Lubbers in BNB 2018/178 bij HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1311.

sprake is van een onherroepelijk geworden informatiebeschikking. Beide gevallen bespreek ik hierna.

4.2.1.1 De vereiste aangifte

Op grond van artikel 8 lid 1 aanhef en onder a AWR is ieder die is uitgenodigd tot het doen van aangifte, gehouden de daarbij gevraagde gegevens duidelijk, stellig en zonder voorbehoud op bij ministeriële regeling te bepalen wijze in te vullen. Van het niet doen van de vereiste aangifte kan sprake zijn als de aangifte niet, niet tijdig of niet juist wordt gedaan. In welke gevallen sprake is van het niet juist doen van een aangifte, verdient in het kader van dit preadvies nadere aandacht.

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is een weliswaar tijdig ingediende aangifte in de eerste plaats niet de ‘vereiste aangifte’ indien (1) door inhoudelijke gebreken in die aangifte een aanzienlijk bedrag aan verschuldigde belasting niet zou worden geheven en (2) de aangifteplichtige dit op het moment van het doen van de aangifte ook wist of zich hiervan bewust moest zijn.⁸⁰ Hierna duid ik dit geval aan als de inhoudelijk gebrekkige aangifte. Het is aan de inspecteur om aan de hand van de normale regels van stelplicht en bewijslast te bewijzen dat aan deze voorwaarden is voldaan.⁸¹ Hij kan bijvoorbeeld aan die bewijslast voldoen door aannemelijk te maken dat de omzet die met een bepaalde transactie binnen de aangifteperiode is behaald, niet is aangegeven, terwijl de belastingplichtige wist dat hij deze omzet wel moest aangeven. Slaagt de inspecteur daarin, dan heeft die belastingplichtige de vereiste aangifte niet gedaan. Daarvoor is dan wel vereist dat het om een aanzienlijk bedrag aan niet geheven belasting gaat. Ook dat moet de inspecteur bewijzen. Het moet daarbij gaan om zowel een op zichzelf beschouwd aanzienlijk bedrag (bijvoorbeeld enkele duizenden euro’s), als een aanzienlijk bedrag in verhouding tot de werkelijk verschuldigde belasting (daarvan is bij meer dan 10% in het algemeen wel sprake).⁸² Kan de inspecteur ook dit bewijzen, dan treedt de omkering in en betekent dat in beginsel dat de inspecteur vervolgens mag schatten hoeveel omzet de belastingplichtige over de gehele aangifteperiode heeft behaald en dat die belastingplichtige het tegendeel moet doen blijken (zie daarover ook par. 4.2.2 hierna).

Van het niet doen van de vereiste aangifte kan ook sprake zijn indien weliswaar tijdig aangifte is gedaan en die aangifte niet direct ertoe leidt dat aanzienlijk te weinig belasting is geheven, maar die aangifte toch onjuist is omdat bepaalde vragen in het aangiftebiljet niet of onjuist zijn beantwoord. Naar in de literatuur, mijns inziens terecht, wordt aangenomen, gaat het hier niet om vragen die direct de hoogte van het belastbaar inkomen betreffen. Als zulke vragen onjuist worden beantwoord, geldt wat in de vorige alinea is geschreven over de ‘inhoudelijk gebrekkige aangifte’. Het aangiftebiljet bevat echter ook andere vragen. Een van die vragen is of de belastingplichtige betrokken is bij een ‘trust’. Dergelijke vragen worden in de literatuur wel aangeduid als ‘bijkomende vragen’⁸³ en die

80 HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2023:526, BNB 2022/68.

81 Vgl. HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1086, BNB 2021/138.

82 Vgl. HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:970, BNB 2020/108.

83 Zie bijvoorbeeld Boer in zijn noot in BNB 2022/108 bij HR 27 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:767.

terminologie zal ik volgen. Recentelijk heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over een belastingplichtige die inderdaad betrokken was bij een trust, maar deze vraag in het aangiftebiljet onbeantwoord liet.⁸⁴ Het niet beantwoorden van die vraag leidt volgens de Hoge Raad in de regel tot de gevolgtrekking dat de vereiste aangifte niet is gedaan, los van de vraag of daarmee een aanzienlijk belastingbedrag is gemoeid. Zo'n tekortkoming zal doorgaans ook niet tot gevolg hebben dat te weinig belasting wordt geheven, omdat bijkomende vragen niet zozeer gaan over het bedrag aan verschuldigde belasting, maar over andere informatie die de inspecteur in het kader van zijn controletaak op het spoor wil komen. Dit geval zal ik hierna aanduiden als de 'formeel gebrekkige aangifte'.

4.2.1.2 De informatiebeschikking

Een belastingplichtige kan zich niet alleen geconfronteerd zien met de verplichting aangifte te doen; op grond van afdeling 2 van hoofdstuk VIII van de AWR kan de inspecteur hem nog allerlei andere verplichtingen opleggen. Een belangrijke verplichting is die op grond van artikel 47 AWR om desgevraagd aan de inspecteur gegevens en inlichtingen te verstrekken of (de inhoud van) gegevensdragers beschikbaar te stellen voor zover dit voor de eigen belastingheffing van belang kan zijn. Daarnaast zijn bepaalde personen verplicht een deugdelijke administratie te voeren. Het niet voldoen aan dergelijke informatieverplichtingen kan tot omkering van de bewijslast leiden, mits de inspecteur op grond van artikel 52a AWR een zogenoemde informatiebeschikking heeft genomen en die beschikking onherroepelijk is geworden. Met een informatiebeschikking stelt de inspecteur kort gezegd vast dat met betrekking tot een op te leggen belastingaanslag niet (volledig) is voldaan aan de hiervoor besproken informatieverplichtingen. De belastingplichtige die zich geconfronteerd ziet met een informatiebeschikking krijgt op die manier nog een keer de kans om, voor zover nog mogelijk, alsnog de gevraagde informatie aan te leveren. Bovendien staat tegen de informatiebeschikking bezwaar en beroep open, zodat de belastingplichtige de vraag aan de rechter kan voorleggen of de informatiebeschikking wel terecht is genomen. Een belastingplichtige die meent dat een verzoek om informatie onrechtmatig is en niet beantwoord hoeft te worden, kan deze weg bewandelen. Geeft de rechter hem gelijk, dan wordt de informatiebeschikking vernietigd en treedt omkering van de bewijslast niet op grond van die informatiebeschikking in.⁸⁵ Oordeelt de rechter evenwel in het voordeel van de inspecteur, dan krijgt de belastingplichtige alsnog een laatste kans de informatie te verstrekken. Doet hij dat niet, dan heeft dat in beginsel omkering van de bewijslast tot gevolg.

4.2.1.3 Evenredigheidstoets

Zoals hiervoor is beschreven, is een inhoudelijk gebrekkige aangifte slechts dan niet 'de vereiste aangifte' indien die gebreken ertoe leiden dat volgens die aangifte een aanzienlijk bedrag aan belasting niet zou worden geheven. Dit vereiste zou als evenredigheidstoets kunnen worden aangemerkt; wanneer een belastingplichtige

⁸⁴ HR 27 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:767.

⁸⁵ De omkering van de bewijslast kan dan nog steeds worden gebaseerd op het niet doen van de vereiste aangifte, mits aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Zie HR 13 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1336, r.o. 3.2.2.

verzuimt een post van enkele euro's in zijn aangifte op te nemen, staat dat verzuim niet in verhouding tot het zware gevolg dat die belastingplichtige vervolgens moet doen blijken dat de aanslag niet juist is.

De vraag of een aanzienlijk bedrag aan belasting niet is aangegeven, speelt als zodanig niet wanneer een belastingplichtige een formeel gebrekkige aangifte doet of een informatiebeschikking krijgt. In dergelijke gevallen is het verzuim (het niet (juist) beantwoorden van vragen van de inspecteur) ook moeilijker een-op-een te koppelen aan een bepaald bedrag aan belasting dat niet zou worden geheven. Toch legt de Hoge Raad ook in deze situaties een evenredigheidstoets aan. Die toets houdt in dat omkering van de bewijslast niet volgt indien het niet of onjuist beantwoorden van de desbetreffende vragen van onvoldoende gewicht is om die zware sanctie te kunnen rechtvaardigen.⁸⁶ Die toets is uiteraard vager dan de vraag of een aanzienlijk belastingbedrag niet is aangegeven, maar biedt daardoor ook meer ruimte voor maatwerk. De rechter kan bijvoorbeeld nog steeds meewegen wat voor bedragen waarschijnlijk met het informatieverzuim gemoeid zijn, maar hij kan ook op andere factoren letten, zoals bijvoorbeeld hoezeer het verzuim het onderzoek van de inspecteur frustreert. Verder moet het informatieverzuim, om tot omkering te leiden, uiteraard wel van belang zijn voor de heffing van de belasting waarover het geschil tussen de belastingplichtige en de inspecteur bestaat.⁸⁷ Ook als sprake is van overmacht, leidt een informatieverzuim niet tot omkering van de bewijslast.⁸⁸

4.2.2 Gevolgen van omkering van de bewijslast

De omkering van de bewijslast heeft volgens de artikelen 25 lid 3 en 27e AWR tot gevolg dat de aanslag in stand blijft, tenzij is gebleken dat en in hoeverre deze onjuist is. Anders dan de tekst van deze bepalingen doet vermoeden, betekent dit echter niet dat de inspecteur een aanslag kan opleggen en handhaven naar een willekeurig bedrag. Zijn aanslag moet, ook als de omkering van toepassing is, berusten op een redelijke schatting. Ook op andere manieren worden de gevolgen van de omkering van de bewijslast in bepaalde gevallen gemitigeerd. Dit bespreek ik hierna.

4.2.2.1 Redelijke schatting

Omkering van de bewijslast laat onverlet dat de berekening van een belastingaanslag redelijk en dus niet willekeurig behoort te zijn. Voor de beoordeling of aan deze maatstaf wordt voldaan, moet mede in aanmerking worden genomen in hoeverre de inspecteur beschikt over gegevens voor het opleggen van een belastingaanslag en in hoeverre ervan mag worden uitgegaan dat de belastingplichtige in staat is opening van zaken te geven. De inspecteur zal op basis van

⁸⁶ Vgl. HR 27 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:767, BNB 2022/108, r.o. 4.2.4 en HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:130, BNB 2017/92, r.o. 3.3.5 en HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1526, BNB 2014/214, r.o. 3.6.

⁸⁷ Vgl. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1736, BNB 2015/178.

⁸⁸ Zie HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:987, BNB 2021/126, r.o. 3.1.1.

de feiten en omstandigheden van het geval aanknopingspunten moeten verschaffen waaruit is af te leiden dat zijn berekening of schatting van het bedrag van de belastingaanslag redelijk en dus niet willekeurig is. Waar het op aankomt, is dat de inspecteur de hoogte van zijn schatting zodanig moet onderbouwen met feitelijke stellingen, dat die schatting de redelijkheidstoets kan doorstaan. De beoordeling of een schatting redelijk (niet willekeurig) is, gaat niet zover dat de inspecteur feiten en omstandigheden aannemelijk moet maken die meebrengen dat de door hem gemaakte schatting overeenkomt met de werkelijk verschuldigde belasting. Een zo vergaande eis zou de omkering van de bewijslast ongedaan maken. Juist vanwege het gebrek aan informatie voor de inspecteur, dat heeft geleid tot omkering en verzwarening van de bewijslast, zal hij bij zijn schatting op basis van gegevens waarover hij wel beschikt, binnen de grenzen van de redelijkheid een zekere – van de omstandigheden van het geval afhankelijke – beoordelingsruimte moeten hebben.⁸⁹ Ook hier heeft de rechter dus veel ruimte voor maatwerk.

4.2.2.2 Reikwijdte omkering

Vaste jurisprudentie is dat voor de vraag of een inhoudelijk gebrekkige aangifte nog de ‘vereiste aangifte’ is, de aangifte als geheel in aanmerking moet worden genomen.⁹⁰ Het is dus niet mogelijk te oordelen dat een belastingplichtige die slechts een bepaald inkomensbestanddeel niet aangeeft, ook slechts met betrekking tot dat bestanddeel de vereiste aangifte heeft gedaan en ook slechts voor de hoogte van dat bestanddeel met de omkering van de bewijslast wordt geconfronteerd. In een dergelijk geval moet op het niveau van de gehele aangifte worden beoordeeld of het niet aangegeven bedrag leidt tot een aanzienlijk bedrag aan niet-geheven belasting en of aan het bewustheidsvereiste is voldaan. Is dat het geval, dan is de omkering van de bewijslast van toepassing op de gehele belastingaanslag die betrekking heeft op de desbetreffende aangifte. Dat geldt zelfs voor eventuele elementen van die belastingaanslag die de inspecteur na de uitspraak op bezwaar aanvoert ter onderbouwing van de juistheid van de belastingaanslag.⁹¹

Het voorgaande geldt niet als de omkering van de bewijslast wordt gebaseerd op een onherroepelijke informatiebeschikking omdat niet aan de informatieverplichting van artikel 47 AWR is voldaan en ook niet indien de vereiste aangifte niet is gedaan omdat sprake is van een formeel gebrekkige aangifte. In zulke gevallen brengt een redelijke wetstoepassing volgens een arrest van de Hoge Raad uit 2022 mee dat de omkering van de bewijslast vanwege het feit dat een of meer vragen niet of onjuist zijn beantwoord, niet geldt voor geschilpunten waarvoor het antwoord op deze vraag of vragen niet van belang kan zijn.⁹² In zulke gevallen geldt de omkering van de bewijslast dus niet noodzakelijkerwijs voor de gehele belastingaanslag die in geschil is, maar zal moeten worden beoordeeld welke elementen van die belastingaanslag samenhangen met de vragen die niet (juist)

⁸⁹ HR 18 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1093, BNB 2023/126. Zie ook HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1086, BNB 2021/138.

⁹⁰ Vgl. HR 14 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4441, BNB 1992/127 en HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1083, BNB 2010/47.

⁹¹ Vgl. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1129, BNB 2014/28.

⁹² Zie bijvoorbeeld Boer in zijn noot in BNB 2022/108 bij HR 27 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:767.

zijn beantwoord. Hierover kan, vooruitlopend op paragraaf 4.3 hierna, op deze plaats vast worden opgemerkt dat dit zonder meer een evenredigere benadering van de omkering van de bewijslast is dan de benadering die geldt bij de inhoudelijk gebrekkige aangifte.⁹³

4.3 Omkering van de bewijslast als remedie

Dat de omkering van de bewijslast, ook door de rechter, wel als ‘sanctie’ wordt gekarakteriseerd, zal gelet op het voorgaande wellicht niet verbazen. De gevolgen voor de belastingplichtige kunnen groot zijn. Ik zou de vraag willen stellen of die gevolgen in sommige gevallen niet te groot zijn en of het niet beter zou zijn te stoppen met het aanmerken van de omkering van de bewijslast als sanctie en deze figuur te gaan zien als remedie.

De omkering van de bewijslast pakt met name hard uit in het geval dat een inhoudelijk gebrekkige aangifte is gedaan. In dat geval geldt voor de gehele belastingaanslag dat de inspecteur mag volstaan met een redelijke schatting en dat de belastingplichtige moet doen blijken dat die schatting onjuist is. De hardheid kan in dat geval erin bestaan dat de belastingplichtige weliswaar met betrekking tot een bepaald element bewust een onjuiste aangifte heeft gedaan (bijvoorbeeld het onterecht opvoeren van aftrekposten), maar met betrekking tot andere elementen niets fout heeft gedaan. Ook die andere elementen mag de inspecteur dan echter schatten op basis van redelijke stellingen. Vervolgens kan de inspecteur bewijsrechtelijk achterover leunen, terwijl het heel goed mogelijk is dat de inspecteur, wellicht zelfs beter dan de belastingplichtige, over de nodige informatie beschikt of kan beschikken voor het aannemelijk maken van die elementen. Wanneer het belang van waarheidsvinding voorop wordt gesteld, lijkt het niet gerechtvaardigd dat de omkering van de bewijslast de hiervoor beschreven uitwerking heeft. Vanuit dat belang zou zij moeten worden beperkt tot een bewijsrechtelijke tegemoetkoming aan de inspecteur voor zover hij dat (redelijkerwijs) nodig heeft. De omkering van de bewijslast krijgt dan meer het karakter van een remedie en minder van een sanctie. Bovendien wordt daarmee bereikt dat twee belastingplichtigen die op hetzelfde punt een onjuiste aangifte doen, daarvan dezelfde gevolgen ondervinden, ongeacht de overige elementen die min of meer toevallig onderdeel uitmaken van hun belastbaar inkomen.

Zoals uiteengezet is het voorgaande al min of meer geldend recht indien de omkering van de bewijslast is gebaseerd op het feit dat een formeel gebrekkige aangifte is gedaan of op het feit dat vragen van de inspecteur niet (juist) zijn beantwoord (en een informatiebeschikking is afgegeven). Ook voor de inhoudelijk gebrekkige aangifte zou uit een recent arrest van de Hoge Raad kunnen worden afgeleid dat hij opschuift naar een visie op de omkering als remedie in plaats van als sanctie. Het gaat om een arrest van 18 augustus 2023,⁹⁴ waarin de vraag

93 Al menen sommige auteurs dat de Hoge Raad deze benadering ook zal toepassen als een inhoudelijk gebrekkige aangifte is gedaan, zie Baron & Poelmann 2023.

94 HR 18 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1093, BNB 2023/126.

centraal staat wanneer (geen) sprake (meer) is van een redelijke schatting. In deze zaak stelt de inspecteur zich op het standpunt dat de belastingplichtige inkomen heeft verzwegen en baseert hij dit op de stelling dat (1) een horloge ter waarde van € 68.000 in de schuur van de belastingplichtige is aangetroffen dat dus door hem is aangeschaft en (2) de belastingplichtige beschikt over een garderobe ter waarde van € 30.000, die hij ook (in delen) met verzwegen inkomsten moet hebben aangeschaft. In cassatie staat vast dat de bewijslast moest worden omgekeerd, omdat de belastingplichtige gelet op de garderobe inderdaad inkomsten heeft verzwegen in zijn aangifte. De Hoge Raad staat echter niet toe dat de inspecteur, in het kader van zijn redelijke schatting, ook rekening houdt met inkomsten die zouden samenhangen met het horloge. De feitenrechter heeft namelijk onder de normale bewijslastverdeling geoordeeld dat hij onvoldoende aanknopingspunten ziet voor het oordeel dat het horloge aan de belastingplichtige toebehoorde en door hem is aangeschaft. Dat betekent volgens de Hoge Raad dat ook in het kader van een redelijke schatting onvoldoende aanknopingspunten bestaan om hiervan uit te gaan. Dit oordeel had mijns inziens ook anders kunnen uitvallen. Het kan immers best zo zijn dat het niet aannemelijk is dat een horloge onder bepaalde omstandigheden aan een bepaalde persoon toebehoort, maar dat het toch redelijk is om dit onder diezelfde omstandigheden aan te nemen. Indien mag worden volstaan met een redelijke schatting, wordt immers nu eenmaal aanvaard dat de kans op een onjuist oordeel groter is dan wanneer iets aannemelijk moet zijn. Dat de Hoge Raad toch strenger is, duidt mijns inziens erop dat ook na omkering van de bewijslast oog moet worden gehouden voor de vraag op welke punten de vereiste aangifte niet is gedaan. De Hoge Raad overweegt dan ook met zoveel woorden dat bij het beoordelen van de redelijke schatting moet worden meegewogen in hoeverre de belastingplichtige in staat is om opening van zaken te geven en dat het van de omstandigheden afhankelijk is wat de inspecteur zelf nog op tafel moet leggen. Het is in dat kader goed om te zien dat het in de hiervoor besproken zaak niet tot omkering van de bewijslast zou zijn gekomen indien de garderobe van € 30.000 zou worden weggedacht. In dat geval blijft slechts het horloge over en niet aannemelijk is dat de belastingplichtige door het niet aangeven van inkomsten in verband met dat horloge een inhoudelijk gebrekkige aangifte zou hebben gedaan. Feitelijk heeft de omkering van de bewijslast in deze zaak dus slechts gevolgen voor dat element van de aangifte dat bewust onjuist is ingevuld, zodat bijna wel sprake lijkt te zijn van de in paragraaf 4.2.2.2 besproken gedeeltelijke omkering als gevolg van onjuist of niet beantwoorde vragen. Ook in dit arrest vervult de omkering van de bewijslast dus veeleer een rol als remedie dan als sanctie.

Afrondend kom ik tot de conclusie dat de rechter steeds voldoende ruimte heeft om de omkering van de bewijslast niet langer als sanctie, maar slechts als remedie toe te passen. Als de omkering het gevolg is van het doen van een formeel gebrekkige aangifte of van het niet (juist) beantwoorden van vragen van de inspecteur, wordt dat resultaat bereikt doordat de omkering slechts gevolgen heeft voor geschilpunten die met het informatieverzuim samenhangen (gedeeltelijke omkering). Als de omkering het gevolg is van het doen van een inhoudelijk gebrekkige aangifte, biedt het vereiste van een redelijke schatting voldoende ruimte om recht te doen aan de bewijspositie van beide partijen. Ook dan hoeft de omkering dus geen alles-of-nietskarakter te hebben. Introductie van een gedeeltelijke omkering in dergelijke gevallen is volgens mij niet nodig.

5 Conclusies en aanbevelingen

5.1 Conclusies

Het (fiscale) bewijsrecht dient ertoe de materiële waarheidsvinding te bevorderen, zonder dat daarbij uit het oog mag worden verloren dat de fiscale procedure door de burger op laagdrempelige wijze moet kunnen worden gevoerd tegenover een bestuursorgaan met allerlei (informatie)bevoegdheden en vaak meer geld, tijd en kennis.

Partijen kunnen zich om allerlei redenen geconfronteerd zien met bewijsnood. Waar dat geboden is, heeft de (belasting)rechter verschillende instrumenten om hieraan tegemoet te komen. Twee daarvan zijn het bewijsvermoeden en de omkering van de bewijslast.

De rechter is in het gebruik van bewijsvermoedens niet volledig vrij. Dat is slechts aangewezen als ook daadwerkelijk van bewijsnood sprake is en die bewijsnood bovendien niet is veroorzaakt door de partij die de bewijslast zelf al had (zie par. 2.3.1). Het gebruik van bewijsvermoedens leidt niet tot verschuiving van de bewijslast en mijns inziens ook niet tot verlichting van de bewijslast. Naar mijn mening moet het bewijsvermoeden worden gezien als (al dan niet uit de bewijsmiddelen af te leiden) bewijsgrond. Dit betekent dat bewijsvermoedens ook kunnen worden gebruikt indien de bewijsstandaard ‘doen blijken’ moet worden gehaald en dus ook indien een fiscale boete in geding is.

In het algemeen wordt de omkering van de bewijslast, ook door de belastingrechter, getypeerd als een (weliswaar niet punitieve, maar toch) zware processuele sanctie voor degene die niet voldoet aan bepaalde informatieverplichtingen. Als de omkering van toepassing is, kan de inspecteur volstaan met een redelijke schatting van de belastingaanslag en moet de belastingplichtige doen blijken dat die schatting onjuist is. Daarbij ziet de omkering onder bepaalde omstandigheden op de gehele aanslag, en onder andere omstandigheden weer slechts op specifieke geschilpunten. Doorgaans is het voor belastingplichtigen zeer moeilijk om te voldoen aan de zware bewijslast, zodat de reikwijdte van de omkering en de redelijkheid van de schatting van groot belang zijn voor de uitkomst van een procedure.

5.2 Aanbevelingen

Het kan niet worden ontkend dat onduidelijkheid bestaat over de plaats van het bewijsvermoeden in het bewijsrechtelijk model. Onder gezaghebbende auteurs bestaan hierover verschillende opvattingen. Die onduidelijkheid lijkt mij onwenselijk, omdat een onduidelijker procesrecht tot een ontoegankelijker proces leidt. Die onduidelijkheid lijkt mij ook onnodig, mede gelet op het feit dat het gebruik van bewijsvermoedens al een lange geschiedenis kent in ons rechtssysteem. Het verdient aanbeveling dat de hoogste bestuursrechters expliciet duidelijkheid scheppen over de plaats van het bewijsvermoeden in het bewijsrechtelijk model. In het verlengde hiervan verdient ook aanbeveling dat de hoogste bestuursrechters duidelijk maken of het gebruik van bewijsvermoedens in boetezaken inderdaad nog steeds tot de mogelijkheden behoort, zodat de rechter, bestuursorganen en vooral beboete belanghebbenden weten waar zij aan toe zijn. Daarbij zouden de hoogste bestuursrechters ook kunnen verduidelijken hoe moet worden omgegaan met ‘what is at stake’ in de zin van de jurisprudentie van het EHRM (zie par. 3.3.1).

De belastingrechter zou de omkering van de bewijslast niet als sanctie, maar als remedie tegen bewijsnood moeten toepassen. Die remedie zou beperkt moeten zijn tot die geschilpunten die als gevolg van de (bewuste) onjuiste of onvolledige informatieverstrekking niet meer behoorlijk kunnen worden bewezen. De ruimte die de rechter in het kader van de redelijke schatting heeft om hiermee rekening te houden en om onevenredige uitkomsten te voorkomen, zou hij in iedere zaak op passende wijze moeten benutten.

Literatuur

Baron & Poelmann 2023

J.D. Baron & E. Poelmann, 'Evenredigheid geconcretiseerd in partiële omkering van de bewijslast', *TFB* 2023/21.

De Bont 2020

G.J.M.E. de Bont, 'Schaf de informatiebeschikking af', *NTFR* 2020/1116.

De Bont 2022

G.J.M.E. de Bont, 'Boetebewijsrecht', in: P.H.J. Essers e.a. (red.), *Verschuivende machtsverhoudingen in de fiscaliteit. Jubileumbundel ter gelegenheid van 150 jaar Weekblad Fiscaal Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

De Bont & Prins 2023

G.J.M.E. de Bont & M. Prins, 'Tour d'horizon fiscaal strafrecht anno 2022', *TFB* 2023/2.

Haas 2014

F.J.P.M. Haas, 'Fiscale boetes', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief (VAR-preadviezen, VAR-reeks 152)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Haas & Jansen 2009a

F.J.P.M. Haas & D.N.N. Jansen, 'Bewijs in belastingzaken, deel 2', *TFB* 2009/3.

Haas & Jansen 2009b

F.J.P.M. Haas & D.N.N. Jansen, 'Bewijs in belastingzaken, deel 3', *TFB* 2009/4.

Haas & Jansen 2009c

F.J.P.M. Haas & D.N.N. Jansen, 'Bewijs in belastingzaken', *TFB* 2009/2, *TFB* 2009/3 en *TFB* 2009/4.

Koopman 1996

R.J. Koopman, *Bewijslast in belastingzaken (Fiscale monografieën, nr. 78)*, Deventer: Kluwer 1996.

De Kruijf & Visser 2022

D.J.E. de Kruijf & A.B. Visser, "Convinced before convicted". Overtuigend aantonen bij een vergrijpboete', *TSO* 2022/2/3.

Meyes e.a. 2020

P. Meyjes e.a., *Fiscaal Procesrecht* (Fiscale Handboeken nr. 6), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Den Ouden 2022

R. den Ouden, 'Uitvergroot: Koerswijzigingen', *V-N* 2022/56.o.

Paans & De Borst 2022

F. Paans & M.H. de Borst, 'Kroniek Boeterecht 2022', *TFB* 2022/8.

Van Roij FBR.6.7.4.A

W.A.P. van Roij, 'FBR.6.7.4.A Inleiding', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer [z.j.].

Van Roij FBR.6.7.5

W.A.P. van Roij, 'FBR.6.7.5 Bewijsmiddelen', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer [z.j.].

Van Roij FBR.6.7.8

W.A.P. van Roij, 'FBR.6.7.8 Zwaarte van de bewijslast. Begrippenkader', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer [z.j.].

Van Roij FBR.6.7.4.G

W.A.P. van Roij, 'FBR.6.7.4.G Boete', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer [z.j.].

Schlössels 2009

R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-pleadviezen, VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Sijbers FBR.8.7.3

F.H.H. Sijbers, 'FBR.8.7.3 Verdeling van de bewijslast ten aanzien van de verwijtbare gedraging', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer [z.j.].

Verseput 1985

J.G. Verseput, 'De verdeling van de bewijslast in de belastingwetgeving en daarbuiten', in: J.E.A.M. van Dijck & R.J.T. Smid (red.), *Fiscale aspecten van ondernemingen. Opstellen aangeboden aan prof. D.A.M. Meeles*, Deventer: Kluwer 1985.

De (in)formele burgerlus: achterstallig onderhoud van de bewijspositie van de burger?

D.T.J. van de Voort*

Inleiding	95
1 De burger bewijst: een disbalans	97
1.1 Inleiding	97
1.2 Een partijenprocesrecht	97
1.2.1 Van materiële waarheid	97
1.2.2 Naar een partijenprocesrecht	98
1.3 Principiële krachtverschillen tussen partijen	99
1.4 Hoofdregels van bewijzen	100
1.4.1 Bewijsomvang	101
1.4.2 Bewijslastverdeling	101
1.4.3 Bewijsmiddelen	103
1.4.4 Bewijsmaatstaf	103
1.4.5 Bewijswaardering	104
1.5 Tussenconclusie: drie knelpunten in de bewijsvoering	104
2 Wat doet de rechter al aan ongelijkheidscompensatie: de informele burgerlus	107
2.1 Inleiding	107
2.2 Drie vormen van de informele burgerlus	107
2.2.1 Griffiersbrief voor de zitting	108
2.2.2 Regie op de zitting	110
2.2.3 Schorsen van het onderzoek of heropenen van het onderzoek na de zitting	112
2.3 Tussenconclusie: in hoeverre vermindert de informele burgerlus de bewijsachterstand van de burger?	114

* Mr. D.T.J. (Dries) van de Voort was tijdens het schrijven van dit preadvies werkzaam als jurist bij de Kennisunit van de Raad van State. Dit preadvies is geschreven op persoonlijke titel. De auteur dankt zijn collega's van de Kennisunit voor hun commentaar en suggesties. Ook veel dank aan Bert Marseille en Nina Bontje voor de organisatie van de Jonge VAR.

3	Wat doet de rechter al aan ongelijkheidscompensatie: de buitenwettelijke tussenuitspraak	119
3.1	Inleiding	119
3.2	De tussenuitspraak	120
3.3	Drie redenen om 'buitenwettelijk' te gaan	121
3.4	Tussenconclusie: in hoeverre vermindert de buitenwettelijke tussenuitspraak de bewijsachterstand van de burger	123
4	De formele burgerlus	125
4.1	Inleiding	125
4.2	De formele burgerlus	125
4.2.1	Stelling en nader bewijs	127
4.2.2	...schriftelijk aannemelijk te maken	130
4.2.3	De tussenuitspraak bij burgerlus	132
4.3	Formele burgerlus, buitenwettelijke tussenuitspraak en de bewijsachterstand	132
5	Conclusie en aanbevelingen	135
	Literatuur	139

Inleiding

Op het moment van schrijven is de Wet versterking waarborgfunctie Awb ('het wetsvoorstel') in preconsultatie.¹ Het doel van de wetswijziging is het vertrouwen van de burger in de overheid te herwinnen door de rechtspositie van de burger te versterken.² Een belangrijk onderdeel van het waarborgen van die rechtspositie is de codificatie van de burgerlus (of burgerlijke lus)³ in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Met de formele⁴ burgerlus, waarin de bestuursrechter in een tussenuitspraak de burger een bewijsopdracht geeft om zijn stelling nader te onderbouwen, beoogt de wetgever de procespositie van de burger te versterken.⁵ De formele burgerlus moet worden onderscheiden van de informele burgerlus.⁶ Deze laatste wordt al enige jaren door de bestuursrechter toegepast door het geven van een bewijsopdracht via, bijvoorbeeld, het sturen van een griffiersbrief of heropenen van het (voor)onderzoek.⁷ De gedachte achter de formele burgerlus is dat waar eerst alleen het bestuursorgaan de mogelijkheid had om een gebrek te herstellen door middel van een bestuurlijke lus, nu óók de burger in een tussenuitspraak een herkansing krijgt om een gebrek in de bewijsvoering te herstellen.⁸ De wetgever beoogt hiermee de bewijsongelijkheid tussen de burgerpartij en het bestuursorgaan te verminderen.

Er is echter twijfel over de toegevoegde waarde van de formele burgerlus. Schlössels en Albers schrijven dat de formele burgerlus hun tegenvalt. Ze wijten dit aan de formalistische benadering van de burgerlus doordat deze gekoppeld is aan het doen van een tussenuitspraak. Ongelijkheidscompensatie zou veeleer gezocht moeten worden in een 'soms ruimere ambtshalve toetsing en het verder (re)vitaliseren van de verplichting van de bestuursrechter om daadwerkelijk aan materiële waarheidsvinding en vroegtijdige bewijsregie en bewijsvoorlichting te doen'.⁹ Eenzelfde mening is ook Marseille toegedaan. In zijn openingsrede van de VAR-jaarvergadering van 2023, getiteld 'Burgerperspectief en burgerlus', laat hij zich enigszins negatief uit over de mogelijkheid van de formele burgerlus om 'het ongenoegen over de bestuurlijke lus weg te nemen, te neutraliseren

1 Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsultatie 18 januari 2023, bijlage 1 bij *Kamerstukken II 2022/23, 29279*, nr. 763).

2 *Kamerstukken II 2022/23, 29279*, nr. 763, bijlage, p. 1.

3 Deze twee termen worden in de literatuur en het wetsvoorstel door elkaar gebruikt. In het vervolg van het preadvies zal ik de term 'burgerlus' gebruiken.

4 Met 'formeel' doel ik op het doen van een tussenuitspraak.

5 Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsultatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij *Kamerstukken II 2022/23, 29279*, nr. 763), p. 18.

6 Hoewel doorgaans de term 'informele lus' wordt gebruikt, hanteer ik in dit preadvies de term 'informele burgerlus' om aan te geven dat dit instrument ten behoeve van de burger wordt ingezet. Waar ik het anders bedoel, zal ik dit expliciteren.

7 Zie bijv. De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 10-12.

8 Vgl. Schueler 2009, p. 580.

9 Schlössels & Albers 2023. Vgl. Seijsener 2023.

of compenseren of procederende burgers te helpen'.¹⁰ Een van zijn conclusies is daarom dat de burger meer geholpen is met een rechter die gebruikmaakt van de zожuist genoemde informele (bestuurlijke) lus of die zijn onderzoeksbevoegdheid inzet om de feiten aan te vullen.

Voorgaande discussie laat zien dat aan de toegevoegde waarde van de formele burgerlus zoals deze in het wetsvoorstel is opgenomen wordt getwijfeld.¹¹ Tegen deze achtergrond ga ik in dit preadvies in op de vraag: dient de formele burgerlus zoals deze in de Wet versterking waarborgfunctie Awb is neergelegd aangepast te worden om de bewijspositie¹² van de burgerpartij, afgezet tegen de informele burgerlus en buitenwettelijke tussenuitspraak, te verstevigen en zo ja, hoe?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal ik eerst de bewijspositie van de burgerpartij onder het huidige recht uiteenzetten. Hiervoor komt in vogelvlucht het bestuursrechtelijk bewijsrecht aan bod. Wat is precies de bewijsachterstand waarin de burgerpartij verkeert? Het hoofdstuk eindigt met de conclusie dat er potentieel drie knelpunten zijn die de burger ervaart in de beroepsprocedure.

In hoofdstuk 2 en 3 inventariseer ik hoe de bestuursrechter in de praktijk de bewijspositie van de burger al versterkt. Hiervoor zal ik in hoofdstuk 2 de verschillende manieren van de informele burgerlus uiteenzetten waarop de bestuursrechter een bewijsopdracht kan geven aan de burger om zijn stelling aannemelijk te maken. Deze worden gezamenlijk afgezet tegen de bewijsrechtelijke knelpunten die de burger ervaart. In hoeverre is de informele burgerlus succesvol in het verzachten van de knelpunten, en waar blijft de burger met lege handen staan? In hoofdstuk 3 maak ik een uitstap naar de buitenwettelijke tussenuitspraak. Ook zonder codificatie van de burgerlus is de tussenuitspraak al door de bestuursrechter gebruikt om een bewijsopdracht aan de burger te geven.¹³ Dit hoofdstuk heeft een tweeledig doel. Ten eerste inventariseer ik daar wat de bestuursrechter al aan ongelijkheidscompensatie doet door gebruik te maken van de tussenuitspraak. Ten tweede geeft de buitenwettelijke tussenuitspraak een inkijkje in het karakter van de tussenuitspraak en de keuze van de bestuursrechter om dit instrument in te zetten om een bewijsopdracht aan de burger te geven. Het hoofdstuk dient dus zowel het doel om de meerwaarde van de formele burgerlus te verkennen – wat is het voordeel van codificatie van de buitenwettelijke tussenuitspraak? – als het doel om de voor- en nadelen van het karakter van de tussenuitspraak in relatie tot de bewijsrechtelijke knelpunten te verkennen.

In het laatste hoofdstuk (4) zal ik vervolgens, aan de hand van de knelpunten die de burgerpartij bij de bewijsvoering ervaart, bekijken of de formele burgerlus zoals deze in het wetsvoorstel is gecodificeerd de bewijspositie van de burger, afgezet tegen de informele burgerlus en buitenwettelijke tussenuitspraak, weet te versterken. Hiervoor zal ik eerst de formele burgerlus uiteenzetten zoals deze in het wetsvoorstel is opgenomen. Tot slot bekijk ik welk effect de codificatie van de burgerlus heeft op de bewijspositie van de burger. In de conclusie zet ik deze bevindingen af tegen de informele burgerlus.

¹⁰ Marseille 2023.

¹¹ Seijsener 2023.

¹² Met bewijspositie bedoel ik de mate waarin de burger kennis heeft van welk bewijs hij moet leveren, hoe hij het bewijs kan leveren en hoe het geleverde bewijs gewaardeerd zal worden.

¹³ Vgl. ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:647; ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:374; Rb. Midden-Nederland 3 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1721.

I De burger bewijst: een disbalans

I.1 Inleiding

De formele burgerlus beoogt, kort gezegd, de bewijspositie van de burger te versterken door hem in de gelegenheid te stellen zijn stelling aannemelijk te maken. Hiermee is de effectiviteit van de formele burgerlus afhankelijk van de wijze waarop deze de bewijsachterstand van de burger weet te verminderen. In dit hoofdstuk zal ik daarom onderzoeken *wat* precies deze bewijsachterstand is. Het bestuursrechtelijk bewijsrecht zal hiervoor kort in beeld worden gebracht. Dit kader is ook bedoeld om eenheid te geven in het gebruik van de bewijsterminologie in het vervolg van dit preadvies. Daarbij zal ik onderzoeken *welke* knelpunten de burgerpartij binnen het bewijsrecht ervaart. Het fungeert dus ook als kader om de in hoofdstuk 2, 3 en 4 uiteen te zetten (in)formele burgerlus en buitenwettelijke tussenuitspraak tegen af te zetten.

I.2 Een partijenprocesrecht

I.2.1 Van materiële waarheid

Het bestuursrecht wordt gekenmerkt door de vrije bewijsleer of vrijbewijsleer.¹⁴ Hoewel de betekenis van de vrije bewijsleer in de literatuur verschillend wordt opgevat, zijn deze opvattingen doorgaans te herleiden tot de stelling dat het bestuursrecht, anders dan het burgerlijk recht, een gering aantal regels van materieel bewijsrecht heeft. De bestuursrechter is hierdoor 'vrij in de door hem te geven bewijsoordelen'.¹⁵ De reden hiervoor is dat het bestuursrecht beoogt de materiële waarheid te achterhalen. Anders dan de formele waarheid – waarheid is datgeen dat tussen partijen in het geding is vast komen te staan – streeft het bewijsrecht in het bestuursrecht ernaar om de juistheid en volledigheid van de feiten te achterhalen.¹⁶ Dit is tegen de achtergrond van het besluitbegrip en de positie van het bestuursorgaan logisch. Overheidshandelen zou een willekeurig karakter krijgen als het waarheidsbegrip afhankelijk is van wat partijen in de procedure als bewijs inbrengen; en dus in iedere rechtsverhouding andere feiten, als voorwerp van bewijs, als uitgangspunt worden genomen. Overheidshandelen

¹⁴ Zie bijv. Kamerstukken II 1991/92, 22495, nr. 3 (MVT), p. 32-33.

¹⁵ Sanders 2022, p. 525, onder doorverwijzing naar Schuurmans 2022/28.2. Zie ook: Schlössels 2009, par. 2.2, waarin hij de verschillende opvattingen over de vrije bewijsleer uitvoerig uiteenzet.

¹⁶ Schueler 2019.

bevat immers altijd een component waarin het algemeen belang wordt gediend.¹⁷ De feitenvaststelling door de bestuursrechter is daarom nooit alleen een belang van de partijen in het aanhangige geding, maar kent altijd een algemeen karakter waarin de feitenvaststelling door het bestuursorgaan wordt getoetst.¹⁸

Vanuit het uitgangspunt van materiële waarheidsvinding behoort de bestuursrechter vrij te zijn om naar eigen inzicht de objectieve waarheid te achterhalen. Een uitgebreid en nauwgezet stelsel van materiële bewijsregels zou deze vrije ruimte te zeer beperken. Maar de vrije bewijsleer heeft ook een rechtsbeschermende functie. In de procedure voor de bestuursrechter is doorgaans sprake van een ongelijke procespositie van partijen. Een met middelen en kennis gesterkt bestuursorgaan staat vaak tegenover een burger die pas voor de eerste keer procedeert; een eerste knelpunt dat verder in paragraaf 1.3 aan de orde komt. De vrije bewijsleer, met daarin een bestuursrechter die zelf actief onderzoek doet naar de feiten, houdt de rechtsgang laagdrempelig. De burger hoeft daarom geen of nauwelijks kennis te hebben van de bewijsregels om effectief te procederen.¹⁹ De aanvullende werking van het derde lid van artikel 8:69 van de Awb waarborgt deze laagdrempeligheid. Het geeft de bestuursrechter de mogelijkheid om de ongelijke positie van partijen gelijk te trekken door zich in te laten met de afbakening van het geschil, de gepresenteerde feiten in twijfel te trekken, de bewijsvoeringslast over te nemen of een zelfstandige feitenreconstructie te maken.²⁰

1.2.2 Naar een partijenprocesrecht

Hoewel het vinden van de materiële waarheid het streven van de bestuursrechter is of behoort te zijn, is het werkelijk vinden daarvan utopisch. Schlössels zegt terecht dat het juridische geschil gaat om een 'reductie van de werkelijkheid'. De gepresenteerde werkelijkheid is een casusgerichte werkelijkheid, waarin de jurist niet de tijd heeft om een eindeloos proces van waarheidsvinding te voeren.²¹ Daar komt bij dat de bestuursrechter steeds minder (uit eigen beweging) gebruik is gaan maken van zijn onderzoeksbevoegdheden.²² In deze gereduceerde werkelijkheid is daarom een (steeds) belangrijke(re) rol weggelegd voor de bewijslevering door partijen.²³ Er wordt daarom ook wel gezegd dat het bestuursrechtelijk bewijsrecht wordt gekenmerkt door een partijenprocesrecht.²⁴

In deze ontwikkeling naar een partijenprocesrecht krijgt de bestuursrechter ook een andere rol. Waar hij in het bewijsrechtelijke systeem waarin de materiële waarheid centraal staat los van partijen een actieve rol behoort aan te nemen in zijn zoektocht naar de feiten zelf, neemt hij in een partijenprocesrecht ten aanzien van de feiten een passievere rol aan. Aan de hand van wat partijen uit eigen

17 NB Ook in financiële tweepartijgeschillen wordt de rekening betaald uit algemene belastingen.

18 Hierin volg ik de redenering van Schlössels (2009, p. 34).

19 Schueler 2019.

20 Schlössels 2009, p. 35-36.

21 Schlössels 2009, p. 11. Onder verwijzing naar Brenninkmeijer 2006, p. 14.

22 Vgl. Schlössels 2010, p. 476.

23 Vgl. Schueler 2019; Schuurmans 2009, par. 3.3; Verburg 2019, p. 166.

24 Schuurmans & Verburg 2012, p. 125; Schlössels 2009, p. 52.

beweging aanvoeren, zal de bestuursrechter in het verlengde daarvan pas beoordelen of hij zijn eigen onderzoeksbevoegdheden aanwendt.²⁵ Maar omdat er een grotere verantwoordelijkheid ligt bij partijen om spontaan de feiten aan te dragen, zal de rechter wel inzichtelijk moeten maken wat die bewijsverantwoordelijkheden van partijen zijn. De bestuursrechter behoort dus actief de regie te nemen in wat partijen als bewijs moeten aanvoeren.²⁶ Hij behoort dus bewijsvoorlichting te geven.

Er is echter kritiek op de mate waarin de bestuursrechter deze nieuwe rol heeft aangenomen. Waar hij zich passief is gaan opstellen ten aanzien van de feitenvaststelling zelf, heeft hij dit niet per se gecompenseerd met een actievere opstelling ten aanzien van de bewijsvoering door partijen.²⁷ Zeker nu het bestuursrecht zelf nauwelijks materiële regels van bewijsrecht kent die partijen houvast bieden bij het leveren van bewijs, ontbreekt het burgers aan bewijsregie. Dit leidt tot een tweede knelpunt in de bewijspositie van de burger: hij heeft niet altijd zicht op zijn bewijspositie door een gebrek aan bewijsregie. Concreet wordt dan pas in de einduitspraak voor de burger duidelijk wie welk bewijs had moeten leveren. Hierdoor blijven partijen in de beroepsprocedure in het ongewisse over het te leveren bewijs en voelen zich ‘aan hun lot overgelaten’.²⁸

1.3 Principiële krachtverschillen tussen partijen

Alvorens ik dieper inga op de hoofdregels van het bewijsrecht en aanverwante knelpunten, ga ik eerst kort in op de procespositie van partijen in de beroepsprocedure bij de bestuursrechter. De beroepsprocedure bij de bestuursrechter wordt namelijk gekenmerkt door een disbalans tussen de procespartijen. De bestuursrechter treft – kort gezegd – altijd een (machtig) bestuursorgaan aan wiens besluit door de vaak kleine burgerpartij ter discussie wordt gesteld. De procedure bij de bestuursrechter kent daarom principiële krachtverschillen tussen procespartijen.²⁹ Het is van belang dat de bestuursrechter deze disbalans in ogenschouw neemt en waar nodig ongelijkheidscompensatie biedt. Als dat niet kan door actief de procespositie van de burgerpartij te versterken³⁰ dan door de burgerpartij minimaal dezelfde proceskansen te geven door inzicht te geven in haar bewijspositie. Zowel in het versterken als gelijktrekken schiet de bestuursrechter volgens de wetgever tekort.³¹

25 Schuurmans & Verburg 2012/8, p. 124-125; CRvB 1 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT7174, JB 2005/237, m.nt. D.W.M. Wenders (*De Metselaar*); Schuurmans 2023, p. 259.

26 Schlössels 2009, p. 52-53.

27 Een veel aangehaalde zaak die deze verschuiving tot uitdrukking brengt is de Metselaarscasus: Schuurmans & Verburg 2012, p. 124-125; CRvB 1 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT7174, JB 2005/237, m.nt. D.W.M. Wenders (*De Metselaar*).

28 Verburg 2019, p. 159. Onder doorverwijzing naar: Schuurmans 2009, p. 121; Barkuysen e.a. 2007, par. 11.3. Vgl. Tjepkema 2022, p. 32; De Jong 2018, par. 2.4.

29 Schlössels 2009, p. 54.

30 Schlössels noemt het een ‘curieuze opvatting dat de bestuursrechter die een burger steunt in zijn procesvoering in aanvaring komt met de eis van onpartijdige rechtspraak’, Schlössels 2009, p. 54.

31 Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 19.

De memorie van toelichting maakt de disbalans tussen de beide partijen inzichtelijk. Ten eerste is er een *feitelijke ongelijkheid* tussen partijen. Er is een scheve verhouding tussen de kennis van en ervaring met het bestuursrecht. Dit uit zich niet alleen in het feit dat het bestuursorgaan en diens gemachtigde een professionele partij zijn met doorgaans gedegen juridische kennis, maar ook in de ervaring met de beroepsprocedure. Waar de beroepsprocedure voor de burgerpartij vaak een ‘eenmalig leerproces is’, doet het bestuursorgaan ‘honderden of duizenden gelijksoortige zaken’.³² Deze disbalans wordt verder versterkt als de bestuursrechter nalaat om, met het oog op de complexiteit van het bewijsrecht,³³ de burger voor te lichten over zijn bewijspositie.³⁴ Dit in tegenstelling tot het bestuursorgaan, dat hij over de band van de bestuurlijke lus wel aanwijzingen en een bewijsopdracht kan geven over hoe hij het gebrek in het besluit kan herstellen.³⁵ De bestuursrechter heeft dus niet dezelfde wettelijke bevoegdheden om de burger te helpen zijn doel in de procedure te behalen – de rechtsgevolgen van het bestreden besluit moeten van tafel – als dat hij heeft om het bestuursorgaan hierin te helpen – de beoogde rechtsgevolgen moeten in stand blijven. Ten aanzien van het bestuursorgaan kan de bestuursrechter immers eventuele gebreken passeren,³⁶ gebreken laten herstellen of zelfs na een geslaagd beroep van de burger de rechtsgevolgen van het besluit in stand laten. Er bestaat dus, ten tweede, een *juridische ongelijkheid* tussen partijen. Deze feitelijke en juridische ongelijkheid raken tot slot aan de *gevoelsmatige ongelijkheid* die burgers ervaren. Het voelt voor de burger aan alsof de bestuursrechter doet aan ‘bestuurtje helpen’ en mee procedeert aan de kant van het bestuursorgaan.³⁷

1.4 Hoofdregele van bewijzen

In de ontwikkeling naar een partijenprocesrecht is het bestuursrechtelijk bewijsrecht, ondanks een vrije bewijsleer, toch tot wasdom gekomen. Worden niet de materiële waarheid en de eigen onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter, maar hetgeen partijen gedurende de procedure in stelling brengen en aanvoeren centraal gesteld, dan is het noodzakelijk dat enige regels en concepten over de bewijslast(verdeling) zich ontwikkelen binnen het bestuursrecht.³⁸ Daarbij zal, strikter dan bij een materiële waarheidsvinding, de bestuursrechter voor ogen moeten hebben *wat* bewezen moet worden, *hoe* dat bewezen kan worden en *wie* het bewijs moet leveren. Met andere woorden: de bestuursrechter moet kennis

32 Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 19.

33 Zie bijv. de bewijslastverdeling in par. 1.4.2.

34 In een interview in het onderzoek van De Jong met een bestuursrechter geeft die rechter aan dat het bewijsrecht voor henzelf ook nog niet is uitgekristalliseerd. Dit maakt het lastig daarover op de zitting voorlichting te geven. Het versterkt echter de stelling dat het daarom voor de burger helemaal onontgonnen terrein is. Zie De Jong 2018. Zie over deze disbalans verder: Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 20. Vgl. Verburg 2019, p. 227.

35 Verburg 2019, p. 221.

36 Artikel 6:22 van de Awb.

37 Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 19.

38 Schueler, *Trema* 2019/1.

hebben van het bewijsrecht en de bewijsterminologie en behoort dit correct toe te passen.³⁹ In deze paragraaf zal ik kort vijf onderwerpen van het bewijsrecht behandelen die voor dit preadvies relevant zijn.⁴⁰ In het licht van de centrale vraag van dit hoofdstuk – wat is de bewijsachterstand van de burger – zal ik ook telkens aangeven wat de mogelijke knelpunten zijn die de burger kan ervaren bij de verschillende bewijsonderwerpen.

1.4.1 Bewijsomvang

Met de bewijsomvang wordt aangegeven welke feiten bewezen moeten worden om het geschil te beslechten. De beroepsgronden in samenhang gelezen met het bestreden besluit geven hier richting aan. Er bestaat dus een relatie tussen artikel 8:69, eerste lid, van de Awb – de rechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken en het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting – en de bewijsomvang.⁴¹ Hierbij is ook de inhoud van de toepasselijke regels op het geschil van belang.⁴² Verburg merkt op dat de bewijsomvang geen vooraf gegeven is. De maatschappelijke veelvormigheid en meerduidigheid die wordt gevangen in regelgeving en besluiten maken de bewijsomvang diffuus. ‘Waar het om draait’, zo zegt Verburg, ‘is dat het voor partijen moeilijk te doorgronden is welke feiten tot de bewijsomvang behoren.’⁴³ Daar komt bovenop dat niet *ieder* gesteld feit ook bewezen moet worden en dus een handeling vereist. Van belang is dat die feiten bewezen worden die ‘onvoldoende vaststaan, omstreden zijn of waarover de rechter twijfelt’.⁴⁴ De bewijsomvang betreft hiermee feiten die van doorslaggevend belang zijn voor de beslechting van het geschil.

1.4.2 Bewijslastverdeling

De bewijslastverdeling is een vraag naar wie welk deel van de bewijsomvang voor zijn rekening moet nemen. Oftewel: wie moet wat bewijzen? Van de vijf hier te behandelen bewijsonderwerpen is deze vraag het meest complex.⁴⁵ Afhankelijk van de ingeroepen norm door of beoogd rechtsgevolg van partijen en de feitelijke grondslag die zij voor de effectuering daarvan moeten verschaffen wordt de bewijslast verdeeld.

De bewijslast zelf omvat het bewijsrisico en de bewijsvoeringslast. Het bewijsrisico geeft hierbij aan welke partij de verantwoordelijkheid draagt als de feiten niet vast komen te staan. Het hangt als een zwaard van Damocles boven het

39 In dit kader wordt dan ook de vraag gesteld of de processuele bevoegdheden met betrekking tot het bewijsrecht moeten worden uitgebreid; Schlössels 2009, p. 53.

40 Ik baseer mezelf op de vijf onderscheiden bewijsonderwerpen van die Schuurmans uiteenzet. Zie: Schuurmans 2022/28.2.

41 Schlössels 2009, p. 17; Barkuysen e.a. 2007, p. 46; Schuurmans 2022/28.2.

42 Schlössels 2009, p. 17-18; Schuurmans 2022/28.2.

43 Verburg 2019, p. 169.

44 Schlössels 2009, p. 17.

45 Schlössels 2009, p. 18.

hoofd van de partij wanneer naar het oordeel van de bestuursrechter het betreffende feit niet wordt bewezen.⁴⁶ Hieruit volgt logischerwijs dat de partij met het bewijsrisico het initiatief dient te nemen om als eerste te komen met bewijs.⁴⁷ Oftewel, zij zal ook initieel de bewijsvoeringslast dragen. Voldoet die partij aan haar bewijsvoeringslast, dan zal de wederpartij met tegenbewijs moeten komen. De complexiteit schuilt dus ook daarin dat de bewijsvoeringslast gedurende de procedure tussen partijen heen en weer springt.⁴⁸

Wie welk bewijs moet leveren is afhankelijk van en opgetrokken uit de bestuurlijke voorprocedure.⁴⁹ Vanuit de bestuurlijke fase wordt gekeken op wiens weg het had gelegen om het bewijs in die fase te leveren. Bij afwezigheid van bijzondere wetgeving waarin het leveren van feiten is geregeld zijn de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb relevant.⁵⁰ Uit het samenstel van deze twee wetsartikelen volgt dat het bestuursorgaan in zijn algemeenheid verantwoordelijk is voor een juiste feitenvaststelling. Het bestuursorgaan is vanuit het dienen van het algemeen belang immers verantwoordelijk voor het op juiste feiten gronden van het besluit.⁵¹ De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan strekt zich daarom niet alleen uit over de feitenvaststelling ten gronde van het besluit, maar omvat ook de zorgplicht om de burger tot op zekere hoogte te begeleiden bij het leveren van zijn bewijs.⁵² Aan de andere kant moet de burgerpartij, bij een besluit op aanvraag, de informatie aanleveren die nodig is voor de behandeling van haar aanvraag.⁵³ Dit niettegenstaande dat op het bestuursorgaan vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel een faciliterende en informerende plicht rust om de burger in juiste banen te leiden.⁵⁴

Uit het reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) blijkt dat de bestuursrechter erop moet toezien dat de bewijslast op een reële wijze wordt verdeeld.⁵⁵ Dit geldt niet alleen voor een controle op de verdeling van de bewijslast in de bestuurlijke fase – mocht het bestuursorgaan er in redelijkheid van uitgaan dat de burger die bewijsstukken levert⁵⁶ – maar ook in beroep moet de bewijslast naar redelijkheid worden verdeeld.⁵⁷ Dat wil zeggen dat van het bestuursorgaan bijvoorbeeld gevraagd kan worden zelf onderzoek te doen waar de burger in ‘een lastige of onmogelijke bewijspositie verkeert’.⁵⁸ De bestuursrechter moet hierin dus bewijsregie voeren. Daar komt bij dat de bestuursrechter, als de bewijslast is verdeeld, vervolgens niet te hoge eisen moet stellen aan de bewijsvoering van de burger, hetgeen advocaat-generaal Widdershoven signaleert in zijn conclusie over artikel 6:11 van de Awb.⁵⁹

46 Schlössels 2009, p. 18-19.

47 De partij met het bewijsrisico moet immers voorkomen dat dit wordt geëffectueerd; Schuurmans 2005, p. 23.

48 Verburg 2019, p. 176-177.

49 Verburg 2019, p. 170.

50 Barkhuysen e.a. 2007, p. 17-19; Schuurmans 2009, p. 149.

51 Barkhuysen e.a. 2007, p. 17; Verburg 2019, p. 171.

52 Bröring & De Graaf 2022, p. 330.

53 Verburg 2019, p. 170. Vgl. Schuurmans 2022/28.2.

54 Vgl. Verburg 2019, p. 170-171; onder verwijzing naar Schuurmans 2005.

55 Reflectierapport 2021, p. 45.

56 Raad van State 2021, p. 235.

57 Bröring & De Graaf 2022, p. 330.

58 Vgl. ABRvS 31 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2540.

59 Concl. A-G Widdershoven 7 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:476, punt 7.20.

De vragen *wie* wat moet bewijzen en met *wat* die partij het feit kan bewijzen haken dus nauwgezet op elkaar in. Het is voor de burger, met het oog op zijn bewijsachterstand, noodzakelijk om inzichtelijk te krijgen hoe de bestuursrechter dit gaat beoordelen. Dit inzicht wordt echter niet vaak verkregen door een gebrek aan communicatie over de beide te beantwoorden vragen. Dit haakt aan bij het tweede knelpunt uit paragraaf 1.2.2 – de burger heeft geen zicht op zijn bewijspositie door een gebrek aan bewijsregie – als het nader te bepreken knelpunt dat de burger niet weet welke eisen de bestuursrechter stelt aan het bewijs.⁶⁰

1.4.3 Bewijsmiddelen

De bewijsmiddelen geven aan welke dragers van informatie als bewijs kunnen of welke wijze van informatievervalsing als bewijs kan dienen. Hoewel de vrije bewijsleer hier het uitgangspunt is – er is geen limitatieve opsomming van de bewijsmiddelen – zijn er wel gangbare bewijsmiddelen. Hierbij valt onder meer te denken aan deskundigenrapporten, getuigenverklaringen en overgelegde stukken.⁶¹

Het knelpunt van een gebrekkige bewijsregie werkt ook door in de bewijsmiddelen. Zo kan een burgerpartij de feitenvaststelling van een door het bestuursorgaan ingeroepen medisch deskundige alleen weerleggen door het uitvoeren van een contra-expertise door het inschakelen van een eigen medisch deskundige. Deze kosten zullen uit de eigen zak van de burger moeten komen.⁶² De kosten voor het aanvoeren van bewijsmiddelen, zoals een deskundigenrapport, kunnen dus hoog zijn. Daarbij zal de burger ook willen weten of het zinvol is om tijd en geld te steken in het aanleveren van bewijsmiddelen. Het is daarom, onder andere met het oog op deze kosten, ook noodzaak om tijdig te weten of het zinvol is te investeren in het leveren van bewijs, of daar juist van af te zien.

1.4.4 Bewijsmaatstaf

De bewijsmaatstaf (ook de bewijsstandaard genoemd) geeft als het ware de lat aan die de bestuursrechter hanteert waarlangs het door de partijen geleverde bewijs wordt gelegd om het feit vast te stellen. Het geeft de mate van zekerheid aan waarmee feiten vast moeten komen te staan om te spreken van een bewezen feit. Als bewijsmaatstaf wordt binnen het bestuursrecht in de regel de maatstaf

⁶⁰ Zie par. 1.4.4 & 1.4.5.

⁶¹ Schuurmans 2022/28.2. Zie afdeling 8.2.2 van de Awb.

⁶² Dit speelde bijvoorbeeld in de zaak Rb. Oost-Brabant 11 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4757, waarin appellant eerst het bewijsoordeel van de rechter wilde afwachten alvorens hij zou investeren in een medisch deskundige voor een contra-expertise. Zie verder: Seijsener 2023/20, onder 5. Vgl. ‘De overheid huurt de duurste advocaten om te procederen tegen eigen burger’, Nieuwsuur 9 januari 2022.

van ‘aannemelijk maken’ gehanteerd.⁶³ Dit is bijvoorbeeld anders bij punitieve sancties, waar de bewijsmaatstaf geldt dat het feit ‘aangetoond’ moet worden.⁶⁴

Wat aannemelijk maken precies inhoudt, is betrekkelijk vaag.⁶⁵ Dit is niet op voorhand te bepalen. Het is een fluïde begrip dat de bestuursrechter naar gelang de omstandigheden van de zaak inkleurt. Zo zegt Mackor tegen het licht van het reflectierapport dat ‘het criterium van aannemelijkheid nog theoretisch onderbelicht terrein’ is.⁶⁶ Daarom moet er naar haar idee eerst opheldering komen over de definiëring van aannemelijk maken, alvorens aandacht wordt besteed aan de feitenvaststelling.⁶⁷

De bewijsmaatstaf is dus feitelijk onduidelijk en dat knelt.⁶⁸ Op voorhand weet de burger niet welke eisen de bestuursrechter stelt aan de bewijslevering. Omdat de bewijsmaatstaf op basis waarvan de feiten worden beoordeeld niet objectief is vast te stellen – Mackor noemt het zelfs een ‘Scholteniaanse sprong’⁶⁹ – komt het naar ik meen aan op de ervaring van een partij met de omgang met deze bewijsmaatstaf door de bestuursrechter. Omdat, zoals hiervoor aan de orde kwam, de burger juist in zijn ervaring op achterstand staat ten opzichte van het bestuursorgaan, zet de ondoorgrondelijkheid van de bewijsmaatstaf de burger nóg verder op afstand.

1.4.5 Bewijswaardering

De bewijswaardering gaat om de vraag of hetgeen bewezen moet worden met de geleverde bewijsmiddelen is bewezen. Het antwoord hierop is niet vooraf te geven. De bewijswaardering ziet op de relatie tussen de rechterlijke beoordeling en de ‘betrouwbaarheid en de overtuigingskracht van het beschikbaar bewijs’.⁷⁰ Ook voor de bewijswaardering geldt dus, buiten enkele vuistregels,⁷¹ dat geen algemeen geldende uitspraken gedaan kunnen worden over de wijze waarop de bestuursrechter het bewijs waardeert.

1.5 Tussenconclusie: drie knelpunten in de bewijsvoering

Uit de voorgaande paragrafen zijn mijns inziens drie algemene knelpunten af te leiden die de burger mogelijk ervaart bij het aanvoeren van bewijs bij de bestuursrechter. Deze drie knelpunten overlappen elkaar deels, maar onderscheiden zich

63 Verburg 2019, p. 176; Schuurmans 2022/28.3.

64 ‘Aantonen’ geeft aan dat de maatstaf hoger ligt dan ‘aannemelijk maken’; Schuurmans 2022/28.3. Soms wordt ook de maatstaf ‘buiten redelijke twijfel’ gehanteerd”. Vgl. ABRvS 31 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2540, r.o. 7.

65 De terminologie zelf wordt niet eenduidig gehanteerd. In de rechtspraak wordt bijvoorbeeld ‘voldoende aannemelijk’ en ‘aannemelijk maken’ door elkaar gebruikt. Schuurmans 2023, p. 259-267.

66 Mackor 2022. Vgl. Schlössels 2010, p. 478, 485-486.

67 Vgl. Reflectierapport 2021, p. 62.

68 Vgl. par. 1.4.2.

69 Mackor 2022.

70 Schlössels 2010, p. 477.

71 Zie uitgebreid: Marseille e.a. 2022, p. 295-298.

mijns inziens in: (1) het gebrekkige zicht van de burger op zijn bewijspositie; (2) de scheve verhouding tussen de burger en het bestuursorgaan; en (3) de ondoorzichtigheid van de bewijsmaatstaf die de bestuursrechter hanteert.

1. De burgerpartij heeft geen goed zicht op haar eigen bewijspositie. Dit knelpunt ziet op de hoedanigheid van de burger zelf als onwetende partij in het proces. Het ontbreken van materiële regels van bewijs en in de regel gebrekkige bewijsregie door de bestuursrechter op de bewijsvoering van de burger 'laat de burgerpartij aan haar lot over'.⁷² De burgerpartij komt er dan te laat, bijvoorbeeld in de einduitspraak, achter wat zij had moeten bewijzen. De noodzaak voor het voeren van bewijsregie vloeit verder voort uit het diffuse karakter van de bewijsomvang, waarbij niet elk feit bewezen moet worden en sommige feiten juist van doorslaggevende betekenis kunnen zijn.⁷³ Tot slot zijn de kosten voor het leveren van de bewijsmiddelen soms hoog voor de burger.⁷⁴
2. Er is een principieel krachtverschil tussen partijen. Dit knelpunt zit in de verhouding tussen de burger en het bestuursorgaan. Het uit zich in een feitelijke, juridische en gevoelsmatige ongelijkheid tussen partijen. De ontwikkeling naar een partijenprocesrecht versterkt dit knelpunt. Er komt immers een grotere verantwoordelijkheid bij partijen te liggen om uit eigen beweging het benodigde bewijsmateriaal aan te leveren.⁷⁵ Daarbij is de bestuursrechter steeds terughoudender geworden in het aanwenden van de eigen onderzoeksbevoegdheden.⁷⁶ Het krachtverschil uit zich ook in de wettelijke bevoegdheden die de bestuursrechter heeft om een bewijsopdracht te geven. Onder de Awb is deze bevoegdheid over de band van de bestuurlijke lus doorgaans voorbehouden aan het bestuursorgaan.⁷⁷
3. Het is voor de burger onduidelijk welke eisen de bestuursrechter stelt aan het leveren van bewijs en hoe de rechter het bewijs beoordeelt. Het knelpunt zit in de ondoorzichtigheid van de bewijsmaatstaf die de bestuursrechter aanlegt. Dit is ook voor de rechter zelf soms nog onontgonnen terrein.⁷⁸ De bestuursrechter treedt in het algemeen niet actief op of communiceert niet helder over wat hij van de burger verwacht. Hiermee samen hangt ook dat de bestuursrechter soms te hoge eisen stelt aan het te leveren bewijs door de burger. De doorgaans gebrekkige ervaring met en kennis van het bestuursrecht⁷⁹ zetten de burger in dit licht nog verder op afstand.

72 Zie par. 1.2.2 en 1.4.2.

73 Zie par. 1.4.1.

74 Zie par. 1.4.3.

75 Zie par. 1.2.2.

76 Zie par. 1.2.2.

77 Zie par. 1.3.

78 Zie par. 1.4.4.

79 Zie par. 1.3 en knelpunt 2.

2 Wat doet de rechter al aan ongelijkheidscompensatie: de informele burgerlus

2.1 Inleiding

Uit hoofdstuk 1 komt naar voren dat de wetgever terecht opmerkt dat de burger een bewijsachterstand heeft en dat daar iets aan gedaan moet worden. De oplossing voor het verkleinen van deze bewijsachterstand zoekt de wetgever onder andere in het opnemen van de formele burgerlus in de Awb. Hoewel de formele burgerlus wettelijk nog niet mogelijk is, is het niet zo dat de bestuursrechter onder het geldende recht geen instrumenten tot zijn beschikking heeft om de burger een bewijsopdracht te geven of te hulp te schieten in zijn bewijslevering. Het meest sprekende voorbeeld is het aanwenden van de eigen onderzoeksbevoegdheden, zoals het inschakelen van een onafhankelijke deskundige.⁸⁰

In de komende twee hoofdstukken leg ik de focus op twee andere instrumenten die de bestuursrechter inzet om de bewijsachterstand van de burger te verkleinen, te weten de informele burgerlus en de buitenwettelijke tussenuitspraak. In dit hoofdstuk zal ik eerst de informele burgerlus uiteenzetten. Hiervoor zal ik eerst drie verschillende manieren behandelen waarop de bestuursrechter een bewijsopdracht aan de burger kan geven *zonder* deze neer te leggen in een tussenuitspraak. In hoofdstuk 3 komt de buitenwettelijke tussenuitspraak aan bod. Ondanks het ontbreken van de wettelijke bevoegdheid om de tussenuitspraak ten behoeve van de burger in te zetten heeft de bestuursrechter hier al een aantal keer gebruik van gemaakt. Vervolgens zal ik de verschillende instrumenten als geheel afzetten tegen de knelpunten zoals ik deze heb geformuleerd in hoofdstuk 1.⁸¹

2.2 Drie vormen van de informele burgerlus

Met de introductie van de formele burgerlus krijgt de bestuursrechter een extra instrument in handen om de burger in de gelegenheid te stellen om zijn stelling aannemelijk te maken. De nadruk ligt hier op 'extra', want de bestuursrechter past al langer de burgerlus op een informele wijze toe. Het informele karakter van deze lus is gelegen in het feit dat dit instrument niet met zoveel woorden in

80 Artikel 8:47 van de Awb. Zie hierover ook een recent artikel van Ouwehand in het NTB: Ouwehand 2023.

81 Zie par. 1.5.

de wet is te vinden; de bestuursrechter schakelt voor de toepassing daarvan over op andere hem ter beschikking staande instrumenten in de Awb om een bewijsopdracht aan de burger te geven.⁸² De burgerlus, begrepen als ‘het geven van een bewijsopdracht aan de burger om zijn stelling aannemelijk te maken’ kan op drie verschillende ‘informele’ manieren. Deze manieren zijn min of meer op te delen in drie opvolgende fases van de procedure, namelijk in aanloop naar de zitting, op de zitting en na de zitting.⁸³ De bestuursrechter kan respectievelijk: (1) een griffiersbrief sturen voor de zitting;⁸⁴ (2) regie voeren op zitting door vragen te stellen;⁸⁵ en (3) het onderzoek ter zitting schorsen en het vooronderzoek hervatten⁸⁶ of het onderzoek na de zitting heropenen.⁸⁷ Deze drie vormen van de informele burgerlus hebben géén of-of-relatie, maar vormen samen of ten dele de informele burgerlus. Ze kunnen dus gecombineerd ingezet worden naar gelang de overtuiging van de rechter en toestemming van partijen.

2.2.1 Griffiersbrief voor de zitting

Hoewel de bevoegdheid voor het versturen van griffiersbrieven niet in de Awb is te vinden, wijst het samenstel van artikelen 8:37 en 8:45 van de Awb erop dat de bestuursrechter dit instrument kan gebruiken om een bewijsopdracht aan de burger te geven. Zo geeft artikel 8:37 van de Awb aan wat bij aangetekende brief en gewone brief geschiedt, hetgeen blijk geeft van het gebruik van brieven door de bestuursrechter bij monde van de griffier. In artikel 8:45 van de Awb is de bevoegdheid opgenomen om aan partijen schriftelijke inlichtingen en nadere informatie op te vragen. In deze bevoegdheidsbepaling ligt de bewijsopdracht besloten. Zo merken Koenraad en Verbeek hierover op dat bij de toepassing van artikel 8:45 van de Awb ‘(impliciet) een oordeel over (1) de bewijslastverdeling, (2) de bewijsvoeringslast, (3) de stellingen van partijen over betwiste feiten en (4) de waarde van het al aanwezige bewijsmateriaal’ wordt gegeven.⁸⁸ Omdat niet is opgenomen hoe de bestuursrechter om die inlichtingen vraagt, is er de veronderstelling dat dit gebeurt door middel van het verzenden van een brief aan partijen.⁸⁹

Het ontbreken van een expliciete bepaling waarin de bevoegdheid voor het sturen van griffiersbrieven is neergelegd betekent ook dat dit instrument met weinig juridische waarborgen is omkleed. Buiten de waarborg dat de brief is ondertekend door de griffier, zwijgt de Awb hierover.⁹⁰ Het gebruik van de griffiersbrief kent om die reden voordelen, maar wordt ook op sommige punten bekritiseerd. Te beginnen met de voordelen van de griffiersbrief, springen er twee in het oog.

82 Backes e.a. 2014a, p. 26; De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 10-12; Seijsener 2023/20.

83 Vgl. Van Ettekovén & Klap 2010, p. 192. Heel strikt zijn deze fases niet altijd te onderscheiden. Zo kan een griffiersbrief bijvoorbeeld, na heropening van het vooronderzoek, ook na de zitting naar partijen gestuurd worden. Vgl. ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:871.

84 Artikel 8:37 van de Awb jo. Artikel 8:45 van de Awb; Vgl. Koenraad & Verbeek 2014, p. 57.

85 Op grond van artikel 8:61 van de Awb heeft de voorzitter de leiding over de zitting. Hij kan dus vragen stellen.

86 Artikel 8:64 van de Awb.

87 Artikel 8:68 van de Awb.

88 Koenraad & Verbeek 2014, p. 65.

89 Vgl. Koenraad & Verbeek 2014.

90 Koenraad & Verbeek 2014, p. 57.

Ten eerste de laagdrempeligheid waarmee de bestuursrechter kan besluiten om de brief te sturen. Deze laagdrempeligheid volgt uit het vormvrije karakter van de griffiersbrief. Anders dan de tussen- en einduitspraak worden nauwelijks wettelijke voorwaarden gesteld aan de wijze van bekendmaking en inhoud van de brief.⁹¹ Ten tweede, en in het verlengde van de laagdrempeligheid van de griffiersbrief, de snelheid waarmee de bestuursrechter over kan gaan op het sturen van de brief. Met snelheid bedoel ik zowel het feit dat de brief al in het vooronderzoek verstuurd kan worden, als de geringe tijd die nodig is om de brief te sturen. De bestuursrechter hoeft immers de brief niet zelf te ondertekenen of openbaar te maken. Kortom, de griffiersbrief geeft de rechter een grote mate van vrijheid wanneer en hoe hij dit instrument inzet, waardoor hij het instrument goed kan vormen naar hetgeen de procedure – en de burger – van de bestuursrechter verlangt.

De beperkte wettelijke waarborgen leveren het instrument van de griffiersbrief ook de nodige kritiek op. Met name de kritiek van Koenraad en Verbeek wordt in dit verband vaker aangehaald.⁹² Deze kritiek komt er – kort gezegd – op neer dat de griffiersbrief een onduidelijke juridische status heeft in de wet, onduidelijk is op wiens gezag de griffiersbrief wordt verzonden, de griffiersbrief niet transparant en kenbaar is en niet uitblinkt in uitgebreide motiveringen.⁹³ De laagdrempeligheid van de griffiersbrief die deze zijn snelheid geeft, kent dus ook een keerzijde.

Het gewicht dat de voor- en nadelen van de griffiersbrief toekomt, is mede afhankelijk van de inhoud en rechtsgevolgen van de griffiersbrief.⁹⁴ De brief wordt namelijk op verschillende manieren ten behoeve van de burger ingezet. Zo kan de brief een bewijsopdracht bevatten. Dit heeft als procesbeslissing directe invloed op – en is soms bepalend voor – de beroepsprocedure. De brief kan al een bindende beslissing van de bestuursrechter bevatten over de bewijs(voerings)last.⁹⁵ Het is daarom voor de burger van belang om te weten of deze beslissing wel door het bevoegde gezag is genomen en is voorzien van een gedegen motivering. De keuze voor de griffiersbrief kan, met het oog op de beperkte juridische waarborgen, hierin tekortschieten. Doorgaans zal de bestuursrechter echter goed nadenken over de inhoud van de griffiersbrief, waardoor hij alsnog aan deze behoefte van de burger tegemoetkomt door de brief wel te ondertekenen en uitgebreid te motiveren.⁹⁶ Dit laat onverlet dat de burger afhankelijk is van de wijze waarop de bestuursrechter de griffiersbrief inkleedt. De burger kan zich hangende de procedure nergens op beroepen of rechten ontlenen aan bepalingen in de Awb die een werkwijze voorschrijven.⁹⁷

91 Zie in vergelijking artikelen 8:77 t/m 8:79 van de Awb voor de waarborgen met betrekking tot de tussen- en einduitspraak.

92 Zie bijv. Tjepkema 2022, p. 35-36; Van Ettekovén & Klap 2010, p. 193; ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3488, AB 2018/444, m.nt. W.P. van der Meulen en K.J. de Graaf, onder 4.

93 Koenraad & Verbeek 2014. Vgl. ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1764, AB 2018/317, m.nt. L.M. Koenraad; CRvB 24 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3440, AB 2021/72, m.nt. L.M. Koenraad.

94 Vgl. Koenraad & Verbeek 2014, p. 58.

95 Koenraad & Verbeek 2014, p. 54.

96 Tjepkema zegt zich bijvoorbeeld op het gebied van het schadevergoedingsrecht niet per se te herkennen in de gebrekkige motivering van griffiersbrieven. Tjepkema 2022, p. 36.

97 Koenraad en Verbeek komen tot de conclusie dat het daarom de voorkeur verdient de bewijsopdracht bij tussenuitspraak bekend te maken. Koenraad & Verbeek 2014, p. 70.

De bestuursrechter kan ook een mededeling opnemen in een griffiersbrief. Deze hebben geen rechtsgevolgen.⁹⁸ Hij kan, bijvoorbeeld bij het sturen van de uitnodiging voor de zitting,⁹⁹ in een mededeling aangeven welke beroepsgronden op de zitting worden besproken en welke vragen hij gaat stellen. Zonder expliciet een bewijsopdracht te geven maakt de bestuursrechter inzichtelijk welke zaken belangrijk zijn en welke gronden van ondergeschikt belang zijn. De burger kan zich hierdoor een beeld vormen over welk bewijs relevant gaat zijn en mogelijk extra zijn aandacht verdient.

2.2.2 Regie op de zitting

Over de wijze waarop de bestuursrechter de zaak op de zitting moet behandelen staat betrekkelijk weinig in de Awb. Marseille, Swinkels en De Jong wijzen op de eenzame positie van artikel 8:65, tweede lid, van de Awb, waarin is geregeld dat partijen het recht hebben om het laatste woord te voeren.¹⁰⁰ Verder komt uit de professionele standaarden naar voren dat in ieder geval de bewijspositie van partijen wordt besproken en dat de bestuursrechter zich betrokken en actief opstelt.¹⁰¹ Zowel de leemte in de Awb op het gebied van de behandeling ter zitting als de ruim geformuleerde professionele standaarden laten de bestuursrechter daarom veel vrijheid om het onderzoek ter zitting naar eigen inzicht vorm te geven. Ondanks de veelvormigheid waarop de bestuursrechter deze ruimte invult, is aan de hand van een aantal onderzoeken naar de behandeling ter zitting in het algemeen iets te zeggen over de wijze waarop de bestuursrechter bewijsregie voert.¹⁰²

Regie voeren op de zitting kan op twee verschillende manieren. Ten eerste kan de bestuursrechter ervoor kiezen om overeenkomstig artikel 8:44 van de Awb een regiezitting of inlichtingencomparitie te houden. Het voornaamste doel van die zitting is om de gang van zaken van de procedure te bespreken alvorens de bestuursrechter inhoudelijk op de zaak ingaat.¹⁰³ Ten tweede kan de bestuursrechter op de zitting regie voeren in de vragen die hij stelt. Vragen, bijvoorbeeld over bewijs, hebben hierin een sturende werking.¹⁰⁴

Het voeren van eerst regie op een regiezitting alvorens de bestuursrechter inhoudelijk op de zaak ingaat, alsmede een actieve houding in de vragen die de bestuursrechter op de zitting stelt, is verbonden met de zogenoemde nieuwe zaaksbehandeling (NZB). Zonder hier diep op in te gaan is het doel van de NZB om door middel van een informele behandeling van de zaak ter zitting snelheid,

98 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1764, AB 2018/317, m.nt. L.M. Koenraad.

99 Zie artikel 8:56 van de Awb.

100 Marseille, Swinkels & De Jong 2018.

101 Zie punt 3.6 & 3.7 van de professionele standaarden voor de hoogste bestuursrechter. Te raadplegen op: www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Professionele-standaarden-van-de-bestuursrechter-bij-de-rechtbanken.pdf.

102 Vgl. Marseille, Swinkels & De Jong 2018; De Jong 2018; Marseille 2010; Marseille, De Waard & Laskewitz 2015.

103 De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 14-19. Schuurmans en Verburg merken op dat op een regiezitting zowel processueel als inhoudelijk op de zaak wordt ingegaan; Schuurmans & Verburg 2012, p. 123.

104 De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 19-20.

maatwerk en finaliteit van de beroepsprocedure te bevorderen.¹⁰⁵ Door zaaksgericht in plaats van zittingsgericht te werken krijgt de bestuursrechter in een vroeg stadium het dossier in handen.¹⁰⁶ Hij neemt een actieve houding aan en probeert ‘helder te krijgen wat partijen (werkelijk) verdeeld houdt, zowel in juridisch opzicht als op het punt van de onderliggende belangen’.¹⁰⁷ Voor dit advies is met name relevant dat de NZB erop is gericht dat partijen ter zitting of na afloop van de regiezitting aanvullend bewijs kunnen aanvoeren. De regie van de bestuursrechter betekent in dit verband concreet dat hij ‘informatie geeft over de bewijsomvang, bewijslastverdeling en de “bewijstussenstand”’. Oftewel, onder de NZB is de zitting bij uitstek de mogelijkheid om bewijsvoorlichting en een bewijsopdracht te geven aan de burger.¹⁰⁸

Uit verschillende onderzoeken naar de NZB komt echter het beeld naar voren dat de bestuursrechter, anders dan beoogd in de NZB, zelden een bewijsopdracht geeft aan de burger.¹⁰⁹ Zo komt De Jong¹¹⁰ in haar onderzoek naar 68 zaken bij de rechtbank Amsterdam in 2017, waarvan ze 34 zittingen heeft bijgewoond, tot de conclusie dat ‘eisers bijna nooit de gelegenheid kregen om alsnog nader bewijs te leveren’.¹¹¹ Wél werden bewijskwesities, als die speelden in de zaak, tijdens de zitting expliciet door de bestuursrechter naar voren gebracht en behandeld. Hiermee werd voorkomen dat de procespartij in de uitspraak ‘overvallen zou worden door het bewijsoordeel’.¹¹² Als reden voor het geringe aantal zaken waarin eiser alsnog de gelegenheid kreeg om nader bewijs aan te leveren, geeft De Jong aan dat het vaak toch ‘weinig meer opleverde dan vertraging van de zaak’.¹¹³ Er blijkt dus een verschil te zitten in het bespreken van de bewijskwestie op de zitting waardoor de burgerpartij niet wordt ‘overvallen’ in de einduitspraak – dit doet de bestuursrechter in de regel wel – en het in de gelegenheid stellen van de burgerpartij om nader bewijs te leveren als de bewijskwestie is besproken – dit doet de bestuursrechter in de regel niet.

Marseille, Swinkels en De Jong komen in hun onderzoek naar de vraag in hoeverre bestuursrechters werken overeenkomstig de professionele standaarden tot eenzelfde conclusie als De Jong.¹¹⁴ In dat onderzoek hebben de onderzoekers in de periode van 2017 tot en met maart 2018 in totaal 39 zittingen bijgewoond bij drie verschillende rechtbanken.¹¹⁵ Ze komen tot de conclusie dat ‘de rechter zelden met partijen bespreekt hoe het staat met hun bewijspositie. Waar wel een

105 Vgl. Marseille, De Waard & Laskewitz 2015; De Jong 2018.

106 De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 17. Schuurmans en Verburg merken overigens op dat de NZB ‘nóg zittingsgericht werken is’. Aangezien niet de datum van de zitting, maar de behandeling van zaak centraal staat in de NZB, houd ik het hier op ‘zaaksgericht werken’. Schuurmans & Verburg 2012, p. 123-124.

107 Schuurmans & Verburg 2012, p. 123.

108 Schuurmans & Verburg 2012, p. 126. Duidelijkheid omtrent de bewijspositie was zelfs een van de drijfveren achter het een actievere rol laten vervullen door de rechter; De Jong 2018.

109 Vgl. Marseille, Swinkels & De Jong 2018; De Jong 2018; Marseille 2010; Marseille, De Waard & Laskewitz 2015 (zie ook: Marseille e.a. 2015). Ik wijs er wel op dat de hier opgenomen onderzoeken dateren uit 2018 of daarvoor.

110 NB het betreft K.A.W.M. de Jong.

111 De Jong 2018.

112 De Jong 2018.

113 De Jong 2018.

114 Marseille, Swinkels & De Jong 2018. NB het betreft H.M. de Jong.

115 Marseille, Swinkels & De Jong 2018. Naar ik vermoed is vanuit overwegingen van anonimiteit niet bekend gemaakt bij welke drie rechtbanken onderzoek is gedaan.

opmerking over de bewijslastdeling wordt gemaakt, hebben die zonder uitzondering een algemeen karakter.¹¹⁶ Net als in het onderzoek van De Jong heeft de bestuursrechter wel vragen over de feiten – bewijskwesties komen wel aan bod – maar geeft hij geen voorlichting over het bewijs *als zodanig*. In de woorden van Marseille, Swinkels en De Jong – naar aanleiding van een geschetst voorbeeld – ‘steekt de rechter veel tijd en energie in het verkrijgen van een beeld van de feiten, maar maakte ze aan het eind van haar zoektocht niet de stand van zaken op. De opmerking over de bewijslastverdeling fungeerde niet als aanzet voor een nieuwe discussie, maar als een afsluiting van het rechterlijk feitenonderzoek.’¹¹⁷

De resultaten uit het onderzoek van De Jong en van Marseille, Swinkels en De Jong komen overeen met de conclusies die Marseille e.a. trokken naar aanleiding van het onderzoek naar de NZB in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.¹¹⁸ In 2015 kwamen zij tot de conclusie dat ‘in de meeste gevallen de rechter niet expliciet aan de orde stelt hoe de bewijslastverdeling is, wiens visie op de feiten hij naar zijn voorlopig oordeel zal volgen en of een van de partijen of beide partijen de kans zouden moeten krijgen hun standpunt over de feiten nader te onderbouwen’.¹¹⁹

De conclusie over het regievoeren op de zitting die volgt uit voorgaande onderzoeken tot en met 2018 is naar mijn idee dat de bestuursrechter ter zitting wel de feiten met partijen bespreekt, maar dat er nog een gebrek is in het voeren van *bewijsregie* na het bespreken van de feiten. Hiermee bedoel ik dat de bestuursrechter niet zozeer het bestuursrechtelijk bewijsrecht toepast, als meer vanuit het rechterlijke ambacht en diens overtuiging – ‘dit is je stelling, kun je dat onderbouwen?’¹²⁰ – gevraagd wordt naar de feiten. De praktijk van het geven van een bewijsopdracht aan de burger blijft hierin nog achter ten opzichte van de theoretische mogelijkheden die de NZB beoogt.

2.2.3 Schorsen van het onderzoek of heropenen van het onderzoek na de zitting

De derde mogelijkheid om de burger op informele wijze een bewijsopdracht te geven en in de gelegenheid te stellen een gebrek te herstellen is door het onderzoek ter zitting te schorsen en het vooronderzoek te hervatten óf na sluiting van de zitting het vooronderzoek te heropenen. Hoewel het schorsen en heropenen twee afzonderlijke bevoegdheden zijn, met beide een afzonderlijke bepaling in de Awb (respectievelijk artikel 8:64 en artikel 8:68 van de Awb), behandel ik ze in deze paragraaf samen. De reden hiervoor is dat beide bevoegdheden waar het bewijsvoorlichting en de burgerlus betreft dezelfde instrumentele waarde hebben voor de bestuursrechter.¹²¹

116 Marseille, Swinkels & De Jong 2018.

117 Marseille, Swinkels & De Jong 2018.

118 Marseille, De Waard & Laskewitz 2015 (zie ook Marseille e.a. 2015).

119 Marseille, De Waard & Laskewitz 2015.

120 De Jong 2018.

121 In de literatuur worden beide bevoegdheden waar het de informele (bestuurlijke) lus betreft vaker samen genomen. Vgl. Van Ettekoven & Klap 2010, p. 192-193; Marseille & Wever 2022; De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 10-11.

Het schorsen of heropenen van het onderzoek staat het dichtst bij de formele burgerlus. Net als de nog nader te bespreken formele burgerlus wordt op de zitting met partijen besproken tegen welk(e) mogelijk(e) gebrek(en) partijen aanlopen.¹²² Het verschil met de formele burgerlus is hoe vervolgens het verhandelde ter zitting vast komt te liggen. Schorst of heropent de rechter het onderzoek, dan wordt de bewijsopdracht niet in een tussenuitspraak neergelegd, maar wordt deze mondeling op de zitting gegeven en mogelijk later aan partijen toegestuurd via een proces-verbaal.¹²³ Afhankelijk van de opvatting van de bestuursrechter over de meerwaarde van een tweede zitting en de toestemming van partijen kan deze al dan niet achterwege worden gelaten.¹²⁴ Een mooi voorbeeld waarin de verschillende facetten van het schorsen of heropenen van het onderzoek naar voren komen, is de uitspraak van het CBB van 11 juli 2023.¹²⁵ In deze uitspraak, waarin een afwijzingsbesluit op een subsidieaanvraag van een onderneming centraal staat, (1) heropent het College het onderzoek na de zitting om de onderneming in de gelegenheid te stellen om nadere informatie te verstrekken; (2) vindt na de schriftelijke reactie van verweerder een tweede zitting plaats; (3) wordt die zitting vervolgens geschorst om de onderneming opnieuw in de gelegenheid te stellen om nadere informatie te verstrekken; waarna (4) na instemming van beide partijen de bestuursrechter besluit geen derde zitting te houden, maar overgaat op het sluiten van het onderzoek en het doen van een einduitspraak. De uitspraak laat zien dat de bestuursrechter, zolang partijen daarmee instemmen, de vrijheid heeft om naar eigen inzicht de procedure in te richten om partijen in de gelegenheid te stellen om hun standpunten nader te onderbouwen.

Uit onderzoek van Marseille en Wever naar in het totaal 240 zaken op de interne website Porta Juris in de maanden januari en februari 2020, waarin de bestuursrechter het vooronderzoek hervat, blijkt dat dit in 72% van de gevallen (afgerond, 172 zaken) gebeurt ten behoeve van 'input voor oordeelsvorming'.¹²⁶ In 12% van de zaken (afgerond, 21 zaken) gebeurt dit ten behoeve van alleen de burger, in 15% van de zaken (afgerond, 28 zaken) ten behoeve van zowel de burger als het bestuursorgaan. Hoewel dit op een totaal van 3067 zaken in de maanden januari en februari een klein aantal is, geeft het wel aan dat het een gangbare praktijk is. Het is hierbij interessant op te merken dat het vooronderzoek nog veel vaker wordt heropend ten behoeve van alléén het bestuursorgaan, te weten 38% (afgerond, 65 zaken) van de 172 zaken.¹²⁷

Hoewel het onderzoek van Marseille en Wever inzichtelijk maakt hoe vaak, ten behoeve van wie de bestuursrechter het vooronderzoek heropent en of hier succesvol gebruik van wordt gemaakt, geeft het geen inzicht in de wijze waarop de bestuursrechter de bewijsachterstand van de burger verkleint of doet aan bewijsregie door het onderzoek te heropenen of te schorsen. Wat is precies de

122 De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 10.

123 Vgl. par. 2.2.1. Haan 2014, p. 186.

124 Artikel 8:57, eerste lid, van de Awb; Marseille & Wever 2022.

125 CBB 11 juli 2023, ECLI:NL:CBB:2023:354.

126 Hiermee bedoelen Marseille en Wever dat het vooronderzoek wordt hervat om 'partijen de kans te geven de oordeelsvorming door de rechter te beïnvloeden'. Hieronder wordt onder meer begrepen het in de gelegenheid stellen van partijen om met nadere argumenten of bewijs te komen. Marseille & Wever 2022, onder 3 en 4.

127 Zie uitgebreid: Marseille & Wever 2022.

bewijsopdracht aan de burger? Uit de rechtspraak over het jaar 2023¹²⁸ van de hoogste rechtscolleges blijkt dat het in ieder geval kan gaan om 'nadere stukken, inlichtingen of informatie',¹²⁹ 'het in de gelegenheid stellen voor het beantwoorden van nadere vragen',¹³⁰ 'besluiten over te leggen',¹³¹ 'een leesbare versie van de brief van de neuroloog over te leggen',¹³² 'een reactie in het geding te brengen'¹³³ en 'nader bewijs te leveren'¹³⁴ (dat het ten grondslag liggende onderzoek ondeugdelijk is en de daarop gebaseerde conclusies onjuist zijn).¹³⁵

De na- en voordelen van de informele burgerlus door het (voor)onderzoek na zitting te heropenen worden doorgaans als het negatief van de voor- en nadelen van de tussenuitspraak uiteengezet. Dit is logisch, omdat het verschil tussen beide immers de tussenuitspraak is. De wetgever geeft, in het kader van de formalisering van de burgerlus, in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel drie voordelen van de tussenuitspraak: (1) de tussenuitspraak is kenbaar en controleerbaar; (2) de tussenuitspraak geeft een stimulans aan de rechter om een bewijsopdracht te geven; en (3) de tussenuitspraak neemt de feitelijke ongelijkheid weg.¹³⁶ De nadelen van de informele burgerlus – ondoorzichtigheid, het instrument is niet in het vizier van de bestuursrechter en er bestaat een ongelijkheid tussen bestuur en burger¹³⁷ – zijn hiermee door de wetgever in het wetsvoorstel gegeven. De voordelen van de informele lus laten zich op eenzelfde manier beschrijven. Waar de tussenuitspraak vooral tijdrovend is – zowel in arbeidsuren als wettelijke verbonden termijnen – en wordt beschouwd als een zwaar middel, biedt de informele burgerlus, zoals de hiervoor aangehaalde uitspraak aantoonde, ruime keuzevrijheid aan de bestuursrechter hoe hiervan gebruik te maken en bespaart het de tijdrovende onderneming om een 'extra' uitspraak te schrijven.¹³⁸

2.3 Tussenconclusie: in hoeverre vermindert de informele burgerlus de bewijsachterstand van de burger?

In de vorige paragrafen kwam naar voren dat de bestuursrechter drie mogelijkheden heeft om toepassing te geven aan de informele burgerlus, begrepen als het geven van een bewijsopdracht aan de burger om nader bewijs te leveren. Dit zijn de griffiersbrief, het voeren van regie op zitting en het heropenen van het voor-

128 Ik heb gezocht op 'onderzoek' en 'heropend' in het jaar 2023 voor de instanties ABRvS, CBB en CRvB en gekeken in de procesgang naar de bewijsopdracht die de bestuursrechter geeft aan de burger.

129 Vgl. CBB 11 juli 2023, ECLI:NL:CBB:2023:354; CBB 20 juni 2023, ECLI:NL:CBB:2023:303; ABRvS 17 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1938; CBB 11 april 2023, ECLI:NL:CBB:2023:191; ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1250.

130 CBB 5 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:469.

131 CRvB 8 juni 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:1166.

132 CRvB 4 mei 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:849.

133 ABRvS 3 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1730.

134 ABRvS 8 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:960.

135 ABRvS 18 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:200.

136 Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsultatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 42. Zie ook Seijsener 2023/20, onder 4.

137 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2019, p. 250-251; Damen 2020, par. 6.6.2; Verburg 2019, p. 213-215.

138 Seijsener 2023/20, onder 4; Schlössels & Albers 2023, onder 4.4.

onderzoek. De vervolgvraag is of en op welke wijze de bestuursrechter, door middel van de informele burgerlus, de bewijsachterstand van de burger vermindert.¹³⁹ Deze knelpunten komen er – kort gezegd – op neer dat de burgerpartij geen zicht heeft op haar eigen bewijspositie, er een principieel krachtverschil is tussen partijen en het voor de burger onduidelijk is welke eisen de bestuursrechter stelt aan het leveren van bewijs en de beoordeling daarvan.

Te beginnen met wat de informele burgerlus *wel* doet voor burgers. De gecombineerde inzet van de griffiersbrief voor de zitting, waarin een mededeling wordt gedaan over welke beroepsgronden worden besproken en inlichtingen van de burger worden gevraagd, en het bespreken van feiten op de zitting maken de bewijspositie voor de individuele burger inzichtelijker. Meer specifiek kan de bestuursrechter in de griffiersbrief de bewijslast al verdelen. Als in de griffiersbrief immers wordt gewezen op de behandeling van beroepsgrond X en wordt gevraagd om standpunt Y hieromtrent nader te onderbouwen, dan kan de burger hieruit opmaken welke feiten de bestuursrechter van belang acht en welke bewijsstukken zijn aandacht verdienen.¹⁴⁰ Uit het onderzoek naar de wijze waarop de bestuursrechter regie voert op de zitting komt ook het beeld naar voren dat daar waar feitenkwesaties spelen, deze ook ter zitting aan de orde komen.¹⁴¹ Het knelpunt dat de burgerpartij pas in de einduitspraak leest wat zij aannemelijk had moeten maken lijkt met de informele burgerlus in grote mate voorkomen te worden.

In het verlengde neemt voornoemde inzet van de informele burgerlus ook onduidelijkheid over de te leveren bewijsmiddelen weg en geeft het in geringe mate inzicht in de bewijsmaatstaf die de bestuursrechter aanlegt. Hij geeft hiermee immers aan welke middelen in ieder geval kunnen dienen ter onderbouwing van het standpunt. Het is dan wel van belang dat de bestuursrechter de bewijsopdracht kenbaar en uitvoerig motiveert. Zo maakt het uit of de bestuursrechter, na heropening van het vooronderzoek, (1) zegt dat de burger ‘de gelegenheid krijgt om nadere stukken aan te leveren;’ (2) specifiekere zegt dat hij ‘nader bewijs kan leveren dat het ten grondslag liggende onderzoek ondeugdelijk is en de daarop gebaseerde conclusies onjuist zijn;’ of (3) zeer specifiek zegt dat hij ‘een leesbare versie van een brief van de neuroloog over moet leggen’.¹⁴² Uit de verschillende onderzoeken naar de bewijsregie op zitting blijkt dat de bestuursrechter niet (altijd) uitblinkt in het nauwgezet geven van een bewijsopdracht.¹⁴³ Afhankelijk van de houding van de bestuursrechter, die per persoon kan verschillen, zal de burger dus in meer of mindere mate geholpen worden in het leveren van bewijs.

Met betrekking tot het tweede knelpunt, het krachtverschil tussen partijen, helpt de informele burgerlus *in concrete zin* om deze ongelijkheid te compenseren door de burger een extra kans te geven om zijn stelling aannemelijk te maken. Het onderzoek van Marseille en Wever geeft aan dat de bestuursrechter deze kans ook niet onbenut laat, al wordt de informele lus nog steeds vaker ten behoeve van

¹³⁹ Zie de knelpunten in par. 1.5.

¹⁴⁰ Dit is ook de conclusie van Koenraad & Verbeek. Zie par. 2.2.1.

¹⁴¹ Zie par. 2.2.2.

¹⁴² Zie par. 2.2.3.

¹⁴³ Zie par. 2.2.2.

het bestuursorgaan dan voor de burger ingezet.¹⁴⁴ Het onderzoek laat echter niet zien of de informele lus vaker ingezet had kunnen worden ten behoeve van de burger, laat staan of die burger daarvan succesvol gebruik had kunnen maken. De informele burgerlus kan dus in individuele gevallen soelaas bieden, maar ik kan niet zeggen of de informele burgerlus de kansengelijkheid in *voldoende mate* bevordert – de bestuursrechter had de burger bijvoorbeeld vaker een bewijsopdracht kunnen geven.

Wat doet de informele burgerlus *niet* met betrekking tot de knelpunten? Het informele karakter, waarin aan de bestuursrechter veel vrijheid wordt gelaten in de wijze waarop hij het instrument inzet door een leemte in de juridische waarborgen, helpt niet in *algemene* zin de bewijspositie van burgerpartijen inzichtelijk te maken.¹⁴⁵ Het biedt, met andere woorden, geen structurele oplossing voor de knelpunten in de bewijspositie die burgers ervaren. Het al dan niet sturen van de griffiersbrief voorafgaand aan de zitting, met een uitgebreid of kort gemotiveerde bewijsopdracht en het soms algemeen uiteenzetten van de bewijsopdracht ter zitting; het ontbreekt de bestuursrechter aan een eenduidige omgang met het bewijsrecht. Daar komt bij dat de burgerpartij haar rechten niet kan ontlenen aan de wet. Kort gezegd is hij overgeleverd aan de tijd die de bestuursrechter krijgt om de zaak voor te bereiden – werkt de rechtbank zittingsgericht, dan zal een griffiersbrief met een bewijsopdracht aan de burger vaak al niet mogelijk zijn¹⁴⁶ – en de wil van de bestuursrechter om tijd te investeren in het uitgebreid uiteenzetten van de bewijsopdracht aan de burger. Dit maakt de bestuursrechtspraak waar het de bewijsachterstand van de burger betreft potentieel onderhevig aan willekeur. Er zit dus een discrepantie tussen de potentie van de informele burgerlus – het instrument als zodanig biedt mogelijkheden om de burger inzicht te verschaffen in zijn bewijspositie en het krachtverschil tussen partijen gelijk te trekken – en de mate waarin *iedere* bestuursrechter hiervan mogelijk gebruikmaakt.

In het verlengde van het gebrek aan een structurele oplossing vindt er ook geen ontwikkeling plaats van het bewijsrecht.¹⁴⁷ Zo schrijven Schuurmans en Verburg in 2012 over de NZB dat bij ‘onenigheid over de feiten het de bedoeling is dat de bestuursrechter partijen informatie geeft over de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de “bewijstussenstand”’. De transparantie die bij deze bewijsvoorlichting ontstaat, voortvloeiende uit de NZB, staat hierbij in een positief verband met de ontwikkeling van het bewijsrecht.¹⁴⁸ Uit de verschillende onderzoeken naar de regievoering van de bestuursrechter blijkt echter dat de bewijsvoorlichting vaak summier is.¹⁴⁹ De onduidelijke aard van de bewijsmaatstaf en bewijswaardering versterken de ondoorzichtigheid van de burger in de

¹⁴⁴ Marseille & Wever 2022; zie par. 2.2.3.

¹⁴⁵ Zie par. 2.2.3.

¹⁴⁶ Zie par. 2.2.1. Vgl. De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 17.

¹⁴⁷ Hier valt ook te wijzen op de verschillen in terminologie die zowel in de literatuur als de rechtspraak worden gebezigd. Vgl. Schuurmans 2023, p. 259-267. Zie ook par. 1.4.4.

¹⁴⁸ Zo zeggen Schuurmans en Verburg (2012, p. 126): ‘Enerzijds heeft de bestuursrechter het bewijsrecht nodig als instrument om partijen duidelijkheid over hun procespositie te kunnen geven en nader te instrueren. (...) Anderzijds kan de toegenomen activiteit van de bestuursrechter met zijn bewijsopdrachten het bewijsrecht nadere tot ontwikkeling brengen.’

¹⁴⁹ Zie par. 2.2.2.

bewijspositie verder.¹⁵⁰ Met andere woorden: het gebrek aan transparantie, zowel in de bewijsvoorlichting als de aard van de bewijsmaatstaf en bewijswaardering, voorkomt naar de argumentatie van Schuurmans en Verburg dat het bewijsrecht echt tot ontwikkeling komt.

¹⁵⁰ Zie knelpunten 1 en 3.

3 Wat doet de rechter al aan ongelijkheidscompensatie: de buitenwettelijke tussenuitspraak

3.1 Inleiding

Zoals gezegd in de inleiding dient dit hoofdstuk een tweeledig doel. Ten eerste inventariseer ik wat de bestuursrechter al aan ongelijkheidscompensatie doet door gebruik te maken van de tussenuitspraak. Ten tweede geeft de buitenwettelijke tussenuitspraak een inkijkje in het karakter van de tussenuitspraak en de voor- en nadelen die kleven aan dit instrument wanneer de bestuursrechter dit middel inzet voor het geven van een bewijsopdracht aan de burger. Het kijkt in die zin dus vooruit op de nader te bespreken formele burgerlus.¹⁵¹

Naast de informele burgerlus heeft de bestuursrechter de laatste jaren ook op een andere manier de burger de gelegenheid gegeven om zijn stelling nader te onderbouwen, namelijk via een tussenuitspraak. Van Ettekovén beschrijft drie verschillende manieren waarop de bestuursrechter hier ten behoeve van de burger gebruik van heeft gemaakt: door (1) het toepassen van de bestuurlijke lus over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel;¹⁵² (2) het toepassen van een ‘combinatielus’;¹⁵³ en (3) een buitenwettelijk gebruik van de tussenuitspraak ten behoeve van de burger.¹⁵⁴ Voor dit preadvies laat ik de bestuurlijke lus over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel en de combinatielus buiten beschouwing. De reden hiervoor is dat voor de toepassing van deze lussen een gebrek in het besluit moet worden geconstateerd. Hiermee is het geven van een bewijsopdracht aan de burger via deze weg afhankelijk van de vraag of het besluit een gebrek heeft. Dit beperkt de keuze van de bestuursrechter om dit instrument ten behoeve van de burger in te zetten, temeer nu de burgerlus wordt toegepast omdat het gebrek van het besluit nog niet aannemelijk is gemaakt.¹⁵⁵ Dit ligt anders bij de buitenwettelijk tussenuitspraak. In deze tussenuitspraak geeft de bestuursrechter onafhankelijk van de vraag of aan het besluit een gebrek kleeft een bewijsopdracht aan de burger.

¹⁵¹ Zie hoofdstuk 4.

¹⁵² Vgl. ABRvS 8 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO6641; Cbb 4 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:127; ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:234.

¹⁵³ Vgl. ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:647; Rb. Oost-Brabant 11 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4757.

¹⁵⁴ Over de vraag of het op een oneigenlijke wijze gebeurt, valt te twisten. Volgens Van Ettekovén zullen de ‘preciezen’ zeggen dat de tussenuitspraak alléén voor de bestuurlijke lus kan worden aangewend, waar de ‘rekkelijken’ zeggen dat de mogelijkheden voor de tussenuitspraak ruimer zijn. Zie: Van Ettekovén 2022, p. 93-95.

¹⁵⁵ Van Ettekovén 2022, p. 93.

Hiermee ligt dit instrument, hoewel buitenwettelijk, dicht tegen de nog te bespreken formele burgerlus aan.¹⁵⁶

3.2 De tussenuitspraak

De tussenuitspraak is geregeld in afdeling 8.2.7, meer in het bijzonder artikel 8:80a van de Awb. Een aantal, met het oog op de nog te bespreken formele burgerlus, relevante punten zet ik hier kort uiteen. Ten eerste zijn de formele vereisten van de einduitspraak, zoals opgenomen in artikel 8:77 van de Awb, ook van toepassing op de tussenuitspraak.¹⁵⁷ Zo bevat de tussenuitspraak onder andere (1) de gronden van de beslissing; (2) de beslissing zelf; en (3) de naam van de rechter(s).¹⁵⁸ Ten tweede geschiedt de tussenuitspraak overeenkomstig artikel 8:78 van de Awb in het openbaar. Dit maakt de tussenuitspraak kenbaar en controleerbaar voor de buitenwereld.¹⁵⁹ Ten derde is de bestuursrechter gebonden aan zijn tussenuitspraak: ‘Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag hij terugkomen op een in diens uitspraak gegeven oordeel.’¹⁶⁰ Dit laatste is de trechterwerking van de tussenuitspraak: door op bepaalde punten van de zaak te beslissen spitst de zaak zich toe op de punten waarvoor de bestuursrechter nog nadere informatie nodig heeft.

De term ‘buitenwettelijk’ in deze paragraaf ziet op het feit dat de tussenuitspraak, anders dan artikel 8:80a, eerste lid, van de Awb voorschrijft, niet wordt ingezet ten behoeve van het bestuursorgaan om een gebrek in het besluit te herstellen.¹⁶¹ In plaats daarvan gebruikt de bestuursrechter het instrument om een bewijsopdracht aan de burger te geven.¹⁶² Uit het wettelijke kader van de tussenuitspraak volgt waarom de wetgever bij de codificatie van de bestuurlijke lus heeft gekozen voor dit instrument. Om het geschil zo finaal mogelijk te beslechten, het kader waarin de bestuurlijke lus gestalte heeft gekregen, is het noodzakelijk om zo snel mogelijk tot de kern van het geschil te komen: het gebrek in het besluit. Omdat de bestuursrechter teneinde te trechteren al op (inhoudelijke) onderdelen van het besluit beslist, is het wenselijk deze beslissing in een tussenuitspraak neer te leggen.¹⁶³ Dit voorkomt dat op een later moment de rechtsstrijd zich verplaatst naar een ander onderdeel van het besluit waarop de bestuursrechter al heeft beslist. Met andere woorden: omdat al op een deel van de rechtsstrijd wordt beslist vraagt dit in de regel om een zwaarder en met meer waarborgen omkleed

¹⁵⁶ Van Ettekovén 2022, p. 93, onder verwijzing naar zaken: ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:374; ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3488, AB 2018/444, m.nt. W.P. van der Meulen en K.J. de Graaf; ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2584, AB 2022/30, m.nt. L.M. Koenraad.

¹⁵⁷ Artikel 8:80a, derde lid, van de Awb.

¹⁵⁸ Op deze punten onderscheidt de tussenuitspraak zich expliciet van de informele lus. Zie par. 2.2.

¹⁵⁹ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 42.

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 6, p. 7.

¹⁶¹ Artikel 8:80a van de Awb lijkt eenrichtingsverkeer: alleen als artikel 8:51a van de Awb (de bestuurlijke lus) aan de orde is, doet de bestuursrechter een tussenuitspraak.

¹⁶² Tjepkema 2022, p. 38.

¹⁶³ Kamerstukken II 2007/08, 31352, nr. 6, p. 8.

middel dan een heropeningsbeslissing of griffiersbrief.¹⁶⁴ Daarbij vergt het feit dat het gaat om het herstellen van een gebrek in een besluit dat het voor de buitenwereld controleerbaar en navolgbaar is hoe het bestuursorgaan het gebrek moet gaan herstellen. De eis van openbaarheid en de wettelijke verankering van de motiveringsplicht bevorderen hierin de transparantie van de rechterlijke beslissing.¹⁶⁵

3.3 Drie redenen om ‘buitenwettelijk’ te gaan

De Afdeling en het College hebben, onder andere in schadevergoedingszaken, er al meerdere keren voor gekozen om de tussenuitspraak ook ten behoeve van de burger in te zetten.¹⁶⁶ De reden hiervoor, zo zegt Koenraad in zijn annotatie bij de uitspraak van de Afdeling van 17 november 2021, is gelegen in het karakter van de tussenuitspraak en de aard van de zaak, zoals die van schadevergoedingszaken. De trechterwerking van de tussenuitspraak kan de bestuursrechter bijvoorbeeld dienen om eerst op het ‘onrechtmatigheidsoordeel’ te beslissen alvorens hij voor het ‘schadestaatdeel’ een bewijsopdracht geeft.¹⁶⁷ In de door Koenraad geannoteerde zaak is deze tweedeling duidelijk te zien. Het betreft in die zaak een besluit van het CBR waarin appellant rijongeschikt was verklaard vanwege vermeend cocaïnegebruik. De rechtbank had het verzoek van appellant tot schadevergoeding afgewezen, omdat het primaire besluit was herroepen op basis van nieuwe informatie en dus niet onrechtmatig was. Voor de vraag of appellant recht had op schadevergoeding moest de Afdeling daarom eerst de rechtmatigheid van het besluit beoordelen. Zij kwam, anders dan de rechtbank, in de tussenuitspraak tot het oordeel dat het primaire besluit wel onrechtmatig was. De tweede vraag was, nu de onrechtmatigheid vaststaat, wat de omvang was van de schade. Dit was echter nog onvoldoende vast komen te staan, waardoor de Afdeling appellant in de gelegenheid stelde om de schade nader te onderbouwen.¹⁶⁸ Kortom, het causale verband – bijvoorbeeld dat van schadevergoedingszaken waarbij eerst de onrechtmatigheid van het besluit moet vaststaan voordat op de beweerdelijke schade beslist kan worden – geeft de zaak een geschikte aard om hierin een tussenuitspraak te doen.¹⁶⁹

Tjepkema, maar ook Seijsener bij het bespreken van de combinatieluis, stellen dat ook de complexiteit van de zaak een rol van betekenis heeft bij de vraag of

¹⁶⁴ Koenraad & Verbeek 2014, p. 62.

¹⁶⁵ Seijsener 2023/20, onder 4.

¹⁶⁶ CbB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:710; CbB 20 oktober 2020, ECLI:NL:CBB:2020:713; ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3488, AB 2018/444, m.nt. W.P. van der Meulen en K.J. de Graaf; ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2584, AB 2022/30, m.nt. L.M. Koenraad.

¹⁶⁷ ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2584, AB 2022/30, m.nt. L.M. Koenraad; Tjepkema 2022, p. 38.

¹⁶⁸ ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2584, AB 2022/30, m.nt. L.M. Koenraad.

¹⁶⁹ Maar denk bijvoorbeeld ook aan arbeidsongeschiktheidszaken, waarin eerst de medische component moet vaststaan voordat aan de arbeidskundige kant, de passende functies wordt toegekomen; vgl. Rb. Midden-Nederland 3 mei 2022, ECLI:NL:RBME:2022:1721.

een tussenuitspraak wenselijk is of niet.¹⁷⁰ Is een zaak zeer complex, bijvoorbeeld bij meerpartijengeschillen waar veel verschillende belangen spelen, dan is de behoefte aan inkadering en overzicht voor belanghebbenden groter dan bij eenvoudige zaken. De tussenuitspraak heeft dan, met het oog op de bewijspositie, op twee manieren een overzicht verschaffende werking voor de burger. Ten eerste bakent de trechterwerking van de tussenuitspraak het geschil af, waardoor in een vroeg stadium, anders dan bij heropening van het onderzoek, overzichtelijk is wat nog open staat en mogelijk nader bewijs behoeft. Dat de tussenuitspraak de gronden van de beslissing bevat, zorgt ervoor dat het voor de burger inzichtelijk wordt waarvoor hij in ieder geval géén nader bewijs meer hoeft te leveren. Ten tweede is de tussenuitspraak een formele uitspraak van de bestuursrechter. De bestuursrechter moet daarom, en gelet op het motiveringsbeginsel, voor de burger begrijpelijk en kenbaar een bewijsopdracht motiveren.¹⁷¹ Idealiter wordt de in de tussenuitspraak opgenomen bewijsopdracht concreet toegelicht. Voorbeelden hiervan zijn te zien in uitspraken van het College, dat al langer zogenoemde tussenbeslissingen neemt waarin het onderzoek wordt heropend bij tussenuitspraak om de burger in de gelegenheid te stellen zijn stelling aannemelijk te maken.¹⁷² Zo geeft het College in zijn uitspraak van 22 april 2021 de bewijsopdracht aan appellanten om ‘binnen vier weken na heden een (actuele) cijfermatige onderbouwing van hun financiële situatie over te leggen, aan de hand van bijvoorbeeld jaarstukken, boekhoudkundige verklaringen, aanvragen en/of toekenningen van overheidssteun in verband met de corona-maatregelen en inkomsten- en uitgavenoverzichten’.¹⁷³ Oftewel, inkadering van het geschil en de uitgebreide motivering van de bewijsopdracht maken complexe zaken bij tussenuitspraak inzichtelijk voor de burger.

Tot slot waarborgt de juridische gebondenheid van de bestuursrechter aan de tussenuitspraak dat het geschil niet wordt opengebroken. Mogelijke vertroebeling van de bewijsopdracht wordt hiermee voorkomen. Hierbij bedoel ik met ‘ vertroebelen ’ dat zowel het bestuursorgaan geen nieuwe feiten opwerpt met betrekking tot een ander, al afgebakend onderdeel van het geschil, als dat de bewijsopdracht voor de burger een ingekaderd geheel blijft. Het geeft, met andere woorden, juridische zekerheid voor de burger.¹⁷⁴ Dit kent, zoals Marseille opmerkte in zijn openingsrede, ook een keerzijde. Soms wil de burgerpartij na de zitting juist op een ander onderdeel van het besluit nog nieuw bewijs aanvoeren, maar

¹⁷⁰ Seijtsener 2023/20, onder 5; Tjepkema 2022, p. 38-40.

¹⁷¹ Vgl. het motiveringsbeginsel als onderdeel van de beginselen van behoorlijke rechtspleging; De Waard 2015, p. 43-44. Het is daarom van belang dat de bestuursrechter een overzichtelijke structuur aanbrengt in zijn uitspraak en ook begrijpelijke taal – of ‘klare taal’ – gebruikt. Dit hangt als een paraplu over de gehele procedure en gaat daarom de reikwijdte van dit preadvies te buiten. Zie hierover uitgebreid het preadvies van Van der Bruggen en Verburg; Van der Bruggen & Verburg 2023. Zie voor het verslag van het NJV-jaarcongres, waarin de preadviezen over ‘klare taal’ werden besproken; Van de Voort 2023.

¹⁷² Vgl. CbB 22 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:441; CbB 20 augustus 2019, ECLI:NLK:CBB:2019:733 (in samenspraak met partijen mag appellant zijn beroepsgronden tegen het bestreden besluit aanvullen); CbB 17 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:522.

¹⁷³ CbB 22 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:441, r.o. 6.

¹⁷⁴ Seijtsener 2023/20, onder 5; Tjepkema 2022, p. 38-39, onder doorverwijzing naar ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3488, AB 2018/444, m.nt. W.P. van der Meulen en K.J. de Graaf. Zie ook Rb. Midden-Nederland 17 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2570.

wordt haar deze kans ontnomen omdat het geschil op dat punt al is beslecht.¹⁷⁵ Het is immers goed denkbaar, zeker in het licht van de soms gebrekkige bewijsregie, dat de procederende burger in een later stadium tot nieuwe inzichten komt met betrekking tot zijn bewijspositie die hem ertoe aanzetten nieuw bewijs aan te willen leveren. Hij had hier dan simpelweg nog niet aan gedacht tot na de zitting.

3.4 Tussenconclusie: in hoeverre vermindert de buitenwettelijke tussenuitspraak de bewijsachterstand van de burger

Wat doet de buitenwettelijke tussenuitspraak voor de bewijsachterstand van de burger? Voor het zicht op de eigen bewijspositie¹⁷⁶ biedt het de bestuursrechter een aantal handvatten. Ten eerste maakt de tussenuitspraak de bewijsomvang, en daarmee de bewijspositie, van de burger inzichtelijk door op bepaalde punten van de zaak al te beslissen. De gronden van die beslissing staan in de tussenuitspraak opgenomen, hetgeen de zaak voor de burger behapbaar maakt. Voor de punten waarvan de feiten nog niet vaststaan, biedt de tussenuitspraak de mogelijkheid voor de bestuursrechter – en zelfs via het motiveringsbeginsel een inspanningsverplichting – om een kenbare en begrijpelijke bewijsopdracht te geven aan de burger. Ten tweede geeft de tussenuitspraak de burger juridische zekerheid. Al in een vroeg stadium in de procedure maakt de bestuursrechter concreet wat aan bewijs ontbreekt en welk bewijs de burger moet leveren voor het slagen van zijn beroepsgrond. De juridische gebondenheid waarborgt daarbij dat de burger zekerheid verkrijgt over de vraag of het loont te investeren in bepaalde bewijsmiddelen.

Met betrekking tot de principiële krachtverschillen tussen partijen¹⁷⁷ wordt de burger, vanuit het oogpunt van gelijke proceskansen, op het vlak van de bewijspositie aan het bestuursorgaan gelijk gesteld. De bestuursrechter kan het instrument van de tussenuitspraak ten behoeve van beide partijen inzetten om een bewijsopdracht te geven. Ik benadruk wel dat hier gaat om gelijke proceskansen.¹⁷⁸

Hoewel de bestuursrechter de tussenuitspraak feitelijk wel inzet voor beide procespartijen, staan ze in rechte niet gelijk aan elkaar. De tussenuitspraak ten behoeve van de burger is immers buitenwettelijk. Dat partijen in juridische zin niet gelijk zijn, haakt aan op wat de buitenwettelijke tussenuitspraak niet doet voor de bewijspositie. Gelijk aan de informele burgerlus kan de burger zich hier niet op beroepen of hiernaar wijzen. Het blijft afhankelijk van de keuze van de bestuurs-

¹⁷⁵ Marseille 2023, onder verwijzing naar ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:997, JB 2016/105, AB 2016/221, m.nt. Ortlep.

¹⁷⁶ Knelpunt 1 van par. 1.5.

¹⁷⁷ Knelpunt 2 van par. 1.5.

¹⁷⁸ De wetgever heeft het in dit kader ook wel over ‘gevoelsmatige’ ongelijkheid; Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsultatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 19. Dit dekt naar mijn mening niet de lading. Gevoelsmatig ziet immers op de subjectieve ervaring van de burgerpartij en zit in het straatje van de procedurele rechtvaardigheid. De buitenwettelijke tussenuitspraak is meer dan dat, deze geeft ook werkelijk een kans aan de burger. Er zit dus wel degelijk een objectieve kant aan. Zie par. 1.3.

rechter of hij de ‘rekkelijke’ of ‘precieze’ toepassing voorstaat.¹⁷⁹ In die zin is het instrument willekeurig en voegt het niets structureels toe aan het inzichtelijk maken van de bewijspositie van de burger. Daarbij leent niet iedere zaak zich voor de toepassing van de buitenwettelijke tussenuitspraak. Tot nog toe is het instrument voornamelijk ingezet in schadevergoedingszaken en complexe zaken.¹⁸⁰ De zwaarte van de formaliteit van het instrument, alsmede het tijdrovende en capaciteit-intensieve aspect van de tussenuitspraak lenen zich mogelijk niet voor eenvoudige tweepartijengeschillen. Bedacht kan echter worden dat het geven van een bewijsopdracht aan de burger ook in eenvoudige of andersoortige zaken een uitkomst kan bieden.¹⁸¹ Met andere woorden: de aard en complexiteit van de zaak leggen veel gewicht in de schaal, maar zouden niet allesbepalend moeten zijn.

Tot slot is het onduidelijk wat de verhouding van de buitenwettelijke tussenuitspraak is met de bewijsmaatstaf en de bewijswaardering. Moet de in een tussenuitspraak neergelegde bewijsopdracht, met het oog op het gewicht dat aan de tussenuitspraak toekomt, zo gezien worden dat indien de burger eraan voldoet, het beroep per definitie slaagt? En vice versa?¹⁸² En kan, in het verlengde van deze redenering, de bestuursrechter later in de einduitspraak toch nog terugkomen van de gegeven bewijsopdracht indien hij beseft dat de opdracht niet klopt? De ondoorgroendelijkheid van de bewijsmaatstaf biedt de bestuursrechter hierin een uitweg om later alsnog te zeggen dat de burger zijn stelling ‘niet aannemelijk’ heeft weten te maken. Het is immers een fluide begrip dat gevestigd is in de overtuiging van de bestuursrechter, en die overtuiging laat zich lastig binden in een tussenuitspraak. Dit zal naar mijn idee echter een deuk in het vertrouwen van de burger in de rechter opleveren. De vraag is dan wat de waarde is van een bewijsopdracht in een tussenuitspraak als daarin geen zekerheid wordt gegeven of het te leveren bewijs zal slagen. Er bestaat dus een spanning tussen de juridische binding van de tussenuitspraak, de verwachtingen die de burger daaraan ontleent en de bewijsmaatstaf die de bestuursrechter toepast op de bewijsoverlevering door de burger.

¹⁷⁹ Zie de inleiding van par. 2.2.

¹⁸⁰ Vgl. ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:374.

¹⁸¹ Recent hebben de rechtbanken de buitenwettelijke tussenuitspraak bijvoorbeeld ook in het socialezekerheidsrecht toegepast. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 17 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2570; Rb. Midden-Nederland 3 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1721; Rb. Oost-Brabant 11 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4757.

¹⁸² Vgl. Marseille e.a. 2023, onder 12.

4 De formele burgerlus

4.1 Inleiding

In het eerste hoofdstuk heb ik in vogelvlucht het bestuursrechtelijk bewijsrecht uiteengezet. Hieruit volgde een drietal knelpunten die de burger mogelijk ervaart met betrekking tot zijn bewijspositie. Met de wetgever kwam ik tot de conclusie dat de burger in de rechterlijke procedure een bewijsachterstand heeft ten opzichte van het bestuursorgaan. In het tweede en derde hoofdstuk heb ik vervolgens bekeken op welke manieren de bestuursrechter deze bewijsachterstand al verkleint door de burger in de gelegenheid te stellen zijn stelling aannemelijk te maken. Dit zijn onderscheidenlijk de informele burgerlus en de buitenwettelijke tussenuitspraak. Deze instrumenten, waarmee de bestuursrechter een bewijsopdracht kan geven aan de burger, verminderen op bepaalde punten wel, maar weten op andere punten niet de knelpunten die de burger ervaart op te lossen.

In dit hoofdstuk staat de burgerlus centraal zoals de wetgever deze heeft opgenomen in het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb.¹⁸³ Dit heb ik eerder de formele burgerlus genoemd. Met de formele burgerlus beoogt de wetgever de bewijsachterstand van de burger te verkleinen door de bestuursrechter de bevoegdheid toe te kennen om in een tussenuitspraak de burger in de gelegenheid te stellen zijn stelling aannemelijk te maken. De vraag die ik in dit hoofdstuk tracht te beantwoorden is in hoeverre dit, afgezet tegen de informele burgerlus en buitenwettelijke tussenuitspraak, lukt. Hiervoor zal ik in paragraaf 4.2 de formele burgerlus bespreken zoals de wetgever deze in het wetsvoorstel heeft opgenomen, waarbij ook enkele vragen over de interpretatie van de formele burgerlus worden opgeworpen. In paragraaf 4.3 zal ik de formele burgerlus, in verhouding tot de buitenwettelijke tussenuitspraak, afzetten tegen de knelpunten van paragraaf 1.5. Wat doet de formalisering van de buitenwettelijke tussenuitspraak méér of juist minder voor de bewijspositie van de burger? Vervolgens zal de formele burgerlus in de conclusie afgezet worden tegen de informele burgerlus. Op welke punten voegt de formele burgerlus iets toe aan het verminderen van de bewijsachterstand van de burger en op welke punten blijft deze achter?

4.2 De formele burgerlus

Voor de formele burgerlus tuigt de wetgever een nieuwe afdeling op in de Awb. Na de afdeling over de bestuurlijke lus worden in afdeling 8.2.2b, getiteld 'Nadere

¹⁸³ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 1 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763).

bewijsmogelijkheid (burgerlijke lus)', drie nieuwe bepalingen opgenomen.¹⁸⁴ Met name het conceptartikel 8:51e is relevant. Hierin is de bewijsopdracht aan de burger opgenomen:

Artikel 8:51e

1. De bestuursrechter kan een belanghebbende in de gelegenheid stellen een door hem ingenomen stelling schriftelijk aannemelijk te maken.
2. De bestuursrechter bepaalt de termijn waarbinnen de belanghebbende de stelling aannemelijk kan maken. Hij kan deze termijn verlengen.

De tekst van de burgerlus toont enige gelijkenissen met de bestuurlijke lus.¹⁸⁵ Ook de naam van beide instrumenten doet vermoeden dat de twee verwanten zijn. Toch zijn er grote verschillen in het karakter tussen de twee instrumenten.¹⁸⁶ Zo staat de bestuurlijke lus expliciet ten dienste van het zo finaal mogelijk beslechten van geschillen. Vanuit dit oogpunt behoort het gebrek in het besluit zo effectief en snel mogelijk hersteld te worden.¹⁸⁷ Het bestuursorgaan behoort daartoe ruime mogelijkheden te hebben om daaraan te voldoen. De bestuurlijke lus beoogt hiermee een rechtsgeldig herstelbesluit tot stand te brengen.

De burgerlus daarentegen staat in het teken van het bieden van ongelijkheidscompensatie in de beroepsprocedure. De burger krijgt een herstelkans om een gebrek in zijn bewijsvoering te herstellen. 'Gebrek', want het is nog niet gelukt om het feit aannemelijk te maken. Lukt het de burger dit gebrek te herstellen, dan zal hoogstwaarschijnlijk de bovenliggende beroepsgrond slagen, waarna de bestuursrechter het besluit vernietigt. De burgerlus beoogt dus niet per se het geschil snel te beslechten, maar probeert vooral het bestreden besluit van tafel te krijgen.

Naast de bepaling waarin de burgerlus is opgenomen is ook de verruiming van artikel 8:80a van de Awb (de tussenuitspraak) van belang.¹⁸⁸

Artikel 8:80a

1. De bestuursrechter doet een tussenuitspraak, indien hij:
 - a. artikel 8:51a toepast;
 - b. artikel 8:51e toepast;(...)
2. De artikelen 8:77, 8:78, 8:79 en 8:119 zijn van overeenkomstige toepassing.
3. Een tussenuitspraak als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, vermeldt zoveel mogelijk op welke wijze het gebrek kan worden hersteld. Artikel 8:72, vierde lid, tweede volzin, aanhef en onder a, is van overeenkomstige toepassing.

¹⁸⁴ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 1 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763).

¹⁸⁵ Zie artikel 8:51a van de Awb.

¹⁸⁶ Schlössels & Albers 2023, onder 4.4.

¹⁸⁷ Vgl. Schueler 2008.

¹⁸⁸ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 1 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763).

Het samenstel van artikelen 8:51e en 8:80a van het wetsvoorstel maakt de formele burgerlus. Een drietal aspecten daarvan verdient een nadere bespreking. Ten eerste de term ‘stelling’ die de wetgever gebruikt in artikel 8:51e van het wetsvoorstel. Zoals naar voren zal komen roept deze term enige vragen op over de reikwijdte daarvan. Ten tweede de term ‘aannemelijk maken’. Zoals ik in de paragrafen 1.4.4, 1.4.5 en 1.5 naar voren heb gebracht is deze maatstaf ondoorzichtig. Hoe werkt dit door in het wetsartikel? Ten derde de verruiming van de tussenuitspraak. Dit vormt de spil van de formele burgerlus: het formaliseert de informele lus¹⁸⁹ en legaliseert de buitenwettelijke tussenuitspraak.¹⁹⁰

4.2.1 Stelling en nader bewijs

De verschillende rechtscollages en de Wetenschappelijke Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) hebben zich kritisch uitgelaten over de keuze voor het woord ‘stelling’. Zo vraagt de CRvB zich af wat de wetgever precies bedoelt met stelling en wat de verhouding is met de term beroepsgrond.¹⁹¹ De NVvR vraagt zich hetzelfde af en stelt dat het ingewikkeld is dat ‘naast de al onduidelijke begrippen “grond” (in de Awb) en “argument” (in de jurisprudentie van de ABRvS) het nieuwe begrip “stelling” wordt toegevoegd’.¹⁹² In het verlengde merkt de Afdeling op dat de woorden ‘nadere bewijsmogelijkheid’ – de titel van de nieuw op te nemen afdeling – mogelijk te beperkt kunnen worden opgevat. Burgers zouden alleen ‘bewijs van (feitelijke) stellingen kunnen leveren’. Ze vraagt zich af of het niet beter is om ook ‘een nadere onderbouwing/argumentatie van beroepsgronden mogelijk te maken’.¹⁹³

Uit de verschillende reacties destilleer ik twee vragen: (1) wat bedoelt de wetgever precies met het woord stelling en wat is de verhouding daarvan met grond en argument, en (2) hoe ruim moet ‘nader bewijs’ geïnterpreteerd worden om de ingenomen stelling te onderbouwen? Op deze twee vragen ga ik hierna in.

4.2.1.1 Beroepsgrond, stelling en argument

Om de eerste vraag te beantwoorden zal ik eerst de begrippen (beroeps)grond, stelling en argument op zichzelf en in samenhang met elkaar uiteenzetten. Als eerste (beroeps)grond, dat het centrale begrip is in de Awb.¹⁹⁴ Het wordt omschreven als ‘de redenen die de indiener bedoeld heeft om het besluit vernietigd, herroepen of gewijzigd te krijgen’.¹⁹⁵ Verburg verwoordt het als ‘een feitelijke stelling die of een juridisch betoog dat zich specifiek keert tegen het bestreden besluit (en dus betrekking heeft op de specifieke zaak)’.¹⁹⁶ Verburg lijkt hier met ‘stelling’ een specifieke vorm van beroepsgrond aan te duiden, namelijk een *feitelijke*

¹⁸⁹ Zie hoofdstuk 2.

¹⁹⁰ Zie hoofdstuk 3.

¹⁹¹ CRvB Preconsultatie 2023.

¹⁹² Advies van de Wetenschappelijke Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) van 24 april 2023.

¹⁹³ ABRvS Brief 2023. Vgl. CRvB Preconsultatie 2023, p. 13.

¹⁹⁴ Artikel 6:5 van de Awb.

¹⁹⁵ De Poorter 2023, art. 6:5 Awb, aant. 2, onder d.

¹⁹⁶ Verburg 2019, p. 170, onder doorverwijzing naar: Verburg 2008, p. 115.

beroepsgrond, waar een ‘juridisch betoog’ een *rechtelijke* beroepsgrond is.¹⁹⁷ Het voert naar mijn mening te ver om, met het oog op Verburgs nadere duiding van stelling naast juridisch betoog én de juridische wortels van het begrip beroepsgrond in het bestuursrecht, het begrip stelling juridisch gelijk te stellen aan beroepsgrond. Desalniettemin ga ik ervan uit dat de wetgever het wel als zodanig in het wetsvoorstel heeft bedoeld.¹⁹⁸ Het lijkt mij namelijk niet de bedoeling – de tweedeling van Verburg volgend – dat burgers beroepsgronden van feitelijke aard wel, en juridische betogen niet van nader bewijs kunnen voorzien. Verder blijkt ook uit de literatuur dat beide begrippen door elkaar worden gebruikt.¹⁹⁹ Naar de inhoud ga ik er daarom van uit dat stelling gelijk is aan beroepsgrond.

Het begrip argument heeft, anders dan stelling, niet dezelfde inhoud als beroepsgrond, maar valt categorisch hieronder.²⁰⁰ Dat wil zeggen dat beroepsgronden of stellingen nader worden onderbouwd met argumenten.²⁰¹ Argumenten zou je het ‘waarom’ van de beroepsgrond kunnen noemen. Het specificceert de beroepsgrond van appellant door het te omkleden met redenen. Een beroepsgrond kan daarom meerdere argumenten bevatten waarom de beroepsgrond zou moeten slagen.²⁰² Een beroep op de verschoonbaarheid van artikel 6:11 van de Awb kan appellant bijvoorbeeld onderbouwen met het argument dat hij ziek was en het argument dat het besluit onjuist is gepubliceerd.²⁰³ Ontbeert de beroepsgrond echter enige argumentatie, maar volstaat appellant bijvoorbeeld met de algemene stelling dat ‘het besluit in zijn geheel niet evenredig is’, dan zal het beroep waarschijnlijk²⁰⁴ niet-ontvankelijk worden verklaard wegens het ontbreken van concrete beroepsgronden.²⁰⁵ Hoewel een argument inhoudelijk dus niet hetzelfde is als een beroepsgrond, haken beide begrippen op elkaar in en moet op enige wijze voldaan zijn aan beide voor een ontvankelijkverklaring van het beroepsschrift.²⁰⁶

Wat bedoelt de wetgever, als antwoord op de eerste vraag, met stelling? Hoewel het niet met zoveel woorden uit de memorie van toelichting blijkt, komt het mij

197 Zo zegt Verburg (2008, p. 160): ‘Opgemerkt wordt dat in een uitspraak de woorden “blijken”, “bewijzen”, “bewijs”, “stellen”, “stelling” en “aannemelijk” uitsluitend betrekking kunnen hebben op feiten (de pendants van “stellen” en “stelling” (over feiten) zijn “betogen” en “betoog” (over recht))’ [cursivering DV].

198 Zo zegt de wetgever: ‘Het gaat om het nader onderbouwen – aannemelijk maken – van reeds aangevoerde gronden.’ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie pre-consulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 20.

199 Zie bijv. Barkhuysen e.a. (2007, p. 191): ‘Feitenvaststelling in beroep’: ‘In iets meer dan 60% van de gevallen waarin de eiser in het beroepsschrift een stelling inneemt over de vaststelling van de feiten door het bestuursorgaan, wordt die stelling weersproken. In de overige dossiers bevat het verweerschrift geen reactie op de beroepsgronden van eiser over de feiten’ [cursivering DV].

200 Verburg 2008, p. 116.

201 Harmsen 2013, p. 35

202 Zie bijv. ABRvS 24 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2013, waarin appellant een beroep op het evenredigheidsbeginsel doet omdat de Belastingdienst/Toeslagen ten onrechte de toeslagpartner als zodanig heeft aangemerkt. De beroepsgrond bestaat vervolgens uit het argument dat (1) de toeslagpartner en diens minderjarige kind slechts tijdelijk als noodoplossing in woonden, en (2) de toeslagpartner en het kind na meerdere verzoeken daartoe weigerden het huis te verlaten.

203 ABRvS 14 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3747.

204 ‘Waarschijnlijk’, omdat de rechter zijn best doet om helderheid te verkrijgen over de aangevoerde gronden. Harmsen 2013, p. 35. Zie art. 8:69, tweede en derde lid, van de Awb. Vgl. ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL:1803, JB 2010/79, m.nt. R.J.N. Schlössels.

205 Er is dan immers niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 6:5, eerste lid, aanhef en onder d, van de Awb.

206 Vgl. CRvB 1 maart 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:480; CRvB 31 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB7463.

voor dat de wetgever met stelling doelt op een nadere onderbouwing van de aangevoerde beroepsgrond. Het feit dat beide begrippen in de memorie van toelichting en literatuur door elkaar worden gebruikt sterkt mij in mijn overtuiging. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat de wetgever er een zelfstandige betekenis aan geeft of de nadere duiding van beroepsgrond als *feitelijke* stelling bedoelt. Als dit wel het geval is, of de wetgever met stelling uitdrukkelijk een andere betekenis toekent dan aan beroepsgrond, dan raad ik de wetgever aan dit uitvoerig te motiveren. Als de wetgever inderdaad met stelling doelt op beroepsgrond, dan is het aan te raden een eenduidig gebruik van de terminologie in de Awb aan te houden en het begrip stelling te vervangen door beroepsgrond.

Wat is de verhouding met argument en bewijs? De verhouding met argument is dat dit categorisch onder de definitie van stelling of beroepsgrond valt. Het bewijs ziet op het vaststellen van feiten waarop argumenten steunen. Dit laatste raakt aan de hierna te bespreken vraag van de Afdeling hoe ruim ‘nadere bewijsmogelijkheid’ geïnterpreteerd moet worden. Zou de burger alleen nieuw bewijs mogen aandragen als onderbouwing van de argumenten? Of krijgt de burger een bredere herstelbaarheid door ook nieuwe argumenten als onderbouwing van de beroepsgrond naar voren te mogen brengen?

4.2.1.2 *Nadere bewijsmogelijkheid?*

De tweede vraag is hoe ruim ‘nadere bewijsmogelijkheid’ geïnterpreteerd moet worden. Het ziet op de vraag of de burgerlus van afdeling 8.2.2b is beperkt tot alleen het leveren van nader bewijs teneinde de feiten vast te stellen. Om deze interpretatievraag te beantwoorden is het van belang kort iets over de goede procesorde te zeggen. Net als het aanvoeren van nieuwe beroepsgronden na het vervallen van de beroepstermijn wordt het aanvoeren van nieuwe argumenten en bewijs ter onderbouwing van de beroepsgrond onder het geldende recht namelijk beheerst door de goede procesorde.²⁰⁷ De goede procesorde waarborgt dat (de) wederpartij(en) en de rechter nog adequaat kunnen reageren op (te) laat aangevoerde beroepsgronden en argumenten. Van strijd met de goede procesorde is daarom sprake ‘als die argumenten, gegevens of stukken verwijtbaar zo laat worden ingediend dat andere partijen worden belemmerd om daarop voldoende te reageren of de goede voortgang van de procedure daardoor op andere wijze wordt belemmerd’.²⁰⁸

De formele burgerlus doorbreekt de goede procesorde. Het is bij uitstek het instrument om de burger de kans te geven om na de tiendagentermijn van artikel 8:58 van de Awb zijn stelling aannemelijk te maken door nadere stukken in te dienen. In dit kader waarborgen artikelen 8:51f en 8:51g van het wetsvoorstel dat de wederpartij binnen de gestelde termijn nog kan reageren op hetgeen door de burger wordt aangevoerd.²⁰⁹ De relevantie van het bespreken van de goede procesorde voor de interpretatievraag zit daarin dat als het aanvoeren van nadere argumenten buiten de reikwijdte van de formele burgerlus valt, dit nog steeds

²⁰⁷ Let wel: in situaties dat de bestuursrechter hiertoe geen opdracht heeft gegeven, zoals via de informele burgerlus.

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 8 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:931; ABRvS 28 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2509.

²⁰⁹ Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsultatie 18 januari 2023, bijlage 1 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763).

beheerst wordt door de goede procesorde. Een strikte interpretatie zal daarom een beperking betekenen in de mogelijkheden voor de bestuursrechter om de burgerpartij tegemoet te komen in haar bewijslevering of standpuntbepaling. De interpretatievraag is er daarom een vraag naar of de formele burgerlus alléén de bewijslevering of óók het leveren van argumenten uit de sfeer van de goede procesorde kan halen. Met andere woorden: kan met betrekking tot de argumentatie van de beroepsgronden van de burger verwacht worden dat hij deze op tijd inbrengt zonder daarvoor een formele herstelmogelijkheid te bieden?

Het is mij nog onduidelijk hoe ruim de wetgever de nadere bewijsmogelijkheid heeft bedoeld. Alleen het aanvoeren van nieuwe beroepsgronden na de tussenuitspraak sluit de wetgever uitdrukkelijk uit.²¹⁰ Dit is, vanuit het oogpunt van de trechterwerking van de tussenuitspraak, logisch: nieuwe beroepsgronden breiden het geschil juist uit. Dit geldt niet voor nadere argumenten. Deze blijven binnen het bereik van de beroepsgronden. De redenering van de wetgever over nadere beroepsgronden kan daarom niet worden doorgetrokken naar nadere argumenten. Wel ben ik voorstander van een ruime interpretatie. Het kader van maatwerk en responsiviteit, waarin de gebrekkige kennis van en ervaring met het bestuurs(proces)recht van de burger een rol spelen, stelt juist de mate waarin de burger verweten kan worden dat hij niet eerder argumenten heeft aangevoerd ter discussie. Het strookt naar mijn idee daarom niet met het doel van het wetsvoorstel om niet van de burger te kunnen verwachten dat hij alle bewijsmiddelen aanlevert, maar wel van de burger te kunnen verwachten dat zijn argumentatie-huishouding, als direct ondergeschikt aan de beroepsgrond, op orde is.

4.2.2 ...schriftelijk aannemelijk te maken

Een andere opvallend element van artikel 8:51e van het wetsvoorstel is de opname van de bewijsmaatstaf: de burger wordt in de gelegenheid gesteld zijn stelling *schriftelijk aannemelijk te maken*. De wetgever weidt hier in de memorie van toelichting niet verder over uit. Dit doet mij vermoeden dat de wetgever met ‘aannemelijk maken’ niet zozeer betekenis geeft aan de bewijsmaatstaf als zodanig – de stelling moet met ‘aannemelijke zekerheid’ vast komen te staan²¹¹ – maar vooral aangeeft dat de bepaling bewijsrechtelijk van aard is. Het drukt uit dat de bestuursrechter er nog niet van overtuigd is dat de door de burgerpartij aangevoerde feiten zich hebben voorgedaan. De burger krijgt daarom een herkansing om de bestuursrechter alsnog van zijn stelling te overtuigen door nader bewijs aan te leveren.²¹²

210 Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 20. Het zou “een efficiënte geschilbeslechting alsmede de rechtszekerheid van de andere partij” tegengaan. ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2367, r.o. 6; ABRvS 19 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1054, r.o. 8.

211 Vgl. Schuurmans, *RMThemis* 2023/5, p. 259-267.

212 De wetgever gebruikt zelf ook ‘voldoende aannemelijk’ en ‘aannemelijk’ door elkaar. Hij drukt zelfs ‘aannemelijk maken’ uit als ‘nader onderbouwen’. Conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (versie preconsulatie 18 januari 2023, bijlage 2 bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763), p. 19-20.

Zoals in paragraaf 1.4.4 aan de orde kwam, is de bewijsmaatstaf van aannemelijk maken nog weinig richtinggevend. Het is een fluïde begrip; ‘een contextuele maatstaf, die invulling krijgt aan de hand van het type besluit, de aard van het rechtsgevolg en de mogelijke belangaantasting bij een valspositief en valsnegatief oordeel’.²¹³ Het gebrek aan transparantie van de bewijsmaatstaf in de formele burgerlus levert daarom naar mijn mening twee mogelijke problemen op. Ten eerste geeft de opname van de bewijsmaatstaf op zichzelf geen sturing aan de inkleuring van de bewijsopdracht aan de burger. Opmerkelijk is hierbij dat artikel 8:80a van het wetsvoorstel in het derde lid voorschrijft dat de bestuursrechter een aanwijzing geeft hoe het bestuursorgaan het gebrek kan herstellen. Eenzelfde lid van artikel 8:80a of bepaling in het wetsvoorstel ontbreekt voor het geven van de bewijsopdracht aan de burger. De bestuursrechter is dus niet gehouden bij het toepassen van artikel 8:51e van het wetsvoorstel uitgebreid te motiveren hoe de burger zijn stelling aannemelijk kan maken. Volstaat de bestuursrechter in zijn tussenuitspraak met de enkele overweging dat de burger zijn stelling aannemelijk kan maken door nadere stukken aan te leveren,²¹⁴ dan zal de formele burgerlus niet het gewenste resultaat hebben. De burger heeft dan mogelijk geen idee hoe hij aan de maatstaf kan voldoen.²¹⁵

Ten tweede is de effectiviteit van de formele burgerlus in hoge mate afhankelijk van de wijze waarop de bestuursrechter de bewijsmaatstaf hanteert. Zoals uit het reflectierapport van de Raad van State naar voren kwam,²¹⁶ maar recent ook door Widdershoven is gesteld in zijn conclusie over artikel 6:11 van de Awb in het kader van die bepaling, stelt de bestuursrechter soms te hoge eisen aan de bewijsvoering van burgers.²¹⁷ Het bieden van een herstelkans of nauwgezet motiveren van de bewijsopdracht heeft nauwelijks waarde als de burger vervolgens, vanwege de strenge bewijsmaatstaf, niet aan de bewijsopdracht kan voldoen. De burger is er dus, naast de vraag *hoe* hij aan de bewijsmaatstaf kan voldoen, ook bij gediend of hij aan de bewijsmaatstaf kan voldoen. Hiermee bedoel ik dat de bestuursrechter de ‘hoogte’ of ‘zwaarte’ van de bewijsmaatstaf moet meewegen bij de vraag of hij gebruikmaakt van de formele burgerlus en naast een concrete bewijsopdracht dus ook op enigerlei wijze doet aan verwachtingsmanagement bij de burger of het zinvol is daarin tijd en geld te investeren. Het nalaten hieraan gevolg te geven zou de formele burgerlus vermaken tot een wortel aan een stok waarmee het vertrouwen van de burger juist op de proef wordt gesteld.

²¹³ Schuurmans 2023, p. 267. Vgl. Gerbrandy 2012, p. 175-176.

²¹⁴ Vgl. par. 1.2.2 en 2.2.3.

²¹⁵ Tot een enkele kale bewijsopdracht zal het niet komen. Ter zitting zal de bestuursrechter waarschijnlijk uitweiden over hoe aan de bewijsopdracht kan worden voldaan. Dit laat onverlet dat in de tussenuitspraak een dergelijke motivering kan ontbreken indien dit niet uitdrukkelijk in de wet is opgenomen.

²¹⁶ Reflectierapport 2021, p. 61.

²¹⁷ Concl. A-G Widdershoven 7 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:476, punt 7.20. Vgl. Schuurmans 2023, p. 261.

4.2.3 De tussenuitspraak bij burgerlus

In paragraaf 2.2.3 zijn al kort de voor- en nadelen van de tussenuitspraak besproken zoals de wetgever deze uiteen heeft gezet in de memorie van toelichting en in paragraaf 3.2 is het relevante wettelijke kader behandeld. Deze elementen zullen in paragraaf 4.3 aan bod komen. In deze paragraaf ga ik kort in op de verhouding tussen artikelen 8:51e en 8:80a van het wetsvoorstel. Artikel 8:80a, eerste lid, aanhef en onder b van het wetsvoorstel lijkt de tussenuitspraak bindend voor te schrijven als de bestuursrechter en bewijsopdracht geeft aan de burger.²¹⁸ Zo staat er ‘doet een tussenuitspraak’ [cursivering DV] in de aanhef van het eerste lid.

Een strikte lezing van beide bepalingen betekent dat de bestuursrechter bij het toepassen van de burgerlus verplicht is hiervoor de tussenuitspraak te gebruiken. Stelt de bestuursrechter de burger in de gelegenheid om zijn stelling aannemelijk te maken, oftewel: geeft hij de burger een bewijsopdracht, dan activeert dit artikel 8:80a, eerste lid, aanhef en onder b van het wetsvoorstel. Het lijkt mij echter niet de bedoeling dat deze relatie verplicht wordt voorschreven. Een vergelijking met de bestuurlijke lus laat zien dat ook bij de introductie daarvan in de Awb de tussenuitspraak verplicht was voorgeschreven als het bestuursorgaan de gelegenheid kreeg om een gebrek te herstellen.²¹⁹ De praktijk wijst echter uit dat de formele bestuurlijke lus de informele bestuurlijke lus niet heeft verdrongen.²²⁰ Op eenzelfde manier vermoed ik dat de introductie van de formele burgerlus de informele weg niet afsluit. Desalniettemin zal ten aanzien van dit punt een keuze moeten worden gemaakt. Het al dan niet verplicht moeten uitspreken van een tussenuitspraak heeft niet alleen doorwerking in de vraag naar de effectiviteit van de formele burgerlus als zodanig, maar zal de effectiviteit van het bieden van ongelijkheidscompensatie in zijn totaliteit aantasten. De weg van de voordelen die de informele burgerlus biedt – kort gezegd: snelheid, laagdrempeligheid en vrijheid – wordt daarmee afgesneden.

4.3 Formele burgerlus, buitenwettelijke tussenuitspraak en de bewijsachterstand

Omdat de formele burgerlus in grove lijnen de codificatie van de buitenwettelijke tussenuitspraak is, zal de wijze waarop de formele burgerlus de bewijsachterstand van de burger vermindert in grote mate overeenkomen met hetgeen ik in de tussenconclusie aldaar heb besproken.²²¹ Enerzijds zal in deze paragraaf de formele burgerlus afgezet worden tegen de buitenwettelijke tussenuitspraak, anderzijds geeft de buitenwettelijke tussenuitspraak ook inzicht in het karakter van de formele burgerlus. Deze dubbele functie zal in deze paragraaf, maar ook in de conclusie, telkens in overweging worden genomen.

²¹⁸ Vgl. ABRvS Brief 2023.

²¹⁹ In artikel 8:80a, eerste lid, van de Awb staat immers: ‘Als de bestuursrechter artikel 8:51a toepast, doet hij een tussenuitspraak’.

²²⁰ De Meulder, Moed & Stoové 2023, p. 10-11; Backes e.a. 2014b, onder 2.1.

²²¹ Zie hfdst. 3, in het bijzonder par. 3.4.

Beginnende met het eerste knelpunt: het zicht van de burger op de eigen bewijspositie. Gelijk aan de buitenwettelijke tussenuitspraak biedt de formele burgerlus de mogelijkheid om transparantie te geven (in complexe zaken). Het trechterend karakter kadert het geschil voor de burger in waar de feiten vaststaan en maakt overzichtelijk waarvoor nader bewijs nodig is. Het biedt in dit kader juridische zekerheid voor de burger. De bewijsomvang wordt gegeven en de burger weet welke bewijsmiddelen hij aan kan dragen voor een succesvol beroep.²²² Doet de formalisering met betrekking tot dit knelpunt meer dan dat de bestuursrechter in de buitenwettelijke tussenuitspraak al doet? Het antwoord hierop is afhankelijk van de wijze waarop ‘nadere bewijsmogelijkheid’ wordt geïnterpreteerd. Een ruime interpretatie, waarbij de bestuursrechter de burger ook expliciet mag vragen om nadere argumenten aan te voeren, vergroot de manoeuvreerruimte van de bestuursrechter om de burger tegemoet te komen in zijn bewijspositie. Een beroep op de goede procesorde door het bestuursorgaan, indien dit bij formele burgerlus gebeurt, zal dan niet slagen. Wordt ‘nadere bewijsmogelijkheid’ echter strikt geïnterpreteerd, dan laat de wetgever hier juist een kans liggen om de bewijsachterstand van de burger meer te verminderen dan de bestuursrechter nu al doet.²²³

Met betrekking tot het tweede knelpunt – het principiële krachtverschil tussen partijen – doet de formalisering wel meer dan de buitenwettelijke tussenuitspraak. Het toepassen van de buitenwettelijke tussenuitspraak is onder het geldende recht een ‘gelegenheidsinstrument’. In die zin dat de bestuursrechter dit instrument toepast als de aard van de zaak zich daar concreet voor leent, zowel in complexiteit als rechtsgebied.²²⁴ Pas dan zal de bestuursrechter zich mogelijk genoodzaakt voelen om de tussenuitspraak buitenwettelijk toe te passen. De formele burgerlus trekt de tussenuitspraak uit de gelegenheidssfeer. In rechte wordt de burger daarom gelijkgesteld aan het bestuursorgaan. In die zin dat via de tussenuitspraak beide partijen in de gelegenheid kunnen worden gesteld om een gebrek te herstellen naar het hun beoogde doel van de procedure.²²⁵ Het verdient hier vooraf opmerking dat de praktijk moet uitwijzen welke andere zaken zich voor toepassing van de formele burgerlus gaan lenen. De formalisering voorkomt daarentegen dat de bestuursrechter de zaken die zich *wel* voor toepassing van de tussenuitspraak lenen niet met onnodige terughoudendheid tegemoet treedt.

Tot slot de ondoorgrondelijkheid van de bewijsmaatstaf voor de burger. Meer in het bijzonder de vraag welke eisen de bestuursrechter stelt aan de bewijslevering door de burger en de mate waarin de bestuursrechter gebonden is aan zijn bewijsopdracht. Kan de burger ervan uitgaan dat zijn beroepsgrond slaagt als hij aan de bewijsopdracht voldoet? Bij de buitenwettelijke tussenuitspraak concludeerde ik dat er een spanning bestaat tussen de juridische binding van de bestuursrechter aan de tussenuitspraak, de verwachting die de burger daaraan ontleent en de bewijsmaatstaf die de bestuursrechter toepast op de bewijslevering door

222 Zie par. 1.5, knelpunt 1.

223 Zie par. 4.2.1.2.

224 Zie par. 3.3.

225 Zie par. 4.2.

de burger.²²⁶ Deze spanning, en daarmee het derde knelpunt, wordt naar mijn idee niet opgelost met de formalisering van de burgerlus.²²⁷ Ten eerste omdat met het opnemen van de bewijsmaatstaf in de formele burgerlus de onduidelijkheid daarover niet oplost. Zonder waarborgen op te nemen die de bestuursrechter aanzetten om aanwijzingen te geven over hoe de burger kan voldoen aan de bewijsopdracht blijft de eis die de bestuursrechter stelt aan de bewijslevering een mysterie en kan de burger hier geen zekerheid aan ontlenuen.²²⁸ Sterker nog, het brengt de ondoorzichtigheid van de maatstaf mee de formele burgerlus in. Ten tweede is de effectiviteit van de formele burgerlus afhankelijk van de bewijsmaatstaf. Stelt de bestuursrechter hoge eisen aan de bewijslevering, dan zal de burger hier niet slagen om te voldoen aan de bewijsopdracht.²²⁹ Laat de bestuursrechter na de verwachtingen van de burger te managen, dan bestaat het gevaar dat de burger juist zijn vertrouwen verliest in de bestuursrechter.

²²⁶ Zie par. 3.4.

²²⁷ Dit is ook logisch, aangezien de bestuursrechter uiteraard niet zover mag gaan met het geven van aanwijzingen in de tussenuitspraak dat hij daardoor niet meer onbevangen zijn oordeel kan geven in de einduitspraak. Hij mag zich niet binden aan een bepaald resultaat; vgl. CRvB 16 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ7385.

²²⁸ Ik verwijs op het ontbreken van een 'motiveringsplicht' gelijk aan artikel 8:80a, derde lid, van het wetsvoorstel. Zie par. 4.2.2.

²²⁹ Vgl. Reflectierapport 2021, p. 61; Seijnsener 2023/20, onder 6; concl. A-G Widdershoven 7 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:476, punt 7.16.

5 Conclusie en aanbevelingen

De centrale vraag van dit preadvies is of de formele burgerlus zoals deze in de Wet versterking waarborgfunctie Awb is neergelegd aangepast dient te worden om de bewijspositie van de burgerpartij, afgezet tegen de informele burgerlus en buitenwettelijke tussenuitspraak, te verstevigen en zo ja, hoe. Het kader voor het beantwoorden van deze vraag heb ik in het eerste hoofdstuk uiteengezet door te onderzoeken wat de bewijspositie is van de burger. Hieruit kwamen drie algemene knelpunten naar voren die de burger mogelijk ervaart bij het leveren van bewijs. Kort gezegd heeft de burger (1) geen zicht op de eigen bewijspositie; (2) bestaan er principiële krachtverschillen tussen partijen; en (3) is voor de burger onduidelijk wat de bewijsmaatstaf is die de bestuursrechter aanlegt. Vervolgens is de effectiviteit waarmee de bestuursrechter de bewijsachterstand vermindert, door het toepassen van de informele burgerlus en buitenwettelijke tussenuitspraak, beoordeeld door deze af te zetten tegen voornoemde knelpunten.

Om te beoordelen of de formele burgerlus verstevigt moet worden zijn drie vragen relevant. Dit zijn onderscheidenlijk: (1) op welke knelpunten weet de formele burgerlus *beter* de bewijsachterstand te verminderen? (2) Op welke knelpunten weet de formele burgerlus *minder goed* de bewijsachterstand te verminderen? (3) Welke knelpunten weten alle drie de instrumenten niet op te lossen?

De burger heeft geen zicht op de eigen bewijspositie (eerste knelpunt). De versterking van de bewijspositie van de burger zit bij dit knelpunt met name in de juridische zekerheid die de formele burgerlus geeft aan de burger en het inzichtelijk maken van zijn bewijspositie. De formele burgerlus kadert de bewijsomvang in en de burger kan aan de hand daarvan een gedegen afweging maken of het zinvol is om te investeren in het leveren van bewijs. Hoewel de informele burgerlus ook de bewijspositie in grote mate inzichtelijk kan maken, is dit instrument niet met dezelfde juridische waarborgen omkleed. Het formele karakter van de tussenuitspraak zet de bestuursrechter bijvoorbeeld aan om de gronden van zijn beslissing te motiveren (artikel 8:77, eerste lid onder b, van de Awb) en de tussenuitspraak te openbaren (artikel 8:78 van de Awb). Deze juridische waarborgen bieden de burgerlus een algemeen kader waardoor die niet de veelvormigheid en soms willekeurigheid heeft van de informele burgerlus.

Biedt de formele burgerlus ook op punten minder inzicht in de bewijspositie? Ik denk niet dat de formele burgerlus het hierin minder doet dan de informele burgerlus. Wel denk ik dat de wetgever een kans laat liggen om de bewijspositie van de burger verder te versterken, of zelfs ten opzichte van de informele burgerlus en buitenwettelijke tussenuitspraak beperkt, als 'nadere bewijsmogelijkheid' strikt wordt geïnterpreteerd. Zoals ook in paragraaf 4.3 naar voren kwam, wordt de effectiviteit van het instrument vergroot als de bestuursrechter ruime mogelijkheden heeft om de burger op meerdere fronten tegemoet te komen. Zo

kan een naar het idee van de burger sterk argument – bijvoorbeeld ziekte als argument voor een verschoonbare termijnoverschrijding op grond van artikel 6:11 van de Awb – al in jurisprudentielijnen zijn uitgesloten voor een geslaagd beroep – zoals de overweging dat appellant een derde in had moeten schakelen. De ruimte moet dan bestaan om de burger terug naar de argumentatietafel te sturen indien hij in de procedure tot nieuwe inzichten komt. Ook zou de wetgever meer duidelijkheid kunnen geven over wat hij met ‘stelling’ bedoelt in artikel 8:51e van het wetsvoorstel. Hoewel ik aanneem, zoals in paragraaf 4.2.1.1 naar voren kwam, dat de wetgever hiermee doelt op ‘beroepsgrond’, is dit een interpretatie mijnerzijds. Het is voor de reikwijdte van de bepaling echter van belang dat hiervoor eenduidige termen worden gebruikt of toelichting wordt gegeven waar hier expliciet van wordt afgeweken.

Aanbevelingen:

- ‘Nadere bewijsmogelijkheid’ zou ruim opgevat moeten worden opdat burgers ook nadere argumenten kunnen aanvoeren. ‘Nadere onderbouwingsmogelijkheid’ zou passender zijn. In het verlengde zou de term ‘aannemelijk maken’ beter vervangen kunnen worden door ‘onderbouwen’.
- Vervang ‘stelling’ door ‘beroepsgrond’ indien de formele burgerlus hierop doelt. Indien een andere interpretatie wordt gegeven aan ‘stelling’ zou de wetgever dit uitgebreider moeten motiveren.

Er is een principieel krachtverschil tussen partijen (*tweede knelpunt*). Waar het bestuursorgaan met de bestuurlijke lus de kans krijgt om een rechtens juist besluit te nemen, krijgt de burger de kans om het bestreden besluit van tafel te krijgen. Naar het doel van partijen worden beide in algemene zin juridisch gelijk(er) gesteld. Daarbij kan bedacht worden dat de formalisering van de burgerlus, zoals de wetgever ook in de memorie van toelichting stelt, de bestuursrechter aanspoort om vaker dit instrument in te zetten. In het licht bekeken van het onderzoek van Marseille en Wever zou de formalisering ertoe kunnen leiden dat het aandeel zaken waarbij het onderzoek alléén ten behoeve van de burger wordt heropend voor ‘input voor oordeelsvorming’ stijgt. Waar eerst geen voordeel werd gezien om de informele burgerlus toe te passen, ziet de bestuursrechter deze mogelijkheid mogelijk wel voor de formele burgerlus. Het is echter ook mogelijk dat de bestuursrechter in plaats van de informele lus de formele burgerlus gaat toepassen, waardoor het aantal zaken niet stijgt, maar binnen hetzelfde kader verschuift. Ik durf hier voorzichtig te zeggen dat in ieder geval ten dele het eerste het geval zal zijn, daar er een positieve relatie bestaat tussen het opnemen van een bepalingen en het daadwerkelijk inroepen daarvan. De juridische ongelijkheidscompensatie zal zich dan vertalen naar een – wellicht beperkte – feitelijke en gevoelsmatige ongelijkheidscompensatie. Wel denk ik dat de opname van de formele burgerlus in de Awb een sterkere aanspraak voor de burger creëert om zich te beroepen op dit instrument. In vergelijking met de buitenwettelijke tussenuitspraak wordt de toepassing voor de burger uit de ‘gelegenheidssfeer’ gehaald, waardoor de burger niet afhankelijk is van de eventuele ‘rekkelijke’ of ‘precieze’ interpretatie van de bestuursrechter. In vergelijking met de informele burgerlus versterkt de codificatie in algemene zin de bewijspositie van burgerpartijen en opent, gezien de transparantie van de tussenuitspraak, de deur voor een uniforme toepassing van de bewijsopdracht

voor burgers. Het wordt hiermee een instrument dat onafhankelijk(er) staat van de persoon van de rechter.

Ik heb wel enige bedenkingen bij het verplicht toepassen van een tussenuitspraak als een bewijsopdracht aan de burger wordt gegeven. Zo is met name de aard van de zaak van belang gebleken voor het toepassen van de buitenwettelijke tussenuitspraak. Hoewel de formele burgerlus de buitenwettelijke tussenuitspraak uit de gelegenheidssfeer haalt, betekent dit niet dat de tussenuitspraak vervolgens op alle zaken waarin een bewijsopdracht wordt gegeven moet worden toegepast. Met andere woorden: de formele burgerlus moet het midden houden tussen het wettelijk verankeren van de buitenwettelijke tussenuitspraak en het vrij laten van de bestuursrechter om de informele weg te bewandelen. De voordelen die de informele burgerlus de bestuursrechter biedt – het snel, vrij en laagdrempelig geven van een bewijsopdracht aan de burger – zou de wetgever niet moeten afsnijden. Dit zou de ongelijkheidscompensatie voor de burger in zijn totaliteit kunnen schaden.

Het is wel van belang op te merken dat zowel de informele burgerlus als de formele burgerlus het principiële krachtverschil niet helemaal weg kan nemen. Beide instrumenten staan in het kader van een partijenprocesrecht waarin de verantwoordelijkheid en het initiatief van bewijzen bij de partijen zelf ligt. Dit geeft ruim baan voor een doorwerking van de principiële krachtverschillen in het proces. Hoewel in dit preadvies buiten beeld gebleven, wijst het onderzoek van Marseille & Wever erop dat het aanwenden van de eigen onderzoeksbevoegdheden, hoewel capaciteitsintensief en tijdrovend, hierin het meeste soelaas bieden.

Aanbevelingen:

- Stel de formele burgerlus niet verplicht als de bestuursrechter een bewijsopdracht aan de burger wil geven. Hierbij verdient het aanbeveling van artikel 8:80a van het wetsvoorstel een 'kan-bepaling' te maken.
- Het beeld komt naar voren dat het bieden van ongelijkheidscompensatie een getrappt instrumentarium is, waarin het aanwenden van de eigen onderzoeksbevoegdheden een zwaar middel is, de formele burgerlus middelzwaar en de informele burgerlus een licht middel. Gelijk aan de finaliseringsladder zou eenzelfde 'compensatieladder' voor het bieden van ongelijkheidscompensatie kunnen worden gegeven.
- Gelijk aan artikel 8:41a van de Awb zou eenzelfde artikel voor ongelijkheidscompensatie kunnen worden opgenomen. Hiermee komt tot uitdrukking dat de bestuursrechter vanaf het moment dat de zaak binnenkomt, nagaat hoe hij ongelijkheidscompensatie kan bieden. Hierdoor komt vroegtijdig de vraag in beeld of de formele burgerlus soelaas kan bieden in de procedure.

Het is voor de burger onduidelijk welke eisen de bestuursrechter stelt aan het leveren van bewijs (*derde knelpunt*). Uit het preadvies komt het algemene beeld naar voren dat de bewijsmaatstaf en bewijswaardering een onderbelicht terrein is. Dit uit zich bijvoorbeeld in de verschillende bewijsrechtelijke termen – 'voldoende aannemelijk', 'aannemelijk' en 'aantonen' – die de bestuursrechter soms door elkaar gebruikt. Met de introductie van de formele burgerlus zal hier naar mijn verwachting geen grote verandering plaatsvinden. Dat de maatstaf 'aannemelijk maken' in artikel 8:51e van het wetsvoorstel is opgenomen maakt dit niet anders. De wetgever

doelt daarmee kennelijk niet op de maatstaf als zodanig, maar beoogt daarmee uit te drukken dat de burger zijn stelling nader kan *onderbouwen*. De fluïditeit en onduidelijkheid van die term brengt de discussie die daarover bestaat mee de formele burgerlus in. Het blijft daarbij onduidelijk welke richting de bestuursrechter ingaat met de spanning tussen de juridische binding van de tussenuitspraak, de verwachtingen die de burger daaraan ontleent en de bewijsmaatstaf die de bestuursrechter toepast op de bewijslevering door de burger. Bij gebrek aan actieve bewijsregie en duidelijke communicatie daarover, waarbij ook de wetgever nalaat dit expliciet in artikel 8:80a van het wetsvoorstel neer te leggen, blijft de ondoorzichtigheid van de bewijsmaatstaf een knelpunt voor de burger.

Toch biedt de formele burgerlus, anders dan de informele burgerlus, enige lichtpuntjes. De gedachtelijn van Schuurmans en Verburg volgend resulteert meer transparantie in de procedure, in de hoedanigheid van de formele burgerlus waarin de bewijspositie van de burger centraal staat, tot een betere en verdere ontwikkeling van het bewijsrecht. De bestuursrechter heeft het bewijsrecht nodig om de formele burgerlus te ontwikkelen, terwijl de bredere toepassing daarvan weer leidt tot een ontwikkeling van het daarvoor noodzakelijke bewijsrecht. Ook zal de bewijsopdracht in de tussenuitspraak vaak, met het oog op het formele karakter en het motiveringsbeginsel, ruimer geformuleerd zijn. In deze ruimere formulering is de kans groter dat de bestuursrechter iets weggeeft over de bewijsmaatstaf die hij aanlegt bij de bewijslevering door de burger. De door Mackor beschreven ‘Scholteniaanse sprong’ komt daarmee ten dele buiten de bestuursrechter te liggen.

Aanbevelingen:

- Gebruik eenduidige bewijsrechtelijke terminologie. Dit brengt structuur aan in de bewijsmaatstaf en maakt deze transparanter voor de burger.
- Neem in artikel 8:80a van het wetsvoorstel, gelijk aan het derde lid, een vierde lid op waarin de motiveringsplicht van de bewijsopdracht wordt opgenomen. Dit maakt het motiveringsbeginsel met betrekking tot de bewijsopdracht voor de bestuursrechter expliciet. Toenemende transparantie maakt een wederzijds versterken van de formele burgerlus en het bewijsrecht mogelijk.

Literatuur

ABRvS Brief 2023

Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 maart 2023. Te raadplegen via www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/pre-consultatie-wet-versterking.

Backes e.a. 2014a

Ch.W. Backes e.a., *Evaluatie Bestuurlijk Lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie/WODC 2014

Backes e.a. 2014b

Ch.W. Backes e.a., 'Vier jaar bestuurlijke lus – success story of teleurstelling?', *JBplus* 2014/4.

Barkhuysen e.a. 2007

T. Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2007.

Barkhuysen & Van Emmerik 2019

T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Equality of arms en de Algemene wet bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Brenninkmeijer 2006

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De strijd om het bewijs', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2006.

Bröring & De Graaf 2022

H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

Van der Bruggen & Verburg 2023

G. van der Bruggen & D.A. Verburg, 'Zo goed en helder en menselijk mogelijk. Een pleidooi voor sprekende uitspraken', in: W. van Boom e.a., *Klare taal*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

CRvB Preconsultatie 2023

Reactie Centrale Raad van Beroep inzake Preconsultatie Wetsvoorstel versterking waarborgfunctie Awb van 23 maart 2023.

Damen 2020

L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht!', NTB 2020/2.

Van Ettekoven 2016

B.J. van Ettekoven, 'De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', O&A 2016/29.

Van Ettekoven 2022

B.J. van Ettekoven, 'It ain't over till the fat lady sings', in: O. Marres & D. Weber (red.), *Rara Avis. Liber Amicorum Peter J. Wattel*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van Ettekoven & Klap 2010

B.J. van Ettekoven & A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', JBplus 2010, afl. 4, nr. 1.

Haan 2014

K.E. Haan, 'De sturende rol van de bestuursrechter en onpartijdigheid – een spanningsveld', JBplus 2014, afl. 3, nr. 3.

Harmsen 2013

M. Harmsen, *Ambtshalve toetsing: gerechtvaardigde uitzondering of uitgeholde regel? Een rechtsgeleerd onderzoek naar de legitimering van het verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter van besluiten aan materieel recht* (diss. Twente), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

De Jong 2018

K.A.W.M. de Jong, 'Geen sfinx te zien. Een onderzoek naar de zaaksbehandeling bij de Amsterdamse bestuursrechter', NTB 2018/16.

Gerbrandy 2012

A. Gerbrandy, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', in: M.A. Loth e.a., *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Koenraad & Verbeek 2014

L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'De brief van de rechter. Een beschouwing over het bekendmaken van procesbeslissingen in het bestuursprocesrecht', JBplus 2014, afl. 1, nr. 4.

Mackor 2022

A.R. Mackor, 'Bewijslessen uit de toeslagenaffaire: wanneer is een feit "aan-nemelijk"?', RMThemis 2022/113.

Marseille 2010

A.T. Marseille, 'Effecten van informalisering van bestuursrechtspraak', NTB 2010, 35.

Marseille 2023

A.T. Marseille, 'Burgerperspectief en burgerlus', openingsrede van de VAR-jaarvergadering 12 mei 2023.

Marseille, De Waard & Laskewitz 2015

A.T. Marseille, B.W.N. de Waarde & P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *NJB* 2015/1482.

Marseille e.a. 2015

A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015.

Marseille, Swinkels & De Jong 2018

A.T. Marseille, W. Swinkels & H.M. de Jong, 'Professionele standaarden en de praktijk van de zitting bij de bestuursrechter', *NTB* 2018/73.

Marseille & Wever 2022

A.T. Marseille & M. Wever, 'Processuele beslissingen van de bestuursrechter: biased ten gunste van de overheid?', *NJB* 2022/618.

Marseille e.a. 2022

A.T. Marseille e.a., *Bestuursrecht 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

Marseille e.a. 2023

A.T. Marseille e.a., 'Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb', *NJB* 2023/819.

De Meulder, Moed & Stoové 2023

K. de Meulder, R.C. Moed & M.C. Stoové, 'Over finalisering en regie – het einde in zicht?', *JBplus* 2023, afl. 1.

NVvR 2023

Advies van de Wetenschappelijke Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) van 24 april 2023.

Ouwehand 2023

I.S. Ouwehand, 'Wanneer schakelt de bestuursrechter een deskundige in?', *NTB* 2023/247.

De Poorter 2023

J.C.A. de Poorter, in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter (red.), *T&C Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Raad van State 2021

Raad van State, 'Verslag van de werkgroep juridisch reflectie. Ten behoeve van de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de kinderopvangtoeslagaffaire', Den Haag: november 2021.

Reflectierapport 2021

Raad van State, 'Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', Den Haag: november 2021.

Sanders 2022

T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

Schlössels 2009

R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009.

Schlössels 2010

R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid?', AA 2010, afl. 7/8.

Schlössels & Albers 2023

R.J.N. Schlössels & C.L.G.F.H. Albers, 'Over rechtspolitieke vloedgolven, maatwerk en verbouwingen aan de Algemene wet bestuursrecht', JBplus 2023, afl. 2.

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schueler 2008

B.J. Schueler, 'De lus als ontkenning van het proces. De introductie van de bestuurlijke lus in de Awb', TBR 2008/153.

Schueler 2009

B.J. Schueler, 'De Metselaar. Bewijs in het bestuursprocesrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2009.

Schueler 2015

B.J. Schueler, 'Voor en na de uitspraak 1987-2015', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Schueler 2019

B.J. Schueler, 'De Awb-rechter na 25 jaar: een karakterschets', *Trema* 2019, afl. 1.

Schuurmans 2005

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.

Schuurmans 2009

Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Schuurmans 2022

Y.E. Schuurmans, 'De Metselaar. Bewijs in het bestuursprocesrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Schuurmans 2023

Y.E. Schuurmans, 'Aannemelijkheid in het bestuursrecht', *RMThemis* 2023, afl. 5.

Schuurmans & Verburg 2012

Y.E. Schuurmans & D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *JBplus* 2012, afl. 2, nr. 5.

Seijsener 2023

C.J. Seijsener, 'Tussenuitspraak over de burgerlus', in: J.A.F. Peters, S. Hillegers & A.G.A. Nijmeijer (red.), *Keynotes. Nijmeegse annotaties als afscheid van Raymond Schlössels*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Tjepkema 2022

M.K.G. Tjepkema, 'Schadevaststelling bij onrechtmatige besluiten: nieuwe en gemiste kansen in titel 8.4 Awb', in: C.H. van Dijk, G. van Rijssen & M.K.G. Tjepkema, *Schadevaststelling in het geding*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

Verburg 2008

D.A. Verburg, 'De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt', Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2008.

Verburg 2009

D.A. Verburg, 'Three is a crowd: Feitenvaststelling bij rechterlijke procedure', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Verburg 2019

D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans. Bejegening, beslechting en bewijs*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Verburg & Van Eijs 2015

D.A. Verburg & S. van Eijs, 'Belgische lussen, Raken wij ook verstrikt?', *JBplus* 2015/2.

Van de Voort 2023

D.T.J. van de Voort, 'Klare taal. Juridisch spelen met Jip en Janneke. Het verslag van het NJV-jaarcongres 2023', *NJB* 2023/1868.

De Waard 2015

B.W.N. de Waard, *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

WRR 2015

WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag 2017.

