



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Amerikaanse lessen in bestuursrechtelijk bewijsrecht: Over de vraag of het bestuursrecht eigen bewijsregels behoeft, de toetsingsintensiteit van de feitenvaststelling en pitloze rijden
Schuurmans, Y.E.

Citation

Schuurmans, Y. E. (2009). Amerikaanse lessen in bestuursrechtelijk bewijsrecht: Over de vraag of het bestuursrecht eigen bewijsregels behoeft, de toetsingsintensiteit van de feitenvaststelling en pitloze rijden. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2009(5), 100-108. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13837>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13837>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Amerikaanse lessen in bestuursrechtelijk bewijsrecht

Over de vraag of het bestuursrecht eigen bewijsregels behoeft, de toetsingsintensiteit van de feitenvaststelling en pitloze druiven

15

Y.E. Schuurmans¹

1 Inleiding

De Verenigde Staten kunnen voor juristen een Walhalla zijn. Dat spreekt voor zich voor een ieder die geïnteresseerd is in kiesrecht en democratie, zo werd bevestigd op 4 november 2008. Ik geef toe dat het bewijsrecht niet voor een ieder dezelfde aantrekkingskracht heeft als de verkiezing van de eerste Afro-Amerikaanse president van de Verenigde Staten. Maar een nadere studie naar het Amerikaanse bestuursrechtelijke bewijsrecht levert, alhoewel geen historisch moment, zeker een interessante inbreng voor het Nederlandse debat.

Dat debat is op dit moment volop bezig. Naar aanleiding van de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht raadde de commissie-Ilsink aan om een wettelijke regeling van het bewijsrecht te overwegen.² Op de jaarvergadering 2009 van de Vereniging voor bestuursrecht staat die overweging centraal. Is het wenselijk het bestuursrechtelijke bewijsrecht te codificeren?³ In dat kader heb ik een van de preadviezen geschreven, waarin op zoek wordt gegaan naar de eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Een deel van die beschouwing stelt de vraag aan de orde of het bestuursrecht behoefte heeft aan dezelfde typen bewijsregels als het civiele en strafrechtelijk proces. Juist die vraag heeft in de V.S. veel aandacht gekregen. Van deze Amerikaanse discussie en de lessen die daaruit kunnen worden getrokken, heb ik in het preadvies gebruik gemaakt. Die Amerikaanse lessen zullen in deze bijdrage nader worden toegelicht.

Bijzonder aan de V.S. is dat zij een apart wetboek voor bewijsrecht hebben, de *Federal Rules of Evidence* (FRE). Deze FRE zijn van toepassing in zowel civiele als strafrechtelijke procedures, maar niet in het bestuursrecht. Al vanaf het begin van de twintigste eeuw

heeft onder wetenschappers, wetgever en advocatuur een discussie gewoed of het bestuursrecht eigen bewijsregels behoeft. De meeste bestuursrechtelijke wetenschappers zijn daar voorstander van. Hun argumenten zullen worden uiteengezet in par. 3. Nederlandse juristen bestuursrecht zullen argumenten herkennen die ook in het Nederlandse debat naar voren komen, met name in het veel besproken en geciteerde artikel 'Balanceren boven nul'.⁴ Theorie en praktijk blijken vervolgens uiteen te lopen. In veel bestuursrechtelijke procedures worden de FRE toch gewoon overeenkomstig toegepast. Par. 4 legt de redenen daarvoor uit. Vervolgens wordt in par. 5 bezien hoe de rechter de feitenvaststelling toetst. In het Nederlandse debat heeft de rechterlijke toetsingswijze behoorlijk wat aandacht gekregen. Sommigen pleiten ervoor dat de rechter zelf op zoek gaat naar de waarheid, zonodig ambtshalve onderzoek instelt en uiteindelijk zelf de feiten vaststelt. Anderen staan een meer terughoudende rol voor, waarbij de bestuursrechter de redelijkheid van de feitenvaststelling beoordeelt.⁵ Onomstreden uitgangspunt in het Amerikaanse bestuursrecht is dat de rechter de bestuurlijke feitenvaststelling marginaal toetst. Bekeken wordt hoe die marginale toets uitpakt en wordt gecompenseerd.

De rechtsvergelijking beoogt inzicht te geven in argumenten die pleiten voor of tegen een wettelijke regeling van het bewijsrecht, argumenten die pleiten voor of tegen een bewijsregeling specifiek voor het bestuursrecht en argumenten die pleiten voor of tegen een volle dan wel marginale toets van de feitenvaststelling.⁶ Voordat op deze bestuursrechtelijke onderwerpen wordt ingegaan, zal het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in de V.S. kort worden geschetst.

1. Ymre Schuurmans is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. In het najaar van 2008 verbleef zij als visiting research scholar aan Cardozo School of Law, New York en volgde aldaar en aan NYU onderwijs.

Verwijzingen naar artikelen en jurisprudentie zijn weergegeven op de Amerikaanse citeerwijze (volume nummer, tijdschrift, eerste pagina), zodat publicaties via databases als Heinonline, Westlaw of Lexis Nexis gemakkelijk kunnen worden teruggevonden.

2. Commissie Evaluatie Awb III 2006/2007, p.

33. Zie voor een reactie van de onderzoekers daarop NTB 2007, 23, p. 160-162.

3. R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman & D.A. Verburg, *Bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Zie ook de heldere en tot nader debat aanzettende bespreking van Koenraad, Verbeek & Brouwer-Harten NTB 2009, 14, in dit nummer.

4. E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', NTB 2000, p. 214-221.

5. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 76-81.

6. Het doel is niet om bestuursrechtelijke bepalingen over te nemen. Zie voor de randvoorwaarden waaraan een dergelijke overname zou

moeten voldoen: Mirjan Damaška, 'The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments', 45 *Am. J. Comp. L.* 839 (1997). Benadrukt wordt dat de *common law* rechter minder gebonden is aan de feitelijke stellingen van partijen en dat partijen in beginsel al het bewijsmateriaal bijeenbrengen. Groot belang wordt gehecht aan directe bewijslevering op zitting, met 'cross-examination' rechten voor de tegenpartij. Zie ook J.F. Nijboer, 'Common Law Tradition in Evidence Scholarship. Observed from a Continental Perspective', 41 *Am. J. Comp. L.* 299 (1993).

2 Rechtsbescherming in het Amerikaanse bestuursrecht

Het Amerikaanse recht kent sinds 1946 een algemene wet bestuursrecht: *Administrative Procedure Act* (APA).⁷ Daarin wordt onder andere de procedure geregeld voor het maken van besluiten van algemene strekking en beschikkingen en staan regels voor de rechterlijke toetsing. Zowel in de procedure van *rule-making* als van *adjudication* (de procedure die leidt tot de definitieve beschikking)⁸ komen belanghebbenden procesrechten toe, zoals het recht om zienswijzen en gegevens in te brengen. Als uitgangspunt geldt dat tegen elke bestuurshandeling rechtsbescherming openstaat, dus ook tegen besluiten van algemene strekking.⁹ Nederlandse juristen lijken vaak te denken dat die rechtsbescherming in de V.S. enkel binnen het bestuur moet worden gezocht.¹⁰ In dat beeld schuilt een kern van waarheid, maar is niet juist. Inderdaad is het zo dat veel elementen van rechtsbescherming zijn ingebouwd in de bestuurlijke fase. Een zogenoemde *Administrative Law Judge* (ALJ) behandelt de bezwaren van belanghebbenden tegen een besluit. Die procedure wordt vaak getypeerd als een rechtbankzitting.¹¹ De ALJ is in hoge mate onafhankelijk,¹² maar maakt wel onderdeel uit van het bestuur. ALJs mogen zichzelf graag als rechters presenteren, door de buitenwereld lijkt daar anders tegenaan te worden gekeken.¹³ Regelmatig zijn ALJs advocaat en daarnaast verbonden aan een bestuursorgaan. Ook zijn er ALJs die tussen verschillende bestuursorganen rouleren. De ALJs maken geen onderdeel uit van de rechterlijke macht.¹⁴

Tussen rechter en bestuur bestaat een duidelijke taakverdeling

Het oordeel van de ALJ heeft ook niet dezelfde bindende kracht als bij ons een oordeel van de bestuursrechter heeft. De ALJ geeft een advies over het te nemen besluit en legt dat neer in een beslissing. Kan de belanghebbende of het bestuursorgaan zich niet vinden in die beslissing, dan kunnen zij een soort administratief beroep instellen, maar dan binnen hetzelfde bestuursorgaan. Uiteindelijk neemt het bestuur van het

bestuursorgaan (*review board*) zelf het definitieve besluit. Het oordeel van de ALJ kan dus door het bestuursorgaan opzij worden gezet. Dat besluit van het bestuursorgaan vormt vervolgens het voorwerp van de rechterlijke toets, niet het oordeel van de ALJ. De term *Administrative Law Judge* kan dus niet worden vertaald met 'bestuursrechter'.¹⁵

Rechterlijke controle op bestuurlijk handelen wordt gezien als een traditioneel uitgangspunt van het Amerikaanse bestuursrecht.¹⁶ Vrijwel altijd staat, na de gang naar de ALJ en de eindbeslissing door het bestuur, nog een rechtsgang open bij een college dat behoort tot de rechterlijke macht. In onze Nederlandse terminologie zouden wij het bevoegde gerecht typeren als een civiele rechter. Dat etiket is nogal relatief. Bestuursrechtelijke zaken worden niet als zodanig onderscheiden, omdat er in beginsel geen aparte bestuursrechtelijke colleges zijn. Voor Amerikanen is primair van belang dat een onafhankelijk gerecht, als bedoeld in art. 3 van de Constitutie, rechtsmacht heeft. Binnen het *Supreme Court* is het bestuursrecht goed vertegenwoordigd; twee prominente rechters, Justices Breyer en Scalia, zijn voormalig hoogleraren bestuursrecht. Toch komt het beeld dat rechtsbescherming vooral binnen het bestuur wordt geboden ergens vandaan. Vergeleken met Nederland is in de V.S. de procesgang binnen het bestuur veel meer uitgebreid en de controle door de rechter meer beperkt. Tussen rechter en bestuur bestaat een duidelijke taakverdeling. Een Nederlandse discussie in welke mate de rechter moet zorgen voor handhaving van het objectieve recht is in de V.S. ondenkbaar. De rechter controleert en neemt daarbij een behoorlijke afstand in acht. Bevat de materiële wet vage normen, dan wordt in beginsel verondersteld dat de wetgever discretie aan het bestuur heeft gelaten en toetst de rechter de bestuurlijke wetsuitleg marginaal.¹⁷ Andere grote verschillen die men in het oog moet houden, betreffen de grote diversiteit in bestuursrechtelijke procedures en de rechtsbescherming die openstaat tegen besluiten van algemene strekking. Ondanks APA is het bestuursrecht lang niet zo geüniformeerd als in ons nationale recht. Veel materiële wetten bevatten bepalingen die de toegang tot de rechter nader regelen, de toetsingsgronden aangeven en die bepalen welke bewijsregels worden gevolgd in de bestuursrechtelijke procedure. De rechtsbescherming komt in vele soorten en maten: soms is er een ALJ soms een *administrative judge* die niet onafhankelijk is; soms is er intern appel binnen het bestuursorgaan, soms niet; soms worden de

7. 5 U.S.C.A. §§ 551-706. Zie voor een beknopt overzicht van het bestuursrechtelijke proces: Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process in a Nutshell* (5th ed.), St. Paul, MN: Thomson/West 2006 en Philip Harter, 'Administrative Law in the United States', in: René Seerden (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (2nd ed.), Antwerpen: Intersentia 2007, p. 351-399.

8. *Rulemaking* is in beginsel de aangewezen procedure voor het maken van besluiten van algemene strekking en *adjudication* voor beschikkingen, maar die categorieën vallen niet

helemaal samen. Het bestuursorgaan heeft in beginsel een keuzerecht en kan ook regels ontwikkelen via *adjudication*, Richard J. Pierce, Sidney A. Shapiro & Paul R. Verkuil, *Administrative Law and Process* (4th ed.), New York: Foundation Press 2004, p. 285-289.

9. 5 U.S.C. § 702.

10. Althans, dat is mijn indruk op basis van gesprekken met Nederlandse collega's.

11. Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 282 en p. 308-309.

12. Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 309.

13. Die indruk is gebaseerd op het driedaagse landelijke ALJ congres dat ik heb bijgewoond en enkele gesprekken met hoogleraren.

14. Zij zijn geen onderdeel van een *court*, als bedoeld in art. 3 van de *Constitution of the United States*.

15. In deze bijdrage wordt de term *Administrative Law Judge* (ALJ) niet vertaald. Wanneer van de rechter wordt gesproken, wordt daarmee bedoeld op de rechter die onderdeel uitmaakt van de rechterlijke macht.

16. Stephen G. Breyer e.a., *Administrative Law and Regulatory Policy: problems, texts and cases* (6th ed.), New York: Aspen Publishers 2006, p. 17.

17. Zie o.a. Breyer e.a. 2006, p. 242 e.v. Deze zogenaamde Chevron-doctrine is echter te gecompliceerd om in één zin weer te geven.

formele procedures zoals genormeerd in APA gevolgd, veel vaker worden in de praktijk de informele procedures toegepast, die nauwelijks in APA zijn geregeld.¹⁸ Bij bestuursrechtelijke rechtsbescherming zullen veel Amerikaanse juristen in eerste instantie denken aan de mogelijkheid om besluiten van algemene strekking aan te vechten. *Rulemaking* heeft vanaf de jaren '60 een enorme toevlucht genomen, waardoor de rechtsbescherming tegen beschikkingen in belang is vermindert.¹⁹

APA bevat een regeling van het bewijs.²⁰ Er is een aparte bewijsregeling voor de procedure waarin het besluit tot stand komt en een aparte bewijsregel voor de rechterlijke toetsing. De regeling is veel losser en minder gedetailleerd dan de FRE uit het civiele recht en het strafrecht. Zoals gezegd heeft de procedure voor de ALJ kenmerken van een rechtbankzitting. Er is een vooronderzoek, stukken worden gewisseld, er zijn mogelijkheden tot bewijslevering en er vindt een zitting plaats waarop wordt gepleit. Men noemt dit ook wel een *evidentiary hearing*. De ALJ draagt zorg voor de opbouw van een evenwichtig en volledig dossier. Hij is onder meer bevoegd de eed af te nemen, te beslissen op bewijstaanboden en om relevant bewijsmateriaal te ontvangen. § 556 APA regelt het bewijs voor *formal adjudication* en *formal rulemaking*. In onderdeel d staat de kern van het bestuursrechtelijke bewijsrecht:

'Except as otherwise provided by statute, the proponent of a rule or order has the burden of proof. Any oral or documentary evidence may be received, but the agency as a matter of policy shall provide for the exclusion of irrelevant, immaterial, or unduly repetitious evidence. A sanction may not be imposed or rule or order issued except on consideration of the whole record or those parts thereof cited by a party and supported by and in accordance with the reliable, probative and substantial evidence. (...) A party is entitled to present his case or defense by oral or documentary evidence, to submit rebuttal evidence, and to conduct such cross-examination as may be required for a full and true disclosure of the facts. In rule making or determining claims for money or benefits or applications for initial licenses an agency may, when a party will not be prejudiced thereby, adopt procedures for the submission of all or part of the evidence in written form.'²¹

Het Amerikaanse bestuursrecht kent dus een regel voor

de bewijslastverdeling, een bepaling dat het bewijs met alle middelen kan worden geleverd, maar dat het bestuursorgaan dient te zorgen voor uitsluiting van irrelevant, onbetekenend en overmatig herhalend bewijsmateriaal. Een besluit moet worden genomen op basis van een beoordeling van het hele dossier en gedragen worden door betrouwbaar, overtuigend en substantieel bewijsmateriaal. Daarnaast bevatten materiële wetten vaak aanvullende bewijsbepalingen. Procedeert de belanghebbende door tot de rechter, dan geeft § 706 APA de rechterlijke toetsingsmaatstaf. Heeft *formal adjudication* of *formal rulemaking* plaatsgevonden dan verklaart de rechter het besluit onrechtmatig wanneer dat niet gedragen wordt door substantieel bewijs.²² Deze toets vindt plaats aan de hand van het dossier, zoals dat in de bestuurlijke fase is samengesteld. In beginsel is er geen ruimte om nieuw bewijsmateriaal in het proces te brengen.

Voor regelgeving wordt veelal de informele procedure gevolgd. Daarop is § 556 APA niet van toepassing, zodat er geen expliciete bewijsregeling geldt.²³ Toch stelt de jurisprudentie bewijsrechtelijke eisen. In de kennisgeving van de voorgestelde regel dient melding te worden gemaakt van de feitelijke basis van de regel.²⁴ Het inspraakrecht van belanghebbenden zou anders onvoldoende tot wasdom komen. Zo dient de kennisgeving inzicht te bieden in de studie, experimenten of andere analyses die hebben plaatsgevonden en in de daarbij gevolgde methodologie, zoals bijvoorbeeld wiskundige modellen of computermodellen. Ook essentieel is informatie met betrekking tot de namen en kwalificaties van de personen die onderzoek hebben uitgevoerd, identificatie van de bronnen van de onderzoeksgegevens en een statistische verantwoording van de feitenvaststelling waarop het besluit berust.²⁵ De besluiten die via de informele procedures tot stand zijn gekomen, toetst de rechter aan de hand van een willekeurcriterium, de '*arbitrary or capricious*' test.²⁶

3 Waarom het bestuursrecht een eigen bewijsregeling behoeft

In de periode voordat de FRE inwerking traden heeft er een flinke discussie gewoed of de ongeschreven *common law* bewijsregels gecodificeerd zouden moeten worden, en of die regels ook voor het bestuursrecht zouden moeten gelden. De FRE geven veel regels over toelating dan wel uitsluiting van bewijsstukken²⁷ en reguleren de bewijslevering. In de jurisprudentie was al

18. Gellhorn & Levin 2006, p. 246-249.

19. Harter 2007, p. 366 en Gellhorn & Levin 2006, p. 249.

20. Zie William H. Kuehnle, 'Standards of Evidence in Administrative Proceedings', 49 *New York Law School Law Review* 829 (2005) voor een weergave van de wetsgeschiedenis van de bewijsregeling.

21. 5 U.S.C.A. § 556 (d).

22. 5 U.S.C.A. § 706 (2e): The reviewing court shall hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be unsupported by substantial evidence in a case subject

to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute.

23. Bij een *informal adjudication* dient het bestuursorgaan bij de feitenvaststelling rekening te houden met de eisen van de materiële wet en eventueel met de '*due process clause*' van het vijfde en veertiende amendement van de *Constitution*, zie o.a. Kuehnle 2005, p. 854-884.

24. Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 330 en *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 F.2nd 375 (D.C.Cir. 1973).

25. Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 332.

26. 5 U.S.C.A. § 706 (2a).

27. Dit systeem van bewijsuitsluiting verschilt behoorlijk van het continentale systeem. Toch zijn er ook parallellen. De argumenten voor bewijsuitsluiting (als proceseconomie en materiële waarheidsvinding) spelen ook in ons nationale bewijsrecht een rol. Waar een onbetrouwbaar bewijsstuk in de V.S. wordt uitgesloten, wordt bijvoorbeeld in Nederland beperkte bewijswaarde aan het stuk toegekend.

vanaf het begin van de twintigste eeuw de lijn ontstaan dat het bestuursrecht met minder strikte bewijsregels genoeg kon nemen.²⁸ Daarbij werd vooral het belang van het bestuur benadrukt. Bestuursorganen zouden niet belast moeten worden met strikte en technische bewijsregels.²⁹ Dat geluid overheerste ook in het wetenschappelijke debat, dat door Davis en Gellhorn werd aangevoerd.^{30, 31}

In de literatuur worden verschillende kenmerken van het bestuursrecht genoemd, die een eigen bewijsrecht rechtvaardigen. De hoofdrol is weggelegd voor de aard van de bestuurszaak. Een van de redenen waarom een bestuursorgaan in het leven wordt geroepen, is gelegen in diens deskundigheid. Het zou raar zijn om bestuur en rechter precies dezelfde bewijsregels toe te laten passen. Het bestuur moet in de feitenvaststelling van zijn eigen kennis en deskundigheid gebruik kunnen maken. Het bestuur staat bijzonder veel informatie ter beschikking, door al de kennis die het heeft vergaard in eerdere procedures en bij de ontwikkeling van regelgeving en beleid. Dat doet verschillende Amerikaanse bestuursrechtgeleerden ervoor pleiten dat het bestuur gebruik mag maken van een schriftelijke kennisgeving van de feitelijke veronderstellingen (*official notice*), die voor waar worden gehouden behoudens tegenbewijs.³² Uitdrukkelijk wordt de vraag aan de orde gesteld wie een grotere verantwoordelijkheid heeft om de feiten vast te stellen: de rechter of het bestuur? Het antwoord wijst naar het bestuur. Het bestuursorgaan is door zijn expertise en politieke verantwoordelijkheid beter in staat om gevolgtrekkingen te maken uit het bewijsmateriaal. Zou de rechter de feitenvaststelling overdoen, dan zou men de voornaamste redenen om bestuursorganen te creëren teniet doen. Bestuursorganen zouden niet veel meer zijn dan bewijsverzamelaars, terwijl de rechtsbedeling in handen van de rechter komt.³³

De bestuurszaak verschilt uiteraard ook van de rechterlijke taak in de hoeveelheid zaken die moeten worden afgehandeld. Zouden alle FRE ook bij de besluitvorming worden toegepast (waarbij de mondelinge behandeling en directe bewijslevering op de zitting een grote rol speelt), dan stagneert het bestuur. Het bestuursorgaan kan met minder genoeg nemen: bewijs kan vaker schriftelijk worden geleverd en soms is een minder precieze feitenvaststelling ook toereikend. De 'beschikkingenfabrieken' zouden niet met dezelfde precisie feiten vast hoeven te stellen als grote meer regelgevende bestuursorganen doen.³⁴ Het aan de wet ten grondslag liggende beleid verlangt soms dat op een snelle en eenvoudige wijze de feiten worden vastgesteld,

waarbij een behoorlijke onzekerheidsmarge acceptabel is.³⁵ Het sociale zekerheidsrecht wordt daarbij als voorbeeld genoemd.

De deskundigheid van het bestuur brengt het bestuursrechtelijke bewijsrecht eigenlijk als vanzelf uit evenwicht. Het bestuur heeft een kennisvoorsprong. Belangrijk is dat de belanghebbende een eerlijk proces krijgt, waarin hij feiten kan bestrijden en eigen bewijsmateriaal kan inbrengen. Het bewijsrecht voor de besluitvorming dient een balans te vinden tussen efficiënt gebruik van de deskundigheid van het bestuur en voldoende procesrechten voor de belanghebbende.³⁶ Ook de positie van de belanghebbende vraagt om eigen bestuursrechtelijke bewijsregels. Deze moeten niet te technisch van aard zijn, omdat belanghebbenden vaak professionele rechtsbijstand ontberen.³⁷

De taakverdeling tussen bestuursorgaan en rechter is terug te zien in de bewijsregeling in APA. Er geldt een aparte bewijsregeling voor de bestuurlijke fase waarin het besluit wordt voorbereid en een aparte bewijsregel voor de rechterlijke toetsing van de feitenvaststelling. Hoe die toets uitpakt, komt in par. 5 aan bod.

De deskundigheid van het bestuur brengt het bestuursrechtelijke bewijsrecht eigenlijk als vanzelf uit evenwicht

De deskundigheid van het bestuursorgaan, de bestuurszaak en de positie van de belanghebbende worden dus als argumenten aangevoerd om een eigen bestuursrechtelijk bewijsrecht te ontwikkelen. Die argumenten komen ook voor in het Nederlandse debat. Zo benadrukken de auteurs van het artikel 'Balanceren boven nul' de verschillende taak van bestuursorgaan en rechter bij de feitenvaststelling.³⁸ De feitenvaststelling vormt een onderdeel van de uitoefening van openbaar gezag. Rechters zouden een deel van de besluitvormingstaak overnemen wanneer zij opnieuw de feiten vaststellen. En ook zij merken op dat bestuursorganen veel meer zaken afhandelen. Coherente besluitvorming verlangt een coherente feitenvaststelling. Bestuursorganen zijn daar beter toe uitgerust dan de rechter. Maar er bestaan ook verschillen. In de V.S. functioneert de

28. Kuehnle 2005, p. 836-842.

29. *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197 (1938).

30. De meest geciteerde artikelen zijn Kenneth Culp Davis, 'An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process', 55 *Harvard Law Review* 364 (1942) en Ernest Gellhorn, 'Rules of Evidence and Official Notice in Formal Administrative Hearings', 1971 *Duke Law Journal*, 1. Een weergave van het wetenschappelijk debat geeft Michael H. Graham, 'Application of the Rules of Evidence in Administrative Agency Formal Adversarial Adjudica-

tions: A New Approach', 1991 *U. Ill. L. Rev.* 353, p. 360-368.

31. Een deel van dat debat is vanuit Nederlandse optiek minder waardevol. Het systeem van bestuursrecht wordt afgezet tegen het jursysteem. Omdat in het bestuursrecht geen lekenjury de feiten vaststelt, maar specialisten binnen het bestuursorgaan, bestaat minder behoefte aan regels van bewijsuitsluiting. Dat element van het debat laat ik rusten. Deels is het achterhaald, omdat de FRE geen onderscheid maken tussen jury- en rechtbankprocedures; zij zijn op beide van toepassing.

32. Davis 1942, p. 410-416; Gellhorn 1971, p. 42-49.

33. Breyer e.a. 2006, p. 210-214.

34. Davis 1942, p. 386-388.

35. Gellhorn 1971, p. 21; Paul R. Verkuil, 'An Outcome Analysis of Scope of Review Standards', 44 *William & Mary L. Rev.* 679 (2002), p. 728.

36. Gellhorn 1971, p. 6.

37. Davis 1942, p. 396.

38. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 (m.n. p. 215).

terughoudend toetsende rechter in een ander systeem, waardoor het niveau van rechtsbescherming uiteindelijk behoorlijk kan zijn. De conclusie gaat daar nader op in. Dat de positie van belanghebbenden zonder verplichte rechtsbijstand een bijzonder bewijsrecht verlangt, komt eveneens bekend voor. Bij de invoering van de Awb is benadrukt dat een regeling van het bewijs als in het civiele recht ongewenst is, omdat de partijverhouding verschilt.³⁹ Belanghebbenden dienen niet gehinderd te worden door technische regels. Het Amerikaanse debat komt bij dezelfde conclusie uit: geen technische bewijsregels in APA. Maar, daarvoor wordt primair een ander argument gebruikt: technische bewijsregels frustreren de bestuurstaak. De Amerikaanse balie heeft daartegen geageerd en gepleit voor toepassing van de 'normale' bewijsregels.⁴⁰ Nieuw in het Nederlandse debat zou zijn als bewijsregels ook als regels worden gezien die juist de rechtspositie van belanghebbenden kunnen versterken.

4 **Waarom in de praktijk toch de algemene bewijsregels (FRE) worden toegepast**

Ondanks de vrije bewijsstandaard van APA, blijken bestuursorganen in de praktijk toch op zoek te gaan naar meer vaste regels. In de grote diversiteit aan bestuursrechtelijke bewijsregels kunnen grofweg drie regimes worden onderscheiden.⁴¹ Sommige materiële wetten herhalen de bewijsregels uit APA, eventueel onder toevoeging van enkele specifieke bewijsbepalingen, weer andere verwijzen naar de FRE als een richtinggevende bron 'voor zover bruikbaar' en in sommige wetten is de toepassing van de FRE verplicht voorgeschreven.⁴² Zelfs ALJs die beslissen op basis van de bewijsregels uit APA gebruiken regelmatig de FRE als richtsnoer.⁴³ Waarom zou een bestuursorgaan er zelf voor kiezen om zich te binden aan meer concrete en strenge bewijsregels? Het antwoord ligt deels in de efficiëntie.

Onder ALJs is onderzoek gedaan naar hun tevredenheid met de bewijsregels. Een meerderheid (van zowel de groep met de APA-regels, de FRE 'voor zover bruikbaar', als de verplichte FRE) geeft aan dat de door hun bestuursorgaan aangenomen bewijsregels tot bevredigende resultaten leiden. Een meerderheid zegt een voorkeur te hebben voor de eigen bewijsstandaard.⁴⁴ Dat is een opvallend resultaat. Ook in het onderzoek in het kader van de derde evaluatie van de Awb is Ne-

derlandse rechters gevraagd hoe tevreden zij zijn met de praktijk van feitenvaststelling. En ook in dat onderzoek geven rechters aan dat het procesrecht voldoet en geen behoefte te hebben aan andere bewijsregels.⁴⁵ Pierce neigt naar de conclusie dat ALJs, net als de meeste mensen, liever niet de regels aanpassen waaronder zij werken.⁴⁶ Toch blijkt er een verschil te zijn onder de tevreden ALJs. Degenen die de FRE toepassen (al dan niet verplicht) zijn het meest content. Zij waarderen de houvast die de FRE hun geven, met name om bepaald bewijsmateriaal niet in het proces toe te laten. Die uitsluiting levert grote tijdswinst op; zij hoeven dan niet de tegenpartij de gelegenheid te geven om het onbetrouwbare of weinig overtuigende bewijsmateriaal te bestrijden.⁴⁷ De ALJ kan met de FRE in de hand gemakkelijker en op een doorzichtige wijze aan *case management* doen.⁴⁸ Bovendien vergroten de FRE de voorspelbaarheid van de procedure.⁴⁹

Ook vanuit de advocatuur wordt ervoor gepleit de FRE (voor zover bruikbaar) in het bestuursrecht toe te passen. Een eerlijke procedure vormt een van de doelstellingen die aan de FRE ten grondslag ligt. Als partij hoeft je je niet te verdedigen tegen irrelevant en onbetrouwbaar bewijsmateriaal. Met de FRE heeft de belanghebbende een instrument in handen om de bestuurlijke bewijslevering te bekritiseren. Zo kan hij voorkomen dat het bestuur te gemakkelijk afgaat op informatie van derden, zoals getuigenverklaringen en informatie van andere bestuursorganen.⁵⁰ Wordt in een bestuursrechtelijke zaak een beroep gedaan op toepassing van een van de bewijsregels uit de FRE, dan is dat verzoek in de regel afkomstig van de burger.⁵¹

Er schuilt echter ook een gevaar in toepassing van de FRE. Vooral voor een partij die geen professionele rechtsbijstand heeft, kunnen zij lastige bewijsregels vormen. Je kan je afvragen hoeveel burgers zo taalvaardig zijn dat zij de bewijsregels begrijpen, het abstractievermogen hebben om die algemene regel op een concrete casus toe te passen, om vervolgens hun bewijsmateriaal naar die regels te ordenen. Bovendien sluit bewijslevering in een proces niet aan op de manier waarop in het algemeen een herinnering wordt weergegeven. Een leek zal zijn herinnering in beginsel van voor naar achter als een verhaal vertellen, zonder zich af te vragen of al het genoemde relevant is.⁵² Daarvoor dient hij voldoende ruimte te krijgen in het proces. Verder heeft de burger hulp van de feitenvaststeller nodig, om zijn verhaal terug te brengen tot een concrete onderbouwing van zijn grond. De duidelijkheid die bewijsregels de burger kunnen geven, is weinig waard

39. PG Awb II, p. 169 en p. 177.

40. Kuehnle 2005, p. 843.

41. In 1986 heeft een landelijke bestuursrechtelijke adviescommissie onderzoek gedaan naar de toepassing van bewijsregels. Op dat moment werden 280 verschillende bewijsregimes door bestuursorganen toegepast. Zie voor een weergave van dat rapport Richard J. Pierce, 'Use of the Federal Rules of Evidence in Federal Agency Adjudications', 39 *Admin. L. Rev.* 1 (1987), p. 2 e.v.

42. Pierce 1987, p. 3 en Graham 1991, p. 368 e.v.

43. Pierce 1987, p. 13.

44. Pierce 1987, p. 11.

45. R.J. Verschoof, H.M.M. Steenberghe & Y.E. Schuurmans, *De regiefunctie van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 46.

46. Pierce 1987, p. 11.

47. Pierce 1987, p. 14-15.

48. Zie ook Graham 1991, p. 383 en Christine McKenna Moore, 'Evidence for Administrative Law Judges', 15 *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judges* 201 (1995), p. 202.

49. Kuehnle 2005, p. 905; McKenna Moore 1995, p. 206-207.

50. Bijvoorbeeld doordat de FRE het gebruik van 'hearsay evidence' aan banden leggen (Rule 801 e.v.) en verlangen dat de authenticiteit van bewijsmateriaal kan worden vastgesteld (Rule 901).

51. Elliot B. Glicksman, 'Judicialization of the Administrative Process: Adversarial Risks for Fairness', 42 *S.C.L. Rev.*, 345 (1990-1991), p. 349-357.

52. Paris R. Baldacci, 'A Full and Fair Hearing: The Role of the ALJ in Assisting the Pro Se Litigant', 27 *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judges* 447 (2007), p. 452 e.v.

wanneer de burger niet begrijpt wat hij naar aanleiding van die regels zou moeten doen. Concreet wordt in de literatuur voorgesteld dat de ALJ of rechter uitlegt hoe een zitting verloopt, op wie de bewijslast rust, wat de bewijsmaatstaf is en wat de gevolgen zijn als een partij niet in haar bewijslast slaagt. Daarnaast legt de feitenvaststeller uit wat voor een soort bewijsmateriaal wel of niet succesvol naar voren kan worden gebracht en eventueel hoe dat bewijsmateriaal kan worden verkregen. Dit voorstel is ontleend aan protocollen die gelden voor zogenaamde 'small claim courts' en aan advies afkomstig van de rechterlijke macht.⁵³ Het voorstel beoogt niet een kort hoorcollege op de zitting te introduceren. De ALJ laat de burger eerst in eigen woorden zijn verhaal vertellen en helpt daarna aan de hand van vragen het verhaal te structureren. Die vragen moeten voor de burger duidelijk maken welke feiten hij dient te benadrukken, hem helpen ondersteunend bewijs te identificeren en uiteindelijk de feiten zo te presenteren dat ze bewijs kunnen leveren voor het relevante rechtsfeit.⁵⁴ Dit voorstel werd besproken op de jaarlijkse vergadering van ALJs in het najaar van 2008, waarbij aan de hand van filmpjes werd getoond hoe de ALJ bewijsvoorlichting kan geven.⁵⁵

Onder een vrij bewijsregime bestaan er voor procesdeelnemers verschillende redenen om naar meer vaste regels op zoek te gaan. De FRE stellen ALJs in staat de bewijsdiscussie te structureren en aan *case management* te doen. Belanghebbenden pleiten voor meer vaste bewijsregels, omdat hen dat een effectief middel geeft om de bestuurlijke feitenvaststelling te bestrijden. Desalniettemin is het uitgangspunt in wet, rechtspraak en wetenschap gebleven dat de eigen aard van het bestuursrecht zich verzet tegen overeenkomstige van toepassing verklaring van alle gedetailleerde FRE.⁵⁶

5 Waarom de rechterlijke toetsingsintensiteit van de feiten verschilt (en toch ook weer niet)

Zoals in par. 2 beschreven, bevat §706 APA de rechterlijke toetsingsmaatstaven. Is een besluit via een formele procedure tot stand gekomen, dan toetst de rechter of het besluit gedragen wordt door substantieel bewijs. De feitenvaststelling, die ten grondslag ligt aan een informeel genomen besluit, toetst de rechter op willekeur. Daarnaast is het mogelijk dat de materiële

wet een andere toetsingsmaatstaf voor de feitenvaststelling voorschrijft. Afhankelijk van het doel van de wet, de aard van de feiten, maar met name de aard van de voorbereidingsprocedure kiest de wetgever de verlangde toetsingswijze van de feiten.⁵⁷

Beide bewijstoetsen in APA zijn marginaal van karakter. Uitgangspunt in het Amerikaanse bestuursrecht is dat het bestuursorgaan het primaat toekomt bij de feitenvaststelling en dat de rechter zijn eigen feitelijk oordeel niet zomaar daarvoor in de plaats stelt. Het bestuursorgaan heeft meer expertise dan de rechter met algemene jurisdictie, het bestuursorgaan heeft een grotere kennis van het dossier, rechterlijke bewijswaardering is tijdvretend en een bestuurlijk primaat bevordert een uniforme toepassing van de wet.⁵⁸ Maar, anders dan bijvoorbeeld in 'Balanceren boven nul', gaat men er niet van uit dat het bestuur geen eigen belangen zou nastreven. Het bestuur voert beleid uit, waarbij de ene feitenvaststelling soms beter uitkomt dan de andere. Zo past het bij een restrictief vreemdelingenbeleid om niet al te snel aan te nemen dat de vreemdeling een verblijfsrecht toekomt. Komt de aanleg van een weg een gebied economisch ten goede, dan zal het bestuur soms graag de argumenten van protesterende bureaus weinig aannemelijk achten. Het *Supreme Court* waakt ervoor dat het bestuursorgaan door middel van concrete feitenvaststellingen de inhoud van regels verandert. De regel uit de materiële wet kan een bepaalde bewijsstandaard impliceren. Het bestuursorgaan dat ofwel onredelijk veel ofwel onredelijk weinig bewijsmateriaal verlangt, kan daardoor de toepassing van de wet frustreren.⁵⁹ Beleidsmatige keuzes mogen niet worden verpakt in ondoorzichtige feitenvaststellingen. De rechter heeft daar bijzondere aandacht voor en verlangt, ondanks de marginale toets, een duidelijke uitleg van de feitenvaststelling in het besluit.

Wat houdt die marginale toets dan in? In *Consolidated Edison Co. v. NLRB* en *Universal Camera Corp. v. NLRB* is inhoud gegeven aan de eis van substantieel bewijs.⁶⁰ Er moet meer zijn dan een greintje bewijs voor het besluit. De rechter moet acht slaan op het hele dossier en niet alleen op het bewijsmateriaal dat het feitelijk oordeel van het bestuur ondersteunt. De rechter mag echter geen eigen feitelijke beoordeling maken op basis van dat dossier. Kunnen redelijke personen op basis van het dossier tot verschillende feitelijke oordelen komen, dan dient de rechter de keuze van het be-

53. Baldacci 2007, p. 459-460. Een voorbeeld van een dergelijk protocol (Best practices for judges in the settlement and trials of cases involving unrepresented litigants in housing court) staat op http://www.nycla.org/siteFiles/Publications/Publications1166_1.pdf. In aansluiting op het protocol ontvangen rechters een cursus om de technieken uit het protocol toe te passen.

54. Baldacci 2007, p. 477.

55. 'The Administrative Judiciary: Defining Justice in a Changed World', 11-15 oktober 2008, New York. Zie voor meer informatie www.naalj.org. Het congres heb ik zelf bijgewoond.

56. Richard J. Pierce, *Administrative Law Treatise* (4th ed.), New York: Aspen Law & Business 2002, p. 705 e.v. Zie ook *Richardson v. Perales*,

402 U.S. 389 (1971); *Peabody Coal Co. v. Director, Office of Workers Compensation Programs*, 165 F.3d 1126 (7th Cir. 1999).

57. Zie over de verschillende bewijstesten Verkuil 2002.

58. Pierce 2002, p. 771 en 797 e.v.

59. Breyer e.a. 2006, p. 210 e.v., naar aanleiding van *Allentown Mack Sales and Services v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998). Het *Supreme Court* oordeelde in die zaak de bewijswaardering door het bestuur onredelijk; ten onrechte had het bepaalde getuigenverklaringen niet in de beoordeling betrokken. De werkgever kon afzien van onderhandelen met de vakbond, wanneer hij aannemelijk maakte dat er redelijke twijfel bestond of de vakbond werd gesteund door een meerderheid van de werknemers. De eis van

'redelijke twijfel' lag vast in een regel. Bij de feitenvaststelling stelde het bestuursorgaan behoorlijk hoge eisen aan de kwaliteit en de kwantiteit van het door de werkgever verzamelde bewijsmateriaal. Bepaalde getuigenverklaringen werden niet in de beoordeling meegenomen. Eigenlijk zette het bestuursorgaan door deze praktijk van feitenvaststelling de regel op zij: in feite paste het niet de maatstaf van 'redelijke twijfel' toe, maar een maatstaf van 'redelijke zekerheid' ten aanzien van de vakbondsteun.

60. *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197 (1938) en *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951).

stuursorgaan te respecteren.⁶¹ Het *Supreme Court* heeft aangegeven de substantieel-bewijstoets niet concreter te kunnen formuleren. 'Since the precise way in which courts interfere with agency findings cannot be imprisoned within any form of words, new formulas attempting to rephrase the old are not likely to be more helpful than the old.'⁶² De rechter grijpt alleen in als hij bij lezing van het hele dossier het feitelijk oordeel onredelijk acht. Jurisprudentie waarin uiteindelijk het bewijs onvoldoende substantieel wordt geoordeeld, betreft regelmatig een situatie waarin binnen het bestuur onenigheid bestaat over de feiten.⁶³ Stellen de ALJ en de *review board* de feiten verschillend vast, of heeft een lid van de *review board* een *dissenting opinion* geschreven, dan heeft de rechter materiaal in handen om de consistentie van de feitenvaststelling te toetsen.⁶⁴ Verder ziet men dat de rechter ingrijpt wanneer te eenzijdig wordt gekeken naar het bewijsmateriaal afkomstig van het bestuursorgaan. Reden voor vernietiging kan zijn dat het bestuursorgaan geen acht heeft geslagen op onweersproken bewijsmateriaal, afkomstig van de belanghebbende of wanneer het enkel bewijswaarde heeft gehecht aan de zelf vergaarde getuigenverklaringen en geen enkele aan die van de belanghebbende.⁶⁵

Veel commentatoren stellen vast dat de substantieel-bewijstoets in de loop van de tijd substantiëler is geworden. Ook de feitenvaststelling die langs de lat van willekeur wordt gelegd, is in de loop van de tijd meer nauwgezet getoetst. In de veel geciteerde uitspraak *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*⁶⁶ heeft het *Supreme Court* de zogenaamde 'hard look' doctrine ontwikkeld.⁶⁷ Zowel bestuursorganen als rechters dienen intensief te bestuderen of het bestuursbesluit, vaak regelgeving, berust op een rationele feitenvaststelling. De rechter gaat na of alle relevante factoren betrokken zijn in de feitenvaststelling en of er een rationeel verband bestaat tussen de verzamelde feiten en de gemaakte (beleidsmatige) beslissing. Ook al toets de rechter marginaal, zijn onderzoek naar de feiten moet zoekend en zorgvuldig zijn. De aangezette toets van de feitenvaststelling wordt niet zozeer afgeleid uit de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan, maar veel eerder uit de eigen rechterlijke taak.⁶⁸ Wil de rechter daadwerkelijk controleren of het bestuursorgaan rechtmatig van zijn bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, dan dient het bestuursorgaan voldoende uit te leggen op basis van welke argumenten het tot een besluit is gekomen.

Vormen de twee verschillende marginale toetsen –

overigens naast andere toetsingsmaatstaven die de materiële wet kan bevatten – een werkbaar concept? Dat valt te betwijfelen. Verkuil heeft in een empirische studie laten zien dat de marginaliteit van de toetsingsmaatstaf en het percentage rechterlijke vernietigingen weinig verband met elkaar houdt.⁶⁹ Zo wordt in arbeidsongeschiktheidszaken ongeveer 50% van de besluiten vernietigd, ondanks de marginale substantieel-bewijstoets. Terwijl bij een *de novo*-toets (waarbij de rechter zelfstandig de feiten vaststelt) van weigeringen tot openbaarmaking van overheidsinformatie, slechts 10% de rechterlijke toets niet doorstaat. Praktische factoren lijken veeleer te bepalen hoe intensief de rechter daadwerkelijk naar een feitenvaststelling kijkt. De rechter zou acht slaan op het karakter van het bestuursorgaan, de aard van de problematiek, de gevolgen van de bestuurshandeling, het vertrouwen dat de rechter in de loop van de tijd heeft gekregen in dat bestuursorgaan, de mate waarin rechterlijk ingrijpen de bestuurspraktijk verstoort, de mate waarin een intensieve toets de rechterlijke macht belast en de aard van de bestuurlijke besluitvormingsprocedure.⁷⁰

Algemene opvatting onder wetenschappers is dat de verschillende marginale bewijstoetsen praktisch dezelfde toets zijn geworden

Algemene opvatting onder wetenschappers is dat de verschillende marginale bewijstoetsen praktisch dezelfde toets zijn geworden.⁷¹ Een minder deskundige rechter toetst een besluit als vanzelf op rationaliteit en rationaliteit is lastig in verschillende categorieën op te delen. Dat heeft sommigen ertoe doen concluderen dat 'regels van rechterlijke toetsingsintensiteit niet meer inhoud hebben dan een pitloze druif'.⁷² Wenst de wetgever de toets van de feitenvaststelling strenger te maken, dan wordt wel aangeraden om in de materiële wet meer procedurele waarborgen op te nemen, die tijdens de besluitvorming in acht moeten worden genomen.⁷³

Zelfs de soms aanwezige plicht van de rechter om zelfstandig de feiten vast te stellen (*de novo*) verschilt dus nauwelijks van de invulling van de marginale toets. In theorie worden sommige rechten zo belangrijk geacht, zoals bijvoorbeeld een constitutioneel beschermd

61. Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 370 en *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 490 (1951).

62. *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 489 (1951).

63. Frank E. Cooper, 'Administrative Law: The "Substantial Evidence" Rule', 44 A.B.A. J. 945 (1958); p. 1002, 1003; Pierce 2002, p. 771; Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 371.

64. Pierce 2002, p. 780 e.v.

65. Cooper 1958, p. 1002-1003.

66. *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v.*

Volpe, 401 U.S. 402 (1971). Een ander aansprekend voorbeeld biedt *Motor Vehicle Manufacturers' Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

67. Zie Breyer e.a. 2006, p. 347 e.v.; Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 373 e.v.

68. *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 415.

69. Verkuil 2002.

70. Breyer e.a. 2006, p. 213; Verkuil 2002, p. 679, noot 22.

71. Cooper 1958; William R. Andersen, 'Judi-

cial Review of Agency Fact-finding in Washington: A Brief Comment', 13 *Willamette L. J.* 397 (1976), 415; Matthew J. McGrath, 'Convergence of the Substantial Evidence and Arbitrary and Capricious Standards of Review During Informal Rulemaking', 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 541 (1985-1986); Pierce 2002, p. 805; Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 375.

72. Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, 'Perspectives on Administrative Law', 75 *Colum. L. Rev.* 771 (1975), 780.

73. McGrath 1986, p. 563.

recht als eigendom of burgerschap, dat een rechter altijd zelf moet kunnen nagaan of een belanghebbende daar aanspraak op heeft. De rechter moet dan de feiten die dat recht scheppen zelf kunnen vaststellen en zo nodig nieuw bewijsmateriaal beoordelen. Deze theorie komt naar voren in enige zaken die het *Supreme Court* in het begin van de twintigste eeuw heeft gewezen.⁷⁴ Toch is de doctrine in de praktijk niet van de grond gekomen. De hedendaagse gerechten eerbiedigen ook bij constitutionele rechten de feitenvaststelling door het bestuursorgaan en grijpen alleen in als substantieel bewijs ontbreekt. Als verklaring wordt onder meer aangedragen dat het bestuur op zijn minst even goed als de rechter in staat is om nauwkeurig de feiten vast te stellen en dat een *de novo*-toets weinig efficiënt is.⁷⁵

6 Amerikaanse lessen voor het Nederlandse bestuursrecht

Binnen de *common law* bestaat veel aandacht voor de bijzondere aard van het individuele geval, de feiten en de bewijslevering. Al vanaf het begin van de twintigste eeuw is de algemene opvatting in de V.S. dat de eigen aard van het bestuursrecht vraagt om eigen bewijsregels. Bestuursorganen beschikken over expertise, moeten van die bijzondere kennis gebruik kunnen maken en dienen de bestuurstaak efficiënt uit te kunnen oefenen. Een vrij systeem van bewijsrecht wordt in de V.S. primair bepleit vanuit het belang van het bestuur. Dat vormt een les voor het Nederlandse bestuursrecht. Bij ons wordt de vrij-bewijsleer vooral gezien in het voordeel van de burger. Inmiddels is echter gebleken dat zoveel vrijheid de burger in een nadelige positie kan brengen.⁷⁶ Hij dient uit eigen initiatief bewijs te leveren en krijgt daarbij geen sturing van de Awb. De wet geeft hem weinig instrumenten in handen om de feitenvaststelling door het bestuursorgaan effectief te bestrijden. In Amerikaanse bestuursrechtelijke zaken zijn het vooral burgers die een beroep doen op toepassing van de uitgewerkte bewijsregels uit het civiele recht en het strafrecht (FRE). Bewijsregels kunnen de positie van de burger versterken.

Vanuit de positie van de (onvertegenwoordigde) burger zijn niet alleen duidelijke bewijsregels van belang, maar ook toereikende voorlichting over wat die regels betekenen in een individuele zaak. De samenhang tussen bewijsregel en procesbegeleiding is belangrijk. Zou men in het Nederlandse bestuursrecht ervoor kiezen om enkel de plicht tot bewijsvoorlichting nader uit te werken, dan is het maar de vraag of die voorlichting en begeleiding daadwerkelijk van de grond komt. Hoe weet de rechter wat voor een voorlichting hij dient te geven, als hij zich er niet bewust van is welke bewijsregels gelden? Hoe waarborgen we dat burgers in ge-

lijke zaken in een vergelijkbare bewijspositie komen? Een goed begrip van de bewijsregels lijkt een essentiële voorwaarde om de begeleiding te kunnen geven. De behoefte aan begeleiding moet niet worden onderschat. Partijen in het Nederlandse bestuursrecht lijken regelmatig niet goed te begrijpen welke feiten relevant zijn voor een besluit.⁷⁷ Evenmin is de bewijswaarde van bewijsmiddelen hen als vanzelf duidelijk. Zo zijn er vrijwel geen zelfprocederende burgers die op eigen initiatief een contra-expertise overleggen.⁷⁸ In de V.S. bestaan voor de rechterlijke macht protocollen teneinde aan burgers zonder procesvertegenwoordiging bewijsvoorlichting te geven. Nederlandse rechters en bezwaarschriftencommissies kunnen daar inspiratie aan ontlelen. Dat past goed binnen een 'andere aanpak' van de behandeling van bezwaarschriften en de wens om geschillen meer definitief te beslechten. De rechter of bezwaarbehandelaar kan doorvragen om te bezien of daadwerkelijk onenigheid over de feiten de kern van het geschil vormt en of de burger begrijpt in welke mate en op welke wijze hij verantwoordelijk is voor de bewijslevering.

De studie naar het Amerikaanse bestuursrechtelijke bewijsrecht levert ook inbreng voor het debat over de rechterlijke taak

De studie naar het Amerikaanse bestuursrechtelijke bewijsrecht levert ook inbreng voor het debat over de rechterlijke taak. In de V.S. onderkent men de noodzaak van rechterlijke controle op het bestuur, ook wat betreft de feitenvaststelling. Men zet alleen vraagtekens bij de geschiktheid van de rechter om zelf feiten vast te stellen. Hij beschikt over minder expertise dan het bestuur, heeft minder kennis van het dossier, zijn onderzoek is tijdsretend en hij kan de feiten minder vergelijkenderwijs vaststellen, waardoor uniforme wettoepassing in gevaar komt. Uitgangspunt is dat de rechter marginaal toetst. Dat uitgangspunt zegt echter niet veel over het niveau van rechtsbescherming. Verschillende factoren spelen een rol.

In de eerste plaats is de procedure waarin het besluit tot stand komt meer uitgebreid. Al vroeg in de procedure oordeelt een onafhankelijke jurist (ALJ) over de feitenvaststelling. Hij houdt een *evidentiary hearing* en draagt er zorg voor dat het dossier op een evenwichtige wijze wordt opgebouwd. Ook het bewijsmateriaal van de burger moet daar in voldoende mate in terechtkomen. De burger heeft aanspraak op de toepassing van

74. O.a. *Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough*, 253 U.S. 287 (1920). Zie verder o.a. Henry P. Monaghan, 'Constitutional Fact Review', 85 *Colum. L. Rev.* 229 (1985); Frank R. Strong, 'The Persistent Doctrine of "Constitutional fact"', 46 *N.C.L. Rev.* 223 (1967).

75. Breyer e.a. 2006, p. 135; Pierce, Shapiro & Verkuil 2004, p. 132 en 133.

76. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 326-331.

77. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 193 en 196. 88% van de beroepschriften bevat een grond over de feiten, bestuursorganen weer-

spreken maar in 61% van de gevallen die grond. Een van de redenen daarvoor lijkt te zijn dat de aangevoerde feiten niet relevant zijn.

78. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 188 en 320.

bepaalde bewijsregels en hem komen verschillende rechten toe in het kader van *due process*.⁷⁹ Doordat niet alleen het bestuur, maar ook een onafhankelijke jurist oordeelt over het bewijsmateriaal en doordat binnen het bestuur *dissenting opinions* kunnen bestaan, heeft de burger materiaal in handen om de feitenvaststelling te bestrijden.

In de tweede plaats kan de burger ook tegen algemeen verbindende voorschriften beroep instellen. Het bestuursorgaan dient bij de voorbereiding van de voorschriften veel informatie te overleggen over de feitelijke onderbouwing, bijvoorbeeld wie welke onderzoeken aan de hand van welke methode heeft gedaan. De burger beschikt daardoor over veel gegevens uit het bewijsdomein van het bestuur.

In de derde plaats is 'de marginale toets' maar een woord. Dat woord heeft niet veel meer inhoud dan een pitloze druif. Belangrijker is om na te gaan hoe de rechter die toetsing uitvoert. In het Amerikaanse bestuursrecht staat men kritisch tegenover de gedachte dat het bestuur geen eigen belang heeft. Rechters hebben er bijzondere aandacht voor of bestuursorganen beleidsmatige keuzes proberen te verstoppen in ondoorzichtige feitenvaststellingen. Het bestuur moet uit kunnen leggen waarom het van een bevoegdheid gebruik kan maken. Nadere motiveringseisen worden niet zozeer gesteld om de bestuurlijke bevoegdheid aan banden te leggen, maar om de eigen rechterlijke controle effectief uit te kunnen voeren.

Deze factoren leren dat we in het Nederlandse debat niet te gemakkelijk een zwart/wit discussie moeten voeren tussen een marginale dan wel volle toets van de feitenvaststelling.⁸⁰ De eisen die men stelt aan de rechterlijke toets, kunnen niet los worden gezien van de waarborgen waarmee men de besluitvormingsfase omkleedt. Een marginale toets in combinatie met een uitgebreid gereguleerde en met vele waarborgen omkleedde besluitvormingsprocedure levert willicht meer waarheidsvinding op dan een volle toets, terwijl de bewijsverzameling tijdens de besluitvorming weinig genormeerd wordt. Ook leert de rechtsvergelijking dat in de praktijk feitenvaststellingen vooral op rationaliteit worden getoetst en dat het lastig is die rationaliteit in categorieën op te delen. Zelf denk ik dat met behulp van woorden als 'volle toets' of 'volle terughoudende toets' niet duidelijk wordt hoe de rechter een feitenvaststelling beoordeelt. Mijns inziens dienen in de jurisprudentie vooral inhoudelijke factoren te worden gedeut. Zo kan een feitenvaststelling weinig overtuigend zijn omdat bijvoorbeeld het dossier tegenstrijdig bewijsmateriaal bevat, doordat aan het ontkrachtende bewijsmateriaal geen aandacht is besteed, doordat niet duidelijk is hoe objectief de bron van informatie is of doordat de toegepaste onderzoeksmethode omstreden is. Een inhoudelijke uitwerking van de rechterlijke bewijstoets verhoogt het niveau van rechtsbescherming,

zonder te verzanden in een dogmatische discussie tussen een volle dan wel marginale toetsing.

79. Gellhorn & Levin 2006, p. 200 e.v.; Harter 2007, p. 374-375.

80. Vgl. T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen* (diss. Leiden),

Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008 (m.n. p. 346-349).