



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht

Schuurmans, Y.E.

Citation

Schuurmans, Y. E. (2009). De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. In *VAR-reeks / Vereniging voor Administratief Recht* (pp. 117-184). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13838>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13838>

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

De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht

Mr. dr. Y.E. Schuurmans*

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

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

4	Lessen uit het civiele en strafrechtelijk bewijsrecht	158
4.1	Het codificatiedebat	159
4.2	Ontwikkelingen in het strafrechtelijk bewijsrecht	162
4.2.1	De wettelijke bewijsregeling	162
4.2.2	Beperkte waarde wettelijke regeling bewijsmiddelen en bewijsminima	163
4.2.3	Afnamen en toename van eisen aan de rechterlijke bewijsmotivering	164
4.2.4	Invoering van kenmerken van een partijenproces	165
4.2.5	Vergroten deskundigheid rechter	167
4.3	Ontwikkelingen in het civiele bewijsrecht	168
4.3.1	De wettelijke bewijsregeling	168
4.3.2	Toenemende aandacht voor materiële waarheidsvinding	169
4.3.3	Ongelijkheidscompensatie in het bewijsrecht	171
4.3.4	Versterking rechterrol van de rechter	172
4.4	Conclusie	174
5	Slotbeschouwing	177
	Stellingen	184

I Inleiding

‘A legal system will do almost anything, tolerate almost anything, before it will admit the need for reform in the system of proof and trial. (...) Why is it so hard for a legal system to reform a decadent system of proof? I think there are two main reasons. One is in a sense practical: nothing is quite so imbedded in a legal system as the procedure for proof and trial, because most of what a legal system does is to decide matters of proof – what we call fact-finding. (...)

The inertia, the resistance to change that is associated with such deep-seated interests, is inevitably reinforced by the powerful ideological component that underlies a system of proof and trial. (...) Because the theory of proof purports to govern and explain the application of the adjudicative power, it plays a central role in legitimating the entire legal system.’¹

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

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

1. John H. Langbein, *Torture and plea bargaining*, 46 U. Chi. L. Rev. 3 (1978), p. 19-20.

2. Mijn deelname aan het onderzoek ‘Feitenvaststelling in beroep’ in het kader van de derde evaluatie van de Awb is van grote waarde geweest. Zowel ter uitvoering van dat onderzoek als na afloop, heb ik verschillende bijeenkomsten op rechtbanken bijgewoond waarin de bewijsproblemen in het bestuursrecht centraal stonden. Van deze bijeenkomsten is geen zelfstandige verslaglegging gemaakt.

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

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

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

3. Ook in de Verenigde Staten heeft men onderzoek gedaan onder bestuursrechters naar hun tevredenheid met de bewijsregels die zij toepassen. Grofweg gezegd gelden daar drie verschillende bewijsregimes. Een meerderheid gaf aan dat de voor hun rechtsgebied geldende bewijsregels tot bevredigende resultaten leiden; een meerderheid zei een voorkeur te hebben voor de eigen bewijsregels boven de andere regimes. Richard J. Pierce, 'Use of the Federal Rules of Evidence in Federal Agency Adjudications', 39 Admin. L. Rev. 11 (1987).

4. Vandaar wat boude stellingen ter introductie ten behoeve van het debat!

5. Commissie Evaluatie Awb III 2006/07, p. 26.

6. Vgl. B.J. Schueler, Last van de vrije bewijsleer, in: G.H. Addink e.a. (red.), Grensverleggend bestuursrecht. Opstellen voor prof. mr. J.B.J.M. ten Berge, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

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

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

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

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

7. De Raad van State waarschuwde hier destijds al voor, PG Awb II, p. 163.

8. A.H.J. Lennaerts, Ben ik overtuigd: rapport m.b.t. tot de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden door de rechtbank een medicus als deskundige dient te worden ingeschakeld in beroepsprocedures waarin medische vaststellingen onderdeel uitmaken van de besluitvorming (Werkgroep medisch toetsing; voorz. A.H.J. Lennaerts) 1995.

9. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2007, paragraaf 11.3 (Knelpuntenanalyse).

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

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

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

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

10. Aan de expertmeetings hebben meegedaan rechters uit de rechtbanken Assen, 's-Gravenhage, Groningen, Leeuwarden en Haarlem. Na afloop van het onderzoek zijn de bevindingen besproken op studiedagen van o.a. de rechtbanken Amsterdam, Breda en 's-Gravenhage.

11. Commissie Evaluatie Awb III 2006/07, p. 33. Zie voor een reactie van de onderzoekers daarop NTB 2007, p. 160-162.

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

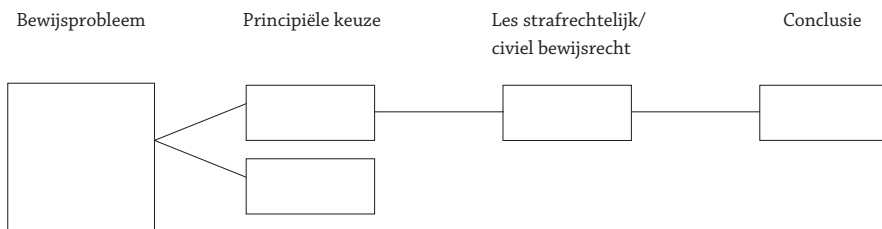
Dit preadvies is op de volgende wijze opgebouwd. Paragraaf 2 begint met een analyse van 'het bewijsrechtelijke probleem' in het bestuursrecht. Zo wordt beschreven waarom bewijsrechtelijke regels ontstaan en welke bewijsproblemen men op abstract niveau kan onderscheiden. Daarbij wordt aandacht besteed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

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

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

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

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



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

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

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

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

2 Vraagstukken van bewijs(recht) in het bestuursrecht

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

2.1 Waaronder bestuursrechtelijk bewijsrecht ontstaat

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

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

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

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

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

14. Schueler 2008, p. 446.

15. PG Awb II, p. 175. Zie ook Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, paragraaf 3.2; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, paragraaf 2.2.

16. Y.E. Schuurmans, *De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht*, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 37 e.v.

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

2.2 Abstracte bewijsproblemen in het proces

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

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

17. Artikel 19 Wet werk en bijstand.

beschrijving van het rechtsfeit bijzonder complex is.¹⁸ Voor het eerste geval geldt dat, hoeveel bewijsmateriaal je ook bijeenbrengt, de feitenvaststelling inherent een benadering van de werkelijkheid blijft. Zo is het lastig eenduidig vast te stellen of een voorgenomen concentratie van bedrijven de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zal gaan belemmeren.¹⁹ Welke invloed de concentratie heeft op de vraag naar en het aanbod van een bepaald product, blijft een waarschijnlijkheidsbeoordeling.

Het rechtsfeit zelf kan ook complex beschreven zijn, zoals ‘significante belemmering’ (in plaats van een concreet marktaandeel). Of denk aan het verbod om, zonder leeftijdsvaststelling aan de hand van een legitimatiebewijs, tabaksproducten te verkopen aan een persoon die niet ‘onmiskenbaar de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt’.²⁰ ‘16 jaar’ is in beginsel een gemakkelijke feitenvaststelling; ‘niet onmiskenbaar 16 jaar’ is complex. De complexe termen wijzen niet naar een eenduidige feitenconstellatie. In het proces ontstaat discussie of de waarschijnlijkheidsbeoordeling toereikend is (complexe werkelijkheid) en welk feitencomplex onder de kwalificatie van het rechtsfeit valt (complex rechtsfeit).

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

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

18. Zie ook A.P. Klap, *Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?*, NTB 2007, p. 183-194 en de noot van K.E. Geertsema bij ABRvS 23 mei 2008, AB 2009, 11.

19. Artikel 41 Mededingingswet.

20. Artikel 8 Tabakswet.

21. Zie o.a. de werken van H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar.

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

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

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

22. Zie over competitie en coöperatie in de verschillende rechtsgebieden en de invloed op het bewijsdebat, A.F.M. Brenninkmeijer, *De strijd om het bewijs*, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 11-18. Zie voor de invloed van partijautonomie op het bewijsdebat W.D.H. Asser, *Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek*, in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, m.n. p. 17.

23. Zie paragraaf 4.3.3.

24. Bij sanctiebesluiten ligt dat in beginsel anders.

25. Y.E. Schuurmans, *Eenheid in het bewijsrecht. Een vergelijking tussen de uitgangspunten van het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht*, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 286.

26. Aangezien het bewijsrecht regels geeft die het beslissende orgaan hanteert ten einde tot een feitenvaststelling te komen, kunnen de termen bewijsregels en regels van feitenvaststelling m.i. met elkaar worden uitgewisseld. Zij lossen dezelfde soort bewijsproblemen op.

27. Zie voor een uitgebreide analyse M.A. Heldeweg, *Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht* (diss. Maasrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1993.

28. ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 360 m.nt. MSV.

29. Schuurmans 2006, p. 40-41.

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

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

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

2.3 Verschillende typen bewijsregels

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

30. Schuurmans 2006, p. 37-40.

31. E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, *Balanceren boven nul*, NTB 2000, p. 215.

32. Klap 2007, p. 186 en 189.

33. Artikel 67, lid 1, sub e Vw 2000.

34. Paragraaf 3.1.2.

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

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

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

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

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

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

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

2.4 Bewijsrechtelijke misverstanden bij de invoering van de Awb

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

36. Zie ABRvS 29 augustus 2007, JB 2007/191.

37. PG Awb II, p. 175.

38. PG Awb II, p. 165.

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

2.4.1 Een begrijpelijke keuze

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

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

2.4.2 De vrij-bewijsleer is niet uniek voor het bestuursrecht

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

39. PG Awb II, p. 169.

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

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

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

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

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

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

41. Nijboer 2008, p. 38.

42. G.R. Rutgers, R.J.C. Flach & G.J. Boon, *Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht*, Deventer: Kluwer 1988, p. 85 e.v.

43. Schuurmans 2005, p. 45.

44. Zie paragraaf 1.

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

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

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

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

45. Zie ook paragraaf 2.2.

46. PG Awb I, p. 239.

47. PG Awb I, p. 205.

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

2.5 Conclusie

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

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

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

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

48. PG Awb I, p. 39 en 40; zie ook Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 18.

49. Zie ook Schuurmans 2005, p. 44-45 en Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 73-74.

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

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

3 Principiële keuzes waarvan de vormgeving van het bewijsrecht afhangt

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

3.1 Een uniforme bewijsregeling voor de besluitvormingsfase en het proces?

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

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

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

3.1.1 *De overtuigingskracht van de feitenvaststelling*

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2 De taakopvatting van de rechter

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

52. Naast het daar te noemen argument dat het bestuursorgaan niet ten aanzien van alle feiten expertise heeft, kan het natuurlijk voorkomen dat de ambtenaar bij het bestuursorgaan net in dienst is en tegenover een ervaren rechter staat. Er staat 'in beginsel'.

53. Vgl. de ontwikkeling in het strafprocesrecht, waarin het onderzoek ter zitting zich in de praktijk is gaan richten op het evalueren en verifiëren van de resultaten van het vooronderzoek, Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 53.

54. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, in het bijzonder p. 215.

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

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

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

55. Zie nader paragraaf 2.2.

56. Zie Barkhuysen, Damen e.a. 2007, paragraaf 3.3 voor een uitgebreide analyse van het Europees en internationaal kader voor de feitenvaststelling.

57. Zie ook Schuurmans 2005, p. 275-276.

58. Zie bijvoorbeeld Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 *Cornell L. Rev.* 1 (2007), met vele verwijzingen.

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

Wanneer is de taakopvatting van de rechter dan wel relevant? In paragraaf 2.2 zijn drie verschillende bewijsproblemen onderscheiden: de situatie dat bewijsmateriaal ontbreekt, de complexe feitenvaststelling en de bewijswaardering. Voor deze laatste twee problemen lijkt de taakopvatting minder relevant. Zoals hiervoor beschreven, bepaalt veeleer de aard van het feitencomplex de rechterlijke toetsingswijze. De taakopvatting van de rechter zal met name een rol spelen in een zaak waarin relevant bewijsmateriaal ontbreekt. Ziet de rechter voor zichzelf een taak weggelegd om onderzoek in te stellen en het ontbrekende bewijsmateriaal te achterhalen? De rechter met de 'klassieke opvatting' zal daar eerder toe geneigd zijn dan de rechter die toetst aan de hand van het 'zorgvuldigheidsmodel'.⁶⁰ Laatstgenoemde gaat voornamelijk na of de last tot bewijslevering tijdens de besluitvorming toekwam aan de belanghebbende dan wel het bestuursorgaan. Een rechter die zich uitsluitend op die vraag concentreert, komt niet toe aan de vraag wanneer hij zelf een onderzoek naar de feiten dient in te stellen. Met Schlössels⁶¹ en Tak⁶² ben ik van mening dat een strikte toetsing aan de hand van het zorgvuldigheidsmodel niet goed past in het systeem van de Awb. Inderdaad zou een bepaling als artikel 8:69 lid 3, waarin de rechter de bevoegdheid heeft om de feiten aan te vullen, anders zinloos zijn. En aan al die onderzoeksbevoegdheden komt hij dan ook niet toe. Helaas is dat nu wel goddeels de werkelijkheid. Maar ik vraag mij af of dat komt door een bewuste keuze voor het zorgvuldigheidsmodel of door een perverse werking van managementinstrumenten en het financieringsmodel voor de rechtspraak. Voor die werking biedt de rechtspraak ruimte; mij zijn geen uitspraken bekend waarin de uitspraak in eerste aanleg wordt vernietigd, omdat de rechtbank een feitelijk geschilpunt onvoldoende heeft onderzocht en beslecht.⁶³ Voor de oplossing van het probleem dat bewijsmateriaal ontbreekt, dient inderdaad een keuze te worden gemaakt. Waar houdt de

59. Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2007, p. 19-21.

60. Zie paragraaf 2.3 van het preadvies van Schlössels.

61. Paragraaf 2.3.6. van zijn preadvies.

62. A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, derde druk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 891.

63. Natuurlijk zijn er wel uitspraken waarin de appelrechter zelf alsnog dat onderzoek doet.

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

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

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

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

64. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, derde druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 61.

65. ABRvS 10 september 2003, AB 2004, 4 m.nt. RW.

66. In het jaarverslag van 2006 vestigt de Raad van State zelf ook aandacht op het mogelijke conflict tussen de rechtsvormende taak van het college en de noodzaak de feiten te duiden, omdat de rechter enkel aan het geschil rechtsmacht ontleent, Jaarverslag Raad van State 2006, p. 94 en 95.

De belanghebbende wordt in het bestuursrecht geconfronteerd met de eenzijdige uitoefening van overheidsgezag. Op informatiegebied heeft de overheid veelal een voorsprong, onder meer doordat haar organen over meer bevoegdheden beschikken om informatie te verzamelen. De eenzijdige gezagsuitoefening dient in beginsel gecompenseerd te worden, waarbij een rol speelt dat het bestuursorgaan als algemeenbelangbehartiger zich óók het belang van de getroffenene moet aantrekken. Ongelijkheidscompensatie kan op verschillende wijzen en zowel door het bestuur als de rechter geschieden.

In het bestuursrecht dient de informatieachterstand van de belanghebbende te worden gecompenseerd. Het moet bijvoorbeeld voor hem mogelijk zijn om te vernemen op welke gegevens het bestuursorgaan zich baseert en op welke wijze het die gegevens heeft vergaard. Zo wordt onder artikel 3:2 Awb verlangd dat het bestuursorgaan zich op concrete en verifieerbare feiten beroept, die zo nauwkeurig worden omschreven dat de belanghebbende daar tegenbewijs tegen kan leveren.⁶⁷ De ongelijkwaardige positie zou ook gedeeltelijk kunnen worden gecompenseerd door verplichte rechtsbijstand in te voeren. Nu dat niet is gebeurd in het bestuursprocesrecht, dient het bestuursorgaan niet alleen openheid van zaken te geven, maar ook de bewijslevering door de belanghebbende enigszins te begeleiden. Zo wordt van bestuursorganen verwacht dat zij belanghebbenden de mogelijkheid bieden om tegenbewijs te leveren,⁶⁸ en enige voorlichting geven over het van hen verwachte bewijsmateriaal.⁶⁹ De compensatieplicht bij de feitenvaststelling is voor het bestuursorgaan onder artikel 3:2 Awb behoorlijk ontwikkeld.

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

67. Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 september 2004, AB 2005, 107 m.nt. Vermeer; Vz. ABRvS 20 juni 2008, JB 2008/192; CRvB 7 november 2006, AB 2007, 73.

68. Schuurmans 2005, p. 97-99.

69. Schuurmans 2005, p. 155-160.

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

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

70. Schuurmans 2005, p. 162 e.v.

71. CBb 22 maart 2002, 01/428.

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

3.1.5 Tussenconclusie

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

72. C12/1.3 Vc 2000.

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

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

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

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

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

75. TK 2007/08, 31 352.

76. Vgl. Nijboer 2008, p. 355-356.

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

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

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

77. Zie paragraaf 4.2.5.

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

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

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

3.3 Evolueert het bestuursrechtelijk proces tot een volwaardig partijenproces?

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

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

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

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

80. Zie o.a. R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139 e.v.; L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21 e.v.

81. Zie m.n. CRvB 1 juni 2005, JB 2005/237 m.nt. Wenders.

82. Zie ook Schueler 2008.

83. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 66.

84. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 38. Damen 2006, p. 31 vat dit samen met de stelling 'De partijautonomie van de burger lijkt te zijn geworden tot de vrijheid om de procedure te verliezen'.

3.4 Feiten waarvoor de rechter een bijzondere verantwoordelijkheid draagt?

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

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

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

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

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

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

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

85. Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad – mei 2007.

86. Zie ook paragraaf 4.3 van het preadvies van Verburg.

feitenvaststelling. Zijn taak is bijvoorbeeld weinig problematisch bij de beoordeling van besluiten met een punitief karakter.⁸⁷ Ook de regeling van de boete in de Vierde tranche van de Awb gaat ervan uit dat de rechter het bewijs, van de feiten die de overtreding constitueren, vol toetst.⁸⁸ Zonodig moet de overtreding ten overstaan van de rechter worden bewezen.⁸⁹ Bovendien kan voor de rechter voor het eerst een beroep worden gedaan op rechtsregels, waaraan geen enkele 'gezaghebbende feitenvaststelling' van het bestuur vooraf is gegaan. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bepaling van openbare orde in het geding is,⁹⁰ waarin eiser een beroep doet op een fundamentele recht⁹¹ of een verzoek om schadevergoeding indient. De belanghebbende heeft recht op effectuering van die rechten, ook zonder dat het bestuursorgaan zich daar een oordeel over vormt. De rechterlijke taakopvatting is dan geen enkel argument om zich terughoudend op te stellen ten aanzien van de feiten.

Voorts kan het besluit zo ingrijpend zijn of kunnen regels rechten en belangen beschermen, die naar hun aard zo een zwaar gewicht hebben, dat de rechter een duidelijke eigen verantwoordelijkheid draagt voor de feitenvaststelling.⁹² Met name besluiten die punitief van karakter zijn,⁹³ die toepassing geven aan communautair recht⁹⁴ en besluiten die mogelijk een fundamenteel recht raken,⁹⁵ trekken dan (wederom) de aandacht. Die invloed van de aard van het recht is duidelijk waar te nemen bij de verdeling van de bewijslast. Bij alle drie de genoemde besluiten wordt de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan extra aangezet. Zo worden hoge eisen gesteld aan de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het sanctiebe-

87. Zie ook Schreuder-Vlasblom 2008, p. 300.

88. TK 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 128 (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht).

89. TK 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 131.

90. Zie nader Schuurmans 2005, p. 238 e.v.

91. Vgl. A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout, Slotbeschouwing, in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, m.n. p. 224 en J.H. Gerards, *Fundamental Rights and Other Interests: Should It Really Make a Difference?*, in: Eva Brems (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 674.

92. Ook in het strafprocesrecht wordt gepleit voor meer differentiatie, waarbij het niveau van rechtsbescherming afhankelijk wordt gemaakt van de belangen die voor individu en samenleving op het spel staan. De inzet van rechterlijke onderzoeksbevoegdheden kan dan afhankelijk worden gemaakt van de mogelijk op te leggen sanctie. Zo zouden niet alle punitieve sancties over een kam worden geschoren. Zie Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 27-28. Ook EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Jussila t. Finland) wijst in die richting.

93. F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, paragraaf 4.6. In beginsel zou de rechter goed in staat moeten zijn de van hem verlangde intensieve toets aan te leggen. De bestuurlijke boete is volgens de memorie van toelichting vooral bedoeld voor feiten die relatief eenvoudig zijn vast te stellen (geen complexe werkelijkheid). Voorts maakt opzet of schuld in beginsel geen deel uit van de bestuursrechtelijke delictomschrijving (minder complexe beschrijving van het relevante rechtsfeit), TK 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125. Dat betekent dat de wetgever deels bepaalt in welke mate bewijsproblemen in het proces kunnen worden voorkomen. Zie ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 667.

94. Schuurmans 2007, waarbij in eerste instantie gedacht zal worden aan het staatssteunrecht.

95. T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (Preadvies VAR, 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 44-45; Gerards 2008, p. 655-690, ook voor discussie op dat punt.

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

3.5 Functie van het hoger beroep?

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

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

96. ABRvS 15 februari 2001, AB 2001, 194 m.nt. BS en JB 2001/88 m.nt. CLGFHA; ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176 m.nt. OJ en JB 2002/279 m.nt. Geers.

97. ABRvS 14 november 2007, AB 2007, 396 m.nt. Sewandono; CRvB 29 juli 2008, JB 2008/211 (verblijfsrecht ontleend aan EG-recht).

98. O.a. H.J. Simon, *Het EVRM en de bestuurlijke besluitvorming*, JBplus 2003, p. 180; U. Erdal, *Burden and the standard of proof in proceedings under the European Convention*, E.L.Rev. Human Rights Survey 2001, p. HR/68-HR/85; K. Rogge, *Fact-Finding*, in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1993, p. 677-701; Tobias Thienel, *The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights*, German Yearbook of International Law 2008, p. 543 e.v.

99. Jaarverslag Raad van State 2005, p. 98 en bijvoorbeeld ABRvS 25 mei 2007, LJN AT6178 en ABRvS 5 maart 2008, JB 2008, 95.

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

3.6 Beroepbaarheid algemeen verbindende voorschriften en ex ante wetsevaluatie?

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

100. Zie nader P.A. Willemsen, De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, paragraaf 4.4.2; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 544 e.v.

101. Zie ook het evaluatieonderzoek, waarin hoofdzakelijk naar uitspraken van de Afdeling wordt verwezen, Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 63, 64 en 67. Natuurlijk kan men dan tegenwerpen dat de belanghebbende niet veel beter wordt van die jurisprudentie, omdat de rechtbank nooit verplicht wordt geacht de deskundige in te schakelen, of dat de Centrale Raad het feitelijke geschil oplost door zelf onderzoek te doen.

102. Vgl. W.H.B. Dreissen, Promis. Over de nieuwe wijze van bewijsmotivering en de rol van de Hoge Raad, DD 2008, p. 368 e.v., die waarschuwt dat motiveringseisen gemakkelijk tot een lege huls verworden wanneer de Hoge Raad zijn taakopvatting ten aanzien van het feitenoordeel niet bijstelt.

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

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

103. Artikel 5 lid 4 Regeling permanente eisen taxi's.

104. Voorbeeld ontleend aan R.A.J. van Gestel, *Wetgeving en wetenschap*, AA 2009, p. 33 e.v.

105. Deze onderverdeling is terug te vinden in het Amerikaanse bestuursrecht waarbij *official notice* wordt gegeven van voornamelijk de regelgevingsfeiten. Zie bijvoorbeeld Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process in a Nutshell*, 5th ed., St. Paul, MN: Thomson/West 2006, p. 300 e.v.

106. Zie o.a. A.C.M. Meuwese, *Impact assessment als onderdeel van een 'gemeenschappelijke wetgevingscultuur' in Europa* (Preadvies Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid 2008), te verschijnen.

107. Vgl. J.B.M. Vranken & R.A.J. van Gestel, *Een nieuwe Afdeling advisering bij de Raad van State: drie denkrichtingen*, NJB 2008, afl. 44-45.

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

3.7 Conclusie

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

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

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

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

4 Lessen uit het strafrechtelijk en civiele bewijsrecht

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

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

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

109. Vgl. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 34.

110. Corstens 2008, p. 665.

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

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

4.1 Het codificatiedebat

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

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

111. W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 20 e.v.; J.F. Nijboer, *Naar een vrije bewijsregeling?*, DD 1982, p. 182-192.

112. Nijboer 1982, p. 189, met een verwijzing naar M.S. Pols.

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

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

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

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

113. Dreissen 2007, p. 25.

114. Dreissen 2007, p. 24.

115. Nijboer 1982, p. 191.

116. Zie het voorstel van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 437 e.v.

117. PG nieuw bewijsrecht, p. 5-6.

118. PG nieuw bewijsrecht, p. 17.

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

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

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

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

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

119. PG nieuw bewijsrecht, p. 7-8 en 19.

120. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 31.

121. Zie nader W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, hoofdstuk 2.

122. PG nieuw bewijsrecht, p. 87.

123. PG nieuw bewijsrecht, p. 12.

124. PG nieuw bewijsrecht, p. 11.

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

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

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

4.2 Ontwikkelingen in het strafrechtelijk bewijsrecht

4.2.1 De wettelijke bewijsregeling

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

125. TK 1999/2000, 28 855, nr. 3, p. 157.

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

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

4.2.2 *Beperkte waarde wettelijke regeling bewijsmiddelen en bewijsminima*

De inspiratie die het bestuursrecht zou kunnen halen uit de bewijsafdeling uit Sv lijkt beperkt. De opsomming van de wettige bewijsmiddelen wordt in het algemeen achterhaald bevonden. Door technologische ontwikkelingen zijn de wetsartikelen verouderd en in de praktijk is in wezen een vrij bewijsstelsel ontstaan. De artikelen 338-344a Sv geven uiteindelijk weinig garanties voor de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal. Door de 'eigen waarneming van de rechter' kan veel bewijsmateriaal als wettig bewijsmiddel in het geding worden gebracht. Voorts heeft de zogenaamde de auditu-rechtspraak het bewijsrecht ingrijpend veranderd. Met de acceptatie van buiten rechte afgelegde getuigenverklaringen als bewijsmiddel is het strafrechtelijk proces veel meer een papieren proces geworden. Het zwaartepunt van de bewijsverzameling en bewijslevering is van het proces naar de voorfase verschoven.¹³⁰ In veel zaken wordt op de terechtzitting enkel het in het voorbereidend onderzoek vergaarde bewijsmateriaal geëvalueerd.¹³¹

Ook de bewijsminima hebben in de praktijk een behoorlijk beperkte betekenis. De bewijsminima vragen om een bevestiging van de tenlastelegging door verschillende bewijsmiddelen. Volgens de rechtspraak hoeft echter niet elk onderdeel van de tenlastelegging die dubbele bevestiging, zodat een afzonderlijk feit uiteindelijk ook best op basis van één middel bewezen kan worden geacht.¹³² De bewijsminima houden verband met de kwetsbare bewijswaarde van sommige bewijsmiddelen. De getuige en de verdachte kunnen een heel ander belang dan waarheidsvinding

127. Artikel 358 lid 2 jo. 350 jo. 359 lid 2 Sv.

128. Zie Corstens 2008, p. 715 e.v.

129. Wet van 10 november 2004, Stb. 2004, 580.

130. Corstens 2008, p. 668; Dreissen 2007, p. 75 e.v.; Simmelink 2001, p. 406-407.

131. Corstens 2008, p. 686.

132. Corstens 2008, p. 677; Dreissen 2007, p. 92; Simmelink 2001, p. 408.

hebben en daardoor een leugenachtige verklaring afleggen. De betrouwbaarheid wordt voorts verminderd wanneer de identiteit van de getuige geheim blijft. In het bestuursrecht lijkt de behoefte aan dergelijke bewijsminima klein. Getuigenbewijs speelt bij weinig besluiten de hoofdrol. De behoefte aan anonieme getuigen lijkt beperkt¹³³ en zogenaamde kroongetuigen kent het bestuursrecht niet. Een verschil tussen het bestuursrecht en het strafrecht is dat het onderzoek door het bestuursorgaan en de bewijsverzameling een hoge organisatiegraad kent. Bij besluiten op aanvraag is dat vanzelfsprekend; door aanvraagformulieren wordt de bewijsverzameling gestructureerd en georganiseerd en daarbij heeft ook de burger belang. Maar ook door uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden en registratiesystemen beschikt het bestuursorgaan over veel (schriftelijk) bewijsmateriaal. De informatie is regelmatig los van een verdenking verzameld. Bovendien speelt het 'op heterdaad betrappen' een minder grote rol. Vrij veel overtredingen van bestuursrechtelijke regels hebben een wat langduriger karakter, zoals de illegale permanente bewoning van het zomershuisje of de zwart betaalde bijbaan van de bijstandsgerechtigde.

4.2.3 Afnamen en toename van eisen aan de rechterlijke bewijsmotivering

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

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

133. Zie ook het preadvies van Koopman.

134. Dreissen 2007, p. 112 e.v.

135. Corstens 2008, p. 720. Dit gaat veranderen door Promis; de wens is om eind 2010 alle meervoudige zaken volgens de motiveringseisen van Promis af te doen, Jaarplan Rechtspraak 2008, p. 10.

136. Artikel 138b Sv.

137. Artikel 365a Sv.

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

De motivering van het bewijsoordeel dient verschillende doelen. Vrij vanzelfsprekend bevordert de motivering de controle door de hogere rechter¹⁴⁰ en licht de motivering partijen en samenleving in over de inhoud van het bewijsoordeel. Daarnaast wordt in het strafrecht de motiveringsplicht duidelijk in het licht van waarheidsvinding geplaatst. De zogenaamde inscherpingsfunctie maakt de rechter bewust van zijn eigen verantwoordelijkheid voor de bewijsbeslissing.¹⁴¹ Moet de rechter in eigen woorden uitleggen waarom het overgelegde bewijsmateriaal hem al dan niet overtuigt, dan dwingt hem dat om na te gaan of zijn intuïtieve oordeel ook daadwerkelijk logisch is. Komt de mate waarin de rechter zich overtuigd voelt overeen met de kans dat het feit zich heeft voorgedaan? Aangegeven wordt dat door Promis de discussie in de raadkamer een sterk zelfcontrolerend effect heeft gekregen.¹⁴² Zegt de rechter enkel dat hij de opvatting van het OM onderschrijft, dan kan bovendien bij verdachte en samenleving het idee ontstaan dat de rechter te weinig distantie heeft ten opzichte van het OM.

4.2.4 Invoering van kenmerken partijenproces

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

138. Overigens is de motiveringsplicht ook deels beperkt onder artikel 359, lid 3 en Promis, namelijk bij een bekende verdachte.

139. Dreissen 2008, p. 365.

140. Ontbreekt die motivering, dan vormt de appelrechter geheel zelfstandig een feitelijk oordeel. Het is dan maar de vraag of dat oordeel van de appelrechter dichter bij de materiële waarheid ligt dan het oordeel van de rechtbankrechter. Zie Y. Buruma, *Motiveren: waarom?*, in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber Amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 75.

141. Buruma 2005, p. 76-77; Dreissen 2007, p. 395-398.

142. C.H.W.M. Sterk & C.R.L.R.M. Ficq, *Promis: inzicht in de gedachtegang van de rechter*, NJB 2008, p. 155.

143. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 18.

144. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 23.

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

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

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

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

145. TK 2003/04, 29 255, nr. 8, p. 2.

146. EK 2004/05, 29 255, C, p. 1.

147. Zie voor een overzicht van de jurisprudentiële ontwikkelingen C.B. Veldman & A.F. Stamhuis, *De verweren in de zin van... Een tussenstand in de ontwikkeling van het responderen op verweer*, DD 2008, p. 685-709.

148. Zie nader J.W. Fokkens, *De wijziging van artikel 359 lid 2 Sv: een stap op weg naar een contradictoir strafproces*, in: A. Hartevelde, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling*. Liber Amicorum G. Knigge, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 142 e.v.

149. Artikel 415 lid 2 Sv; Corstens 2008, p. 756.

150. Nijboer 2008, p. 55 en 348.

151. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 20-21.

152. Vgl. J.D. den Hartog, *De selectie en waarderling van bewijsmateriaal*, in: A. Hartevelde, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling*. Liber Amicorum G. Knigge, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 222 en 224.

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

4.2.5 Vergroten deskundigheid rechter

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

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

153. Nijboer 2008, p. 341.

154. Nijboer 2008, p. 175.

155. Dreissen 2007, p. 403.

156. Met als bekendste voorbeeld de Schiedammer parkmoord.

157. Jaarplan Rechtspraak 2008, p. 21.

158. Wet deskundige in strafzaken, Stb. 2009, 33 en het bijbehorende Besluit houdende kwaliteitseisen aan deskundigen in strafzaken.

159. M.J. Dubbelaar & J.F. Nijboer, De procespositie van deskundigen eindelijk wettelijk verankerd, DD 2008, p. 37. De sectoren bestuursrecht en civiel recht moeten het doen met een deskundigenindex. Mogelijk wordt uiteindelijk aansluiting gezocht bij het register, Jaarplan Rechtspraak 2008, p. 13.

4.3 Ontwikkelingen in het civiele bewijsrecht

4.3.1 De wettelijke bewijsregeling

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

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

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

160. Zie voor een beknopt overzicht o.a. Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, eenentwintigste druk, Den Haag: Elsevier 2006, hoofdstuk V en Stein/Rueb, Compendium van het burgerlijk procesrecht, zestiende druk, Deventer: Kluwer 2007, hoofdstuk 7.

161. Artikel 152 Rv.

162. M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed, Burgerlijk procesrecht praktisch belicht, vierde druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 256.

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

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

4.3.2 Toenemende aandacht voor materiële waarheidsvinding

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

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

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

163. Artikel 166 Rv.

164. Artikel 232 Rv ziet op het tussenvonnissen. Bij het getuigenbewijs heeft de wetgever het noodzakelijk geacht de bewijslevering door een tussenvonnissen te doen inleiden, artikel 166 lid 2 Rv.

165. Stein/Rueb 2007, p. 126.

166. Stein/Rueb 2007, p. 126.

167. Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 82.

168. Zie voor een vergelijking tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk bewijsrecht C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadvis NVvP, nr. 13), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001 en Schuurmans 2007.

169. G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 38.

riële waarheid.¹⁷⁰ In 1988 heeft een grote herziening van het civiele bewijsrecht plaatsgevonden. Daarbij is onder meer de opsomming van bewijsmiddelen vervangen door de vrij-bewijsleer. Voorts kreeg de rechter meer armslag om onderzoek naar de feiten te doen, onder meer door bewijslevering te vragen in het kader van de comparitie en door ambtshalve getuigen- of deskundigenbewijs te bevelen of een descente in te stellen.¹⁷¹ ‘De nieuwe wet wordt beheerst door de gedachte dat de rechter zo veel mogelijk vrij dient te zijn bij het vinden van een goede oplossing op het gebied van het bewijsrecht; de wet behoort hem daarbij zo min mogelijk belemmeringen in de weg te leggen.’¹⁷² Vervolgens is in 2002 de wijze van procederen in eerste aanleg ingrijpend herzien; de regeling waarvan het bewijsrecht onderdeel uitmaakt. Belangrijke uitgangspunten van de herziening betreffen de wens tot vereenvoudiging van het procesrecht, deformalisering, modernisering van de verhouding tussen rechter en partijen en streven naar efficiëntie.¹⁷³ Die wijziging werkt door in het bewijsrecht. De mondelinge comparitie is de hoofdregel van procesvoering geworden; de rechter heeft de bevoegdheid gekregen om in elke stand van het geding partijen te gelasten bepaalde bescheiden over te leggen en stellingen toe te lichten; voor partijen is een waarheidsplicht geïntroduceerd¹⁷⁴ en zij dienen zelf ernaar toe te werken dat alle relevante feiten boven tafel komen. Hen komt een substantiërings- dan wel bewijsaandraagplicht toe. Eiser dient in de dagvaarding onder meer de bewijsmiddelen te noemen waarover hij kan beschikken en gedaagde vermeldt in de conclusie van antwoord de bewijsmiddelen die hij tot zijn beschikking heeft.¹⁷⁵ Deze wijzigingen bevorderen dat de rechter zo snel mogelijk en zo volledig mogelijk van de relevante feiten op de hoogte raakt.

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

170. Zie voor een overzicht van de ontwikkeling in het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure De Groot 2008, p. 57-66.

171. Artikelen 166, 194 en 201 Rv.

172. P.A. Stein, ‘Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure’, NJB 1988, p. 387. Vgl. De Groot 2008, p. 60.

173. Stein/Rueb 2007, p.14.

174. Artikel 21 Rv. Zie o.a. C.J.M. Klaassen, Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRv, NJB 2002, p. 1450-1458; B.T.M. van der Wiel, De rechtsverhouding tussen procespartijen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

175. Artikel 111, lid 3 Rv en artikel 128, lid 5 Rv. Uit onderzoek blijkt overigens dat de civiele rechter vrijwel nooit een sanctie oplegt wanneer partijen niet voldoen aan hun substantiërings- of bewijsaandraagplicht, T. Novakovski, Een functionele substantiëringsplicht: illusie of werkelijkheid?, RM Themis 2006, p. 4.

176. De Groot 2008, p. 51.

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

4.3.3 Ongelijkheidscompensatie in het bewijsrecht

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

177. De Groot 2008, p. 55.

178. In de regeling van de bewijsmiddelen lijkt de partijautonomie bijvoorbeeld geen grote rol te spelen.

179. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, Een nieuwe balans (interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 82.

180. Kamerstukken II 2006/07, 30 951, nr.1, p. 11-13, citaat op p. 13 (reactie Minister van Justitie op fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht).

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

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

4.3.4 Versterking regierol van de rechter

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

181. Zie Asser 2004, p. 93 e.v.

182. Asser 2004, p. 73 e.v.

183. Asser 2004, p. 116.

184. Asser 2004, p. 180 en 220.

185. Stein/Rueb 2007, p. 38.

186. De Groot 2008, p. 43.

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

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

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

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

187. Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 209; R.J. Verschoof, *De praktijk van de comparitie na antwoord*, Trema 2004, p. 343.

188. *Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord*, punt 13 en 45.

189. *Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord*, punt 13 en 52.

190. Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 218.

191. Janneke van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*, Research Memoranda Raad voor de rechtspraak nr. 5, jrg. 4, 2008, p. 40.

192. Verschoof 2004, p. 343.

193. Van der Linden 2008, p. 38 en Verschoof 2004, p. 344.

194. Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 210.

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

4.4 Conclusie

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

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

195. Van der Linden 2008, p. 28.

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

197. H.M.M. Steenberghe, *Inleiding*, in: R.J. Verschoof, H.M.M. Steenberghe & Y.E. Schuurmans, *De regiefunctie van de rechter* (Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 35.

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

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

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

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

198. Dubbelaar & Nijboer 2008, p. 38.

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

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

5 Slotbeschouwing

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

Moet het bewijsrecht in de Awb worden gecodificeerd?

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

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

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

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

Welke bewijsproblemen moeten (door codificatie) worden opgelost?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Wil men in het bestuursprocesrecht handhaven dat partijen uit eigen beweging het benodigde bewijs leveren, dan dient het partijenproces vollediger te worden doorgevoerd. Partijen dienen hun verantwoordelijkheid in de wet terug te vinden. In een volwaardig partijenproces hebben partijen een wettelijke last om bewijs te leveren en dienen zij uit eigen initiatief relevant bewijsmateriaal te overleggen. Dat kan hen aan de hand van een regeling over bewijslastverdeling en bewijsaandragplichten duidelijk worden gemaakt. Om partijen tot hun recht te laten komen dienen zij op zitting effectieve mogelijkheden te krijgen om hun feitelijke standpunt naar voren te brengen. Dat vraagt niet om een zitting waarop de rechter juridische pleidooien van partijen aanhoort en een enkele vraag stelt, maar om een actieve rechter die voorafgaand instructie geeft en doorvraagt naar het feitelijke geschilpunt. Op een goed gemotiveerd en ter zake dienend bewijsaanbod mogen partijen een reactie verwachten.

Voorzieningen uit het strafrechtelijk en civiele procesrecht kunnen niet zonder meer worden gekopieerd. Een groot verschil blijft dat in die rechtsgebieden deskundige rechtsbijstand de regel is. Zo blijft het lastig om van leken uitgewerkte en onderbouwde standpunten te verlangen die juridisch relevant zijn. Juridische duiding van standpunten kan in het bestuursrecht minder worden verlangd. De mogelijkheden tot nadere bewijslevering na comparitie zouden voorts naar mijn mening wat ruimer moeten zijn in het bestuursrecht. Daarnaast speelt getuigenbewijs in het algemeen geen prominente rol in de bewijslevering in het bestuursrecht. Het bewijsaanbod zou dan ook breder geregeld moeten worden, dan alleen voor het aanbod van getuigenbewijs.

Natuurlijk kan men in het bestuursprocesrecht ook enkel praktisch aan de slag en de concrete knelpunten uit de evaluatie trachten op te lossen, bijvoorbeeld door meer instructie te geven en regiezittingen te houden. Impliciet kiest men daarmee dan voor een verdere doorvoering van het partijenproces. Dat is niet erg, maar ik zou liever de consequenties van die verbouwing onder ogen willen zien. Meer regie en activiteit van de rechter maakt de persoon van de rechter sterker van invloed op het verloop van het proces. Moet dat dan niet, net als in het civiele recht, worden gecompenseerd met een duidelijke regel van bewijslastverdeling en met een landelijke handleiding voor de zitting? En past het inslaan van deze weg ook bij feitenvaststellingen waarvoor de rechter een zelfstandige verantwoordelijkheid draagt, bijvoorbeeld bij punitieve besluiten? Praktische ingrepen door bewijsinstructie helpen de individuele burger in zijn concrete geschil en dat is een grote meerwaarde. Maar met alleen die praktische ingrepen ontstaat geen samenhangend stelsel van bewijsrecht.

Daarvoor kan codificatie van de bewijslastverdeling nodig zijn, intern beleid voor de regie en soms ook een motivering van het bewijsoordeel in de uitspraak. In het geval dat de feiten het kernpunt van geschil zijn geweest, voel ik er wel wat voor om een rechterlijke motiveringsplicht op te nemen, vergelijkbaar met het strafrecht. Wijkt hij af van een door partijen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, dan geeft hij daarvoor de reden in de uitspraak. Artikel 8:77 Awb zou daartoe kunnen worden uitgebreid.

Kort samengevat acht ik codificatie van het bestuursrechtelijk bewijsrecht wenselijk omdat wettelijke regels de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevorderen. Die codificatie moet beknopt zijn; een vrij stelsel van bewijs moet alleen worden ingeperkt wanneer zich concrete bewijsproblemen voordoen. Bij een complexe feitenvaststelling is het voor de rechter inherent lastig om een eigen bewijsoordeel te geven. Toch is rechterlijke controle bijzonder belangrijk, omdat het bestuur moet worden gedwongen zijn verantwoordelijkheid te nemen en zijn expertise te onderhouden, dan wel verder te ontwikkelen. De rechter kan onderzoeken of de onderzoeksmethode valide is, of de methode in het concrete geval goed is toegepast, of bewijsmateriaal dat het besluit onderbouwt betrouwbaar, consistent en overtuigend is, of aan het bevestigende dan wel ontkrachtende bewijsmateriaal evenveel aandacht is besteed en of het onderzoek van het bestuursorgaan volledig is geweest. De rechter die deze elementen beoordeelt, zal vooral aangeven welke regels het bestuursorgaan tijdens de besluitvorming in acht had moeten nemen. Die bewijsrechtelijke waarborgen voor de besluitvormingsfase verhogen de kwaliteit van de complexe feitenvaststelling, zonder dat de rechter een taak op zich neemt die mijns inziens bij het bestuur hoort te liggen.

De bewijswaardering kan vrij blijven, net als in het civiele recht en het strafrecht de hoofdregel is. Het proces van bewijslevering behoeft wel codificatie. Het lijkt mij wenselijk de ontwikkeling richting een partijenproces verder door te voeren. Bestrijdt eiser de feiten, dan krijgt hij een plicht om in het beroepsschrift de bewijsmiddelen te noemen waarover hij kan beschikken; verweerder geeft in het verweerschrift aan welke bewijsstukken in het dossier de feitenvaststelling onderbouwen. De bewijslastverdeling, het bewijsaanbod en de bewijsopdracht worden in de wet geregeld. Nagedacht moet worden hoe, bij een geschil over de feiten, (de voorbereiding van) de zitting het best kan worden vormgegeven ten behoeve van het feitelijk debat. Ook voor de sector bestuursrecht komt er een handleiding voor de mondelinge behandeling van de zaak. Het partijenproces kan echter niet volledig worden doorgevoerd, omdat de bestuursrechter voor verschillende feiten een zelfstandige verantwoordelijkheid draagt en omdat partijen ook zonder deskundige rechtsbijstand kunnen procederen. In de jurisprudentie moet die rechterlijke verantwoordelijkheid nader worden vormgegeven. Artikel 8:77 Awb wordt gewijzigd. Wijkt de rechter af van een door partijen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, dan geeft hij daarvoor de reden. De beslechting van het feitelijke geschilpunt wordt in de uitspraak uitgedrukt. De appelrechter oefent vervolgens controle uit op de motivering van het bewijsoordeel.

Stellingen

1. Niet alleen partijen dienen een risico te lopen bij een onvoldoende oplossing van het feitelijk geschil, ook de rechtbank. De uitspraak kan bijvoorbeeld worden vernietigd wegens een motiveringsgebrek of financiële prikkels kunnen worden geïntroduceerd.
2. De kwaliteit van de feitenvaststelling kan op verschillende wijzen worden verhoogd: meer eisen stellen aan het bestuursorgaan bij de primaire besluitvorming, meer eisen bij de beslissing op bezwaar of meer ambtshalve onderzoek door de rechter. Alle drie zijn belangrijk, maar een hoog niveau van bewijsrechtelijke waarborgen in de bezwaarfase baat het meest.
3. Het procesrecht voor een rechtsgebied dat zich uitstrekt van punitief besluit tot begunstigende beschikking moet niet te uniform zijn.
4. Voor het bestuursprocesrecht moet een principiële keuze worden gemaakt tussen een volwaardig partijenproces, dan wel een proces waarin de rechter zelfstandig verantwoordelijk is voor de feitenvaststelling (met inachtneming van de differentiatie uit stelling 3).
5. Meer materiële waarheidsvinding kan niet 'budgettair neutraal' geschieden.