

De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb

D.A. Verburg*

‘I’m sure [*my memory*] only works one way,’ Alice remarked. ‘I can’t remember things before they happen.’

‘It’s a poor sort of memory that only works backwards,’ the Queen remarked.

‘What sort of things do *you* remember best?’ Alice ventured to ask.

‘Oh, things that happened the week after next,’ the Queen replied in a careless tone.¹

I Bewijsrechtelijke veelheid en eenheid

De titel van deze bijdrage is misleidend. Het eerste stuk (‘des werkmans beste raadsman’) verwijst niet naar 1994, maar naar 1902 toen minister Loeff de bestuursrechter op het punt van waarheidsvinding zo typeerde. En het tweede stuk (‘bewijsrechtelijke spelverdeler’) gaat helaas niet over 2009, maar over 2014, het jaar waarin de regierol van de bestuursrechter in bewijskwesties eindelijk vaste voet aan de grond heeft gekregen... Dat laatste is vanzelfsprekend een toekomstverwachting en een hoop.² Deze misleidende titel beoogt wel de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke bewijsrecht in het perspectief van een grotere periode te plaatsen.

Over bewijsrechtelijke kwesties zijn twee typen verhalen te vertellen. Slechts één van de twee gaat over bewijs. Het ene verhaal gaat namelijk over bewijsomvang, bewijslastverdeling, bewijsmiddelen en bewijswaardering. Het andere verhaal gaat over: ‘Is er nu een recht op uitkering of niet?’, ‘Is er nu een overtreding of niet?’, ‘Moet de subsidie worden teruggevorderd of niet?’ Het is overdreven om te zeggen

* Mr. drs. D.A. Verburg is vice-president inhoudelijk adviseur van de Rechtbank Utrecht. Met veel dank aan Jan Koreneef (bibliotheek Raad van State), Maayke Bressers (Rechtbank Utrecht), Ymre Schuurmans (Universiteit Leiden) en Bart Jan van Ettehoven (Rechtbank Utrecht).

1 Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*, 1871.

2 Al is het maar omdat ook het geheugen van de schrijver van deze bijdrage werkt als dat van Alice.

dat vóór de komst van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bewijsrechtelijke kwesties in het bestuursrecht geheel onbelicht waren,³ maar voordat de Awb in werking trad en elke materiële wet nog zijn eigen procesrecht kende, lag veel meer de focus op het effectueren van het materiële recht (het verhaal van het tweede type). Met de komst van de Awb werd duidelijk dat de vragen naar het behalen van een recht, de vraag naar wie wat en hoe moest bewijzen en de vraag naar de hardheidsgradiënten van bewijs, een zekere overstijging kennen (het verhaal van het eerste type). Al die vragen die voorafgaande aan de Awb waren gesteld in termen van het materiële recht, werden door de wetstechnische abstrahering van de Awb plotseling vragen van (algemeen bestuurs)bewijsrechtelijke aard. De verschillen tussen de uiteenlopende tradities treden daarmee ook meer aan het licht nu niet langer elk factfindingproces is opgehangen aan zijn 'eigen' wetsbepalingen, maar alle toepassingen zijn van dezelfde Awb-bepalingen. Een proefschrift als dat van Schuurmans⁴ is nagenoeg ondenkbaar in het pre-Awb-tijdperk. De afgelopen jaren zijn sowieso veel publicaties verschenen over feit en bewijs. Te noemen zijn het derde evaluatierapport van de Awb en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek.⁵ Uit dat evaluatierapport kwam ook een belangrijke link naar voren, die tot dan toe onderbelicht was gebleven: als we willen dat de bestuursrechter finaler gaat beslissen, dan moet meer aandacht worden besteed aan feitenonderzoek.⁶ De VAR besteedde in 2009 haar jaarvergadering aan het onderwerp bewijsrecht.⁷ Van Marseille zijn vele publicaties over dit onderwerp te noemen.⁸ Uit vele hoeken wordt druk uitgeoefend op de bestuursrechter om meer werk te maken van 'zijn' bewijsrecht. In het bestuursrecht behoort bewijsrecht – het is nauwelijks gewaagd om dat te zeggen – tot de hottest issues van de afgelopen jaren.⁹

- 3 Vergelijk J.M. Kan, 'Bewijzen in het administratief recht', *RM Themis* 1966, p. 519-541; J.M. Kan, 'De Afdeling voor de geschillen van bestuur', in: *Raad van State 450 jaar*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1981, p. 212-213; J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak, *Hoofdlijnen van het administratief procesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990; S.V. Hoogendijk-Deutsch, 'Beginselen van behoorlijk bewijs in administratieve rechtspraak', *RM Themis* 1992, p. 308-323; P.J.J. van Buuren e.a. (red.), *Administratieve Rechtsgangen*, Algemeen Deel, paragraaf 5.7 (supplement 17, 1988) van H. Bolt, Deventer: Kluwer. Vergelijk verder de omineuze woorden 'Het beste bewijsrecht is geen bewijsrecht.', A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht* (preadvies VAR 82), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 50.
- 4 Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), (hierna: Schuurmans 2005) Deventer: Kluwer 2005.
- 5 Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, (hierna: Evaluatiecommissie Awb III), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, (hierna: Barkhuysen, Damen, e.a. 2007) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
- 6 Evaluatiecommissie Awb III, p. 34 en 44; B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 119-120.
- 7 *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- 8 Bijv. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; A.T. Marseille, 'De bestuursrechter en diens vrijheid. Van actief naar lijdelijk (en weer terug?)', *Trema* 2007/10, p. 423;
- 9 B.J. Schueler, 'Last van de vrije bewijsleer', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht (Opstellen voor prof. mr. J.B.J.M. ten Berge)* (hierna: Schueler 2008), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 443.

De twee genoemde typen verhalen kennen elk hun eigen valkuil. Zij die in de rechtspraak vooral gericht zijn op de verwezenlijking van de materiële rechten (het verhaal van het tweede type), zien het proces ‘slechts als middel’ om die materiële rechten te verwezenlijken. De valkuil is dat het bewijsrechtelijk proces verwaarloosd raakt en niet precies wordt gekeken wie de bewijslast heeft, zodat de partij die ‘ongelijk heeft’, ‘gewoon’ in de schoenen geschoven krijgt dat zij haar standpunt over de feiten niet aannemelijk heeft gemaakt.¹⁰ Het gevaar van willekeur ligt hier op de loer. Zij die in de rechtspraak vooral gericht zijn op het proces (het verhaal van het eerste type), lopen het risico dat de werkelijke belangen waarover de zaak gaat, op de achtergrond raken. De valkuil is dat het proces heilig wordt, zodat nooit aan de inhoud wordt toegekomen. Het gevaar van formalisering ligt hier op de loer. Elk van de bestuursrechtelijke deelgebieden kent op het continuüm tussen die twee extremen zijn eigen traditie en voorkeur.

2 Bewijsrecht in de bestuursrechtspraak¹¹

2.1 Werkdefinities

In deze bijdrage worden de volgende werkdefinities van enige bewijstermen gebruikt:¹²

- bewijslast: het samenstel van bewijsrisico en bewijsvoeringslast;
- bewijsrisico: het risico dat een bepaalde partij, indien zij er niet in slaagt de (betwiste) feiten aannemelijk te maken, er de nadelen van draagt dat zij niet zijn komen vast te staan;
- bewijsvoeringslast: (als synoniem: bewijsleveringslast) de verplichting voor een partij de benodigde gegevens in te brengen teneinde het zich voordoen van gestelde feiten aannemelijk te maken dan wel teneinde twijfel te zaaien bij het zich voordoen van door een andere partij gestelde feiten;
- tegenbewijs: bewijs dat de juistheid van het bewijs van de andere partij ondergraaft, in twijfel trekt (‘zo is het niet’);
- tegendeelbewijs: bewijs dat een andere situatie/feitenconstellatie aannemelijk maakt dan die die door de tegenpartij is gesteld (‘het is niet zus, maar zo’).

2.2 Besluit op aanvraag of ambtshalve besluit

De wetgever heeft er bij het ontwerpen van de Awb voor gekozen geen bewijsrecht op te nemen in hoofdstuk 8 van die wet. De rechterlijke fase wordt dus niet beheerst door een ‘eigen’ bewijsrecht. De wetgever vond met name dat het streven

¹⁰ Een mooie uitzondering is het belastingrecht. Daar bestaat wel een sterke concentratie op de inhoud van de zaak, maar dat heeft er niet toe geleid dat het bewijsrecht slecht of onduidelijk zou zijn geregeld. Integendeel, onder leiding van de Hoge Raad heeft juist de belastingrechtspraak een helder bewijsrecht gekregen.

¹¹ Deze paragraaf steunt voor een belangrijk deel op D.A. Verburg, ‘Three is a crowd: Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen’, in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, (hierna: Verburg 2009) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, paragrafen 2, 3, 5 en 6.

¹² In navolging van Schuurmans 2005, p. 15-35; verder Verburg 2009, p. 245-256.

naar de materiële waarheid, ongelijkheidscompensatie en de rechterlijke hoge mate van activiteit als kenmerken van het bestuursprocesrecht – alle in afwijking van het civiele procesrecht – pleiten tegen een schakelbepaling waarin het civiele bewijsrecht van met name artikelen 149 en 150 Rv van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Sterker, de wetgever vond het daarom onwenselijk om te veel bewijsrecht in hoofdstuk 8 op te nemen.¹³

De bestuursrechter heeft dus geen eigen bewijsrecht ten opzichte van de civiele rechter, maar ook geen eigen bewijsrecht ten opzichte van de taakverdeling om feiten te vergaren in de bestuurlijke fase. De bestuursrechter heeft vooral in die feitenvergaring in de bestuurlijke besluitvormingsfase inspiratie gezocht. Het bestuursrechtelijk bewijsrecht zoals dat in de beroepsfase geldt, wordt ‘opgetrokken’ uit de verhouding tussen onderzoeksplicht en verantwoordelijkheid voor de juistheid van de feitenvaststelling aan de zijde van het bestuursorgaan (art. 3:2 van de Awb) enerzijds en de verplichting om nodige en voor hem redelijkerwijs verkrijgbare informatie aan te dragen aan de zijde van de aanvrager (art. 4:2, tweede lid, van de Awb) anderzijds. Het artikel 4:2, tweede lid, van de Awb, dat hier vaak wordt genoemd, staat eigenlijk model voor een veel breder scala aan specifieke, in de desbetreffende bijzondere regelgeving opgenomen, aanvraagverplichtingen.¹⁴ Dit – op zichzelf redelijk onomstreden¹⁵ – systeem waarbij het rechterlijke bewijsrecht wordt opgetrokken uit de verdeling van verantwoordelijkheden voor de feitenvergaring in de bestuurlijke besluitvormingsfase, heeft dus als belangrijkste onderscheid of een besluit ambtshalve wordt genomen of op aanvraag. Bij ambtshalve besluiten draagt in beginsel steeds het bestuursorgaan de bewijslast. Dit wordt nog sterker als het gaat om besluiten met een punitief karakter. Bij besluiten op aanvraag rust op de aanvrager de bewijslast voor de aanvraaggegevens (gegevens die hij volgens wettelijk voorschrift moet overleggen of die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van zijn aanvraag en redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd), terwijl het bestuursorgaan de bewijslast draagt voor alle andere benodigde gegevens.

Onafhankelijk van de vraag op welke partij de bewijslast rust, brengt artikel 3:2 van de Awb tot uitdrukking dat het bestuursorgaan altijd verantwoordelijk is voor de juistheid van de feitenvaststelling. Het bestuursorgaan is verplicht om bij de uitoefening van zijn bevoegdheden, met inachtneming van het algemeen belang, de feiten vast te stellen.¹⁶ Die feitenvaststelling is immers benodigd om tot besluit-

13 PG Awb II, p. 169-176. Zie verder Y.E. Schuurmans, ‘De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht’, in *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, (hierna: Schuurmans 2009) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 132.

14 Zie hierover Schuurmans 2005, p. 47 e.v.; M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, (hierna: Schreuder-Vlasblom 2008) Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 324 e.v.; L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2 – Rechtsbescherming tegen de overheid – Bestuursprocesrecht*, (hierna: Bestuursrecht 2) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 253 en 264; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 73.

15 Zie voor belangrijke tegengeluiden R.J.N. Schlössels, ‘Een vrije en kenbare bewijsleer?’, in *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, (hierna: Schlössels 2009) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 39-52.

16 Men spreekt dan vaak over de ‘hoofdregel van bestuursrechtelijk bewijs’. Vergelijk Schreuder-Vlasblom 2008, p. 324 e.v.; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 331; Evaluatiecommissie Awb III, p. 29.

vorming te komen. Hieruit volgt dat de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan de regel is en de plicht van een burger om gegevens of informatie bij te brengen de uitzondering. Zonder heldere (wettelijke, op de wet gebaseerde of systemische)¹⁷ aanleiding komt men aan een uitzondering niet toe. Artikel 3:2 van de Awb kent in dit verband twee gezichten. Bij een bevoegdheidsuitoefening waar de 'bewijslast' (onderzoeksplicht) vooral op het bestuursorgaan rust, is de betekenis van artikel 3:2 vrij eenvoudig: het bestuursorgaan moet de feiten vergaren. Bij een bevoegdheidsuitoefening waar de 'bewijslast' (plicht om gegevens of informatie te verschaffen) vooral op de burger rust, is die betekenis van artikel 3:2 dat het bestuursorgaan de burger zo goed mogelijk moet informeren over wat die burger moet doen om aan zijn bewijslast te voldoen (begeleidingsplicht van het bestuursorgaan). Het bestuursorgaan moet dan door het stellen van vragen of het vaststellen van een formulier de burger duidelijk maken wat van hem wordt verwacht.¹⁸ De verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor een juiste feitelijke grondslag van zijn besluit (de 'hoofdregel') betekent dus niet dat hij alle benodigde informatie zelf moet opsporen. Ook als op een burger de verplichting rust zijn aanvraag van de benodigde gegevens te voorzien (en hij in zoverre de 'bewijslast' draagt), blijft het bestuursorgaan dus op een bepaalde manier verantwoordelijk; het moet verduidelijken en faciliteren.

2.3 De strekking van de materiële wet en de aard van de uitgeoefende bevoegdheid

Op het punt van de bewijslastverdeling bij besluiten op aanvraag, moet een nuancering worden gemaakt. Dat betreft de strekking van de materiële wet of de aard van de bestuurlijke bevoegdheid. Hiervoor is betoogd dat bij besluiten op aanvraag de hoofdregel dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de juistheid en volledigheid van de feitenvaststelling, wordt gemitigeerd door de verplichting van de aanvrager zijn aanvraag te voorzien van de benodigde en in redelijkheid van hem te vergen gegevens. Er zijn nogal wat besluytypen waarbij wel een aanvraag moet worden gedaan, maar waar toch de bewijslast nagenoeg geheel bij het bestuursorgaan ligt, bijna als bij ambtshalve besluiten. Alle sociale-verzekeringssuitkeringen zijn besluiten op aanvraag. Bij een besluit krachtens de WAO/Wet WIA moet de aanvrager een uitvoerige aanvraag invullen en rusten op hem allerlei informatieverplichtingen over zijn medische toestand. Toch hoeft hij niet aannemelijk te maken dat hij arbeidsongeschikt is. De bewijslast rust vooral op het UWV, door inschakeling van een verzekeringsarts en een arbeidsdeskundige, om – grofweg gezegd – aannemelijk te maken dat betrokkene niet arbeidsongeschikt is, alvorens tot weigering van de uitkering te kunnen overgaan. Dat dat zo is, kan worden verklaard uit de aard van de toegepaste bevoegdheid. De sociale-verzekeringswetten kennen een sterk claimrecht toe aan de aanvrager. Een verzekerde arbeidsongeschikte *heeft recht* op een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

17 Een belangrijke systemische aanleiding ligt in het beroep op een zelfstandige norm/uitzondering; zie paragraaf 2.4.

18 ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1094 en AB 2006, 147 m.nt. NV, ABRvS 16 november 1999, AB 2000, 24 m.nt. MSV, CRvB 31 januari 2006, LJN AV1178 en JB 2006/99 m.nt. AJB, CBB 11 januari 2000, AB 2000, 286 m.nt. JHvdV.

Het wettelijk toegekende claimrecht maakt dat de bewijslast grotendeels op het bestuursorgaan rust. De bijzondere wet legt dan op het bestuursorgaan een zware onderzoeksplicht, ook bij een besluit op aanvraag. Pas als het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, is het aan de appellerende burger om aannemelijk te maken dat het bestuursorgaan er naast zit. Dat is niet of nauwelijks anders dan bij ambtshalve besluiten. Van belang is ook dat (mogelijkerwijs jarenlang) premies zijn betaald – het is immers een verzekering – zodat toedeling van een groot deel van de bewijslast aan de aanvrager ook uit dat oogpunt merkwaardig zou zijn. De hardheid van het claimrecht heeft dus belangrijke bewijslastverdelingsconsequenties.

2.4 Beroep op een uitzondering of zelfstandige norm

Van geheel andere aard is het beroep op een uitzondering of een zogeheten zelfstandige norm.¹⁹ Het bestuursorgaan baseert zijn besluit op bepaalde feiten die, gelet op de toepasselijke rechtsregels, moeten worden betrokken in de besluitvorming. Soms gaat de burger niet in op die feiten, maar stelt hij daarnaast allerlei andere feiten, waarmee hij impliciet of expliciet een beroep doet op een heel andere rechtsregel. Het gaat dan bijvoorbeeld om het gelijkheidsbeginsel,²⁰ het vertrouwensbeginsel, het overgangsrecht bij een bestemmingsplan of bijzondere omstandigheden (inclusief een beroep op art. 3:4, tweede lid, van de Awb, het verbod op een onevenredige uitkomst, en art. 4:84 van de Awb, de bijzondere omstandigheid die noopt tot afwijken van het beleid).²¹ Ook een beroep op een hardheidsclausule en een schulditsluitingsgrond²² valt hieronder. Bij een beroep op een uitzondering of een zelfstandige norm geldt dat de bewijslast van de bijbehorende feiten rust op degene die haar inroept. Vaak is dat de burger.

2.5 Bewijsdomeinen – vuistregels voor een restcategorie

Hiervóór is vooropgesteld de hoofdregel dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de feitenvaststelling. Dat is zijn bewijsdomein. In gevallen waarin er een aanvrager is, behoren sommige gegevens tot diens bewijsdomein. Het bestuursorgaan heeft geen kennis van de desbetreffende gegevens en hoeft die ook niet te hebben, totdat de aanvrager er mee komt. In deze subparagraaf echter gaat het om die gevallen waar dat denken in twee hoofdbewijsdomeinen on-

19 Schuurmans 2005, p. 112 e.v.; Schlössels 2009, p. 58.

20 Vanzelfsprekend mag het bestuursorgaan eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel nooit uit het oog verliezen (zie voor deze algemene consistentiebewaking: ABRvS 15 mei 1997, *JB* 1997/154 en ABRvS 10 september 2003, *AB* 2004, 4 m.nt. R.J.G.M. W.), maar hier is bedoeld dat het bestuursorgaan pas op precieze aangifte van betrokkene de desbetreffende omstandigheden in het bijzonder moet onderzoeken en motiveren.

21 Schuurmans 2005, p. 120-121.

22 Ook hier is het vanzelfsprekend zo dat het bestuursorgaan zich in elk boetebesluit moet afvragen of er een schulditsluitingsgrond is, maar pas op precieze aangifte van betrokkene moet het bestuursorgaan zich een oordeel vormen over de ingeroepen feiten die een schulditsluiting zouden opleveren.

voldoende antwoord biedt, dan wel waarin de uitkomst van de bewijslastverdeling op grond van die dichotomie correctie behoeft.

Dat denken in termen van bewijsdomeinen als restcategorie komt vooral neer op enkele vuistregels.²³ Soms komt in een geding een stelling over een bepaalde feitenconstellatie op waarvan de bestuursrechter eigenlijk zegt ‘met toepassing van de hoofdregel van artikel 3:2 en de mitigering van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb kom ik hier niet tot een goede bewijslastverdeling en dus moet ik wat anders.’ Soms is een ander dan de volgens de regels van de artikelen 3:2 en 4:2, tweede lid, van de Awb aangewezen partij ‘de meest gereede partij’ om iets aannemelijk te maken.²⁴ In dit verband veel gehanteerde vuistregels zijn de volgende:

1. de partij die over bepaalde feiten beschikte of kon beschikken, draagt (ook als zij daarover nu niet meer beschikt) het bewijsrisico;
2. de partij die belang heeft bij een bepaalde feitenvaststelling, heeft de bewijs(voerings)last;
3. de partij binnen wier invloedssfeer de feiten liggen, heeft de bewijs(voerings)last;
4. de partij die een positief feit stelt dient vaak wel, de partij die een negatief feit stelt dient bij voorkeur niet de bewijsvoeringslast te krijgen;
5. de partij die een verandering in een constante situatie wenst te bewerkstelligen, heeft de bewijslast;
6. de partij die de schijn tegen heeft, heeft de bewijsvoeringslast.

2.6 Bewijsvoering

De gedachte is doorgaans dat als de partij op wie de bewijslast rust, in beginsel aan haar bewijsvoeringslast heeft voldaan, zij (als zij het bestuursorgaan is) het door haar gewenste besluit mag nemen. Het is dan aan de hiertegen opkomende burger daar iets tegenover te stellen. De burger draagt dan niet de bewijslast, maar wel een bewijsvoeringslast (dus exclusief bewijsrisico). Hij moet dan in de regel komen met tegenbewijs, niet met tegendeelbewijs. Sterker, in de hier besproken constellatie is juist van belang dat de burger ‘twijfel zaait’ bij de bestuurlijke feitenvaststelling en niet zo maar een verhaal er naast plaats. Als hij aan zijn bewijsvoeringslast voldoet, is het weer aan de eerste om dat nieuwe bewijs te weerleggen, etc. Doorgaans blijft al die tijd het bewijsrisico bij de partij liggen, waar dat oorspronkelijk al lag. Bewijsvoering is daarom een spel van heen en weer springende kansen (dat wil in juridische termen zeggen: plichten, wil men succes behalen).

Het mag zo zijn dat als een partij wél een bewijsvoeringslast, maar niet de bewijslast heeft, het bewijsrisico (dus) bij de tegenpartij is blijven berusten, maar het is goed te beseffen dat ook het niet voldoen aan een bewijsvoeringslast doorgaans betekent dat men de zaak verliest. Als immers het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, is daarna de burger aan zet om met tegenbewijs te komen. Als dat tekortschiet om de bestuurlijke feitenvaststelling in twijfel te trekken, blijft het bestreden besluit dus overeind. Kernelement daarin is wel dat het

23 Schuurmans 2005, p. 121 e.v. en 200 e.v.; D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak*, Zeist: Uitgeverij Kerkebosch 2008 (hierna: Verburg 2008); *Bestuursrecht* 2, p. 266-268.

24 ABRvS 11 januari 2006, LJN AU9389 en AB 2006, 112 m.nt. I. Sewandono.

bestuursorgaan dan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan. Dit is vooral bij WAO/Wia-besluiten te zien: in de bestuurlijke fase heeft al een verzekeringsarts en een bezwaarverzekeringsarts naar de zaak gekeken. Als dan in de beroepsfase betrokkene met niet veel meer dan 'ik kan dat niet, ik ben te ziek' komt, bestaat bijna steeds onvoldoende aanleiding te twifelen aan de bestuurlijke feitenvaststelling. Pas indien tegenbewijs wordt geleverd (informatie van de behandelende arts), kan voldoende twijfel worden gezaaid. Het voelt voor betrokkene daardoor dat hij toch de bewijslast zou hebben, maar daarmee wordt miskend dat in de bestuurlijke fase al heel veel bewijs is verzameld door het bestuursorgaan. Zeker als het bestuursorgaan een beproefde, zo mogelijk geprotocolleerde wijze heeft om de feiten vast te stellen, moet de appellerende burger daar wel wat tegenover stellen, voordat dergelijke twijfel rijst.²⁵ Juist op dit punt worden de meeste zaken door de appellerende burger verloren: hij heeft weliswaar niet de bewijslast (inclusief bewijsrisico), maar omdat in de bestuurlijke fase al heel veel bewijs is bijgebracht door het bestuursorgaan, is hij in het spel van heen en weer springende kansen nu wel aan zet.²⁶ Als hij die kans niet benut, verliest hij zijn zaak. Hierover gaat ook de eerste stelling die Schuurmans innam in haar inleiding voor de op 27 november 2009 gehouden najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht.²⁷

2.7 Feitenvaststelling, rechter of bestuursorgaan?

Werd hierboven over het 'optrekken' van het bewijsrecht voor de beroepsfase uit de verantwoordelijkheidsverdeling voor de feitenvaststelling in de besluitvormingsfase nog gezegd dat dat 'redelijk onomstreden' is, dat gold lange tijd niet voor het volgende onderwerp. Het betreft de op zichzelf wel hiermee samenhangende, maar niet onlosmakelijk verbonden vraag of de rechter zelf de feiten vaststelt of de bestuurlijke feitenvaststelling toetst. Nauwkeuriger gezegd, de vraag of de bestuursrechter (a) de bestuurlijke feitenvaststelling op zorgvuldigheid en volledigheid toetst, of (b) zelf de feiten vaststelt, althans die vaststelling ten overstaan van hem, de rechter, laat plaatsvinden.²⁸

In het Awb-tijdvak van vijftien jaren doorloopt dit debat vier fasen. Aanvankelijk (fase 1) valt het nog niet op dat de verschillende rechtspraaktradities op andere wijze omgaan met die feiten. Zoals gezegd in paragraaf 1 brengt de komst van de Awb mee dat onderlinge verschillen tussen deelgebieden aan het licht treden. Dat

25 Zie bijvoorbeeld CbB 30 september 2005, LJN AU4088, CbB 18 november 2005, LJN AU7341, en CbB 13 januari 2006, LJN AV1021. De door het bestuursorgaan gebruikte satellietgegevens zijn in beginsel betrouwbaar en daarna is het aan betrokkene om overtuigend te laten zien dat de desbetreffende percelen op de relevante momenten, anders dan de satellietbeelden laten zien, wel op een bepaalde wijze werden gebruikt.

26 L.M. Koenraad, 'Deskundig tegenspreken. Beschouwingen over het betwisten van deskundigenadviezen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2009, p. 220, m.n. paragraaf 2.

27 Y.E. Schuurmans, stelling 1. De bewijsvoeringslast verdient meer aandacht dan het bewijsrisico (publicatie volgt).

28 Schlössels 2009, p. 39 e.v. Zie ook de bespreking van de VAR-preadviezen van L.M. Koenraad, J.L. Verbeek, L.M. Brouwer-Harten, 'Begrenzing van vrijheid in het bestuursrechtelijk bewijsrecht', *NTB* 2009/5, nr. 14, m.n. paragraaf 5.

gebeurt ook op het punt van de vraag of de bestuursrechter de feitenvaststelling toetst of zelf de feiten vaststelt (fase 2). Het heeft aanvankelijk het aangezicht van een gemengd dubbel bij tennis. Damen serveert,²⁹ Schreuder-Vlasblom en Daalder slaan de bal terug,³⁰ gevolgd door een slag van De Bock die volgens sommigen een succesvolle smash is, volgens anderen in het net belandt.³¹ Vervolgens breidt de discussie zich uit, worden de stellingen betrokken en krijgt het debat meer en meer de toon van 'deze benadering is goed en die is fout' (fase 3).³² Inmiddels lijkt dit debat meer tot rust gekomen (fase 4). Dat bleek ook bij de VAR-jaarvergadering op 15 mei 2009. Of de bestuursrechter naloopt of het bestuursorgaan de feiten zorgvuldig en volledig heeft vastgesteld of zelf de feiten vaststelt, is wat benadering, legitimering en wijze van opschrijven in een uitspraak betreft, zeer verschillend, maar omdat ook die eerstgenoemde toetsingswijze normatief van aard is (wat had het bestuursorgaan behoren vast te stellen, gegeven de aanvraag, zijn onderzoeksplicht, de aangedragen informatie, de gevraagde informatie, de verdere communicatie tussen bestuursorgaan en burger), vloeien uit dit paradigmaverschil op zichzelf niet per se grote verschillen in uitkomst voort.³³ Bij blote feiten³⁴ is het verschil sowieso klein: toetsen houdt daarbij doorgaans voor de bestuursrechter in: zelf vaststellen om te toetsen of het bestuursorgaan de feiten juist heeft vastgesteld (bijvoorbeeld: met een liniaal de grootte van het plandeel op de bestemmingsplankaart nameten en die aan de hand van de schaal omrekenen naar meters om te bezien of de grootte die in het bestreden besluit is genoemd, juist is). Bij aggregaten van blote feiten en complexe feiten moet het vermogen van de bestuursrechter niet worden overschat. Of men nu aanhanger van de zorgvuldigheidstoets is of behoort tot diegenen die bewijs ten overstaan van de rechter wensen, men is al snel gedwongen vooral de motivering en de deskundigeninbreng van het bestuursorgaan na te lopen, mede aan de hand van beroepsgronden en deskundigeninbreng van de eisende partij.³⁵ Pas als daarbij een alarmbel afgaat, zal dóórvragen of dóórzoeken aan de orde zijn, bijvoorbeeld door benoeming van een deskundige. Ook dan is het verschil klein. Wat de bestuursrechter kan, loopt in de wat moeilij-

29 L.J.A. Damen, 'De bewijsfuik – Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', *AA* 49 (2000) 1, p. 61.

30 E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul – De vaststelling van feiten in het bestuursrecht', *NTB* 2000/7, p. 214. Markant is overigens dat al bij M. Heldeweg, *Normstelling en expertise, Waarborgen voor technische deskundigheid, in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1993, een soortgelijke opvatting voorkomt.

31 R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het Vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak', *JBplus* 2000, p. 66.

32 Zie voor de vele publicaties onder andere bij B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, m.n. hoofdstuk 2, Schlössels 2009, p. 39 e.v. en *Bestuursrecht* 2, p. 256-258.

33 Verburg 2008, p. 162-163.

34 Bedoeld is: feiten die zich eenvoudig laten vaststellen.

35 B.W.N. de Waard, 'Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd (Liber amicorum F.A.M. Stroink)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 113-124, m.n. p. 123-124; J.E.M. Polak, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 112-113.

kere gevallen al snel tegen grenzen op. In de volgende paragraaf zal nader worden ingegaan op enige factoren die grenzen stellen aan wat de bestuursrechter kan.

2.8 Trechters

Dit is niet de plaats om de hele onderdelendiscussie uiteen te zetten. Voor zover die discussie relevant is geweest voor de zogenoemde bewijsfuikenproblematiek, moet er wel iets over worden gezegd. Met de komst van het nieuwe artikel 6:13 van de Awb per 1 juli 2005, leek het erop dat gronden- en bewijstrechters werden afgeschaft en vervangen door een onderdelentrechter.³⁶ De uitleg van de bedoeling van artikel 6:13 van de Awb die de minister van Justitie, na enige omwegen, had gegeven aan de Tweede Kamer, leek ook zeker in die richting te wijzen: Het is 'de bedoeling van het nieuwe artikel 6:13, dat deze "fuiken" slechts kunnen worden toegepast, voor zover de voor het eerst bij de rechter aangevoerde argumenten of bewijsmiddelen betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet aan de orde is gesteld.'³⁷ Het lijkt er echter sterk op dat de Afdeling bestuursrechtspraak ook onder de werking van het huidige artikel 6:13 van de Awb nog ruimte en noodzaak ziet om bewijs buiten te sluiten als dat al in de bestuurlijke fase had kunnen en moeten worden ingebracht. Bedacht moet worden dat de theoretische grondslag van de bewijstrechter enerzijds en de onderdelentrechter anderzijds zo verschillend is, dat voor vervanging van de eerste door de tweede geen fundamentele, maar slechts een rechtspolitieke rechtvaardiging bestaat. De opvatting van de Afdeling hangt samen met (al vloeit zij niet noodzakelijkerwijs voort uit) de opvatting over de bestuursrechter die vooral de bestuurlijke feitenvaststelling moet toetsen en niet zelf de feiten moet vaststellen. Het is te vroeg voor een precieze afbakening van deze trechter, maar in ieder geval lijken er twee voorwaarden te zijn: (a) het inbrengen van het stuk behoort tot het specifieke bewijsdomein van betrokkene (dat wil zeggen: het bestuursorgaan hoeft op dat punt pas 'aan de slag' te gaan als betrokkene met een bewijsmiddel komt) en (b) het bestuursorgaan heeft betrokkene nadrukkelijk gewezen op de noodzaak dat hij bewijs op dat punt inbrengt en hem zo mogelijk ook meegedeeld wat de consequenties zijn indien hij dat niet doet.³⁸ Daarmee zijn we na vele jaren weer terug bij de winterbewaarpri-jurisprudentie.³⁹

36 Zie Schuurmans 2005, p. 248-260; B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; A.M.M.M. Bots, 'Het trechtermodel in het licht van het rechtseenheidsvraagstuk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid - Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 251-272; M. Schreuder-Vlasblom, 'Artikel 6:13 Awb: van berustingsbepaling tot koekoeksjong', *JBplus* 2007, p. 134; J.C.A. de Poorter, 'De onderdelentrechter in artikel 6:13 Awb: een dissonant of een doordachte systeemwijziging?', *TBR* 2008, p. 357; Verburg 2009, p. 287 e.v.

37 Brief van 29 oktober 2004, *Kamerstukken II*, 2004-2005, 29 241, nr. 11.

38 ABRvS 13 juni 2007, LJN BA7098, *JB* 2007/147 en *BR* 2007, p. 675 m.nt. J.W. van Zundert; ABRvS 5 maart 2008, LJN BC5805 en *JB* 2008/96 m.nt. R.J.N. S.; ABRvS 23 juli 2003, AB 2003, 448 m.nt. BJS en *JB* 2003/258; ABRvS 11 januari 2006, LJN AU9389 en *AB* 2006, 112 m.nt. I. Sewandono; ABRvS 22 november 2006, LJN AZ2798; ABRvS 10 september 2008, LJN BF0298 en *JB* 2008/233 m.nt. L.M. Koenraad.

39 ABRvS 19 augustus 1999, *AB* 1999, 403 m.nt. MSV. Zie ook Schuurmans 2005, p. 157.

2.9 Andere vormen van bewijsuitsluiting

Naast deze vorm van bewijsuitsluiting wegens het late moment, zijn er nog twee andere. Die hebben geen betrekking op de kern van het bewijsrecht en worden daarom hier slechts genoemd. Het betreft (1) te late inbreng van bewijsmiddelen bij de toepassing van een regeling die een harde sluitingsdatum kent (bijvoorbeeld bij subsidies en aanbesteding) en (2) inbreng van aanvraaggegevens nadat een gebrekkige aanvraag buiten behandeling is gesteld met toepassing van artikel 4:5 van de Awb.⁴⁰

3 Wanneer bewijs moeilijk wordt

3.1 Nogmaals: feitenvaststelling, rechter of bestuursorgaan?

In de paragraaf hiervoor ging het al over gevallen waarin aggregaten van blote feiten of complexe feiten spelen. Als dat zich voordoet, zo is daar gezegd, moet het vermogen van de rechter om zelf feiten vast te stellen of de feiten ten overstaan van de rechter te laten vaststellen, niet worden overschat. Dat de bestuursrechter dan kiest voor een benadering die neerkomt op het nalopen van de bestuurlijke feitenvaststelling is dan niet zo zeer een principiële keuze, maar meer een noodzaak. Overigens is die benadering niet beperkt tot het nalopen van de procedurele kant; dat zou een persiflage zijn. Ook in deze benadering immers is de toets of de eisende partij voldoende twijfel heeft gezaaid bij de bestuurlijke feitenvaststelling. Waar het op neerkomt is dat als de bestuursrechter moet oordelen over complexe feitenvaststellingen, hij in hoge mate moet leunen op de bestuurlijke feitenvaststelling en die naloopt op zorgvuldigheid en volledigheid.⁴¹ In deze paragraaf wordt onderzocht wat voor soort bewijsvraagstukken zich in het bestuursrecht voordoen die zo'n aanpak noodzakelijk of in ieder geval geschikter maken.

3.2 De bepalende 'feiten' liggen in de toekomst

Dit is wellicht de grootste categorie.⁴² Dit type zaken, met name in het omgevingsrecht, kenmerkt zich door (a) een geringe hoeveelheid 'echte' feiten in het heden en verleden (dus feiten die zich in beginsel voor eenduidige vaststelling lenen) en (b) een extrapolering van die feiten naar de toekomstige situatie, aan de hand van scenario's die een vergelijking mogelijk maken tussen de toekomstverwachting indien de ingreep wèl en indien die ingreep niet plaatsvindt.⁴³ Voorbeelden zijn: wat zijn de gevolgen voor de scheepvaartveiligheid indien op 15 km uit de kust een windturbinepark in de Noordzee komt, wat zijn de gevolgen voor een paartje steenuilen indien deze woonwijk wordt gebouwd, wat zijn de gevolgen voor de luchtkwaliteit als deze weg wordt aangelegd, etc.? Bepalend voor de uitkomst is dan welke ge-

⁴⁰ Zie Verburg 2009, p. 283-287.

⁴¹ Vergelijk: Raad van State, Jaarverslag 2007, p. 80.

⁴² En het citaat bovenaan deze bijdrage is gekozen vanwege deze bewijsmoeilijkheid.

⁴³ Hierover gaat de oratie van B.J. Schueler, 'Wijsheid achteraf? Onzekere gevolgen in het omgevingsrecht', gehouden op 10 februari 2009 (nog niet in druk verschenen).

volgtrekking op *theoretische* gronden wordt gekoppeld aan nu vaststelbare feiten. Vaak gaan de geschillen wel over die geringe hoeveelheid feiten (hadden ook andere feiten moeten worden betrokken, zijn die feiten wel juist vastgesteld, kunnen deze feiten dienen als basisdata op grond waarvan de toekomstvoorspelling kan worden gedaan?), maar dat zijn eigenlijk schijngevechten. De geringe hoeveelheid echte feitelijke vragen raakt bovendien vermengd met de keuze voor een bepaalde theorie of een bepaald model (model X houdt geen rekening met die en die feiten). Dat roept weer vragen op wat de vooronderstellingen daarvan zijn, of die wel juist zijn, etc. De toekomst is niet zintuiglijk waar te nemen en leent zich dus niet voor bewijs. Modeleerbaar is niet bewijsbaar. Toekomstvoorspellingen zijn bovendien per definitie met onzekerheid omgeven. Bij zaken uit deze categorie kan vanwege die onzekerheid van de toekomst al snel ook een politieke component binnenkomen. Illustratief is de beslissing over dijkverhogingen ten gevolge van een mogelijke zeespiegelstijging, ten gevolge van een vermoedelijke temperatuurstijging. In dit soort gevallen is het vrij logisch dat het zwaartepunt ligt op de bestuurlijke feitenvaststelling en dat de rechter die (verknoopte) feitenvaststelling en toekomstvoorspelling toetst.⁴⁴ Rechtspreken is toch echt minder een kwestie van vooruitzien dan regeren. Wat de rechter doet, is zeker niet beperkt tot een puur formele zorgvuldigheidstoets. Hij zal bijvoorbeeld, afhankelijk van de beroepsgronden, ook toetsen of het door het bestuursorgaan gehanteerde model wel *state of the art* is.

3.3 De feiten zijn onmogelijk vast te stellen

Soms is waarheidsvinding (bijna) onmogelijk. Dat komt systematisch voor bij asielzaken. Noch de asielzoeker, noch de IND is in staat om bewijs te verzamelen. En zoals bekend, hoe dictatorialer het bewind, des te minder de aantallen arrestatiebevelen, officiële verslagen van toestanden in gevangenissen, etc. Navraag doen bij de autoriteiten in het land van herkomst door de IND betekent juist in serieuze gevallen dat er weinig meer uitkomt dan dat betrokkene ná dat onderzoek zeker niet meer kan terugkeren zonder op een warm welkom van de autoriteiten te kunnen rekenen. Dat maakt dat 'bewijs' in asielzaken vaak niet over feiten, maar over verhalen over feiten gaat. Het geloofwaardigheidsoordeel komt in de plaats van het onderzoek naar feiten en omstandigheden.⁴⁵ Die situatie rechtvaardigt de op zichzelf ongebruikelijke benadering die de Afdeling bestuursrechtspraak hier vanaf november 2002 heeft ingezet.⁴⁶ Het geloofwaardigheidsoordeel van de IND, wordt in die benadering terughoudend getoetst. Dat stelt natuurlijk wel scherpe eisen aan de zorgvuldigheid en motivering van het besluit (bijvoorbeeld inzichtelijkheid in de methoden en technieken die zijn gebruikt om de geloofwaardigheid

44 Zie voor een belangrijk ander geluid Schlössels 2009, p. 47-50.

45 E.C.H.J. van der Linden, 'De mantra der zorgvuldigheid: tussen de marges van de marginale toetsing en het bestuurlijk geloofwaardigheidsoordeel', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd (Liber amicorum F.A.M. Stroink)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 129.

46 Zie m.n. ABRvS 15 november 2002, AB 2003, 96 m.nt. Y.E. Schuurmans, en 27 januari 2003, RV 2003/57 m.nt. TS, 11 december 2003, JV 2004/52 m.nt. BPV; Schuurmans 2005, p. 71-73.

te beoordelen),⁴⁷ maar op het geloofwaardigheidsoordeel heeft de IND dus enige mate van beoordelingsvrijheid. Sindsdien zijn enige belangrijke verzachtingen van de harde kanten van deze benadering geaccepteerd. Of een tegenstrijdigheid in het verhaal nu een essentieel onderdeel van het asielrelaas uitmaakt (en daarmee dus de rest ondergraaft), wordt door de rechter niet terughoudend getoetst.⁴⁸ Ook de beoordeling door de IND van het realiteitsgehalte van de door de vreemdeling aan de (niet ongeloofwaardig geachte) gebeurtenissen ontleende vermoedens over wat hem bij terugkeer naar het land van herkomst te wachten staat, wordt niet terughoudend getoetst.⁴⁹ De hierboven beschreven terughoudende toetsing is uniek voor het asielrecht⁵⁰ en dat zou het ook zeker moeten blijven. Alleen daar, met die systematische onmogelijkheid de feiten te achterhalen, is het passend. Bij zo'n geloofwaardigheidsoordeel is geen heel harde grond aanwezig om te zeggen dat de IND daar beoordelingsvrijheid *moet* krijgen, maar de keuze om beoordelingsvrijheid aan te nemen is binnen de wetssystematiek van de Vreemdelingenwet 2000 en vanwege de gedachte dat de IND een beter overzicht heeft over de asielrelazen van alle asielzoekers dan de rechter, wel een begrijpelijke.

3.4 De feiten zijn complex en theoriegeladen

Deze categorie is verwant aan de eerste categorie. Ook hier is sprake van een combinatie van feiten en theorie. Het gaat dan om theorie om de (weinige) feiten te analyseren. In mededingingszaken bijvoorbeeld is sprake van een combinatie van feiten en economische theorie om te bepalen of bijvoorbeeld sprake is van een kleine markt voor hoofdpijnbestrijders (waarop een bepaalde fabrikant dan een dominante positie heeft) of een veel grotere, algemene markt voor pijnbestrijders (waarop diezelfde fabrikant, met diezelfde omvang dan helemaal geen dominante positie heeft).⁵¹ Vergelijkbare vragen zijn bijvoorbeeld te stellen bij iets als 'transparantie van de markt'. Transparantie van de markt behoort tot het domein van de feiten, maar er is geen eenduidige beslisregel vast te stellen onder welke condities conclusie A of conclusie B moet worden getrokken. Dat komt door de hoge theoriegeladenheid die aan deze feitenvaststelling verbonden is.⁵² Aangezien voor elk economisch denken de afgelopen decennia wel een keer de Nobelprijs is uitgereikt, is de keuze voor deze of die economische theorie een kwetsbare. Het is dan vrij logisch dat het zwaartepunt ligt op de bestuurlijke feitenvaststelling en dat de rechter die theoriegeladen feitenvaststelling toetst.

47 Bijvoorbeeld bij leeftijdonderzoek: ABRvS 23 oktober 2003, AB 2003, 430 m.nt. I. Sewandono, 3 maart 2004, AB 2004, 128 m.nt. I. Sewandono, 31 maart 2004, JV 2004/210, en 21 april 2004, JV 2004/236, en bij taalanalyse: 8 april 2004, JV 2004/218, en 28 december 2005, JV 2006/60.

48 ABRvS 23 mei 2008, JV 2008/292 m.nt. HBA.

49 ABRvS 21 juli 2009, JV 2009/378 m.nt. K.E. Geertsema.

50 Verburg 2008, p. 172-174; doorgaans gaat het bij beoordelingsvrijheid juist niet om de vaststelling van de feiten, maar om de *appreciatie* ervan.

51 Verburg 2009, p. 238-239; A.T. Ottow en E. Doing-Bierens, 'Enige contouren van het economisch bewijsrecht', *JBplus* 2008, p. 170-187.

52 Schuurmans 2009, p. 129.

3.5 De feiten zijn complex en beleidsgeladen

De laatste hier besproken categorie is eveneens verwant aan de eerste en derde. Hier gaat het om zaken waarin een geringe hoeveelheid feiten wordt verbonden met beleidsopvattingen om tezamen tot een bestuurlijk oordeel te leiden. Meest in het oog springend voorbeeld is kunstensubsidiëring. De echte ('ruwe') feiten zijn doorgaans gering (een bepaald speelplan van een theatergezelschap, een bepaalde positie de afgelopen periode, een bepaalde ontvangst in de kritiek). De vertaling van die geringe hoeveelheid feiten in oordelen als 'de vernieuwendheid' van dit theatergezelschap is echter bepalend voor de subsidiebeslissing. Die vertaling is vanzelfsprekend sterk beleidsgeladen, maar wel verknoot met de feiten.⁵³ Ook dan is vrij logisch dat het zwaartepunt ligt op de bestuurlijke feitenvaststelling en dat de rechter die beleidsgeladen feitenappreciatie toetst.

3.6 Bespreking van deze factoren

De hierboven besproken factoren maken een feitenvaststelling door of ten overstaan van de rechter moeilijk of onmogelijk. Aangezien deze factoren spelen in heel veel bestuursrechtelijke zaken,⁵⁴ beïnvloedt deze constatering sterk de uitkomst van het debat over het primaat bij de rechterlijke of bestuurlijke feitenvaststelling. Bij het primaat op die laatste, gaat in de rechterlijke toets veel aandacht uit naar de wijze waarop die feitenvaststelling heeft plaatsgevonden en iets minder naar de uitkomst. Toch is die toets niet alleen maar een 'nalopen van de regeltjes'. Ook die toets gaat dus uiteindelijk over de inhoud. Mogelijk kan nog aan kwaliteit worden gewonnen als de bestuursrechter nog scherper gaat letten op de manier waarop van de geringe hoeveelheid feiten in het hier en nu een vertaling wordt gemaakt door middel van een gemodelleerde toekomstvoorspelling (eerste factor), gestandaardiseerde beoordelingswijze (tweede factor), theorie (derde factor) of beleid (vierde factor). De voor die vertaling gehanteerde modellen moeten state of the art zijn en de keuze voor een model moet gemotiveerd kunnen worden. Ook moet er een overtuigende relatie bestaan tussen de input en de output.⁵⁵

4 Bewijsrecht in de Awb?

4.1 De schrale positie van partijen bij de bestuursrechter

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat grosso modo wel duidelijk is hoe de bewijslastverdeling in het bestuursrecht is. De verantwoordelijkheden in de bestuurlijke fase voor de feitenvergarig zijn doorgaans wel helder of helder te krijgen. En uit die verdeling van verantwoordelijkheden wordt voor de rechterlijke fase

53 E.M.J. Hardy, 'Advisering in de kunst. De Cultuurnota 2005-2008: subsidieprocedure, deskundigenadvisering en rechtsbescherming', *JBplus* 2009, p. 106-127.

54 Zie ook Schuurmans 2009, p. 127-132 en 178-179.

55 Vergelijk in het economisch-orderingsrecht CBB 28 november 2006, LJN AZ3274 (NMa/Nuon en Essent). Uitwerking hiervan zou veel meer ruimte vergen dan deze bijdrage toestaat. Zie ook HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03P (Commissie vs. Tetra Laval BV), m.n. r.o. 39-44.

de bewijslastverdeling 'opgetrokken'. Toch ontbreekt bij rechtbanken en partijen vaak nog voldoende kennis van dit systeem van bewijslastverdeling. Men ziet vaak een meer 'intuïtieve aanpak'.

Ook als die kennis er wel is, blijft bij partijen mogelijk nog onzekerheid bestaan. Men weet wel hoe de bewijslasten verdeeld zijn en dus hoe de *beginpositie* is, ofwel welke partij voor welke vergaring van feiten de eerste klap op tafel moet geven. Maar wat partijen vaak niet weten, is wat de *tussenstand* is: in de bestuurlijke fase zijn al vele feiten vergaard en het kan zijn dat in het spel van heen en weer springende kansen nu de ene partij aan zet is, maar het kan ook zijn dat het aan de andere is om die volgende zet te doen. In bijstandszaken ziet men dit vaak. Het college van B&W zegt 'als meneer geen duidelijkheid geeft over zijn woonsituatie, kunnen wij niet vaststellen of hij recht op bijstand heeft'. Eiser zegt dan 'ze hebben niet bewezen dat ik samenwoon'. Beide partijen hopen dus dat ze al aan hun bewijsvoeringslast hebben voldaan, zonder verder bewijs te hoeven bijbrengen.

Verder is vaak te zien dat partijen allerlei bewijs aanbieden, maar het niet geven. Soms ook bieden ze het voorwaardelijk aan ('Indien u de wederpartij op dat punt volgt, bied ik aan bewijs te leveren van ...').

Ten slotte ziet men vaak bij partijen dat onduidelijkheid bestaat over wat er nu eigenlijk moet worden bewezen. Een van de grote punten van verwondering bij het lezen van de eerste veertig à vijftig dossiers als men bestuursrechter wordt, is hoeveel irrelevant bewijs er wordt geleverd: bewijs van feiten die *in confesso* zijn, bewijs dat niet kan bijdragen aan het ingenomen standpunt en bewijs van feiten die geen rol spelen in het wettelijk kader. Soms ziet men ook juist het omgekeerde hiervan: als een partij in onduidelijkheid verkeert over wat moet worden bewezen, maar wel weet dat zij spontaan al het bewijs moet bijbrengen, ontstaat soms juist het gedrag dat zij dan maar gewoon de verhuisdoos met potentieel bewijs omkeert in het dossier van de rechter.

Op deze vier punten van onduidelijkheid (wie heeft de bewijslast, wie is in het kader van de bewijsvoering aan zet, wat doet de rechter met een (voorwaardelijk) bewijsaanbod en wat moet er worden bewezen?) laat de bestuursrechter partijen aan hun lot over.⁵⁶ Hier wreekt zich dat de bestuursrechter vaak pas in zijn uitspraak duidelijk maakt hoe hij tegen de bewijskwestie aankijkt. Hét voorbeeld dat telkens in de literatuur wordt genoemd, is slechts bijzonder in die zin dat daar zo open en bloot is opgeschreven hoe schraal de positie is waarin de bestuursrechter partijen laat. Getalsmatig is het juist geheel niet bijzonder, maar aan de orde van de dag.⁵⁷ Het gaat om de uitspraak van de CRvB van 1 juni 2005.⁵⁸ De CRvB oordeelt dat 'het bestuursprocesrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht [kent]. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden. Nu appellants zijn

56 Zo benoemd in Schuurmans 2009, p. 121.

57 Zie Barkhuysen, Damen e.a. 2007, paragraaf 11.3, Knelpuntenanalyse, p. 326 e.v.; zie ook paragrafen 10.2, 10.3 en 10.4 over ervaringen van procespartijen, p. 293 e.v.

58 LJN AT7174 en JB 2005/237 m.nt. D.W.M. Wenders.

stellingen niet met enig bewijsmateriaal heeft onderbouwd, was er voor de rechter geen aanleiding om van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken.’

4.2 Alsnog bewijsrecht in de Awb opnemen?

De gedachte van de wetgever bij de totstandkoming van de Awb dat hij kon uitgaan van een bestuursrechter die zonodig bewijsbeleid zou ontwikkelen, zelf actief feiten zou opsporen op zoek naar de materiële waarheid en in kader van ongelijkheidscompensatie zonodig de eisende partij zou ondersteunen in zijn bewijsvoeringslast,⁵⁹ is niet uitgekomen. Sterker, de gedachte komt op dat het ontbreken van een helder stelsel van bewijsrecht er juist de oorzaak van is dat de bestuursrechter op dit punt weinig actief is. In de Awb ontbreken voor de bestuursrechter de richtingwijzers om hem hierin actief te laten optreden.⁶⁰ Het zogeheten zittingsgericht werken heeft veel goeds gebracht (met name in doorloopsnelheid en efficiëntie), maar meer en meer nadelen ervan komen naar voren.⁶¹ In plaats van de voorziene actieve rechter, is de taak van het boven tafel krijgen van de feiten komen te liggen bij partijen. Zonder steun daarvoor in de wet is een partijenproces ontstaan.⁶²

Na vijftien jaar Awb is de stand van zaken op het vlak van bewijsrecht daarmee ongeveer als volgt. In de wetenschap is een breed gedragen gedachte dat de bestuursrechter op dit punt tekortschiet: hij moet meer werk maken van het feitenonderzoek (vaststellend of toetsend) en hij moet partijen meer duidelijkheid bieden over hun bewijspositie.⁶³ Onder professionele spelers (advocaten, andere gemachtigden van burgers en vertegenwoordigers van bestuursorganen) is veel onduidelijkheid over de bewijsrechtelijke stand van zaken in een concrete zaak. Met name onder de eerste twee, de gemachtigden van burgers, bestaat daarover ook veel ontevredenheid.⁶⁴ Procederende burgers ervaren vooral onduidelijkheid.⁶⁵ Onder bestuursrechters komt een enkele keer nog een zekere zelfgenoegzaamheid voor (‘dat is toch wel duidelijk?’ en ‘partijen begrijpen dat toch

59 PG Awb II, p. 169-175.

60 R.J.N. Schlössels, ‘Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-164, m.n. p. 156-162; Schueler 2008, m.n. p. 446-447; Schlössels 2009, p. 12-15; Schuurmans 2009, p. 180 (De Grote Keuze).

61 Schueler 2008, p. 453-454; Verburg 2009, p. 237; T.J.P. van Os van den Abeelen, ‘Waarheidsvinding en zittingsbeleid’, *Migrantenrecht* 2009, p. 11.

62 Schueler 2008, p. 449.

63 A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; L.J.A. Damen, ‘Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?’, in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21; K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans en A. Tollenaar, ‘Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?’, *JBplus* 2007, p. 3; A.T. Marseille, ‘De bestuursrechter en diens vrijheid. Van actief naar lijdelijk (en weer terug?)’, *Trema* 2007/10, p. 423; Barkhuysen, Damen e.a. 2007; *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

64 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 307.

65 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 303.

wel?’),⁶⁶ maar gestaag begint het gevoel van urgentie om meer werk te maken van bestuursrechtelijk bewijsrecht binnen de rechterlijke macht te groeien. In 2008 en 2009 zijn bij verschillende gerechten experimenten met zogeheten regiezittingen geweest in het zogeheten project ‘Differentiatie van werkstromen’. Er werd in een comparitie of zitting met partijen gesproken over bijvoorbeeld de vraag welke partij nog welk bewijs moet bijbrengen of welke onderzoeksbevoegdheid van de rechter wordt ingezet.⁶⁷

Als probleemanalyses zoals die in de afgelopen jaren zijn gemaakt nu leiden tot opnemings van enige vorm van bewijsrecht in de Awb, is de vraag welk karakter dat moet hebben. Die vraag wordt vooralsnog zeer verschillend beantwoord. Sommigen pleiten voor een stelsel dat een pendant kan vormen van het civiele bewijsrecht.⁶⁸ Sommigen pleiten er – al of niet in aanvulling op zo’n stelsel – voor de procesvoering van partijen en regierol van de rechter of het bewijsrecht op onderdelen nader te regelen.⁶⁹ Anderen pleiten voor een verankering van een bepaalde taakopvatting.⁷⁰ Gelet op de titel van de VAR-bundel met preadviezen over bewijs, zal het geen verwondering wekken dat er ook stemmen opgaan dat niet te veel moet worden verwacht van wetgeving en de omslag meer van de zijde van rechters zal moeten komen of althans dat een wijziging van de wetgeving onvoldoende gaat helpen.⁷¹ Als het van de rechters moet komen, moet worden gezegd dat daar nog wel een behoorlijke slag te maken is. De logica van het systeem van zittingsgericht werken zet alle richtingaanwijzers op afdoening van de zaak zonder nader onderzoek of gelegenheid aan partijen bewijs bij te brengen. Dat is in verreweg de meeste gevallen ook prima, maar in die zaken die een volwaardiger bewijsvoering waard zijn, moet dat er in de toekomst (zie de eerste zinnen van deze bijdrage: hopelijk in 2014) wel van komen.⁷² Essentieel is dus niet alleen een verhoogde activiteit in regie en onderzoek door de rechter, maar ook een goede selectie van zaken: hoe onderscheiden de rechtbanken de zaken die gewoon met zittingsgericht werken kunnen worden afgedaan van de zaken die een volwaardiger bewijsvoeringstraject vergen?⁷³ Bij een financieringsstelsel van gerechten op eindproduct (uitspraak), zal het verrichten van meer activiteiten (comparitie, extra zitting, schriftelijke vragen, deskundigenbenoeming, getuigenverhoor) en het besteden van meer tijd aan een deel van de zaken, in ieder geval spanning op het financiële vlak opleveren. Ook daarvoor moet een oplossing worden gevonden.

66 Vergelijk Schuurmans 2009, p. 119-120.

67 Verburg 2009, p. 242-244; op het moment van schrijven van deze bijdrage was in concept gereed het onderzoeksrapport van A.T. Marseille e.a. naar de uitkomsten van deze experimenten.

68 Schuurmans 2005, p. 317-320; Schuurmans 2009, p. 178-180 en 183.

69 Schlössels, p. 116, stelling 3; Schuurmans 2009, p. 180, 182 en 184, stelling 4; R.J. Koopman, ‘Bewijslast en bewijsmiddelen in duale geschillen’, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 230, stellingen 2, 3 en 4; Verburg 2009, p. 315, p. 321-322, stellingen 4, 6, 7, 8 en 9.

70 Schlössels 2009, p. 107-110 en 116, stelling 5.

71 Schlössels 2009, p. 106-107; Verburg 2009, p. 313 en 318.

72 Verburg 2009, p. 237-238.

73 Jaarrede van VAR-voorzitter B.J. van Ettehoven, *Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst*, VAR-reeks 139, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 7.

5 Conclusie

De komst van de Awb heeft voor het bestuursrechtelijk bewijsrecht opgeleverd dat, door gebruik van dezelfde termen en verwijzing naar dezelfde wetsbepalingen, helder werd wat de verschillen in de deelgebieden zijn.

Na vijftien jaren Awb is de bewijslastverdeling *grosso modo* duidelijk: die wordt ‘opgetrokken’ uit de verdeling van verantwoordelijkheden voor de feitenvergaring in de bestuurlijke fase. Daarnaast bestaan invloeden op de bewijslastverdeling van de strekking van de materiële wet, de aard van de uitgeoefende bevoegdheid en het doen van een beroep op een uitzondering of een zelfstandige norm. De bewijslastverdeling wordt gecorrigeerd met (een restcategorie) bewijsdomeinen, voornamelijk tot uiting komend in bepaalde vuistregels.

Bewijslastverdeling is statisch, bewijsvoering is dynamisch. Ook al rust op de burger niet de bewijslast, in de rechterlijke fase rust op hem vaak wel de bewijsvoeringslast. Het bestuursorgaan heeft in de bestuurlijke fase namelijk vaak al voldoende bewijs verzameld om in beginsel het door hem gewenste besluit te mogen nemen. Dan ligt op de in beroep komende burger de bewijsvoeringslast om twijfel te zaaien bij die bestuurlijke feitenvaststelling. De meeste zaken worden verloren op die bewijsvoeringslast, niet op de bewijslast.

Terwijl over bewijslastverdeling behoorlijk consensus bestaat, is dat lange tijd ver te zoeken geweest bij de taakopvatting van de bestuursrechter als het gaat om de feitenvaststelling. Moet hij vooral de bestuurlijke feitenvaststelling toetsen of moet de vaststelling van de relevante feiten door of ten overstaan van hem plaatsvinden? Lange tijd is dit in debat geweest, maar dat debat lijkt de laatste jaren te luwen. De verschillen in uitkomst zijn ook gering te noemen. Verder zijn in deze bijdrage factoren verkend die – los van een eventuele principiële keuze voor het primaat van de bestuurlijke of rechterlijke feitenvaststelling – door de beperkingen om de feiten door of ten overstaan van de rechter te laten vaststellen, wijzen in de richting van een model waarbij het zwaartepunt ligt op de bestuurlijke feitenvaststelling. Die factoren zijn dat (a) de werkelijk relevante ‘feiten’ in de toekomst liggen, (b) de feiten onmogelijk zijn vast te stellen, (c) de feiten in hoge mate theoriegeladen zijn en (d) de feiten in hoge mate beleidsgeladen zijn.

Voor partijen en hun gemachtigden bestaat op dit moment vaak onduidelijkheid over wat zij moeten bewijzen. Welke weg ook wordt ingeslagen, het reduceren van die onduidelijkheid is essentieel. De bestuursrechter moet daarom de komende jaren meer werk maken van zijn regierol. De vraag is of de rechter daartoe zelf gaat komen (waarvoor tendensen zijn aan te wijzen) of dat de wetgever hem daartoe moet bewegen. Die vraag wordt in de literatuur uiteenlopend beantwoord. Als wordt gekozen voor meer bewijsbepalingen in de Awb, moet dat in ieder geval zo gebeuren dat rekening wordt gehouden met de vier hierboven besproken factoren van bewijsmoeilijkheid. Ook moet dat zo gebeuren dat de bestuursrechter wordt gestimuleerd het bewijsproces te regisseren, hij moet bewijsrechtelijke spelverdeler worden. Kritische succesfactoren voor een beter bestuursrechtelijk bewijsrecht zijn ten slotte: (a) de financiering van de afdoeningsmodaliteiten en (b) het vermogen om op eenvoudige wijze en vroeg in de procedure die zaken die extra aandacht be-

hoeven te onderscheiden van de zaken die 'gewoon' met de zittingsgerichte aanpak kunnen worden afgedaan.

En als daar allemaal aan voldaan is, dan komt het in 2014 toch nog goed...