



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Legitimatie van machtsuitoefening; een rechtsvergelijkende analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht

Schuurmans, Y.E.; Asser, W.D.H.; Nijboer, J.F.

Citation

Schuurmans, Y. E. (2009). Legitimatie van machtsuitoefening; een rechtsvergelijkende analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht. In W. D. H. Asser & J. F. Nijboer (Eds.), *Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* (pp. 59-100). Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15044>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15044>

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

Hoofdstuk 3

Legitimatie van machtsuitoefening; een rechtsvergelijkende analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht

Y.E. Schuurmans

1. Inleiding

Het bestuursrechtelijke bewijsrecht vormt een stelsel in ontwikkeling. In jurisprudentie en literatuur bestaat toenemende aandacht voor het rechtsgebied, met name voor de verantwoordelijkheden van rechter en partijen voor de feitenvaststelling en voor de bewijsmogelijkheden in beroep. Waar in het civiele recht en het strafrecht het bewijsrecht al sinds lang een regeling heeft gevonden in de wet, dient een codificatie in het bestuursrecht nog plaats te vinden. Tot nu toe is het Nederlandse bestuursrechtelijke bewijsrecht rechtersrecht. Daardoor is een flexibel bewijsrecht ontstaan, maar van een doordacht samenhangend systeem is geen sprake. Niet alle rechters passen dezelfde regels toe. Voor partijen en rechter is soms onduidelijk wat van elk van hen wordt verwacht. Naast deze verscheidenheid en rechtsonzekerheid is ook kritiek geuit op de soms terughoudende beoordeling van de bestuurlijke feitenvaststelling door de rechter.¹ Naar aanleiding van deze knelpunten heeft een commissie van deskundigen de regering aangeraden om een wettelijke regeling van het bewijsrecht te overwegen.² Vervolgens heeft de Vereniging voor bestuursrecht deze overweging ter hand genomen. Onder de titel 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?' zijn verschillende preadviezen verschenen en is op de vergadering van gedachten gewisseld over de codificatievraag.³ In alle VAR-preadviezen vindt men de vraag terug hoe de taak van de rechter bij de feitenvaststelling nader moet worden vormgegeven. Dient de bestuursrechter meer onderzoeksbevoegdheden aan te wenden? Of kan in toenemende mate bewijslevering van partijen worden verwacht? Dient de rechter meer procesbegeleiding te geven? Rond het thema van de rechterlijke taak is ook onderhavig gedeelte van het preadvies geschreven.

De vraag naar de rechterlijke taak blijkt in de rechtsstelsels van Duitsland, Engeland en Frankrijk eveneens een prominente te zijn. In vrijwel alle rechtsstelsels is het bestuursrechtelijke proces op inquisitoire leest geschoeid. In een dergelijk proces komt de rechter grote verantwoordelijkheden toe bij het onderzoek naar de feiten. Wat de rechtsstelsels tevens gemeen hebben, is dat tijd en middelen voor feitenonderzoek beperkt zijn en dat feitelijke kennis primair bij partijen rust. Er wordt gezocht naar een balans tussen rechterlijke verantwoordelijkheid en medewerking door partijen. Het gevonden evenwichtspunt verschilt per land, mede als gevolg van historische ontwikkelin-

¹ T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007, par. 11.3 (Knelpuntenanalyse).

² Commissie Evaluatie Awb III 2006/2007, p. 33. Zie voor een reactie van de onderzoekers daarop *NTB* 2007, p. 160-162.

³ R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman & D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, met daarin: R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', p. 11-116; Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', p. 117-184; R.J. Koopman, 'Bewijslast en bewijsmiddelen in duale geschillen', p. 185-230; D.A. Verburg, 'Three is a crowd; Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen', p. 231-322.

gen en culturele verschillen. In paragraaf 3 wordt beschreven dat twee grote thema's de taak van de bestuursrechter in het bewijsrecht bepalen: het concept van machtscheiding en de waarheidsproblematiek. Tegen die thema's kijkt men in de verschillende stelsels uiteenlopend aan. In paragraaf 4 wordt geïllustreerd in welke mate dat verschil in benadering leidt tot een verschil in bewijsregels, specifiek op het terrein van de bewijslastverdeling en de taakverdeling tussen rechter en partijen. Deze twee onderwerpen laten bij uitstek zien hoe in een rechtstelsel het bewijsrecht wordt benaderd. Zij maken duidelijk hoe de verhouding ligt tussen burger en bestuur en hoe de macht is verdeeld tussen rechter en bestuur. De rechtsvergelijking vergroot het inzicht in de grondstructuur van ons eigen bestuursrechtelijke bewijsrecht. Zo wordt inzichtelijk in welke mate onze knelpunten in het bewijsrecht uniek zijn en welke oplossingen passen bij ons nationale stelsel. Ten behoeve van de interne rechtsvergelijking worden aan het einde van dit hoofdstuk de vier onderzoeksvragen beantwoord die de preadviseurs gemeenschappelijk in het eerste hoofdstuk hebben gesteld.

Voorafgaand aan deze paragrafen wordt de rechtsbescherming en het bewijsrecht in de rechtstelsels van Duitsland, Frankrijk en Engeland kort geschetst. Het Engelse stelsel neemt iets meer ruimte in beslag, omdat daar relatief weinig over geschreven is in Nederland en het stelsel bijzonder in ontwikkeling is. Het onderzoek richt zich op het bewijsrecht dat wordt toegepast in de procedure bij de bestuursrechter met algemene jurisdictie. De procesgang bij gespecialiseerde gerechten, zoals de belastingrechter en het sociaal zekerheidsgerecht, vallen buiten het bestek van het onderzoek. Voor een meer uitgebreide bespreking van de rechtsbescherming in het bestuursrecht in Duitsland, Frankrijk en Engeland wordt verwezen naar andere publicaties.⁴

2. Schets van rechtsbescherming en bestuursrechtelijk bewijsrecht

2.1 Duitsland⁵

In het Duitse rechtssysteem bestaat een sterke oriëntatie op de wet. Grote delen van het bestuurs(proces)recht zijn gecodificeerd. Voor het ongeschreven recht is slechts een kleine rol weggelegd.⁶ Het Duitse algemene bestuurs(proces)recht is neergelegd in het *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG; bepalingen voor de besluitvorming) en de *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO; bepalingen voor het proces). Bovendien vormt effectieve rechtsbescherming tegen de overheid een grondwettelijk gegarandeerd recht.⁷ Traditio-

⁴ Zie o.a. P.H. Banda, *Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989; A.J. Bok, *Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1992; René Seerden (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (2nd ed.), Antwerpen: Intersentia 2007; B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2001; P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005 en P.A. Willemsen, *Een meer definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief* (preadvies NVvR, nr. 68), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

⁵ Met dank aan de Leidse Masterstudente staats- en bestuursrecht Susann Handke, die mee heeft gewerkt aan het onderzoek naar het Duitse bestuursrechtelijke bewijsrecht.

⁶ Meinhard Schröder, 'Administrative law in Germany', in: René Seerden (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (2nd ed.), Antwerpen: Intersentia 2007, p. 120.

⁷ Artikel 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG).

neel ligt er een grote nadruk op het belang van individuele rechtsbescherming⁸ en op het uitgangspunt van een informeel en laagdrempelig bestuursrechtelijk proces.

Het Duitse bestuursprocesrecht kent verschillende *Klagen*, waarmee de belanghebbende de zaak aan de rechter voorlegt. De meest naar voren gebrachte zijn de *Anfechtungsklage* en de *Verpflichtungsklage*; de eerste lijkt op het Nederlandse vernietigingsberoep, bij de tweede vraagt eiser aan de rechter een bevel tot afgifte van een bepaald besluit.⁹ Als regel wordt voorafgaand aan deze klagen een verplichte bestuurlijke voorprocedure gevolgd, die het midden houdt tussen een bezwaarschriftprocedure en administratief beroep. In eerste aanleg kan men zonder advocaat procederen, maar in hoger beroep is professionele procesvertegenwoordiging in de regel verplicht.¹⁰

De bevoegdheden van de Duitse bestuursrechter gaan verder dan die van zijn Nederlandse collega. Hij heeft een grotere invloed op het geding. Eiser bepaalt tegen welk besluit hij procedeert en wat hij met de rechterlijke procedure beoogt. Hoe eiser vervolgens zijn vordering vormgeeft, is minder van belang. Anders dan in artikel 8:69 Algemene wet bestuursrecht (Awb) is de rechter niet gebonden aan de gronden van beroep. De Duitse bestuursrechter is gehouden de vordering uit te leggen en gaat op zoek naar gronden voor vernietiging. Hij mag alleen de eis niet denatureren. Als hoofdregel toetst de rechter bij een *Anfechtungsklage* ex tunc en bij de *Verpflichtungsklage* ex nunc. Uit de grondwettelijke aanspraak op effectieve rechterlijke controle volgt de rechterlijke plicht om het besluit in juridisch en feitelijk opzicht volledig te controleren. Wordt een besluit vernietigd, dan ligt daar vaak een materieel gebrek aan ten grondslag; vernietigingen op grond van meer procedurele gebreken komen minder vaak voor.¹¹ Bij een vernietiging van het besluit heeft de rechter de taak om het geschil zo ver als mogelijk te beslechten. Zo nodig stelt hij zelf de feiten vast.

Het VwVfG en de VwGO geven een algemeen raamwerk voor het bewijsrecht. Concrete bevoegdheden voor het bestuursorgaan om met dwang bewijsmateriaal te verkrijgen en daadwerkelijke plichten voor de burger om bewijsmateriaal te overleggen, kunnen niet uit de algemene wetten worden afgeleid. De bijzondere wet dient daarvoor een specifieke grondslag te bieden. De invloed die het materiële recht uitoefent op het bewijsrecht is groot. In de commentaren wordt herhaaldelijk benadrukt dat voor onderwerpen als de bewijslastverdeling, de omvang en diepgang van het onderzoek en de mogelijkheden van bewijsverkrijging de bepalingen in de materiële wet leidend zijn. Die materiële wet wordt overigens vaak op deelstaatsniveau gemaakt, waardoor het lastig kan zijn zich een beeld te vormen van dat materiële recht.

Het Duitse recht geeft zowel voor de bestuurlijke als de rechterlijke fase bepalingen over de bewijsverzameling en feitenvaststelling. Tussen de bewijsbepalingen voor beide fasen bestaan grote overeenkomsten. Zo is voor beide procedurefasen het ‘onderzoeksbeginsel’ (*Untersuchungsgrundsatz*) vastgelegd. Daarmee is duidelijk geëxpliciteerd wie de verantwoordelijkheid draagt voor de feitenvaststelling. In de besluitvormingsfase is dat het bestuursorgaan (§ 24 VwVfG), in het proces is dat de rechter (§ 86 VwGO). Van de burger hoeft weinig initiatief uit te gaan, maar hij kan wel tot bewijslevering worden aangezet. Deze taakverdeling past binnen de inquisitoire inrichting van de procedure; de *Untersuchungsgrundsatz* wordt ook wel *Inquisitionsmaxime* genoemd. Daarmee is er bewust

⁸ Vgl. Michel Fromont, ‘La convergence des systèmes de justice administrative en Europe’, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2001, p. 126.

⁹ Op de overige klagen wordt in dit preadvies niet ingegaan.

¹⁰ § 67 VwGO.

¹¹ Schröder 2007, p. 127.

voor gekozen om in het bestuursrechtelijk bewijsrecht een ander uitgangspunt te hanteren dan in het civiele bewijsrecht. Waar in het civiele geding bewijslevering primair als de verantwoordelijkheid van partijen wordt gezien, ligt in het bestuursrecht die verantwoordelijkheid in beginsel bij de rechter.¹²

Naast het onderzoeksbeginsel hebben ook andere bewijsrechtelijke onderwerpen een wettelijke regeling gevonden, zoals de bewijsmiddelen, een bewijsbegeleidingsplicht en een motiveringsplicht ten aanzien van de feiten.¹³ Het zwaartepunt van het feitenonderzoek in het proces ligt in de mondelinge behandeling van de zaak.¹⁴ Tijdens de zitting moet de rechter de overtuiging verkrijgen dat bepaalde feiten zich hebben voorgedaan. Desalniettemin bevat ook de VwGO diverse bepalingen over het vooronderzoek door de rechter. Daarin kan een rechter al bewijsmiddelen vergaren en partijen om bewijslevering verzoeken.

De sterke Duitse oriëntatie op de wet, laat onverlet dat een vrij-bewijsleer doorklinkt in de bewijsrechtelijke bepalingen.¹⁵ Zo is bijvoorbeeld bestuursorgaan noch rechter gebonden aan het door een belanghebbende voorgedragen bewijsmateriaal of aan een door deze gedaan bewijsaanbod. Het VAR-preadvies van Schlössels bevat een rijke rechtsvergelijking met het Duitse bestuursrechtelijke bewijsrecht, waarnaar wordt verwezen voor een meer uitgebreide beschrijving van het systeem.¹⁶

2.2 Frankrijk

Het Franse bestuurs(proces)recht is in mindere mate gecodificeerd dan het Nederlandse en het Duitse recht. In de *Code de justice administratif* (CJA) zijn bepalingen uit verschillende regelingen thematisch bij elkaar geplaatst, maar deze vormt niet één algemene wet bestuursrecht, die de kernbepalingen van het bestuursrecht bevat. De procedurele regels die bij de besluitvorming dienen te worden gevolgd, vloeien voort uit bijzondere wetten en algemene beginselen. Er is geen uniforme set van procedurele regels die steeds moet worden gevolgd. Er wordt wel opgeroepen tot een algemene codificatie van het bestuursrecht, maar van een concreet voorstel is geen sprake.¹⁷ De rechtspraak van de Conseil d'État (CE) speelt een bijzonder grote rol in de vormgeving van het procesrecht, waaronder het bewijsrecht.

Er kunnen twee typen procedures worden ingesteld, het *recours pour excès de pouvoir* en het *recours de pleine juridiction*¹⁸. In dit onderzoek staat de meest gevolgde procedure centraal: het vernietigingsberoep (*recours pour excès de pouvoir*). Het Franse bestuursrechte-

¹² Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz; Kommentar*, 9. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2005, § 24, Rn. 6.

¹³ Zie met name §§ 24-26 VwVfG en §§ 82, 86, 87, 87b, 96 en 108 VwGO.

¹⁴ § 96 VwGO.

¹⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24, Rn. 30 e.v.

¹⁶ Schlössels 2009, p. 68-104.

¹⁷ J-B. Auby & L.C. Métayer, 'Administrative law in France', in: René Seerden (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (2nd ed.), Antwerpen: Intersentia 2007, p. 68; Rivero & Waline, *Droit administratif*, 21^e édition, Paris: Dalloz 2006, p. 600.

¹⁸ Deze laatstgenoemde proceduregang wordt gevolgd wanneer een burger schadevergoeding van het bestuur vordert of nakoming van een overeenkomst. Deze procedure is lastiger naar de Nederlandse context te vertalen. Bij ons is in veel gevallen de burgerlijke rechter (ook) bevoegd om over deze vorderingen te oordelen.

lijke bewijsrecht is met name in die procesgang tot ontwikkeling gekomen.¹⁹ Deze procedure is geënt op het model van het *recours objectif*. In het proces staat de rechtmatigheidscontrole van het besluit voorop, niet de bescherming van individuele belangen. Voor aanvang van deze procedure kan een bezwaarfase worden gevolgd, maar dat is niet verplicht. Een burger kan ook direct naar de bestuursrechter stappen.

Het bestuursrechtelijk proces wordt gekenmerkt door verschillende uitgangspunten. Een elementair beginsel van het proces vormt het contradictoire karakter. Partijen dienen voldoende mogelijkheden te hebben om eigen stellingen naar voren te brengen en om te reageren op de stellingen van de wederpartij. Verder vallen karakteristieken op als een inquisitoir proces, de schriftelijkheid van de procedure en, naar Franse beoordeling, de informele inrichting van het proces.²⁰ Het inquisitoire karakter komt onder meer naar voren in het streven naar materiële waarheidsvinding. De procedure dient weinig formalistisch te zijn, zodat burgers zonder een advocaat kunnen procederen. Kennelijk wordt de schriftelijkheid van de procedure niet gezien als een formele belemmering.

Nadat het beroep aanhangig is gemaakt, wordt de zaak toegewezen aan een kamer en wordt een rapporteur aangewezen. De instructie neemt in het proces een centrale plaats in. De rechter neemt de leiding in het feitelijk onderzoek en mag ambtshalve onderzoek doen naar de naar voren gebrachte feiten. Of en in welke mate de bestuursrechter rechtsgronden dient aan te vullen, is echter omstreden.²¹ Staan bepalingen van openbare orde ter toets, dan dient hij in ieder geval de ambtshalve activiteiten te ontplooiën. De rechtsstrijd kan zich in beperkte mate ontwikkelen tijdens het geding. Na afloop van de beroepstermijn kan eiser bijvoorbeeld niet meer zijn vordering wijzigen. Is de instructie gesloten, dan kunnen na die termijn overgelegde stukken niet meer worden ontvangen. In de regel wordt door een *commissaire du gouvernement*, een soort procureur-generaal, een conclusie genomen, die hij ter zitting presenteert. Hij adviseert het gerecht zowel over de vaststelling en waardering van de feiten, als over rechtsvragen.²²

De rechter toets ex tunc de rechtmatigheid van het besluit. Onder andere schending van procedurele besluitvormingsregels en motiveringsgebreken vormen grond voor vernietiging. Gebreken in de besluitvorming leiden tot een vernietiging van het besluit. Lange tijd kon de rechter niet meer doen dan het uitspreken van de vernietiging; pas sinds 1995 heeft hij de mogelijkheid om het bestuur een bevel te geven.²³ Bij een vernietiging wegens een gebrekkige feitelijke grondslag van het besluit, volstaat de rechter met dat oordeel; hij stelt niet zelf vast welke feiten zich hebben voorgedaan.

Het Franse bestuursrechtelijke bewijsrecht is in grote mate door de rechtspraak gevormd. Men hanteert de vrij-bewijsleer als uitgangspunt. De wet bevat weinig bepalingen van bewijsrechtelijke aard. Naast de onderzoeksbevoegdheden van de rechter²⁴, hebben vrijwel geen andere onderwerpen een regeling gevonden. De toegestane bewijsmiddelen zijn niet voorgeschreven en er is geen hiërarchie in bewijsmiddelen. Als hoofdregel

¹⁹ Yves Gaudemet, 'La preuve et la conviction du juge en droit administrative Français', *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1985, p. 715.

²⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13e ed., Paris: Montchrestien 2008, p. 833-849; Rivero & Waline 2006, p. 566-568.

²¹ Willemsen 2008, p. 64.

²² De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 65. In enkelvoudige kamers en in voorlopige voorzieningenprocedures wordt geen conclusie genomen.

²³ De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 48.

²⁴ L5 en R611 Code de justice administrative (CJA).

draagt de burger, als eisende partij, de bewijslast. Deze bewijslastverdeling sluit aan bij de hoofdregel in het civiele recht. Uiteindelijk dient de rechter persoonlijk de overtuiging te krijgen dat het besluit op een gebrekkige grondslag berust (*conviction intime*); niet de beredeneerde overtuiging staat voorop.

Deze ruime bevoegdheden van de rechter worden gezien als een logische, noodzakelijke consequentie van het inquisitoire stelsel.²⁵ De aard van het Franse bestuursrechtelijke bewijsrecht wordt daarbij vaak afgezet tegen de aard van het bewijsrecht in het civiele recht. Partijen zijn weliswaar verantwoordelijk voor het naar voren brengen van de feitelijke grondslag van het geschil, maar de Franse bestuursrechter neemt vervolgens de leiding in het feitelijk onderzoek. Hij dirigeert de instructie en kan aan partijen aangeven dat hij meer informatie behoeft. Ondanks de vele onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter, wordt het debat in het proces vooral schriftelijk gevoerd door wisseling van memories door partijen. Een gehoor van deskundigen of getuigen past minder goed in de schriftelijke procesgang en blijkt in de praktijk sporadisch plaats te vinden.

2.3 Engeland

Het Engels bestuurs(proces)recht is laat als zelfstandige tak van sport tot ontwikkeling gekomen. Lange tijd werd geen onderscheid gemaakt tussen privaat- en publiekrecht.²⁶ De gewone rechter hield toezicht op het overheidshandelen en paste daarbij geen bijzondere publiekrechtelijke normen toe. De rechtsbescherming tegen de machtsuitoefening door de Engelse overheid kan op twee verschillende wijzen zijn georganiseerd: judicial review (bij de gewone rechterlijke macht, in de regel beginnend bij het *High Court*) of statutory appeal (bijzondere bestuursrechtspraak bij tribunals, waarbij men doorgaans ook kan uitkomen bij een rechtscollege, het *Court of Appeal*). Een beschrijving van het Engelse bestuursrecht is op moment van schrijven lastig, omdat veranderingen in het rechtsbestel volop gaande zijn. De impact van die veranderingen is vergelijkbaar met het invoeren van de Awb in Nederland en de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. In 2007 is de *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* (TCE Act 2007) aangenomen die het systeem van rechtspraak bij de bijzondere bestuursrechter (tribunals) uniformeert en die de rechtsmacht van de algemene rechter ook deels in dat nieuwe geüniformeerde stelsel onderbrengt.²⁷ Deze veranderingen moeten in de praktijk nog goeddeels hun uitwerking krijgen.

Fundamenteel uitgangspunt is dat de overheidsmacht bij het parlement berust. De (gewone) rechterlijke macht waarborgt het monopolie van het parlement en controleert in *judicial review* of het bestuur binnen zijn bevoegdheid is gebleven (*intra vs. ultra vires*). Deze procedure wordt beheerst door de *Civil Procedure Rules* (CPR) en door de procedurele regels van de common law (*natural justice*). De procedure heeft een civiel karakter, maar er bestaat wel enige aandacht voor het publieke element. *Part 54* van de CPR geeft specifieke bepalingen en de zaken worden behandeld door een bestuursrechtelijke kamer.²⁸

In *judicial review* kan een belanghebbende vragen om een vernietiging, een gebod of verbod. In het kader van die acties toetst de rechter het bestuurshandelen op *unlawfulness*,

²⁵ Charles Debbasch & Jean-Claude Ricci, *Contentieux administrative*, Paris: Dalloz 2001, p. 548.

²⁶ Zie hierover nader G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

²⁷ Zie bijv. Robert Carnwarth, 'Tribunal Justice- a New Start', *Public Law* 2009, p. 48-69.

²⁸ Het *High Court* functioneert als een gerecht in eerste aanleg, waarbij de afdeling die de bestuursrechtelijke zaken behandelt sinds 2000 de naam van *Administrative Court* draagt.

irrationality en *unfairness*. De rechter beoordeelt rechtsvragen en geen kwesties van feitelijke aard. De *unfairness* heeft betrekking op de gevolgde procedure. Het karakter van het proces is *adversarial*. In de tegenspraak tussen partijen wordt de waarheid gevonden. Veel aandacht gaat in dat licht uit naar het recht op een *fair hearing*. In het geval van een vernietiging kan de rechter de zaak terugsturen naar het bestuur, maar onder bepaalde voorwaarden kan hij ook zelf in de zaak voorzien.

Ondanks deze algemene rechtsmacht van de rechterlijke macht, kan de rechtsbescherming dus ook op andere wijze zijn georganiseerd. De wet kan een rechtsweg openstellen bij een gespecialiseerd tribunal (*statutory appeal*).²⁹ De opkomst van het systeem van tribunals en de verzorgingsstaat gaan hand in hand. Net als bij de ontwikkeling van bestuursrechtspraak in Nederland, is daarbij een versnipperd systeem ontstaan. Wat precies een tribunal is, is lastig te omschrijven. Zowel bestuurlijke als rechtsprekende taken kunnen tot de taakopdracht van het tribunal behoren. In eerste aanleg mag het tribunal vaak nog een oordeel over de '*merits*' van de zaak geven, bij een hogere voorziening staan rechtsvragen centraal. De tribunals zijn vaak vanuit het bestuur gegroeid, maar in de loop van de tijd is hun rechterlijke functie steeds sterker geworden. Met de TCE Act 2007 is de onafhankelijkheid versterkt. De banden die vaak met een vakministerie bestonden zijn doorgeknipt, (zowel wat benoemingsprocedure als financiering) en de leden heten inmiddels '*judges*'. De tribunals kunnen als een soort bijzondere bestuursrechters worden gezien. Anders dan in de Duitse en Franse rechtsvergelijking wordt hier aandacht besteed aan deze gespecialiseerde tak van sport. Reden is dat de tribunals voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming belangrijker zijn dan de procedure van *judicial review*. Een belanghebbende zal in beginsel niet in *judicial review* worden ontvangen wanneer ook een *appeal* heeft opengestaan.³⁰ *Judicial review* vormt een '*remedy of last resort*'. Daarnaast is recent een geüniformeerd systeem ontstaan, wat het gemakkelijker maakt de bijzondere bestuursrechter te bestuderen.

Er bestaat in het Engels bestuursrecht geen standaard rechtsweg, waarbij een bezwaarfase wordt gevolgd. De procedure bij het tribunal in eerste aanleg laat zich waarschijnlijk nog het beste met de bestuurlijke voorprocedure vergelijken.³¹ Tegen de beslissing van een tribunal kan eventueel beroep openstaan bij een (hoger) bestuursorgaan en later bij een gerecht. Met de TCE Act 2007 ontstaat een geüniformeerd systeem, waarbij beroep openstaat bij het *First-tier Tribunal* en vervolgens bij een *Upper Tribunal*. De gespecialiseerdheid blijft enigszins in tact doordat de tribunals uit verschillende kamers bestaan. Tribunals zijn gebonden aan de procesregels opgenomen in de eigen oprichtingswet en de eisen van *natural justice*. Recent heeft de *Tribunal Procedure Committee* onder TCE Act 2007 '*Tribunal Procedure Rules*' vastgesteld die in het nieuwe geüniformeerde systeem worden toegepast.³² In de regel kan de beslissing van het *Upper Tribunal*

²⁹ Een andere procedurele voorziening biedt de *inquiry*. Daarin stelt een inspecteur een onderzoek in om informatie te verzamelen en mogelijk een geschil te beslechten. Deze procedure wordt met name gevolgd bij zaken als bestemmingsplannen of beslissingen over de aanleg van infrastructuur. Deze procedure blijft verder buiten beschouwing.

³⁰ Zie over het stelsel ook hoofdstuk 7 van H.J.T.h.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2007.

³¹ In TCE Act 2007 is nog een bezwaar-achtige nieuwe voorziening getroffen: de tribunals hebben de mogelijkheid tot self-review gekregen. Zij kunnen op verzoek of uit eigen initiatief hun eigen beslissingen herzien. Dat vormt een ingrijpende breuk met het oude stelsel. Hoofdfregel was dat een eenmaal besloten zaak niet kon worden herzien, ook niet wanneer een belanghebbende nieuw bewijsmateriaal had weten te bemachtigen.

³² TCE Act s.22. Zie http://www.tribunals.gov.uk/Tribunals/Rules/tribunalprocedure_committee.htm.

aan de rechterlijke macht worden voorgelegd.³³ Deze procedure bij de rechterlijke macht wordt nog steeds *appeal* genoemd, geen *judicial review*.³⁴ De toets, zowel van het *Upper Tribunal*, als van het gerecht, beperkt zich tot rechtsvragen. Bij gebleken onrechtmatigheid, hebben rechters de bevoegdheid om de zaak terug te wijzen naar de vorige instantie, dan wel de zaak zelf af te doen. Bij gebreken in de feitenvaststelling zal als hoofdregel de zaak terug naar het bestuursorgaan worden gewezen.³⁵

Doorgaans wordt benadrukt dat er een principieel verschil bestaat tussen een wettelijk toegekend *appeal* op een tribunal en een algemene actie als *judicial review* bij de rechterlijke macht. In *appeal* oordeelt het gespecialiseerde college doorgaans over de ‘*merits*’ van de zaak en kan het zijn eigen oordeel vormen. De toets in *judicial review* zou meer afstandelijk zijn. De rechter controleert of het bestuursorgaan binnen de grenzen van zijn bestuursbevoegdheid is gebleven. In werkelijkheid zijn beide procedures sterk naar elkaar toegegroeid. In *judicial review* is de rechter steeds verdergaand gaan toetsen, terwijl in *appeal* op het nieuwe *Upper Tribunal* niet langer de feiten voorwerp van toets vormen. De regels voor de procedure verschillen, maar de feitenvaststelling wordt inhoudelijk goeddeels aan de hand van dezelfde regel getoetst.³⁶

Het bestuursrechtelijke bewijsrecht in Engeland wordt gedomineerd door de vraag wat het verschil is tussen recht en feit. Zowel in *appeal* op het *Upper Tribunal* als in *judicial review* is de rechtsmacht beperkt tot *errors of law*. Dat betekent dat de rechter zich alleen over de band van rechtsvragen een oordeel kan vormen over het feitelijke geschil. In een dergelijk stelsel is het niet vanzelfsprekend dat in beroep nieuw bewijsmateriaal kan worden overgelegd.

In *judicial review* worden de bewijsregels uit de CPR toegepast.³⁷ De taak om bewijsmateriaal te vergaren en naar voren te brengen, ligt duidelijk bij partijen. Eiser moet in zijn beroepschrift duidelijk maken op welke feiten hij zijn vordering baseert en heeft de last relevant bewijsmateriaal te duiden en het schriftelijke bewijsmateriaal aan te hechten. Ook verweerder moet zijn schriftelijke bewijsmateriaal overleggen. De mate van sturing door de rechter is de laatste jaren vergroot, omdat de grote macht van partijen leidde tot een onwerkbaar systeem. Buitensporige overlegging van documenten en deskundigenadviezen is teruggebracht, getuigenbewijs wordt in toenemende mate via schriftelijke stukken geleverd en ‘*hearsay*’ wordt niet langer zonder meer gekwalificeerd als ontoelaatbaar bewijsmateriaal.³⁸ Relatief veel bepalingen in de CPR gaan over het gebruik van getuigenbewijs. De rechter kan een *disclosure of documents* gelasten, maar men gaat ervan uit dat daaraan in beginsel geen behoefte bestaat in de bestuursrechtelijke procedure.³⁹ Verweerder is namelijk al gehouden volledig uiteen te zetten wat hij heeft gedaan en waarom. Het Engels recht gaat uit van de ‘*presumption of regularity*’ van overheidshandelen. Als hoofdregel draagt de burger de bewijslast.

³³ Voorheen geschiedde dat bij het *Administrative Court* als onderdeel van het *High Court*. Nadat de nieuwe wet in werking is getreden, zal dat beroep ingesteld worden bij het *Court of Appeal*.

³⁴ H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th ed., Oxford: Oxford University Press 2009, p. 780.

³⁵ Paul Craig, *Administrative law*, 6th ed., London: Sweet & Maxwell 2008, p. 498.

³⁶ *E. v. Home Secretary* [2004] *EWCA Civ.* 49, r.o. 42.

³⁷ CPR Part 32.

³⁸ Smith, Bailey & Gunn, *Modern English Legal System*, London: Sweet & Maxwell 2002, p. 1024.

³⁹ Practice Direction 54, para. 12.1.

Uitgangspunt is dat de eisen van het bewijsrecht, zoals die in de rechterlijke procedure worden gesteld, versoepeld dienen te worden toegepast in *appeal*.⁴⁰ Daarvoor bestaan verschillende redenen. Tribunals vormen gespecialiseerde gerechten. Zij mogen eigen algemene kennis en ervaring bij de oordeelsvorming betrekken en zijn minder afhankelijk van de bewijslevering door partijen. Voorts is *appeal* bedoeld als een voor de burger laagdrempelige procedure. De procedure heeft enkele inquisitoire trekken, waardoor minder strikte bewijsregels kunnen worden gegeven dan in de rechterlijke procedure. De cultuur binnen de verschillende tribunals blijkt behoorlijk te verschillen en dat heeft gevolgen voor het inquisitoire gehalte van het proces en de bewijsregels die worden toegepast. De mate waarin de tribunals over eigen onderzoeksbevoegdheden beschikken verschilt.⁴¹

2.4 Tussenconclusie

In zowel Nederland, Frankrijk, Duitsland als Engeland (wat betreft het *appeal*) wordt benadrukt dat het bewijsrecht in het bestuursrecht dient te verschillen van het bewijsrecht in het civiele recht. Daarbij denkt men aan de ongelijkheid van partijen, aan de inquisitoire elementen van het proces en aan de grotere verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling die de rechter in een dergelijk stelsel toekomt. Bestuursrechters zijn niet alleen afhankelijk van de bewijslevering door partijen, maar kunnen zelf feiten aanvullen. Ook al deelt het bestuursrecht het publiekrechtelijke karakter met het strafrecht, aan de verhouding tussen de bewijsstelsels in die beide rechtsgebieden wordt in binnenlandse en buitenlandse literatuur weinig aandacht geschonken. Een vergelijking met het spiegelbeeld geeft meer inzicht in de specifieke kenmerken van het eigen systeem. Elk land lijkt zijn eigen bestuursrechtelijke systeem als laagdrempelig te beschouwen, waarbij er toch aanzienlijke verschillen bestaan tussen de systemen. Waar de Fransen bijvoorbeeld de schriftelijkheid van de procedure (en dus de controleerbaarheid) hoog waarden in het kader van burgervriendelijkheid, prijzen de Duitsers de bewijslevering tijdens de mondelinge behandeling, waarbij partijen zich kunnen uitlaten en de rechter direct de overtuiging dient te verkrijgen.

In Frankrijk en Engeland hebben partijen een zelfstandige taak om bewijsmateriaal naar voren te brengen. In het Duitse stelsel legt men die taak in beginsel bij de rechter neer. Onder de Nederlandse Awb is wat dat betreft geen echte keuze gemaakt. In de parlementaire geschiedenis wordt de vrij-bewijsleer benadrukt, waarbij de taakverdeling tussen rechter en partijen in het midden wordt gelaten.⁴² Verder valt op dat eigenlijk alleen in Duitsland het bestuursrechtelijke bewijsrecht is gecodificeerd. De Franse en Nederlandse regeling bevatten niet veel meer dan bepalingen over de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden. De rechtsmacht van de Engelse rechter verschilt voorts behoorlijk van die van zijn overige Europese collega's. Hij kan maar in beperkte mate zich een oordeel omtrent de feiten aanmeten. In de volgende paragraaf wordt gezien in welke mate constitutionele uitgangspunten het bewijsrecht nader vormgeven. Het ene stelsel legt de verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling primair bij het bestuur neer, terwijl in het andere stelsel meer vertrouwen in de rechter wordt gesteld.

⁴⁰ Smith, Bailey & Gunn 2002, nr. 16-005. R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner Ex p. Moore [1965] 1 Q.B. 456.

⁴¹ Wade & Forsyth 2009, p. 785.

⁴² PG Awb II, P. 173-175.

3. Bewijsrecht in het hart van de trias politica

Hoe het bestuursrechtelijk bewijsrecht in de verschillende landen wordt benaderd, wordt sterk bepaald door de constitutionele verhoudingen. In een stelsel waarin het gezag van het bestuur onomwonden wordt geaccepteerd, bestaat weinig behoefte aan bewijsrecht. Het bestuur hoeft dan immers niet uit te leggen waarom het bevoegd is een bepaalde handeling te verrichten. In een stelsel waar de macht van de rechter bijzonder groot is, zal men weinig behoefte voelen om de bestuurlijke feitenvaststelling nader te normeren. Slechts de eigen overtuiging van de rechter staat dan centraal. Het zal per rechtstelsel en rechtscultuur verschillen in welke mate men legitimatie verlangt van de machtsuitoefening door de overheid. Uiteindelijk gaat het bestuursrechtelijke bewijsrecht om de vraag in welke mate het bestuur en de rechter verantwoording moeten afleggen over de bevoegdheden die zij aanwenden.

3.1 De rechtsmacht van de bestuursrechter ten aanzien van de feiten

In veel rechtstelsels is de bevoegdheid van de rechter om het bestuur te controleren geleidelijk tot stand gekomen. Vanuit de taak het bestuur aan de wet te houden en primair te toetsen op bevoegdheidsgebreken, heeft de omvang van de rechterlijke toets zich langzaam uitgebreid. Dat de rechter ook rechtsmacht heeft om zich over de feiten uit te laten, ligt voor de bestuursrechter minder voor de hand dan voor de civiele rechter en de strafrechter. De bestuursrechter beoordeelt of het bestuursorgaan rechtsregels heeft geschonden. Dat leek aanvankelijk te impliceren dat het feitelijk oordeel aan zijn toets was onttrokken. In Frankrijk en Engeland heeft de rechter zijn rechtsmacht ten aanzien van de feiten expliciet in klassiek geworden uitspraken moeten bevestigen. In Nederland kennen we niet een dergelijke principiële uitspraak. In de literatuur is echter veel geschreven over de taak van de bestuursrechter, waarbij aversie om de rechter bestuurlijke feitenvaststellingen te laten beoordelen, ons bekend is.⁴³ Een van de redenen voor Struycken om zich te keren tegen invoering van bestuursrechtspraak was gelegen in de ondeskundigheid van de rechter.⁴⁴ De rechter mist, naast sociale, ook technische expertise die het bestuursorgaan wel heeft. De rechter ziet niet op een zelfde wijze als het bestuur wat de gevolgen zijn van zijn beslissingen en hoe de verschillende beslissingen zich tot elkaar verhouden. Natuurlijk kan de rechter zijn kennis laten aanvullen door getuigen en deskundigen, maar de uitkomst van hun bevindingen kan hij lastig op waarde schatten. 'En dat stelsel, dat zoo dikwijls de rechtspraak maakt tot een dobbelspel, zal in het administratieve proces, dat zoo talrijke ingewikkelde sociaal-, administratief- en bedrijfstechnische vragen zal omvatten, niet de uitzondering, maar de regel zijn.'⁴⁵ Rechterlijke terughoudendheid ten aanzien van bestuurlijke deskundigheid kennen we nog steeds.⁴⁶ In het asielrecht kennen we de jurisprudentiële lijn waarin de rechter niet bevoegd is zijn oordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas in de plaats te stel-

⁴³ Zie o.a. L.J.A. Damen, 'De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', *AA* 2000, p. 61-69; E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, p. 214-221; Schlössels 2009, par. 2.3.

⁴⁴ A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910, p. 43-45.

⁴⁵ Struycken 1910, p. 44.

⁴⁶ Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 329-330, Koopman 2009, p. 200 e.v.; Schuurmans 2009, p. 139 e.v.

len voor het bestuurlijke oordeel.⁴⁷ Meer in het algemeen wordt in jurisprudentie erkend dat onder omstandigheden het bestuursorgaan ruimte heeft om een bewijsbeleid te voeren, dat de rechter toetst op redelijkheid.⁴⁸ Voorts werd rond 2000 door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) regelmatig een zogenaamde bewijsfuik toegepast, waarbij bewijsmateriaal dat voor het eerst in beroep was overgelegd, buiten de procedure werd gehouden.⁴⁹ Het bestuursorgaan had met dat bewijsmateriaal in de besluitvorming geen rekening kunnen houden. Daaraan ligt onder meer de idee ten grondslag dat het beoordelen van bewijsmateriaal primair een taak van het bestuur is. Zo nu en dan duikt de bewijsfuik nog op in de jurisprudentie.⁵⁰

In de vergelijking tussen de rechtsstelsels van de verschillende landen valt Duitsland op dit punt wat uit de toon. Ook voor de inwerkingtreding van de VwGO was het in de verschillende Duitse landen reeds de traditie dat de rechter zich actief inliet met het feitenonderzoek.⁵¹ Zijn rechtsmacht om zich uit te laten over de feiten wordt vanzelfsprekend geacht.

Rechterlijke controle van het bestuur is in Frankrijk in de loop van de tijd tot ontwikkeling gekomen.⁵² Aanvankelijk was het wantrouwen jegens de rechter groot. Na de slechte ervaringen met de conservatieve rechterlijke macht tijdens het Ancien Régime en de verschrikkingen van de Franse revolutie werd controle van het bestuur binnen het bestuur zelf georganiseerd. De *Conseil d'État* is vanuit de bestuurlijke kolom ontstaan en hield aanvankelijk als 'hoogste bestuursorgaan' controle. Tot in het begin van de twintigste eeuw toetste de CE enkel of het bestuur formeel gezien een bevoegdheid toekwam (berust deze weigeringsgrond voor de gevraagde vergunning op de wet?). In de arresten *Gomel* uit 1914 en *Camino* uit 1916 gooide de CE het roer om.⁵³ Voortaan kon de rechter ook oordelen over de feitelijke grondslag van het besluit (doen de voorwaarden voor de weigeringsgrond zich ook daadwerkelijk voor?). Hij kan zowel beoordelen of de feiten materieel juist zijn vastgesteld, als de vraag of de feiten juist zijn gekwalificeerd.⁵⁴ In het verlengde van deze discussie was het ook lange tijd omstreden of de Franse bestuursrechter een deskundige kon inschakelen in het vernietigingsberoep. Deskundigen mogen zich niet inlaten met rechtsvragen en dus werd hun inschakeling in het bestuursrechtelijke proces kwestieus geacht. Inmiddels is deze discussie achterhaald.⁵⁵

In het Engelse stelsel is het debat nog volop gaande. Nog steeds is omstreden in welke mate de rechter zich een oordeel over de feiten kan aanmeten. Zijn primaire taak is om de '*sovereignty of parliament*' te bewaken. De Engelse rechter waakt ervoor dat het bestuur handelt binnen de grenzen van zijn bevoegdheid, zoals toegekend door de wetgever. In dat kader is zijn rechtsmacht in de regel beperkt tot *questions of law*. In hoeverre kan de rechter over de band van rechtsvragen zich met de feitenvaststelling bemoeien?

⁴⁷ Zie o.a. ABRvS 27 januari 2003, *AB* 2003, 286 m.nt. BPV; ABRvS 23 mei 2009, *AB* 2009, 11 m.nt. Geertsema.

⁴⁸ Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam; VU), Deventer: Kluwer 2005, par. 5.2.2.

⁴⁹ R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001, p. 72-77.

⁵⁰ Zie Verburg 2009, p. 287-296.

⁵¹ Marcel Kaufmann, *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002, p. 110.

⁵² Zie A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 103-107.

⁵³ CE 4 april 1914, *Gomel* en CE 14 januari 1916, *Camino*.

⁵⁴ Zie ook Bok 1992, p. 75.

⁵⁵ Debbasch & Ricci 2001, p. 550.

Ter beantwoording van die vraag is veel geschreven over het onderscheid tussen recht en feit.⁵⁶ Stapsgewijs is de Engelse rechter zich meer intensief met de feiten gaan bezighouden, mede om redenen van effectieve rechtsbescherming.

Van oorsprong is de Engelse rechter bijzonder terughoudend. *'It must be remembered that the courts have a longstanding dislike of investigating questions of fact in judicial review proceedings (...).'*⁵⁷ Lange tijd mocht de rechter enkel over *'jurisdictional facts'* oordelen. Daarmee worden feiten bedoeld, die een noodzakelijke voorwaarde vormen om van de bevoegdheid gebruik te kunnen maken. Zo heeft de Minister van Justitie krachtens de Vreemdelingenwet bijvoorbeeld alleen de bevoegdheid om te oordelen over vreemdelingen. De vraag of belanghebbende een vreemdeling is, betreft een *jurisdictional fact*. Bij de vraag of de vreemdeling uitgezet moet worden, zijn in beginsel geen jurisdictiefeiten betrokken. Of neem de bevoegdheid om huursubsidie toe te kennen. Of de bewoonde woning een huurwoning is, is een feitelijke vraag die de bevoegdheid van het bestuursorgaan raakt; hoe hoog de huursubsidie dient te zijn slechts een vraag naar de uitoefening van de bevoegdheid.⁵⁸ Gaat het geschil om jurisdictiefeiten, dan is de rechter bevoegd om daarover te oordelen en is zijn toets minder terughoudend. *'If the court fails to stand guard over facts and requirements expressed objectively in the Act, it surrenders the rule of law to the rule of executive discretion. It is essential, therefore, that where the exercise of executive power depends upon the precedent establishment of an objective fact, the courts will decide whether the requirement has been satisfied.'*⁵⁹ Zijn echter niet-jurisdictiefeiten in geschil, dan is de rechtsmacht van de rechter overstreden.

Aan de Engelse rechterlijke terughoudendheid ten aanzien van de feiten liggen primair argumenten van machtenscheiding ten grondslag, zie nader paragraaf 3.3.⁶⁰ Theorie en praktijk komen echter niet altijd met elkaar overeen. Ondanks de theorievorming waren Engelse rechters al langer bereid om steeds meer feitenvaststellingen wegens de schending van een rechtsregel onrechtmatig te achten. Dat past binnen de ontwikkeling waarin de ultra vires-doctrine aanzienlijk is opgerekt. Sinds de zaak *Anisminic*⁶¹ luidt de regel dat *elke* schending van een rechtsregel resulteert in een vernietiging van het besluit 'wegens overschrijding van de bestuursbevoegdheid'.⁶²

De eerste verruiming ten aanzien van de feitenvaststelling ontstond door de ontwikkeling van de *'no evidence rule'*.⁶³ De situatie waarin gerechtvaardigd verschil van mening kan bestaan over de waardering van bewijsmateriaal, moet onderscheiden worden van de situatie waarin een voldoende onderbouwing van het feitelijk oordeel simpelweg ontbreekt. In dat laatste geval is sprake van 'misbruik van bevoegdheid' en kan de rechter ingrijpen. De *'no evidence rule'* wordt niet alleen toegepast als bewijsmateriaal geheel ontbreekt, maar ook wanneer op basis van het verzamelde bewijsmateriaal het bestuurs-

⁵⁶ T. Jones, 'Mistake of fact in Administrative Law', *Public Law* 1990, p. 507-526; M. Dementriou & S. Houseman, 'Review for Error of Fact – A Brief Guide', *Judicial Review* 1997, p. 27-32; M. Kent, 'Widening the Scope of Review for Error of Fact', *Judicial Review* 1999, p. 239-244; P. Craig, 'Judicial Review, Appeal and Factual Error', *Public Law* 2004, p. 788-807; R. Williams, 'When is an Error not an Error? Reform of jurisdictional Review of Error of Law and Fact?', *Public Law* 2007, p. 793-808.

⁵⁷ Wade & Forsyth 2009, p. 229.

⁵⁸ Zie verder Wade & Forsyth 2009, p. 212.

⁵⁹ Wade & Forsyth 2009, p. 216.

⁶⁰ Craig 2008, p. 483 en 494; Dementriou & Houseman 1997, p. 27.

⁶¹ *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

⁶² Wade & Forsyth 2009, p. 222 e.v.

⁶³ Wade & Forsyth 2009, p. 229. Die ontwikkeling lijkt zich voornamelijk in de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw te hebben doorgezet.

orgaan niet in redelijkheid tot zijn feitelijke oordeel heeft kunnen komen. De feitenvaststelling wordt dan marginaal getoetst.⁶⁴ De Nederlandse jurist zal de verruiming tot de ‘no evidence rule’ weinig opzienbarend vinden, maar in een Engels handboek voelt men toch de noodzaak deze verruiming aan te moedigen. ‘*The time is ripe for this development as part of the judicial policy of preventing abuse of discretionary power. To find facts without evidence is an abuse of power and a source of injustice, and ought to be within the scope of judicial review. This is recognized by other jurisdictions where the grounds of review have been codified by statute.*’⁶⁵

Pas zeer recentelijk is de Engelse rechter een stap verder gegaan, door een besluit te vernietigen omdat een feit onjuist blijkt te zijn vastgesteld (*error of material fact*). Deze nieuwe jurisprudentielijn is ingezet met de nu al klassiek geworden uitspraak ‘*E. v Secretary of State*’.⁶⁶ ‘*In our view, the time has now come to accept that a mistake of fact giving rise to unfairness is a separate head of challenge in an appeal on a point of law, at least in those statutory contexts where the parties share an interest in co-operating to achieve the correct result.*’⁶⁷ Sinds 2004 is algemeen geaccepteerd dat ook in Engeland burgers kunnen klagen over onjuist vastgestelde feiten. De rechter grijpt echter niet bij elke fout in. Eerst moet sprake zijn van ‘*unfairness*’. Dat doet zich grofweg gezegd voor indien een objectieve feitenvaststelling achteraf onjuist blijkt te zijn, die fout niet mede veroorzaakt is door de burger en waarbij de fout een wezenlijk onderdeel vormde in de oordeelsvorming van het bestuur. Bij de toetsingswijze in paragraaf 3.3 zal ik daar nader op ingaan.

In de literatuur wordt de verruiming van de Engelse toets in het algemeen positief gewaardeerd.⁶⁸ Bij de noodzaak tot verruiming wordt gewezen op gewijzigd inzicht in het recht op een eerlijk proces en de tradities in andere landen. Die tradities in andere landen komen uiteraard in beeld door de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie. Zo verlangt artikel 6 EVRM een rechter met *full jurisdiction*, die zich zowel over recht als feit kan uitspreken.⁶⁹ Het Hof van Justitie kan met behulp van het vereiste van effectieve rechtsbescherming nadere regels geven voor de nationale feitenvaststelling.⁷⁰ Die Europese invloed ligt voor de hand. Toch zoekt men in de beschrijvingen van het bestuursrechtelijke bewijsrecht in de diverse rechtsstelsels vaak tevergeefs naar enige duiding van een Europese invloed. En andersom geldt hetzelfde. In de literatuur over convergerende tendensen in het bestuursrecht in de Europese landen blijft het bewijsrecht en de feitenvaststelling goeddeels buiten beeld.⁷¹

⁶⁴ Dat is enigszins vergelijkbaar met de Amerikaanse ‘*substantial evidence test*’, waarover nader Y.E. Schuurmans, ‘Amerikaanse lessen in bestuursrechtelijk bewijsrecht’, *NTB* 2009, p. 100–108 (2009a). Voor een vergelijking van uitgangspunten in het Amerikaanse en Engelse bewijsrecht zij verwezen naar Bernard Schwartz & H.W.R. Wade, *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, London: Oxford University Press 1972, hoofdstuk 10.

⁶⁵ Wade & Forsyth 2009, p. 232.

⁶⁶ *E. v. Home Secretary* [2004] EWCA Civ. 49.

⁶⁷ *E. v. Home Secretary* [2004] EWCA Civ. 49, r.o. 66. In r.o. 42 legt het *Court of Appeal* (Lord Justice Carnwath) uit dat deze toetsingsgrond ook voor judicial review geldt; de inhoudelijke toets van de feitenvaststelling komt dus in appeal en judicial review overeen.

⁶⁸ Craig 2004; Wade & Forsyth 2009, p. 232 e.v.

⁶⁹ Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 96–128; A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht*, preadvies NVVR 65, Deventer: Kluwer 2004, p. 15–20.

⁷⁰ 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. 115–142.

⁷¹ Vgl. o.a. Beaumont, Lyons & Walker, *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing 2002; Michel Fromont, *Droit administrative des États européens*,

Zowel in Frankrijk, Engeland als Nederland is de rechtsmacht van de bestuursrechter om zich over de bestuurlijke feitenvaststelling uit te laten omstreden (geweest). De wijze waarop men aankijkt tegen de trias politica en de taakverdeling tussen bestuur en rechter speelt daarbij een grote rol. Ook bij de toetsingsintensiteit van de feitenvaststelling zal dat aspect naar voren komen. Nog steeds ziet men in het Franse en Engelse recht dat de rechter zich ten aanzien van de feitenvaststelling verschillend opstelt, afhankelijk van de type rechtsvraag waarvoor hij staat gesteld. Zo blijkt in paragraaf 4 dat de Franse rechter eerder ontbrekende informatie opvraagt als bevoegdheidsvragen in het geding zijn. Bij de achterhaling van overige rechtsfeiten is hij minder actief. De Engelse bestuursrechter kijkt kritischer naar *jurisdictional facts* dan naar overige feiten. Buiten controle van de bestuurlijke bevoegdheidsgrondslag, vatten deze rechters hun taak tot toetsing van de feitenvaststelling beperkter op. Zoekt men in de Europese jurisprudentie naar handvatten voor de feitenvaststellende taak van de rechter, dan komt men uit bij zaken als *Bryan*, *Terra woningen*, *Chevrol* en *Upjohn*⁷²: Engelse, Nederlandse en Franse zaken, waarin de rechter zich niet zomaar bevoegd achtte zijn eigen feitelijke oordeel voor dat van het bestuursorgaan in de plaats te stellen. Enige rechterlijke terughoudendheid in de beoordeling van de bestuurlijke feitenvaststelling (een van de knelpunten genoemd in de inleiding), is niet uniek voor het Nederlandse bestuursrecht.

3.2 De verantwoordingsplicht van het bestuur

De rechtsmacht van het bestuursorgaan om feiten vast te stellen is onomstreden. Als rechtsscheppend en rechtsvaststellend orgaan maakt de feitenvaststelling onlosmakelijk onderdeel uit van de bestuurlijke taak. In welke mate het bestuursorgaan daarover vervolgens verantwoording moet afleggen, verschilt per rechtstelsel. Het ene stelsel legt meer nadruk op de motiveringsplicht van het bestuursorgaan ten tijde van de besluitvorming, het andere stelsel benadrukt de informatieverplichting van het bestuursorgaan ten einde de rechter goed te informeren.

Het beginsel dat het bestuursorgaan zijn besluiten moet motiveren is niet in elk rechtstelsel onomwonden erkend. De idee dat informatie afkomstig van de overheid openbaar dient te zijn, is bovendien een relatief moderne gedachte. De meeste wetten die openbaarheid van overheidsinformatie regelen, zijn vrij laat in de twintigste eeuw tot stand gekomen. Zowel in de Franse als Engelse rechtstraditie neemt de vertrouwelijkheid van overheidsinformatie een prominente plaats in. Zo schreef Debbasch in 1983: *‘L’administration française n’est guère transparente. Les législations récentes sur la “publicité” et la motivation des actes administratifs ne pénètrent que lentement dans la mentalité administrative.*⁷³ De nadruk op het geheim van de staat gaat terug naar de tijden van het Ancien Régime, waarin het bestuur enkel verantwoording aan de koning diende af te leggen en niet aan

Paris: Presses Universitaires de France 2006; J. Schwarze (ed.), *Administrative Law under European Influence*, London: Sweet & Maxwell 1996.

⁷² EHRM 22 november 1995, Series A, no. 335-A (*Bryan v. the United Kingdom*); EHRM 17 december 1996, *RJ&D* 1996-VI en NJCM-Bulletin 1997, p. 617-628 m.nt. Viering (*Terra Woningen BV v. the Netherlands*); EHRM 13 februari 2003, *RJ&D* 2003-III en AB 2004, 52 m.nt. BdeW (*Chevrol v. France*); HvJ 21 januari 1999, zaak 120/97, *Upjohn Ltd*, *Jur.* 1999, p. I-223.

⁷³ Debbasch, ‘La charge de la preuve devant le juge administratif’, *Recueil Dalloz Sirey* 1983 chron., p. 43.

de bestuursorganen.⁷⁴ Inmiddels bestaat er een algemeen recht op overheidsinformatie, maar nog steeds wordt in bewijsrechtelijke literatuur vrij veel aandacht besteed aan de verschillende geheimhoudingsgronden waarop het bestuur zich kan beroepen. *‘La plus grande difficulté vient en réalité du secret des affaires publiques qui fait souvent obstacles à l’administration de la preuve.’*⁷⁵ Ook het Engels bestuursrecht krijgt van zijn eigen beoefenaren kritiek. *‘British government has traditionally tended towards secrecy.’*⁷⁶ Lange tijd neigde het bestuur naar vertrouwelijkheid en geheimhouding. Pas in het jaar 2000 is een wet aangenomen die de toegankelijkheid tot overheidsinformatie regelt. *‘It is clear that an important change in the culture of government is under way.’*⁷⁷ In het Duitse bestuursrecht wordt vertrouwelijkheid van overheidsinformatie niet als een traditioneel kenmerk benadrukt. Feit is echter dat een algemene wet die de openbaarheid van overheidsinformatie op bondsniveau regelt in 2006 is ingevoerd.⁷⁸ Pas toen heeft officieel een paradigmawisseling plaatsgevonden van ‘geheimhouding, tenzij’ naar ‘openbaarheid, tenzij’. Het bestuur dat openheid van zaken dient te geven, is voor de burger een vrij pril verworven recht.

In het Nederlandse bestuursrechtelijke bewijsrecht kan het belang van de motiveringsplicht van het bestuursorgaan nauwelijks worden overdreven. Artikel 3:2 Awb verplicht het bestuursorgaan een zorgvuldig onderzoek in te stellen naar de relevante feiten en de betrokken belangen. Voorts is het bestuursorgaan op basis van afdeling 3.7 en artikel 7:12 Awb gehouden om zijn besluiten te motiveren. De uiteindelijke bewijslastverdeling in beroep is voornamelijk gebouwd rond de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb en de bestuurlijke motiveringsplichten. In geen van de andere rechtsstelsels neemt de bestuurlijke motiveringsplicht een dergelijke centrale positie in.

In het Franse bestuursrecht is in 1979 een wettelijke motiveringsplicht van het bestuursorgaan ingevoerd, maar deze plicht is beperkt tot belastende besluiten.⁷⁹ Daarbuiten zijn in bijzondere regelingen en in jurisprudentie specifieke besluiten aangewezen die ook moeten worden gemotiveerd, maar een algemene plicht is noch in wet noch in rechtspraak aangenomen.⁸⁰ Volgens Chapus ligt aan de jurisprudentie van de CE het besef ten grondslag dat een algemene motiveringsplicht ook nadelige kanten heeft.⁸¹ Een motiveringsplicht kan leiden tot vertraging en het bestuur besluiteloos maken. In het ergste geval zet een algemene motiveringsplicht het bestuursorgaan aan om een expliciete beslissing op bij hem aanhangige zaken achterwege te laten.

In de Engelse rechtspraak is de plicht om de besluitvorming met een motivering te omkleden de laatste jaren in toenemende mate tot ontwikkeling gekomen, maar discussie bestaat of daadwerkelijk sprake is van een algemene rechtsplicht. Soms gelasten wet-

⁷⁴ Charles Debbasch & Frédérique Colin, *Droit administratif*, 8e edition, Paris: Economica 2007, p. 423.

⁷⁵ Alain Plantey, ‘la preuve devant le juge administratif’, *La semaine juridique: juris-dasseur périodique (Edition générale)* 1986, I, 3245, punt 14.

⁷⁶ Kathrine Thompson & Brian Jones, ‘Administrative Law in the United Kingdom’, in: René Seerden (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (2nd ed.), Antwerpen: Intersentia 2007, p. 240.

⁷⁷ Wade & Forsyth 2009, p. 51.

⁷⁸ Informationsfreiheitsgesetz, BR-Drs. 450/05. Beschluss v. 8.7.2005.

⁷⁹ Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l’amélioration des relations entre l’administration et le public.

⁸⁰ R. Chapus, *Droit administratif général. Tome 1*, 15e edition, Paris: Montchrestien 2001, p. 1132; Debbasch & Colin 2007, p. 418-421.

⁸¹ Chapus 2001 (1), p. 1131-1132.

ten tot motivering en steeds vaker wordt uit *natural justice* de eis tot motivering afgeleid. Of dat beginsel daadwerkelijk van het bestuursorgaan motivering verlangt, hangt af van verschillende factoren, zoals de aard van het bestuursorgaan, de bestuurlijke context en het betrokken belang.⁸² Men kent dezelfde huiver als door Chapus geuit. Bovendien zijn sommige waardeoordelen nauwelijks uit te leggen en bestaat het gevaar dat op basis van de motiveringsplicht ‘muggenzifters het besluit uitkammen op gebreken’.⁸³ In de Engelse literatuur lijkt men zich ervan bewust te zijn dat men in vergelijking met andere Europese landen wat uit de toon valt en dat artikel 6 EVRM aanpassing van de praktijk vordert.⁸⁴ Een algemene motiveringsplicht voor het bestuursorgaan lijkt toch een noodzakelijke voorwaarde om het bestuurs(proces)recht volledig tot ontwikkeling te laten komen. ‘No single factor has inhibited the development of English administrative law as seriously as the absence of any general obligation upon public authorities to give reasons for their decisions.’⁸⁵

Het Duitse VwVfG bevat in § 39 wel een algemene motiveringsplicht voor het bestuursorgaan. Dat artikel maakt uitzonderingen mogelijk, bijvoorbeeld wanneer een aanvraag wordt gehonoreerd die niet de belangen van derden raakt, maar hoofdregel is dat het bestuur de dragende feitelijke gronden en rechtsgronden van zijn besluit bekendmaakt aan belanghebbenden. Dat past binnen de moderne rechtsstaatgedachte waarin de burger eerder als partner dan als onderdaan van de overheid wordt gezien.⁸⁶ Sinds een wetwijziging in 1996 bestaan er echter vrij ruime mogelijkheden voor het bestuursorgaan om de motivering tot in beroep aan te vullen en heeft de rechter de bevoegdheid om een motiveringsgebrek te passeren.⁸⁷ Die tendens heeft het belang van de bestuurlijke motiveringsplicht ingeperkt.

De verschillen in bestuurlijke motiveringsplicht zijn hierboven wat zwaar aangezet. Uiteindelijk dienen in bijna elk rechtssysteem (ingrijpende) belastende besluiten te worden gemotiveerd en ontbreekt die plicht nagenoeg wanneer een aanvraag wordt gehonoreerd en daarbij geen belangen van derden zijn betrokken. Toch zijn de principiële uitgangspunten exemplarisch voor de wijze waarop wordt aangekeken tegen het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Dat het bestuur tegenover de burger verantwoording moet afleggen over zijn besluitvorming, los van een eventueel later in te stellen beroep, is vooral in Nederland en Duitsland een dragende gedachte. In het Franse en Engelse recht past een dergelijke algemene plicht niet in de rechtstraditie van bestuurlijke vertrouwelijkheid. Een werkelijke plicht om openheid van zaken te geven, ontstaat daar pas wanneer de burger de zaak bij de rechter aanhangig heeft gemaakt. De Franse bestuursrechter kan van het bestuursorgaan alle informatie verlangen die hij nodig acht voor de beoordeling van het geschil. In het Engelse *adversarial* proces heeft de burger het recht ‘to know the opposing case’. Om met gelijke wapenen te kunnen strijden moet de burger op de hoogte zijn van bewijsmateriaal en motivering, waarvan het bestuursorgaan gebruik heeft gemaakt. Onder de eisen van *natural justice* en een *fair hearing* is het bestuursorgaan dan vaak alsnog gehouden om zijn bewijsmateriaal te openbaren.⁸⁸ In het Duitse stelsel hecht men vergeleken met Nederland meer belang aan de motivering ten tijde van het proces, dan aan de motivering ten tijde van de besluitvorming. Deze constatering past

⁸² Craig 2008, p. 405–407; Wade & Forsyth 2009, p. 436–439.

⁸³ Craig 2008, p. 407.

⁸⁴ Craig 2008, p. 402; Wade & Forsyth 2009, p. 405 en 439.

⁸⁵ Citaat genoemd in Wade & Forsyth 2009, p. 436.

⁸⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 39, Rn. 2a.

⁸⁷ Zie ook Willemsen 2008, p. 36.

⁸⁸ Wade & Forsyth 2009, p. 426 e.v.

bij de algemene bevinding dat het bestuursrechtelijke bewijsrecht in de buitenlandse rechtsstelsels meer gericht is op de rechterlijke fase. De focus in Nederland op de feitenvaststelling in de besluitvormingsfase en de verschillende zorgvuldigheids- en motiveringsplichten die het bestuursorgaan daarbij toekomt, is bijzonder. In Engeland kent men ook wel het uitgangspunt dat feitenvaststelling primair in de bestuurlijke fase plaatsvindt, maar de besluitvormingsfase en de bestuurlijke feitenvaststelling is daar minder genormeerd. Het Engelse bestuursorgaan hoeft minder verantwoording af te leggen.

3.3 Rechterlijke toetsing: machtenscheiding en waarheidsproblematiek

Een hoofdvraag in het Nederlandse bestuursrechtelijke bewijsrecht is hoe de rol van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling nader vorm moet worden gegeven. Wil men de rol van de Nederlandse rechter op de leest van een van de andere rechtsstelsel schoeien, dan dient men zich te realiseren dat de aard van de rechterlijke bemoeienis afhangt van twee verschillende factoren. Ten eerste bepaalt uiteraard de balans binnen de trias politica hoe groot de macht van de rechter is. Ten tweede bepaalt het waarheidsconcept (een doordenking van bewijsproblematiek en expertise) de taakverdeling.⁸⁹ Tegen deze twee factoren wordt verschillen aangekeken. Er bestaat niet één Europees concept van taak en toetsingswijze van de bestuursrechter. Het vertrouwen dat in de verschillende staatsmachten wordt gesteld, verschilt per cultuur. Dat de waarheid niet altijd gemakkelijk objectief is vast te stellen, komt voorts in de ene procescultuur meer naar voren dan in de andere.

De rechter in het Duitse stelsel van bestuursprocesrecht heeft veel macht. Zo kan hij bijvoorbeeld binnen de vordering van eiser zelf beroepsgronden formuleren en geeft hij zoveel mogelijk een materieel oordeel over de zaak. Daarbij tracht hij het geschil zo ver mogelijk tot een einde te brengen. Ook ten aanzien van de feiten is zijn macht groot. Hij moet zelf de overtuiging hebben dat bepaalde feiten zich al dan niet hebben voorgedaan. De Nederlandse bestuursrechter, daarentegen, bewaart enige afstand tot de feiten indien de feitenvaststelling een vage norm invult ('in het belang van het milieu'; 'relevante markt'). Bij beoordelingsruimte laat hij het bestuursorgaan een marge om zelf te beoordelen of een bepaald feitencomplex onder de vage norm valt. Het bestuursorgaan heeft ervaring met de uitvoering van de wet, vaak een zekere materiedeskundigheid en kan zaken in onderling verband bezien. De afstand van de rechter strekt zich soms niet alleen uit tot de feitenkwalificatie, maar ook tot de feitenvaststelling zelf. Dat doet zich vooral voor bij complexe feitenvaststellingen, waarvoor expertise nodig is. Een onderscheid tussen een meer subjectieve kwalificatie en een geheel objectieve vaststelling valt dan lang niet altijd te maken.⁹⁰ De Nederlandse rechter plaatst bij complexe feiten niet snel zijn eigen feitelijke oordeel voor dat van het bestuursorgaan. Deze Nederlandse benadering verschilt behoorlijk met het Duitse uitgangspunt, waarin men redeneert vanuit het geloof in 'de enige juiste beslissing', die ook door de rechter kan worden gegeven. De rechter controleert het besluit in juridisch en feitelijk opzicht volledig. De invulling van vage normen wordt in de regel gezien als de beantwoording van een rechtsvraag, waarbij de rechter geen terughoudendheid hoeft te betrachten.⁹¹ Voor

⁸⁹ Ook uit mijn vergelijking met het Amerikaanse bestuursrechtelijke bewijsrecht kwam dat punt naar voren, zie Schuurmans 2009a.

⁹⁰ Schuurmans 2009, p. 128-129.

⁹¹ Bulle/Mehde, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 7. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2005, p. 248-260; Bok 1992, p. 149 e.v.; Klap 1994, p. 75-102; R.J.N. Schlössels, 'Bestuurlijke vrijheden en toetsing. Een rechtsvergelijkende en historische beschouwing over

beoordelingsruimte bij het kwalificeren van de feiten bestaat in het Duitse bestuursrecht dan ook vrijwel geen plaats. De rechter stelt zelf vast of hij van de feiten overtuigd is, ook als deze complex zijn. Alleen wanneer de besluitvorming afhangt van toekomstprognoses, wordt erkend dat de rechter afstand houdt. In de literatuur staat het uitgangspunt van ‘de enige juiste beslissing’ onder druk en wordt gepleit voor meer bestuurlijke ruimte bij de feitenkwalificatie.⁹² In het Duitse stelsel zou het echter een stap te ver gaan om enige bestuurlijke ruimte aan te nemen bij de feitenvaststelling. Weliswaar beoordeelt het bestuursorgaan of een onderzoeksbevoegdheid wordt ingezet en wat de omvang van het onderzoek is, maar benadrukt wordt dat dit geen discretionaire bevoegdheid betreft waarbij het bestuursorgaan beleidsmatige afwegingen maakt.⁹³ Voor de idee dat bewijsmateriaal niet altijd tot een eenduidige conclusie leidt en dat deskundigheid soms beter op het niveau van het bestuur kan worden ontwikkeld, bestaat in het Duitse bestuursrecht weinig ruimte.

Voorafgaand aan het proces moet vaak verplicht een bestuurlijke voorprocedure worden doorlopen. In welke mate de Duitse bestuursrechter de bestuurlijke feitenvaststelling in zijn oordeelsvorming betreft, is onduidelijk. In de Duitse literatuur wordt weinig geschreven over de verhouding tussen de feitenvaststelling in de besluitvormingsfase en de feitenvaststelling in beroep.⁹⁴ Principieel is het in ieder geval uitgesloten dat de rechter gebonden is aan de feitenvaststelling door het bestuursorgaan. Zijn grondwettelijke opdracht om effectieve rechtsbescherming te bieden verzet zich tegen een dergelijke binding. Anderzijds is het weinig bezwaarlijk dat de rechter de bestuurlijke feitenvaststelling overneemt, voor zover die overtuigend is en niet door belanghebbenden gesubstantieerd wordt bestreden.⁹⁵

De bewijsbepalingen in het VwVfG (bestuurlijke fase) en de VwGO (rechterlijke fase) tonen grote overeenkomsten. De VwGO (1960) is eerder tot stand gekomen dan het VwVfG (1976/1977), dus wat dat betreft is het logisch dat de bewijsbepalingen voor het beroep leidend zijn geweest voor de vormgeving van de bewijsbepalingen voor de besluitvormingsfase. Beiden zetten de *Untersuchungsgrundsatz* (het onderzoeksbeginsel) voorop, die in de bestuurlijke fase het bestuursorgaan toekomt (§ 24 VwVfG) en in beroep de rechter (§ 86 VwGO). De overheidsinstellingen dienen in te staan voor een deugdelijke feitenvaststelling. Het doel van beide bepalingen verschilt wel: § 24 VwVfG bevordert primair de wetmatigheid van besluiten,⁹⁶ § 86 VwGO garandeert effectieve rechtsbescherming.⁹⁷ Tot welke verschillen dat zou leiden in het bewijsrecht, wordt niet zo geduid. Wel valt op dat het bestuursorgaan wat meer vrijheid toekomt en dat de rechten van belanghebbenden iets beter zijn gewaarborgd in het proces.⁹⁸ Aan de onmiddellijkheid van de bewijsslevering wordt in beroep een grotere waarde gehecht. Tij-

de intensiteit van administratieve rechtsbescherming in Nederland en Duitsland’, in: F.A.M. Stroink e.a. (red.), *Vijf jaar JB en Aub*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 1999, p. 73 e.v.

⁹² Willemsen 2008, p. 33.

⁹³ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 26, Rn. 11.

⁹⁴ Vgl. F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 33 en Kopp/Ramsauer, VwVfG § 26, Rn. 10.

⁹⁵ Kopp/Schenke, *Verwaltungsgerichtordnung: Kommentar*, 14. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2005, § 86, Rn. 5 en 8; § 108, Rn. 4.

⁹⁶ Uit het legaliteitsbeginsel wordt de eis afgeleid dat het bestuursorgaan alleen van zijn bevoegdheid gebruik kan maken, wanneer het recht wordt toegepast op feiten die naar waarheid zijn vastgesteld. Het legaliteitsbeginsel en het belang van materiële waarheidsvinding worden nadrukkelijk met elkaar in verband gebracht. Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24, Rn. 3 en 6.

⁹⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24, Rn. 1 en 2.

⁹⁸ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 26, Rn. 9.

dens de bestuurlijke besluitvorming kunnen belanghebbenden er nauwelijks aanspraak op maken om te worden betrokken in het feitenonderzoek.⁹⁹

Bij de beschrijving van het bewijsrecht in beroep spreekt men in de Duitse literatuur in het algemeen over de bewijslasten en medewerkingslasten van partijen, zonder een onderscheid te maken tussen burger en bestuursorgaan. Een grotere verantwoordelijkheid voor het bestuursorgaan blijkt niet uit die literatuur, ook niet wat meewerkplicht betreft; er wordt in het bijzonder geredeneerd vanuit de positie van de rechter. Omdat de rechter effectieve rechtsbescherming dient te bieden, dient hij zelf overtuigd te zijn van het feitelijk oordeel. Hij draagt er zorg voor dat hij over voldoende bewijsmateriaal de beschikking krijgt. De bestuurlijke feitenvaststelling wordt wel gebruikt om informatie aan te ontfangen, maar er is geen hoofdregel dat de bestuurlijke feitenvaststelling wordt gevolgd, tenzij de rechter twijfelt aan de juistheid daarvan. In beginsel geldt voor de rechter een verbod om de zaak terug te wijzen naar het bestuursorgaan, teneinde het onderzoek verder door te zetten.¹⁰⁰ De balans binnen de trias politica verschilt daarmee behoorlijk. Waar we in het Nederlandse stelsel gewend zijn om de bestuurlijke feitenvaststelling expliciet als aangrijppunt voor de rechterlijke toets te zien en het bestuur in het bijzonder verantwoording laten afleggen, past dat minder in het Duitse stelsel. Het bestuursorgaan neemt in het proces geen bijzondere positie in. Natuurlijk maakt men bij de bewijslastverdeling in het materiële recht een verschil en dient het bestuursorgaan vaak bewijs bijeen te brengen, maar in het proces kan van beide partijen in gelijke mate medewerking worden verlangd. Opvallend is voorts dat het Duitse bestuursorgaan vrij ruime mogelijkheden heeft om zijn motivering in beroep aan te vullen, zie § 114 VwGO. De Duitse bestuursrechter staat veel centraler in het proces, met als schaduwzijde dat een bijzondere verantwoordelijkheid voor het bestuursorgaan buiten zicht blijft.

Binnen het traditionele Duitse uitgangspunt van ‘de enige juiste beslissing’, bestaat weinig ruimte om waarheidsvinding te problematiseren. Als hoofdregel gaat men ervan uit dat feiten steeds eenduidig tot een bepaald feitencomplex kunnen worden gekwalificeerd en dat de rechter feiten eenduidig kan vaststellen. Er bestaat een groot vertrouwen in het juiste inhoudelijke oordeel van de rechter. Expertise vormt binnen dit denkraam een probleem. Algemeen bekend is dat deskundigen van mening kunnen verschillen over de aangewezen onderzoeksmethode en bekend is dat ter bestrijding van de meeste deskundigenrapporten wel een contra-expertise kan worden gevonden. Doordenking van expertise vraagt om bezinning op de relativiteit van waarheidsvinding.

De Duitse bestuursrechter dient zelf overtuigd van de feiten te geraken. Ontbreekt hem daarvoor de noodzakelijke specialistische kennis, dan moet hij een deskundige inschakelen. De rechter kan echter in de loop van de tijd ook zelf een beetje een expert worden door herhaaldelijk over dezelfde typen zaken te oordelen. De Duitse bestuursrechter mag van deze kennis gebruikmaken, zolang hij partijen van zijn opgedane kennis op de hoogte brengt en hen in de mogelijkheid stelt daarop te reageren. Draait het geding om een specialistische feitenvaststelling en schakelt de rechter geen deskundige in, dan dient hij in de motivering te verantwoorden dat en op welke wijze hij zelf over de benodigde expertise beschikt.¹⁰¹ Benoemt hij wel een deskundige, dan is daarmee nog niet de rechterlijke taak volbracht. Herhaaldelijk wordt benadrukt dat de bestuursrechter niet mag afgaan op de heersende opvatting in het wetenschapsgebied, maar dat hij zelf

⁹⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 26, Rn. 2 en 8. Natuurlijk kan hun betrokkenheid wel zinvol zijn en het onderzoek vergemakkelijken.

¹⁰⁰ Kaufmann 2002, p. 250.

¹⁰¹ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 9.

alle wetenschappelijke opvattingen moet afwegen.¹⁰² De rechter dient een kritische blik te werpen op het deskundigenrapport, inclusief de door de deskundige gehanteerde onderzoeksmethode. Wijkt hij af van een ingeroepen deskundigenoordeel, dan ligt het in de rede dat hij om een contra-expertise verzoekt. Anders dient de rechter uit te leggen waarom hij, ondanks zijn ontbrekende deskundigheid, toch niet door het rapport is overtuigd.¹⁰³

De Duitse bestuursrechter dient zijn feitelijke oordeel grondig te motiveren. Of hij dat ook daadwerkelijk steeds kan bij een specialistische feitenvaststelling, blijft onderbelicht. Mij bekruipt regelmatig een ongemakkelijk gevoel van overschatting van de capaciteit van juristen. In de Duitse literatuur blijft de feilbaarheid van het rechterlijk oordeel, de mogelijke toevalligheid van de inhoud van het ingewonnen deskundigenrapport en de mogelijkheid dat de overtuiging van de rechter soms minder goed de waarheid benadert dan de overtuiging van het bestuur, goeddeels buitenbeeld.¹⁰⁴ Natuurlijk biedt een motiveringsplicht waarborgen, maar dat processuele beginsel is niet altijd afdoende garantie voor een materieel bevredigend antwoord.

Het toenemende belang van expertise zet het Duitse theoretische model van bestuursrechtspraak onder druk.¹⁰⁵ In toenemende mate dienen bestuursorgaan en rechter zich uit te spreken over gecompliceerde feitenvaststellingen met een technische, wetenschappelijke, politieke of sociale component. Hufen en Schmidt-Assmann zien een spanning tussen deze ontwikkeling in technische normen en de *Untersuchungsgrundsatz* als onomstreden beginsel.¹⁰⁶ Voor de besluitvorming op basis van technische normen is niet-juridische informatie doorslaggevend, waarover primair de deskundige oordeelt en niet het bestuursorgaan of de rechter. Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat het bestuur aan de wet gebonden is en niet snel beoordelings- of beleidsvrijheid krijgt toegekend.¹⁰⁷ Dat rechtsstatelijke knelpunt wordt soms verzacht via de organisatorische eisen die aan een deskundig adviesorgaan worden gesteld. Men verlangt dan een extern adviesorgaan, dat onafhankelijk is van het bestuursorgaan en pluriform is samengesteld, zodat verschillende wetenschapstromingen een stem hebben.¹⁰⁸ Omstreden is of in dergelijke gevallen van complexe feitenvaststellingen beoordelingsruimte voor het bestuursorgaan kan worden aangenomen. Hufen acht dat geen oplossing.¹⁰⁹ In veel gevallen zou dan het bestuursorgaan het laatste woord krijgen over deze feitenvaststellingen, wat niet past binnen de idee van machtscheiding. Schmidt-Assmann voelt er meer voor om de rechter zich in toenemende mate te laten richten op de bestuurlijke fase en de waarborgen waarmee de bestuurlijke feitenvaststelling is omkleed.¹¹⁰ Naast kwantitatieve overbelasting (te veel zaken, te lange behandeltijd) vormt kwalitatieve overbelasting van de Duitse bestuursrechter een probleem. De gevolgen van de span-

¹⁰² Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 5c.

¹⁰³ Kopp/Schenke, VwGO § 108, Rn. 9.

¹⁰⁴ Vgl. Klap 1994, p. 130.

¹⁰⁵ Ook de toetsingswijze van het HvJEG oefent die druk uit, zie Schwarze 1996, p. 197 e.v.

¹⁰⁶ Hufen 2008, p. 40-42 en Eberhard Schmidt-Assmann, 'Die Kontrolldichte der Verwaltungsgesichte: Verfassungsgerechte Vorgaben und Perspektiven', *DVBl.* 1997, p. 286-288.

¹⁰⁷ U. Di Fabio, 'Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand', *VenvArch* 1990, p. 210-211.

¹⁰⁸ Di Fabio 1990, p. 195 en 211.

¹⁰⁹ Hufen 2008, p. 41. Vgl. Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 12. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2009, p. 255-256.

¹¹⁰ Schmidt-Assmann 1997, p. 288.

ning tussen complexe feitelijke normen en effectieve rechtsbescherming lijken nog weinig doordacht en bediscussieerd.¹¹¹

Het Engelse bestuursrechtelijke bewijsrecht staat op dit punt lijnrecht tegenover het Duitse. Zoals in paragraaf 3.1 is beschreven, is de rechtsmacht van de Engelse rechter ten aanzien van de feiten omstreden. Tussen *initial fact-finder* en toetsende rechter wordt een principieel verschil gemaakt. Een eigen beoordeling van de feiten door de rechter is uitdrukkelijk niet de bedoeling. Gebrek aan expertise vormt een inherente institutionele beperking van de rechtsprekende macht.¹¹² Het volgende citaat is illustratief voor de Engelse opvatting:

*'The court should not in general regard itself as the primary fact-finder, nor as a general rule should it substitute its judgment about the relevant factual matter for that of the initial fact-finder. The court is not well equipped or well-placed to undertake de novo review. The finding and evaluation of facts is quintessentially a matter accorded to the initial decision-maker, who will normally have dealt with many such cases and hence have developed an understanding of expertise in the relevant area that a generalist court cannot match. It would moreover be inappropriate for the courts to exercise de novo judgment in circumstances where the initial decision-maker has conducted an oral-hearing, and evaluated the cogency of witnesses, which process the reviewing court will rarely wish or be able to replicate.'*¹¹³

Feitenvaststelling is primair een bestuurlijke taak, die de rechter niet zomaar moet overnemen. De rechter moet zich terughoudend opstellen, omdat hij niet even goed als het bestuur de feiten kan vaststellen. Daarin schuilt zowel een praktisch als een dogmatisch element. Praktisch dreigt het gevaar dat de rechter wordt overbelast. Men acht bovendien de rechterlijke procedure weinig geschikt om feitelijke kwesties uit te zoeken.¹¹⁴ Dogmatische terughoudendheid is gerechtvaardigd omdat de rechter zich in beginsel niet, zonder bestuurlijke ervaring, een zelfde gezaghebbend oordeel over de feiten kan aanmeten. De rechter is een generalist en kan de feiten niet vergelijkenderwijs vaststellen. De rechter die zijn eigen oordeel ten aanzien van de feiten in de plaats stelt van het bestuurlijke oordeel, loopt het gevaar zich ongeoorloofd te mengen in de '*merits of the decision*'.

In het Engelse stelsel bestaat veel aandacht voor de expertise van het bestuur. Zo is onder meer vanwege de vereiste deskundigheid bij feitenvaststellingen de tribunal-rechtspraak ontstaan. De tribunals in eerste aanleg hebben vaak gemengde bestuurlijke en rechtsprekende taken. De rechterlijke macht controleert vervolgens die specialistische feitenvaststelling enkel aan de hand van rechtsvragen. Voorts dient bedacht te worden dat in een *adversarial* systeem 'waarheid' fundamenteel anders wordt benaderd. Uitgangspunt is dat de waarheid geen eenduidig begrip is. In het debat tussen partijen en het

¹¹¹ Hufen 2008, p. 40. Zie verder Ipsen, Murswieck & Schlink, *Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler 1990.

¹¹² Woolf, Jowell & Le Sueur, *De Smith's Judicial Review*, 6th ed., London: Sweet & Maxwell 2007, p. 19.

¹¹³ Craig 2008, p. 494. Met 'de novo review' wordt niet bedoeld op een toetsing ex nunc, maar op een eigen beoordeling van de feiten ex tunc (overlegging van nieuw bewijsmateriaal in beroep is omstreden).

¹¹⁴ Dementriou & Houseman 1997, p. 28.

kruisen van de wapens komt de meest overtuigende opvatting naar boven. Die opvatting is de waarheid; waarheid is niet iets als een steen die er altijd al lag en alleen nog maar moet worden gevonden.

Deze procescultuur en het (voor de rechtsmacht) bepalende onderscheid tussen feit en recht, heeft ertoe geleid dat veel is nagedacht over de aard van feiten. Erkend wordt dat bewijsmateriaal niet altijd eenduidig kan worden geïnterpreteerd en dus niet tot één conclusie dwingt. Met name bij complexe feiten kan in redelijkheid verschil van mening bestaan over de waarschijnlijkheid van het als waar aangenomen feit.¹¹⁵ In het Engelse stelsel gaat men ervan uit dat bij complexe feitenvaststellingen (als ‘in het belang van het milieu’) de rechter eigenlijk de aanwending van een discretionaire bevoegdheid toetst en niet zozeer een zwart/wit feitenvaststelling op objectieve fouten. De Engelse bestuursrechter toetst dan de feitenvaststelling op redelijkheid. Vergelijkbaar met het Amerikaanse systeem wordt gezien of substantieel bewijsmateriaal aan de bestuurlijke feitenvaststelling ten grondslag ligt. Zijn daarentegen feiten in geschil die gemakkelijk zijn vast te stellen, dan is het onderscheid tussen *initial fact-finder* en rechter weinig van belang en zal ook de Engelse rechter zich gemakkelijker een oordeel aanmeten. Dat de opstelling van de rechter mede afhankelijk is van de aard van de feiten komt terug in de genoemde zaak *E. v Secretary of State* (voorwaarde 2). Daarin is bepaald dat de rechter alleen ingrijpt vanwege fouten in de feitenvaststelling als aan de volgende vier voorwaarden is voldaan:

1. *There must have been a mistake as to an existing fact, including a mistake as to the availability of evidence in a particular matter.*
2. *The fact or evidence must have been “established”, in the sense that it was uncontested and objectively verifiable.*
3. *The appellant (or his advisers) must not have been responsible for the mistake.*
4. *The mistake must have played a material (not necessarily decisive) part in the Tribunal’s reasoning.*

Een van de voorwaarden voor de rechter om het besluit te toetsen op een onjuiste feitenvaststelling, is dat de feitenvaststelling objectief verifieerbaar moet zijn. Alleen dan kan hij gezaghebbend feitelijke fouten in de besluitvorming opsporen. Bij complexe feiten blijft zijn toets in de regel beperkt tot een toetsing van een eerlijke procedure en een redelijke onderbouwing van de bestuurlijke feitenvaststelling. Zoals ik in mijn preadvies voor de VAR heb uiteengezet, speelt naar mijn mening ook in het Nederlandse bestuursrecht de complexiteit van de feiten een bijzonder grote rol in de wijze waarop de rechter toetst en op het type bewijsregels dat tot ontwikkeling komt.¹¹⁶ Voorts kan in voorwaarde 3 de klassieke Nederlandse bewijsfuik worden herkend, die eiser verbiedt eerst in beroep bewijsmateriaal te overleggen, terwijl hij dat ook al eerder had kunnen doen. Sinds de afschaffing van de grondenfuik is de status van de bewijsfuik in Nederland omstreden. In het Engelse bestuursrecht vormt de bewijsfuik een logisch uitvloeisel van het proces dat beperkt is tot rechtsvragen en de principiële taakverdeling tussen het besluitende bestuursorgaan en de toetsende rechter. Kritische Craig heeft met voorwaarde 3 dan ook bijzonder weinig moeite: ‘*This clearly makes good sense. It prevents the applicant from taking advantage of his or her own wrongdoing and provides a potent incentive for the applicant to disclose the full and accurate facts when the initial determination was made.*’¹¹⁷

¹¹⁵ Dementriou & Houseman 1997, p. 28. Vgl. Schuurmans 2009, p. 127-130.

¹¹⁶ Schuurmans 2009, p. 129, 141 en 178-179.

¹¹⁷ Craig 2008, p. 491.

Overigens is de rechter ook terughoudend in het accepteren van nieuw bewijsmateriaal dat afkomstig is van het bestuursorgaan.¹¹⁸ Zowel in het Nederlandse als het Engelse bestuursrecht wordt het bestuur expertise toegekend en, daarmee verband houdend, een vrij grote macht.

Het Franse bestuursrecht vindt een midden tussen de extremen van het Duitse en Engelse stelsel. In de Franse doctrine wordt een principieel onderscheid gemaakt tussen feitenvaststelling en feitenkwalificatie. Uitgangspunt is dat de rechter het besluit onrechtmatig verklaart, indien het een juiste feitelijke grondslag ontbeert. De feitenvaststelling toetst hij vol. Dat kan anders liggen bij het kwalificeren van de feiten. Onderkend wordt dat het bestuur beoordelingsruimte kan toekomen bij de invulling van vage normen. Vergeleken met Nederland en Engeland lijkt de bemoeienis van de Franse bestuursrechter met die feitenkwalificatie, ook bij vage normen, meer intensief. Zo kan hij bepalen of het zicht op een plein van monumentale waarde is. De verklaring voor de wat meer intensieve bemoeienis wordt erin gezocht dat de CE als onderdeel van het bestuur wordt gezien en daardoor voeling heeft met bestuurlijke afwegingen.¹¹⁹ Zijn 'gespecialiseerdheid' waarborgt dat hij deskundig omgaat met de bijzondere positie van het bestuur en de belangen van burgers. *'Le "juge" administratif concevait son rôle comme celui d'un supérieur hiérarchique.'*¹²⁰

Die taakopvatting laat onverlet dat er binnen het Franse bestuursrecht ook ruimte bestaat voor de specifieke expertise van het bestuur. Een van de redenen om het besluit aan een zogenaamde 'minimale controle' te onderwerpen, is gelegen in de technische complexiteit.¹²¹ Interpretatie van technische complexe normen vergt niet enkel wetsuitleg, maar ook materiedeskundigheid. Ontbreekt het de rechter aan die deskundigheid, dan kan hij niet gezaghebbend zijn oordeel voor dat van het bestuur in de plaats stellen. Hij toetst dan terughoudend of aan een normconditie is voldaan. Alleen als zelfs voor een leek duidelijk is dat de feitenkwalificatie gebrekkig is, dient de rechter het technische oordeel te vernietigen.¹²² De onderliggende feitenvaststelling zou echter wel onderworpen zijn aan een intensieve rechterlijke controle. Praktisch gezien is het de vraag of het strikte onderscheid tussen feitenvaststelling en feitenkwalificatie kan worden gemaakt bij complexe feiten, die technische beoordeling vergen. Die kanttekening wordt overigens in de Franse literatuur niet gemaakt. Goed voorstelbaar is echter dat bijvoorbeeld ook deskundigheid is vereist voor de beoordeling van een toegepaste onderzoeksmethode of voor de vergelijking van twee deskundigenrapporten.

Uit de beschreven toetsingsintensiteit blijkt dat in het Franse bestuursrecht enig belang wordt gehecht aan de expertise van het bestuur. In de literatuur wordt verder niet gerefereerd aan een speciaal gezag dat een bestuurlijke feitenvaststelling zou toekomen. Daarbij zal van belang zijn dat een bestuurlijke voorprocedure in de regel niet hoeft te worden doorlopen voorafgaand aan het proces. Voorts zal meespelen dat de CE eigenlijk als een orgaan van het bestuur wordt gezien, dat ook een zekere bestuurlijke deskundigheid toekomt.

¹¹⁸ Craig 2008, p. 408. Een van de voorwaarden voor acceptatie is dat het nieuwe bewijsstuk van het bestuursorgaan het reeds vergaarde bewijsmateriaal verheldert; het mag de feitenvaststelling niet in een ander licht plaatsen.

¹¹⁹ Bok 1992, p. 78.

¹²⁰ Debbasch 1983, p. 43. Zie ook Gaudemet 1985, p. 714.

¹²¹ Bok 1992, p. 79; Debbasch & Colin 2007, p. 714; Klap 1994, p. 118-119.

¹²² Rivero & Waline 2006, p. 559.

Toch kent het Franse bestuursprocesrecht enkele kenmerken, waaruit blijkt dat de bestuurlijke feitenvaststelling weldegelijk gezag toekomt. In de eerste plaats gaat men uit van het vermoeden van rechtmatigheid van het besluit. Bij de bewijslastverdeling zullen we zien dat als uitgangspunt de bewijslast op de burger rust. Het besluit komt eerst voor vernietiging in aanmerking indien eiser voldoende twijfel weet te zaaien. *‘L’administration gère des intérêts collectifs, considéré comme supérieurs; ses décisions sont presumes légitimes et nécessaires (...) : pour le citoyen, la preuve des faits est un fardeau, souvent très lourd.’*¹²³ Daardoor bewaart de Franse bestuursrechter toch wel enige afstand tot de feitenvaststelling. In de tweede plaats heeft de feitenvaststelling dan zelf geen bijzonder gezag, aktes en documenten afkomstig van het bestuursorgaan kunnen dat gezag wel hebben. De CE erkent al lang dat van het bestuur afkomstige documenten een sterke bewijskracht hebben, vergelijkbaar met authentieke aktes in het civiele recht. In het civiele recht heeft men een specifieke nevenprocedure waarin de bewijskracht van de authentieke akte kan worden bestreden, de zogenaamde *inscription de faux*. De CE heeft in het bestuursrechtelijke geding een zelfde soort voorziening getroffen. In een ‘incident’ kan de bestuursrechter de bewijskracht van het document beoordelen. De burger die de inhoud van een bestuurlijke akte bestrijdt, draagt een bijzonder zware bewijslast waarin hij niet snel zal slagen.¹²⁴ De Franse bestuursrechter zet niet lichtzinnig een bestuurlijke feitenvaststelling opzij.

Het Franse stelsel kent zowel een zeker gezag van de bestuurlijke feitenvaststelling, als een flinke macht van de rechter om zich uit te laten over de feiten. Hij heeft vele onderzoeksbevoegdheden en hoeft in de regel geen terughoudendheid in zijn toetsing te betrachten. Het bestuursrechtelijke bewijsrecht is gebouwd rond de rechterlijke instructie. De invoering van de motiveringsplicht voor het bestuursorgaan bij belastende besluiten heeft daarin geen verandering gebracht.¹²⁵ Zij faciliteert eerder de onderzoeksmogelijkheden van de rechter, dan dat de rechter zijn onderzoeksopdracht is gaan terugdraaien. De macht van de Franse bestuursrechter verschilt echter op een punt duidelijk van zijn Duitse collega. Waar de Duitse bestuursrechter verantwoording moet afleggen over de aanwending van zijn macht en behoorlijke motiveringsplichten heeft, ontbreekt een verantwoordingsplicht voor de Franse bestuursrechter. Of het besluit op een juiste grondslag berust, mag hij beoordelen op basis van zijn persoonlijke overtuiging (*conviction intime*); niet de beredeneerde overtuiging staat voorop. Daarbij hecht men aan de hoge opleidingseisen voordat men wordt opgenomen in de kringen van de bestuursrechtspraak. De kwaliteit van het werk van de rechter, zijn professionele moraal en de tucht van zijn gedachten rechtvaardigen het respect voor zijn persoonlijke overtuiging. Bovendien brengt collegiale rechtspraak evenwicht in de verschillende opvattingen en karakters en dwingt rechters tot onderling overleg.¹²⁶

De rechtsvergelijking laat zien dat het leerstuk van de machtenscheiding niet logisch dwingt tot één rechterlijke taakopvatting. Aan het Nederlandse systeem valt op dat wij de feitenvaststelling in de besluitvormingsfase en de feitenvaststelling in de rechterlijke fase nadrukkelijk in onderling verband bezien. Daarbij zal een rol spelen dat Nederland een verplichte bestuurlijke voorprocedure kent, rechterlijke controle van het bestuursoptreden vrij laat tot ontwikkeling is gekomen en het bestuursorgaan in behoorlijk ruime mate discretie wordt toegekend. In het Engelse systeem vindt een feitenvaststelling

¹²³ Plantey 1986, punt 2.

¹²⁴ Debbasch & Ricci 2001, p. 556-558; Plantey 1986, punt 23.

¹²⁵ Hervé de Gaudemar, ‘La preuve devant le juge administratif’, *Droit Administratif* 2009, p. 13.

¹²⁶ Plantey 1986, punt 30.

eigenlijk alleen in de bestuurlijke fase plaats; in het Duitse en Franse systeem ligt de nadruk veel meer bij de rechter.

In het Nederlandse en Engelse systeem is het meeste nagedacht over waarheidsproblematiek en of betekenis toekomt aan de expertise van het bestuur. In een *adversarial* proces is de te vinden 'waarheid' afhankelijk van het partijdebat en niet een vooraf gegeven grootheid. Dat daagt uit om na te denken over de relativiteit van waarheidsvinding. Wellicht dat het Nederlandse pragmatisme een voedingsbodem is om ook hier te accepteren dat redelijke mensen bewijsmateriaal uiteenlopend kunnen waarderen. Historische ontwikkelingen bepalen voorts of men de bestuursrechter met algemene jurisdictie ook deskundig acht. De rechtsmacht van de Franse CE is net zo algemeen als die van de Nederlandse ABRvS. Toch mag de CE volgens de Franse doctrine zich meer intensief met de feiten bemoeien wegens zijn 'bestuurlijke voeling'.

Voorts valt op dat het Nederlandse debat over het bewijsrecht en de taakopvatting van de rechter open en kritisch is. Ook de Engelse literatuur heeft dat kenmerk, waarschijnlijk mede omdat het Engelse stelsel de meeste verandering behoeft onder invloed van Europees recht. In de Franse en Duitse handboeken volstaat men voornamelijk met een getrouwe uitleg van het eigen systeem, zonder dat wordt aangegeven dat men ook van hele andere uitgangspunten uit zou kunnen gaan.

3.4 Tussenconclusie

De verhouding tussen overheid en burger is in de loop van de tijd veranderd. Van onderdaan is de burger veeleer tot relatie van het bestuur geworden. Overheidsorganen zijn meer informatie openbaar gaan maken en leggen in toenemende mate verantwoording af over hun optreden. Die plicht van het bestuur en de rechter is echter niet in elk rechtstelsel in gelijke mate ontwikkeld. De verantwoordingsplicht van het bestuursorgaan is in het Nederlandse stelsel bijzonder sterk aangezet. Het bestuursorgaan dient in beginsel elk besluit te motiveren, op een moment waarop nog niet duidelijk is of de burger beroep zal instellen. Die motivering kan voorts in beperkte mate in beroep worden aangevuld. Opvallend is dat het Engelse en Franse bestuursrecht (nog) niet eens een algemene motiveringsplicht voor het bestuur kennen. In beide landen bestaat een traditie van geheime overheidsinformatie. Het nadrukkelijke verband dat in het Nederlandse stelsel wordt gelegd tussen de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase en in de rechterlijke fase, ziet men niet zo in andere stelsels terug. Ofwel het bestuursorgaan is in mindere mate aan zorgvuldigheids- en motiveringsplichten onderworpen, danwel de rechter slaat minder acht op hetgeen het bestuursorgaan reeds heeft vastgesteld.

Rechterlijke controle van het bestuur is in de meeste landen langzaam tot ontwikkeling gekomen, waarbij de toets in de loop van de tijd is geïntensiveerd. De Franse en Duitse bestuursrechter lijken in het algemeen de feitenvaststelling minder terughoudend te beoordelen. De CE wordt eigenlijk nog steeds als onderdeel van het bestuur gezien en kan vanwege zijn deskundigheid en bestuurlijke voeling vaak zijn eigen feitelijke oordeel in de plaats stellen voor dat van het bestuursorgaan. Ook de Duitse rechter wordt geacht net zo goed feiten vast te kunnen stellen als het bestuur en moet dan ook zelf de overtuiging krijgen dat gestelde feiten waar zijn. Groot verschil tussen beiden is dat de Duitse rechter moet motiveren, terwijl de Franse collega naar eigen innerlijke overtuiging ongemotiveerd mag beslissen. In het Franse stelsel lijkt de autoriteit van de CE vrij onomwonden te worden geaccepteerd. De opkomst van expertise zet de rechterlijke feitenvaststelling onder druk. In Duitsland wordt de kwalitatieve overbelasting van de rechter als een probleem onderkend. Over de oplossing van dat probleem bestaat minder eenstemmigheid.

In het Nederlandse stelsel bestaat de wens om de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter nader aan te zetten. In paragraaf 4.2 zal worden gezien in welke mate het Duitse en Franse stelsels daarbij behulpzaam zouden kunnen zijn. Daarbij moet wel worden bedacht hoe de grotere macht van de rechter binnen ons eigen stelsel een plaats kan krijgen. De rechterlijke taakopvatting kan niet zomaar aan een ander stelsel worden ontleend. Zo is het de vraag of de ABRvS binnen de Nederlandse context evenveel aanspraak kan maken op autoriteit als de CE in Frankrijk. De innerlijke overtuiging van rechters als beslissingsmaatstaf stelt de gemiddelde Nederlander waarschijnlijk niet zo gerust. De beredenering van de Duitse rechter boezemt vast meer vertrouwen in. Als meer macht naar de bestuursrechter wordt verschoven, zal de vraag naar de toetsingsintensiteit op de voorgrond treden. Met het toenemende belang van expertise lijkt het niet waarschijnlijk dat de Nederlandse bestuursrechter meer intensief gaat toetsen. Voor een meer uitgebreide beredenering van het rechterlijk oordeel bestaat in ons stelsel plaats; voor minder ruimte voor bestuurlijke expertise naar mijn inschatting niet.

4. Taakverdeling tussen rechter en partijen

In deze paragraaf wordt op twee bewijsrechtelijke onderwerpen nader ingegaan: de bewijslastverdeling en de verantwoordelijkheid van de rechter. De bewijslastverdeling is exemplarisch voor de wijze waarop men de verhouding tussen burger en overheidsorgaan benadert. Zo illustreert de verdeling of men de machtsuitoefening door het bestuur vrij gemakkelijk accepteert (en dus de bewijslast grotendeels bij de burger legt), dan wel of men in vergaande mate legitimatie verwacht (en dus de bewijslast grotendeels bij het bestuursorgaan – of de rechter – legt). De eigen verantwoordelijkheid van de rechter voor de feitenvaststelling laat zien welke taakverdeling tussen rechter en partijen bestaat. Daarbij wordt gezien in welke mate de rechter zelf verantwoording dient af te leggen over zijn machtsuitoefening.

4.1 Bewijslastverdeling tussen partijen

Doorgaans heeft de rechter met name kennis van het recht en dragen partijen de grootste wetenschap van de feiten. Willen partijen dat de rechter een voor hun gunstige uitspraak doet, dan moeten zij er zorg voor dragen dat de rechter over voldoende informatie beschikt. In elk stelsel wordt dan ook van partijen verwacht dat zij de rechter informeren. Vaak is in regelingen opgenomen dat zij in hun inleidende beroepschrift de feiten waarop zij zich beroepen uiteen moeten zetten en zonodig bewijsmateriaal dienen over te leggen.¹²⁷ Alleen in de Awb ontbreekt een dergelijke bepaling. Naast deze algemene informerende plicht kan ook een bewijslast op partijen rusten.

¹²⁷ R411-1 CJA: La juridiction est saisie par requête. La requête indique les nom et domicile des parties. Elle contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge.

§ 82 VwGO: (1) Die Klage muß den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben, die angefochtene Verfügung und der Widerspruchsbeseid sollen in Urschrift oder in Abschrift beigefügt werden.

Rule 8.5 CPR: (1) The claimant must file any written evidence on which he intends to rely when he files his claim form.

De bewijslastverdeling verdeelt de verantwoordelijkheid om bewijs te leveren tussen partijen. In vrijwel elk stelsel wordt een onderscheid gemaakt tussen het bewijsrisico (*risque de la preuve*, formelle Beweislust, *onus of proof*) en de bewijsvoeringslast (*administration de la preuve*, materielle Beweislust, *burden of production*). Het bewijsrisico bepaalt in wiens nadeel de rechter zal beslissen indien de gestelde feiten niet in het proces komen vast te staan. Bij een zogenaamd *non liquet* verliest deze partij de procedure. De bewijsvoeringslast geeft aan van welke partij bewijslevering in het proces wordt verwacht. In het bestuursrechtelijke proces, veelal op inquisitoire leest geschoeid, komt de rechter traditioneel een sterke positie toe. Daarom werd wel gezegd dat de bewijslast in het bestuursrecht eigenlijk op de rechter rustte, waarmee men dan op de bewijsvoeringslast doelde.¹²⁸ Het Duitse bestuursprocesrecht ligt nog het dichtst tegen die benadering aan.

Een beschrijving van de bewijslastverdeling verwordt gemakkelijk tot een karikatuur. Het toedelen van het bewijsrisico is ook een zwart / wit keuze, zodat duidelijke stellingname nodig is. De processuele werkelijkheid laat altijd een meer diffuus beeld zien. Bewijslevering is een dynamisch proces, waarbij partijen en rechter op elkaar reageren en de bewijsvoeringslast vrij gemakkelijk van de ene naar de andere partij kan verschuiven. De karikatuur van de bewijslastverdeling zegt evenwel veel over de fundamentele benadering van de partijverhoudingen in het proces.

Het Engelse en Franse stelsel kiezen allebei hetzelfde uitgangspunt: de bewijslast rust op de burger.¹²⁹ Beide stelsels sluiten aan op de hoofdregel van het civiele recht dat eiser de feitelijke grondslag van zijn vordering aannemelijk moet maken. Aan deze hoofdregel van bewijslastverdeling ligt de idee ten grondslag dat degene die een verandering in het recht beoogt, de noodzaak daartoe dient te bewijzen. Daarmee beschermt men de status quo, wat rechtszekerheid bevordert. In het bestuursrecht leidt deze bewijslastverdeling tot bescherming van het bestuursbesluit. Dat is beoogd. Beide stelsels hanteren het vermoeden van rechtmatigheid van het besluit. Het vermoeden brengt met zich dat beide stelsel uitgaan van een zeker gezag van het bestuurlijke besluit en de daarin vastgestelde feiten.

Vervolgens onderkent men dat deze civiele regel van bewijslastverdeling niet onverkort in het bestuursrecht kan worden toegepast. Zoveel macht voor het bestuur is verontrustend wanneer het ingrijpende inbreuken maakt op de rechten en vrijheden van burgers. Daarnaast is de partijverhouding tussen bestuur en belanghebbende anders van aard dan de partijverhouding in het civiele geding.¹³⁰ Bovendien berust veel informatie bij het bestuursorgaan; ook de informatie waarmee de belanghebbende aan zou kunnen tonen dat het besluit onrechtmatig is. Men gaat dan op zoek naar omstandigheden waarin de bewijsvoeringslast naar het bestuursorgaan kan worden verschoven.

In het Engelse recht let men dan vooral op de *'nature of the act'*.¹³¹ Wordt met het besluit een inbreuk gemaakt op eisers vrijheid of zijn eigendom, dan dient eiser deze inbreuk aannemelijk te maken. Staat de rechtsschending voldoende vast (en zou dat zonder wettelijke bestuursbevoegdheid een onrechtmatige daad opleveren), dan dient het bestuursorgaan te bewijzen dat het gerechtigd was tot deze inbreuk. Neemt een bestuursorgaan bijvoorbeeld handelswaar in beslag, dan moet het bestuursorgaan bewijzen dat het daartoe de bevoegdheid had. Wordt een burger uit zijn woning gezet, dan

¹²⁸ Debbasch 1983, p. 43-44.

¹²⁹ Zie voor Engeland o.a. Craig 2008, p. 780; Wade & Forsyth 2009, p. 246. Zie voor Frankrijk o.a. Debbasch 1983, p. 43; Debbasch & Ricci 2001, p. 537; Gaudemar 2009, p. 14.

¹³⁰ Debbasch 1983; Gaudemet 1985, p. 716.

¹³¹ Craig 2008, p. 780; Wade & Forsyth 2009, p. 246.

draagt het bestuursorgaan de bewijslast voor de grondslag van die uitzetting. Deze verschuiving van de bewijslast vindt echter alleen plaats in geval eiser erover klaagt dat niet is voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening. Klaagt hij over andere aspecten, zoals een onredelijke belangenafweging of 'bad faith', dan draagt eiser daarvoor gewoon de bewijslast. Zo kan de bewijslastverdeling bij het belastende besluit voor eiser een lastige hindernis blijven.

In het Franse recht vormt primair de partijverhouding het aanknopingspunt voor een verschuiving in de bewijslast. De ongelijke relatie tussen bestuursorgaan en burger maakt dat de rechter vaak de bewijslast van eiser verlicht. De rechter is steeds bevoegd om een van de partijen om nadere bewijslevering te vragen, maar in de praktijk richt de rechter het verzoek vrijwel steeds tot het bestuursorgaan. *Barel* vormt het historische arrest, waarin de CE deze bevoegdheid onomwonden bevestigde.¹³²

In de praktijk zal de rechter vaak pas tot een verschuiving van de bewijsvoeringslast overgaan indien de eisende partij voldoende twijfel heeft gewekt. Bij die beoordeling speelt een rol hoe lastig bewijsmateriaal voor eiser te verkrijgen is. Ook de specificiteit van eisers stellingen is relevant.¹³³ Nadere bewijslevering door het bestuursorgaan vraagt de rechter vooral wanneer de feiten in het bewijsdomein van het bestuur vallen.¹³⁴ Zo kan hij de bewijsvoeringslast naar het bestuursorgaan verschuiven. Alhoewel het bestuursorgaan in het algemeen niet verplicht is om het besluit te motiveren, kan het zo in feite daartoe toch worden gedwongen.¹³⁵ Levert het bestuursorgaan onvoldoende (tegen)bewijs, dan kunnen eisers stellingen voor waar worden gehouden en het besluit worden vernietigd. Een afwijkende regel van bewijslastverdeling wordt toegepast wanneer de burger een bestuurlijke sanctie of disciplinaire maatregel krijgt opgelegd. De burger dient in zijn rechten te worden beschermd, zodat de bewijslast direct naar het bestuursorgaan wordt verschoven.¹³⁶

Omdat de ongelijkheid tussen partijen bepalend is voor verschuivingen in de bewijslast, verschilt de uiteindelijke bewijslastverdeling per type procedure. In het *recours de pleine juridiction* ligt de rechtsbetrekking tussen burger en bestuursorgaan anders dan in het *recours pour excès de pouvoir*. Dientengevolge verschilt ook de opstelling van de rechter. De rechter is in het *recours pour excès de pouvoir* van nature meer actief dan in het *recours de pleine juridiction*. In laatstgenoemd op subjectieve leest geschoeide proces verlangt de rechter meer bewijs van partijen.¹³⁷ Vaak bestaat er een samenhangend geheel van verbanden tussen de partijen, zeker wanneer tussen partijen een contractuele relatie bestaat. Eiser vecht niet zozeer de legaliteit van een besluit aan, maar tracht bepaalde aanspraken ten gelde te maken. Bij aanspraken op schadevergoeding en op contractuele verplichtingen kan eiser vrij goed over de relevante informatie beschikken. In een dergelijk geschil wendt de rechter nauwelijks zijn onderzoeksbevoegdheden aan en vraagt hij niet snel

¹³² CE 28 mei 1954, *Barel*. M. Long e.a. (ed.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16e ed., Paris: Dalloz 2007, p. 478 e.v. Zie o.a. ook CE 21 december 1960, *Premier ministre c. Vicat-Blanche*.

¹³³ Debbasch & Ricci 2001, p. 542-543; Gaudemar 2009, p. 14-16.

¹³⁴ Gaudemar 2009, p. 14.

¹³⁵ Rivero & Waline 2006, p. 561 en 578; Debbasch & Ricci 2001, p. 544.

¹³⁶ Debbasch & Ricci 2001, p. 547; Gaudemar 2009, p. 17. Ook in het economische bestuursrecht ligt de bewijslast eigenlijk bij het bestuursorgaan. De rechter kan lastig vat krijgen op complexe economische beoordelingen. Hij heeft vooral veel toelichting nodig van het bestuursorgaan dat het besluit nam. De rechter verlangt niet meer van eiser een begin van bewijs. Hij neemt de stellingen van eiser op en verlangt al snel een nadere uitleg van het bestuur. Rivero & Waline 2006, p. 579; CE 26 januari 1968, *Sté Maison Genestal* vormt het standaard arrest.

¹³⁷ Debbasch 1983, p. 44; Banda 1989, p. 37.

aanvullende informatie aan het bestuursorgaan.¹³⁸ De rechter baseert zijn feitelijk oordeel voornamelijk op het door eiser naar voren gebrachte bewijsmateriaal. Wil hij de bewijslast van de burger verlichten, dan zal hij dat doorgaans doen door gebruik te maken van vermoedens. Op specifieke terreinen in het aansprakelijkheidsrecht zijn uitgewerkte jurisprudentiële vermoedens ontwikkeld (bijvoorbeeld in gevallen van aansprakelijkheid bij verplichte inentingen).

De rechtsbetrekking in het klassieke bestuursrechtelijke proces, het vernietigingsberoep, wordt geacht van een geheel andere aard te zijn. Eiser wordt niet zozeer gezien als partij bij de rechtsbetrekking die al is ontstaan in de bestuurlijke fase, maar als een ‘derde’ ten opzichte van het besluit. Hij heeft naar Frans zeggen niet meegewerkt aan de totstandkoming van het besluit, zelfs niet als het besluit op zijn aanvraag is genomen. De relatie tussen bestuur en burger wordt in het vernietigingsberoep als een ongelijke gezien. De burger kan minder goed informatie bemachtigen om zijn beroepsgronden te onderbouwen, vooral over feiten die zich binnen de administratie hebben voorgedaan. Om de bewijsvoeringslast van de burger te verlichten, kan de rechter de bewijslast verschuiven. Men moet zich echter niet te veel voorstellen bij de bewijslastverschuiving in het *recours pour excès de pouvoir*. In de praktijk draait de CE met name de bewijslast om bij bevoegdheidsvragen en mogelijke schendingen van vormvoorschriften. Het bestuursorgaan moet dan maar bewijzen dat alle regels zijn nageleefd. De rechter stuurt veel minder bij een geschil over andere rechtsfeiten. Hij vraagt wel informatie aan het bestuursorgaan, maar hij zal vrijwel nooit de bewijslast omkeren.

‘Dans la domaine de la légalité interne, le juge a une position plus restrictive que dans celui de la légalité externe. Il se reconnaît le pouvoir général de demander à l’administration de contribuer à l’établissement de la vérité. Il lui transférera, plus rarement, la charge de la preuve.’¹³⁹

Het Franse stelsel van bewijslastverdeling is een jurisprudentieel gevormd stelsel, waarin aan de hand van vermoedens de bewijslast van eiser naar het bestuur wordt verschoven, en weer terug. Een regeling van de bewijslastverdeling in de bijzondere wet komt niet vaak voor. Dat op vermoedens gebaseerde stelsel veronderstelt een bepaalde dynamiek in het proces. Partijen moeten op elkaars stellingen kunnen reageren. *‘À chaque étape du débat contradictoire se forme une présomption de vraisemblance que la partie adverse s’efforce de détruire.’¹⁴⁰* Aan het contradictoire element in het proces wordt veel belang gehecht.

Waar het Engelse en Franse stelsel redeneren vanuit de karikatuur dat de bewijslast op eiser rust, redeneert het Duitse stelsel vanuit de karikatuur dat de bewijslast bij het overheidsorgaan ligt. In beroep is dat de rechter. Theoretisch komt in beroep partijen (zowel de belanghebbende als het bestuursorgaan) geen verantwoordelijkheid toe voor een correcte feitenvaststelling. Voor het bestuursorgaan is dat uitgangspunt relatief, omdat het bij de besluitvorming wel die verantwoordelijkheid droeg en zijn feitenvaststelling in het besluit heeft moeten motiveren. Het onderzoeksbeginsel in beroep legt evenwel de verantwoordelijkheid voor een juiste feitenvaststelling onomwonden bij de rechter. Binnen dit theoretische stelsel is een bewijsvoeringslast voor partijen omstreden. De idee daarachter is als volgt. Zijn de feiten niet achterhaald, dan kan het bewijzrisico aan een van beider partijen worden toegedeeld. Ofwel het bestuursorgaan, ofwel de belanghebbende,

¹³⁸ Debbasch 1983, p. 46-47; Debbasch & Colin 2007, p. 657.

¹³⁹ Debbasch 1983, p. 45 en Debbasch & Colin 2007, p. 658.

¹⁴⁰ Gaudemar 2009, p. 18.

dient zijn aanspraak op een bepaald rechtsgevolg prijs te geven. Het bewijsrisico (*materiële Beweislast*) kan over partijen worden verdeeld en tot zover bestaat er geen verschil met de andere stelsels. Er zal door partijen een inspanning worden geleverd om te voorkomen dat bewijsnood ontstaat. Door de *Untersuchungsgrundsatz* kan officieel alleen van de rechter worden verlangd dat hij bewijsmateriaal verzamelt. Een bewijsvoeringslast (*formelle Beweislast*) mag niet op partijen rusten.¹⁴¹ Dat uitgangspunt moet naar mijn oordeel zo worden begrepen dat de belanghebbende niet zijn rechtsaanspraak mag verliezen, *alleen maar* omdat hij gevraagd bewijsmateriaal niet heeft overgelegd. Dan moet eerst nog worden bekeken of de rechter zelf een onderzoek naar het feit moet instellen. Wordt die vraag ontkennend beantwoord (bijvoorbeeld omdat bewijslevering redelijkerwijs van een partij kon worden verwacht of alternatief bewijsmateriaal niet voor handen is), dan kan het bewijsrisico voor rekening van een van de partijen komen.

Praktisch gezien bestaat er zeker een noodzaak voor partijen om bewijs te leveren. De belanghebbende loopt anders het gevaar dat hem begunstigende feiten niet worden vastgesteld of dat te gemakkelijk voor hem belastende feiten worden aangenomen. In zoverre rust op de burger een last. Een medewerkingsplicht is neergelegd in het tweede lid van § 26 VwVfG respectievelijk § 86 VwGO. Zo kan van de belanghebbende worden verwacht dat hij vragen van het bestuursorgaan dan wel de rechter beantwoordt. Zou hij die vragen inhoudelijk moeten kunnen beantwoorden, maar laat hij dat na, dan mag dat in zijn nadeel werken. Door zijn ongewillige houding kunnen bestuursorgaan dan wel rechter in hun onderzoeksmogelijkheden zijn beperkt. In de bewijswaardering houden zij daar rekening mee, door een aanspraak van de belanghebbende eerder onaanneemelijk te achten of belastende feiten eerder aan te nemen.¹⁴² Voorwaarde is wel dat de belanghebbende zich bewust is van deze meewerkplicht en de informatie in zijn domein ligt.¹⁴³ Naast een bewijslastverdeling wordt de bewijswaardering als een belangrijk instrument gezien om in het geval van bewijsnood tot een eerlijke feitenvaststelling te komen. Is het onredelijk een bewijslast op een van de partijen te leggen, dan wordt die onredelijkheid verzacht door een verlaging van de bewijsmaatstaf, niet zozeer door een bewijslastomkering.¹⁴⁴ De bewijswaardering kan zo ook worden gebruikt om de belanghebbende in een meer gunstige positie te brengen.

Een werkelijke plicht voor de burger om mee te werken en informatie te overleggen, bestaat alleen wanneer het materiële recht daarin voorziet. In de loop van de tijd is de bewijslevering door belanghebbenden een steeds grotere rol gaan spelen. Met name in regelingen die burgers een aanspraak op een begunstigend besluit verlenen, zijn veelvuldig bepalingen opgenomen die een meewerk- of bewijsplicht op belanghebbenden leggen.¹⁴⁵ Ook de verdeling van het bewijsrisico wordt uit het materiële recht afgeleid. Daarbij geldt als hoofdregel dat degene die zich op een hem begunstigend rechtsgevolg beroept, de daaraan ten grondslag liggende feiten dient te bewijzen.¹⁴⁶

Zoals uit paragraaf 3 al bleek, wordt in het Nederlandse bestuursrecht nadrukkelijker een verband gelegd tussen de feitenvaststelling in beroep en de feitenvaststelling in de

¹⁴¹ Kopp/Ramsauer VwVfG § 24, Rn. 40; Kopp/Schenke, VwGO § 108, Rn. 11; Kaufmann 2002, p. 354; Schlössels 2009, p. 87.

¹⁴² Kopp/Ramsauer VwVfG § 24, Rn. 45; § 26, Rn. 36 en Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 12; § 108, Rn. 17.

¹⁴³ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24, Rn. 12a; Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 11.

¹⁴⁴ Kopp/Ramsauer VwVfG § 24, Rn. 33, 34 en 45.

¹⁴⁵ Kopp/Ramsauer VwVfG § 24, Rn. 5.

¹⁴⁶ Kopp/Ramsauer VwVfG § 24, Rn. 42, 46, 48.

bestuurlijke fase. Naar mijn oordeel levert dat een meer genuanceerde benadering op. Kijkt men alleen naar de rechterlijke fase, dan levert ‘de bewijslast ligt geheel bij eiser’ of ‘alleen de rechter is verantwoordelijk voor de bewijsverzameling’ een karikatuur op. Daarna moet veel moeite worden gedaan om binnen die karikatuur nuance aan te brengen. De Engelsen zoeken verlichting in de bewijslast van eiser door te kijken naar de aard van het besluit. De Fransen doen dat ook, letten tevens op de partijverhouding en hebben een uitgebreid systeem van rechterlijke vermoedens. In het Duitse stelsel zoekt men naar verlichting van de rechterlijke taak. Via verplichtingen in het materiële recht kan toch bewijslevering door partijen worden verlangd. Bovendien zullen partijen tot medewerking worden aanzet, omdat bij een weigerachtige opstelling de rechter in de bewijswaardering met hun opstelling rekening kan houden. Uiteindelijk zoeken alle stelsels nuance.

Voor de bewijslastverdeling in het Nederlandse bestuursrecht wordt primair geredeneerd vanuit de bewijslastverdeling in de bestuurlijke fase.¹⁴⁷ Grofweg gezegd komt dat erop neer dat bij een aangevraagd begunstigend besluit de belanghebbende zorg dient te dragen voor de benodigde gegevens en dat bij een ambtshalve belastend besluit die taak op het bestuursorgaan rust. Ook wij zoeken nuances, maar onze hoofdregel levert een minder karikaturaal beeld op dan de Duitse, Engelse en Franse adagia. Nuance in het Nederlandse stelsel wordt gebracht door aanvullende zorgvuldigheidsplichten op het bestuursorgaan te leggen en door in de jurisprudentie ‘vuistregels’ te formuleren, die werken als een soort vermoedens. Een punt van zorg in ons stelsel vormt de adstructieplicht van eiser. Zoals Verburg onderstreept worden aan de plicht van eiser om zijn beroepsgronden met enig bewijs te onderbouwen soms dermate hoge eisen gesteld, dat sprake is van een verkapte bewijslast.¹⁴⁸ Zet de bestuursrechter de adstructieplicht van eiser te zwaar aan, dan verdwijnt de nuance uit het systeem. Dat zou dan net als in het Franse bestuursrecht moeten worden gecompenseerd door een zwaardere aanzet van de rechterlijke instructie.

Uiteindelijk denk ik dat de concrete bewijslastverdelingen in beroep in veel rechtstelsels dicht bij elkaar liggen. Bij ingrijpende belastende besluiten zal steeds bewijslevering van het bestuursorgaan worden verlangd, terwijl bij begunstigende besluiten meer van de belanghebbende wordt verwacht. De (civiele) hoofdregel dat degene die zich op een rechtsgevolg beroept, de daaraan ten grondslag liggende feiten dient te bewijzen, is vaak het eindresultaat van de bewijslastverdeling. Het bewijsrisico wordt naar die regel toegedeeld. De bewijsvoeringslast is meer flexibel. In het Franse stelsel zoekt men houvast in de rechterlijke vermoedens, in het Duitse stelsel in het materiële recht. In het Nederlandse stelsel hangen we daar wat tussenin. De artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb geven een kader, maar materiële wetgeving is niet op die wijze geformuleerd, dat daaruit gemakkelijk een bewijslastverdeling kan worden afgeleid. Voor een concrete bepaling van de bewijslast hebben we toch ook vaak jurisprudentie nodig.

4.2 Verantwoordelijkheid van de rechter

In het bestuursrechtelijke proces ligt in de regel een grotere verantwoordelijkheid op de rechter dan in het civiele geding. In het bestuursrecht speelt het algemeen belang een rol en tussen partijen bestaat ongelijkheid, die de rechter compenseert. Daarnaast spelen andere motieven een rol om de centrale positie van de rechter te benadrukken. In het

¹⁴⁷ Schuurmans 2005.

¹⁴⁸ Verburg 2009, p. 275 e.v.

Franse stelsel is de rechterlijke instructie het wisselgeld voor het uitgangspunt dat de bewijslast op de burger rust. In het Duitse stelsel vloeit uit het recht op effectieve rechtsbescherming een grote rechterlijke verantwoordelijkheid voort. Omdat in beide stelsels het bewijsrecht gebouwd is rond de instructie of onderzoeksplicht van de rechter, geven deze stelsels wellicht houvast om de taak van de Nederlandse bestuursrechter nader vorm te geven. Zoals bleek uit de inleiding is in ons eigen rechtstelsel behoefte aan nadere duiding van de rechterlijke taak. Het Engelse bestuursrechtelijke proces is daarbij minder behulpzaam. In *judicial review* zijn de ‘gewone’ civiele bewijsregels van toepassing. Bewijslevering is daarin primair de verantwoordelijkheid van partijen. De rechter heeft ruime bevoegdheden om de bewijslevering te sturen door naar bepaalde feiten te vragen en eisen te stellen aan het type bewijsmateriaal.¹⁴⁹ Dat zijn open bevoegdheden, waaruit lastig een bepaalde verantwoordelijkheid kan worden afgeleid. Ook met betrekking tot de tribunal-rechtspraak ontstaat geen eenduidig beeld. Onderkend wordt dat het proces veelal een meer inquisitoir karakter heeft. Het verschilt echter sterk per type tribunal welke werkwijze tot nu toe is gehanteerd.¹⁵⁰ Onder TCE Act 2007 heeft de *Tribunal Procedure Committee* nadere regels gesteld, met ruime mogelijkheden voor de rechter om de bewijslevering door partijen te sturen.¹⁵¹ Duidelijk moet nog worden hoe de tribunaals met die regels in de praktijk omgaan.

In het Franse bestuursrechtelijke bewijsrecht wordt een grote nadruk gelegd op het inquisitoire karakter van de procedure. Dat is het gevolg van een vergelijking met het bewijsrecht in het civiele proces.¹⁵² De bestuursrechter is minder lijdelijk en soms gehouden om onderzoeksbevoegdheden in te zetten. De noodzaak om de instructie door de rechter als centrale spil te benadrukken, is in het Franse stelsel sterker dan in Nederland. De Franse burger verkeert namelijk in een meer ongelijke positie. Niet alleen heeft hij beperkt toegang tot relevante informatie. Hij heeft én geen algemeen recht op gemotiveerde besluiten én hij draagt de bewijslast. In een dergelijk stelsel gaat men op zoek naar middelen om de bewijslast van de burger te verlichten. De rechter komt daarbij een grote taak toe. “*La liberté de juge est la rançon de l’application libérale du principe ‘actori incumbit probatio’.*”¹⁵³ In de Franse wetenschappelijke literatuur wordt het stelsel in het algemeen behoorlijk positief gewaardeerd en de instructie van de rechter als een verworvenheid bezongen. Daarbij lijkt men zich er geen rekenschap van te geven dat men de ongelijkheid van de burger deels zelf creëert. Men zou als hoofdregel immers best de bewijslast bij het bestuursorgaan kunnen leggen, maar dat alternatief wordt niet besproken.

Omdat de Franse bestuursrechter actief hoort te zijn en in het kader van ongelijkheidscompensatie de burger in zijn bewijslast tegemoet moet komen, is het vanuit Nederlands perspectief interessant om te bezien hoe hij die taak gestalte geeft. In de praktijk blijken evenwel primair partijen verantwoordelijk te zijn voor de bewijslevering. Zij reageren in stukken op elkaars stellingen en verstrekken informatie. Onder bijzondere omstandigheden heeft de bestuursrechter niet voldoende aan dat debat en zal hij aanvul-

¹⁴⁹ Plant, Rose, Sime & French (eds.), *Blackstone’s Civil Practice*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 516.

¹⁵⁰ Camwath 2009, p. 54-55; Smith, Bailey & Gunn 2002, nr. 16-002.

¹⁵¹ De verschillende kamers binnen het Firts-tier Tribunal hebben elk hun eigen procesregeling gekregen. De bewijsbepalingen in de verschillende regelingen vertonen grote overeenkomsten, ook met die in *The Tribunal Procedure (Upper Tribunal) Rules 2008* (zie regel 15).

¹⁵² Debbasch & Ricci 2001, p. 531.

¹⁵³ Debbasch & Ricci 2001, p. 548.

lend onderzoek gelasten.¹⁵⁴ De ‘inquisitoire’ rechter waakt dus over het proces waarin partijen memories en stukken wisselen, hij doet niet zozeer zelf onderzoek. Voordat de rechter zich actief opstelt, stelt hij de eis dat eisers stellingen voldoende precies zijn en met een begin van bewijs zijn onderbouwd. Blote beweringen en vage, algemene stellingen zijn onvoldoende.¹⁵⁵ De actieve ‘inquisitoire’ rechter grijpt in wanneer de burger, na zijn adstructie, niet aan de op hem rustende bewijslast blijkt te kunnen voldoen, door het bestuursorgaan aan te spreken op nadere informatie.¹⁵⁶ Pas wanneer de (op verzoek) overgelegde stukken onvoldoende zijn, zal de rechter een andere onderzoeksbevoegdheid inzetten. Wat dat betreft laat het Franse bestuursrecht een zelfde soort ontwikkeling zien als het Nederlandse. In de praktijk vindt een gehoor van deskundigen of getuigen bijzonder sporadisch plaats. Wel lijkt, zelfs in toenemende mate, een onderzoek ter plaatse te worden ingesteld.¹⁵⁷

De rechter kan alle informatie opvragen die hij nodig acht om zijn overtuiging te verkrijgen en de stellingen van eiser te verifiëren. Voldoet het bestuursorgaan niet aan het informatieverzoek, dan loopt het het gevaar dat de stellingen van eiser voor waar worden gehouden. Het verweer dat het bestuursorgaan geen bewijsvoeringslast draagt, geen motiveringsplicht toekomt of dat het een discretionaire bevoegdheid heeft, kan niet baten.¹⁵⁸ Dat laatste punt is opvallend, in de zin dat Franse auteurs de behoefte voelen om de rechterlijke bevoegdheid te expliciteren. Wellicht dat de gevoeligheid voor het rechterlijk bevel parten speelt. Lange tijd kon de Franse bestuursrechter geen opdracht aan het bestuursorgaan geven na vernietiging van het besluit. Dat verbod staat (of stond) echter los van de instructiebevoegdheid van de rechter.¹⁵⁹ De rechter kan steeds, behoudens een wettelijke geheimhoudingsplicht voor het bestuur, overlegging van stukken verlangen. In feite kan het bestuursorgaan zo worden verplicht het gehele besluitvormingsdossier over te leggen (vergelijk art. 8:42 Awb) en het besluit (alsnog) te motiveren.

De rechter bepaalt welke feiten nader bewijs behoeven en welk onderzoek nodig is. Aan voorstellen van partijen daaromtrent is hij niet gebonden. Zo kan hij voorkomen dat de procedure vertraagt, alleen omdat partijen irrelevante bewijsaanboden hebben gedaan. De rechter hoeft niet gemotiveerd te beslissen op een bewijsaanbod. Uit zijn zwijgen blijkt dat hij het aanbod van de hand wijst.¹⁶⁰ Ook lijkt de bestuursrechter zich niet snel gebonden te achten om expertise in te winnen. Schakelt hij geen deskundige in, dan loopt de rechter wel het risico dat zijn oordeel een deugdelijke feitelijke grondslag ontbeert.¹⁶¹

Waar de grenzen van de rechterlijke vrijheid liggen, is lastig in beeld te krijgen. Men zegt wel dat partijen recht hebben op een instructie, maar onduidelijk is hoe zij dat recht kunnen effectueren. Er bestaat weinig houvast voor de beoordeling waar de verantwoordelijkheid van partijen eindigt en die van de rechter begint.¹⁶² Wel vormt het rechterlijk feitenonderzoek en feitelijke oordeel voorwerp van de toets in appel. ‘Onvoldoende rechterlijke instructie’ of een onjuist feitelijke oordeel zijn vernietigingsgronden

¹⁵⁴ Chapus 2008, p. 850.

¹⁵⁵ Plantey 1986, punt 5.

¹⁵⁶ Chapus 2008, p. 865.

¹⁵⁷ Rivero & Waline 2006, p. 578; Debbasch & Ricci 2001, p. 554; Chapus 2008, p. 875.

¹⁵⁸ Chapus 2008, p. 871; Debbasch & Colin 2007, p. 658; Plantey 1986, punt 12 en 13.

¹⁵⁹ Gaudemet 1985, p. 721; Plantey 1986, punt 13.

¹⁶⁰ Chapus 2008, p. 882.

¹⁶¹ Debbasch & Ricci 2001, p. 536 en 549 e.v.

¹⁶² Vgl. Gaudemar 2009, p. 13.

in hoger beroep.¹⁶³ Er wordt echter ook gewaarschuwd voor te veel instructie. Zo moet de rechter ‘frustrerende’ onderzoekshandeling weigeren en van onderzoek afzien als de feiten voldoende duidelijk uit de stukken blijken, dan wel onvoldoende zijn gesteld.¹⁶⁴ De Franse rechtspraak wordt niet gekenmerkt door een uitgebreide motivering van het rechterlijk oordeel.¹⁶⁵ De rechter beperkt zich regelmatig tot het oordeel dat ‘eiser onvoldoende heeft aannemelijk gemaakt dat’.¹⁶⁶ Niet de beredeneerde overtuiging is vereist; de rechter mag oordelen naar zijn eigen *conviction intime*. In de Franse literatuur worden de onduidelijke taakverdeling tussen rechter en partijen en de onzekerheid die dat voor partijen meebrengt niet als nadelen van het stelsel benoemd. Al met al lijkt het Franse stelsel ons niet zoveel verder te kunnen helpen.

Aan het Duitse bestuursprocesrecht lijkt meer inspiratie te kunnen worden ontleend. Het Duitse stelsel is eigenlijk het enige waarin de rechter niet alleen bevoegdheden heeft met betrekking tot de feitenvaststelling, maar ook duidelijke verantwoordelijkheden. Burgers ontleen aan de grondwet een aanspraak op effectieve rechtsbescherming.¹⁶⁷ De onderzoeksplicht van de rechter waarborgt dat partijen een volledig, openbaar en objectief oordeel over de feiten verkrijgen.¹⁶⁸ De rechter dient zelf de overtuiging te hebben dat de aan de uitspraak ten grondslag liggende feiten zich hebben voorgedaan. Binnen de grenzen van de redelijkheid stelt hij een onderzoek in naar de feiten die nodig zijn om de rechtsstrijd te beslechten. Enerzijds wordt deze rechterlijke taak als een bijzonder principiële naar voren gebracht. Alle redelijkerwijs ter beschikking staande mogelijkheden om de feiten te achterhalen, dient het gerecht volledig te benutten.¹⁶⁹ Anderzijds wordt erkend dat de rechter niet ongevoelig hoeft te zijn voor de opstelling van partijen.

Uiteraard is het lastig in het algemeen te zeggen hoe ver de onderzoeksplicht van de rechter reikt. De noodzaak tot nader onderzoek moet ‘zich opdringen’ aan de rechter. Meer praktische factoren als de inspanning, de tijd en de kosten van nader onderzoek mogen in de afweging in beginsel geen rol spelen.¹⁷⁰ Hij mag niet afzien van nader onderzoek, alleen omdat hij verwacht dat het onderzoek inhoudelijk niets op zal leveren. Deze regel lijkt op de Nederlandse civiele regel dat een aanbod tot getuigenbewijs niet mag worden afgewezen op grond van een prognose van de bewijslevering. Eerst moet het bewijs worden geleverd en pas daarna dient de rechter het voorliggende bewijsmateriaal te waarderen. Die volgorde mag niet worden omgedraaid, door eerst een voorspelling te maken en op basis daarvan te beslissen dat nadere bewijslevering (on)nodig is.

Onvoldoende feitelijk onderzoek door de rechtbank vormt een vernietigingsgrond in hoger beroep. Zover komt het alleen wanneer de rechter onderzoek achterwege laat, terwijl partijen een adequaat bewijsaanbod hebben gedaan, de rechter gemotiveerd hebben gewezen op de noodzaak van nader onderzoek, of de noodzaak tot nader onderzoek de rechter als vanzelf duidelijk had moeten zijn.¹⁷¹ Dat laatste moet de rechter

¹⁶³ Chapus 2008, p. 883; Plantey 1986, punt 21.

¹⁶⁴ Chapus 2008, p. 883.

¹⁶⁵ Chapus 2008, p. 1061-1064.

¹⁶⁶ Debbasch 1983, p. 44.

¹⁶⁷ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 1.

¹⁶⁸ Hufen 2008, p. 536.

¹⁶⁹ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 5.

¹⁷⁰ Kaufmann 2002, p. 351.

¹⁷¹ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 5 en 7.

vooral afleiden uit de gemotiveerde feitelijke stellingen van partijen.¹⁷² Daarmee wordt de omvang van de rechterlijke taak tot feitenonderzoek in de praktijk in hoge mate bepaald door de feitelijke stellingen van partijen en het door hen overgelegde bewijsmateriaal.¹⁷³

Het Duitse bestuursprocesrecht geeft mooie hoofdregels. De vraag is of de Nederlandse rechtspraak met deze hoofdregels meer gereedschap in handen krijgt om gemotiveerd over de inzet van onderzoeksbevoegdheden te oordelen. Dat is denk ik lastig, want de hoofdregels blijven grote algemeenheden. Het Duitse recht heeft echter meer te bieden, vooral door de zogenaamde ‘*hinweispflicht*’ en de rechterlijke motiveringsplicht ten aanzien van de feitelijke grondslag van zijn oordeel. De rechter dient ervoor te zorgen dat de belanghebbende zich van zijn ‘bewijsvoeringslast’ bewust is en bijvoorbeeld een gebrekkige feitelijke stelling aanvult. Gaat een partij kennelijk uit van onjuiste feiten, vergeet zij relevante feiten aan te voeren, twijfelt de rechter aan de juistheid van haar stellingen, zonder dat die partij dat kan opmaken uit het procesverloop, dan biedt de rechter sturing. Is een partij zich kennelijk niet bewust van de gevolgen die de rechter kan verbinden aan haar weigerachtige houding om mee te werken aan het feitenonderzoek, dan dient de rechter haar voor te lichten. Het derde lid van § 86 bevat deze *hinweispflicht* ofwel begeleidingsplicht van de rechter.¹⁷⁴ De rechter die bevordert dat partijen onderbouwde stellingen innemen, bespoedigt het doelmatig verloop van het proces en voorkomt dat een partij door onervarenheid haar materiële recht niet haalt. Voorts draagt de begeleidingsplicht bij aan een billijke uitkomst van de zaak en waarborgt het recht op een rechterlijk gehoor. De begeleidingsplicht vloeit mede voort uit het ‘verbod op verrassingsuitspraken’.¹⁷⁵ Een verzaking van de begeleidingsplicht vormt een vernietigingsgrond in hoger beroep. De begeleidingsplicht moet overigens niet als een specifiek kenmerk van het bestuursrecht worden gezien. Ook de civiele rechter dient ‘materiële procesbegeleiding’ te geven. Ook hij dient te bewerkstelligen dat partijen hun stellingen toereikend onderbouwen en bewijsmiddelen naar voren brengen.¹⁷⁶

De motiveringsplicht van de Duitse bestuursrechter is ver ontwikkeld. Wijst de rechter een ter zitting gedaan bewijsaanbod af, dan dient hij dat besluit te motiveren, § 86 (2) VwGO.¹⁷⁷ Niet elke suggestie voor nadere bewijslevering wordt gekwalificeerd als een bewijsaanbod. Het aanbod moet voor specifiek genoemde feiten specifieke bewijsmiddelen aandragen. Bovendien moet de aanbieder duiden tot welk resultaat de voorgestelde bewijsverkrijging kan leiden. Alleen als het bewijsaanbod voldoende concreet en onderbouwd is kan de rechter goed beoordelen of nader onderzoek aangewezen is.¹⁷⁸ Wijst de rechter het bewijsaanbod af, dan moet de motivering van die beslis-

¹⁷² J. Arntz, ‘Untersuchungsgrundsatz und anwaltliche Mitwirkung im Verwaltungsprozess’, *DVBL* 2008, p. 79.

¹⁷³ Kaufmann 2002, p. 382 e.v.

¹⁷⁴ § 86 (3) Der Vorsitzende hat darauf hinzuwirken, daß Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden. Zie ook K.F. Bolt & B.W.N. de Waard, ‘De hintplicht’, in: K.J. de Graaf, A.T. Marseillen & H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 223 e.v.; Schlössels 2009, p. 101.

¹⁷⁵ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 22.

¹⁷⁶ § 139 ZPO. Bij de omvang van de hinweisplicht van § 86 speelt wel een rol of een partij wordt bijgestaan door een advocaat.

¹⁷⁷ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 6 en 6a. De gronden voor afwijzing van bewijsaanboden in het strafrecht (§244 Abs 3-5 StPO) vormen een houvast voor de bestuursrechter.

¹⁷⁸ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 18a.

sing de aanbieder tijdig bereiken. Die partij moet zich op de nieuwe situatie in kunnen stellen en overwegen of zij een nieuw aanbod wil doen. Bij een officieel bewijsaanbod (expliciet gedaan ter zitting) mag de rechter zijn motieven niet pas in de einduitspraak bekendmaken; dan kan een partij daar niet meer op reageren.¹⁷⁹ De motiveringsplicht past binnen de grote verantwoordelijkheid die het gerecht draagt voor de feitenvaststelling. De motiveringsplicht dwingt het om zeer zorgvuldig na te gaan waarom nadere bewijislevering onnodig is.

Belangrijk is dat partijen reële bewijsmogelijkheden hebben. Soms is daarvoor nodig dat partijen weten wat zij van de rechter kunnen verwachten. Aangekondigd onderzoek waarvan het gerecht terugkomt, dient aan partijen te worden medegedeeld. Mag een belanghebbende op basis van het procesverloop ervan uitgaan dat over bepaalde feiten geen twijfel meer bestaat, bijvoorbeeld naar aanleiding van aan deskundigen gestelde vragen, dan moet de rechter de belanghebbende op de hoogte brengen van bij hem gerezen twijfel.¹⁸⁰ Partijen mogen voorts niet door de uitspraak worden verrast. Zo verlangt § 108 VwGO dat de uitspraak enkel mag berusten op feiten en bewijsrechtelijke oordelen, waarover partijen zich hebben kunnen uitlaten.¹⁸¹ De motivering dient in te gaan op de wezenlijke feitelijke stellingen van partijen. Argumenten die leidend zijn voor de oordeelsvorming van de rechter, moeten op de zitting ter sprake zijn geweest, zodat partijen daarop hebben kunnen reageren. Neemt de rechter een standpunt in dat nadrukkelijk afwijkt van een door een van de partijen ingenomen stelling, dan behoeft dat motivering. In die zin vertoont de Duitse motiveringsplicht kenmerken van de recent verzwaarde motiveringsplicht in het Nederlandse strafrecht.¹⁸² De rechter is vrij in de bewijswaardering, maar moet wel verantwoording afleggen over zijn oordeelsvorming. Zijn feitelijk oordeel moet begrijpelijk en navolgbaar zijn. Is deskundigeninformatie nodig voor de feitenvaststelling, dan dient de rechter te verantwoorden of en hoe hij over de informatie beschikt.¹⁸³ Niet bij elke twijfel aan de juistheid van het rechterlijk oordeel volgt een vernietiging in hoger beroep. De appelrechter gaat niet na of aan elk argument de juiste bewijswaarde is toegekend. Een vernietiging volgt wanneer uit de zaak blijkt dat maar één feitelijke conclusie getrokken had kunnen worden en de rechtbank ten onrechte daartoe niet is overgegaan.¹⁸⁴

4.3 Tussenconclusie

De bewijslastverdeling en de taakverdeling tussen rechter en partijen zijn exemplarisch voor de benadering van het bewijsrecht in het bestuursrecht. Het Engelse en Franse bestuursrecht gaan uit van het vermoeden van rechtmatigheid van het besluit en leggen de bewijslast op eiser, de burger. Deze bewijslastverdeling, in combinatie met de beperkte motiveringsplicht van het bestuursorgaan, leidt tot vrij veel macht voor het be-

¹⁷⁹ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 21a.

¹⁸⁰ Kopp/Schenke, VwGO § 86, Rn. 20.

¹⁸¹ § 108 VwGO

(1) Das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) Das Urteil darf nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.

¹⁸² Zie hoofdstuk 4, paragraaf 2 (Nijboer).

¹⁸³ Zie paragraaf 3.3.

¹⁸⁴ Kopp/Schenke, VwGO § 108, Rn. 8 en 30.

stuur. Het hoeft de aanwending van zijn macht in beperkte mate te legitimeren. Pas wanneer de burger voldoende twijfel zaait, stelt de rechter een onderzoek in. In een dergelijk stelsel behoudt de rechter enige afstand tot de feitenvaststelling in het besluit. De Nederlandse bestuursrechter doet dat ook, maar functioneert in een ander stelsel. Aanzienlijk verschil is dat onder de Awb de bestuurlijke besluitvormingsfase behoorlijk is genormeerd. Het bestuur komt uitgebreide onderzoeks- en motiveringsplichten toe. De Nederlandse burger zal daardoor in de regel meer materiaal in handen hebben om het besluit effectief te kunnen bestrijden. De verschillende stelsels vergelijkend lijkt het Nederlandse bestuursorgaan de meeste verantwoording af te moeten leggen, al bij de besluitvorming. Onder de bestuursrechters verantwoordt de Duitse bestuursrechter het sterkst zijn machtsuitoefening. Hij dient zijn bewijsoordeel daadwerkelijk te motiveren. Naast deze motiveringsplicht komt zijn verantwoordelijkheid voor een deugdelijke feitenvaststelling ook tot uitdrukking in de *hinweisplicht*. Hij geeft procesbegeleiding aan partijen en zorgt daarmee dat partijen over reële bewijsmogelijkheden beschikken in het proces. Wat dat betreft heeft het Duitse bestuursrecht de beste kaarten in handen om als inspiratiebron te dienen bij het vormgeven van de rechterlijke taak.

5. Analyse

5.1 De Franse oriëntatie

Wie wet en wetenschappelijke literatuur van de verschillende rechtsstelsels naast elkaar legt, valt op dat het Nederlandse bestuursrechtelijke bewijsrecht op het eerste gezicht de grootste overeenkomst vertoont met het Franse recht. Net als in de Awb ontbreekt in de *Code de justice administratif* een regeling van het bewijsrecht. Het Franse bestuursrechtelijke bewijsrecht is rechtersrecht, tot stand gekomen in de rechtspraak van de *Conseil d'État*. Ook in Nederland moeten de bewijsregels hoofdzakelijk uit de jurisprudentie worden gedestilleerd.

In Franse publicaties over bewijsrecht in het bestuursrecht staan twee samenhangende thema's in het bijzonder centraal: de instructie van de zaak door de rechter en de verschillen met het civiele bewijsrecht. Daarbij wordt veel nadruk gelegd op het inquisitoire karakter van het proces en de ongelijkheid tussen partijen. De rechter heeft de taak zich te mengen in de bewijsverzameling, met name om de zwakkere positie van de belanghebbende te compenseren. Hij is zowel bij het initiëren als het uitvoeren van het onderzoek betrokken. In het civiele proces is de bewijsverzameling veel meer aan partijen overgelaten. In dat stelsel kan de bewijslastverdeling op voorhand worden verdeeld aan de hand van een theoretisch model. In het bestuursrechtelijk proces ligt dat anders. De rechter velt zijn oordeel over de feiten aan de hand van het debat dat tussen partijen heeft plaatsgevonden. Men acht het minder goed mogelijk om vooraf aan te geven hoe de bewijslastverdeling zal uitvallen. Beide partijen kunnen door de rechter verplicht worden om bewijsmateriaal te verstrekken en het bewijsrisico kan pas definitief worden toebedeeld nadat het bewijsdebat tussen partijen heeft plaatsgevonden. Het ontbreken van een wettelijke regeling geeft de rechter armslag om, aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, de aangewezen bewijsbeslissingen te nemen.

Deze benadering van het bewijsrecht is duidelijk te herkennen in de Memorie van Toelichting bij de invoering van hoofdstuk 8 Awb. De keuze om geen bewijsrecht op te nemen in de Awb, werd gemotiveerd aan de hand van karakteristieken die ook in het Franse bestuursrecht centraal staan: het inquisitoire karakter van de procedure (met een

actieve rechter die zoekt naar de materiële waarheid) en ongelijkheidscompensatie.¹⁸⁵ Net als de Fransen ging men ervan uit dat vaste regels van bewijslastverdeling niet op voorhand kunnen worden gegeven.

Het bestuursrechtelijke bewijsrecht is in Nederland en Frankrijk dus voor een groot deel op hetzelfde fundament gebouwd. De bestuursrechter met zijn onderzoeksbevoegdheden vormt de spil van het systeem in beroep. Een andere overeenkomst is dat bewijs voornamelijk aan de hand van schriftelijke stukken wordt geleverd. Voorts komt veel bewijswaarde toe aan het bewijsmateriaal dat afkomstig is van het bestuur. Ondanks de centrale positie van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden in het bewijsrecht, wordt in de praktijk toch primair bewijslevering van partijen verwacht. Net als in Nederland wendt de rechter in de praktijk niet snel een van zijn onderzoeksbevoegdheden aan. De ‘inquisitoire’ rechter zorgt er voornamelijk voor dat partijen op elkaars stellingen en stukken reageren en vraagt documenten op bij het bestuursorgaan. De rechterlijke activiteit leidt er primair toe dat het bestuursorgaan de aan de besluitvorming ten grondslag liggende stukken verstrekt. Onder artikel 8:42 Awb is het Nederlandse bestuursorgaan reeds gehouden het besluitvormingsdossier in de procedure te brengen.

Waar in Nederland het flexibele bestuursrechtelijke bewijsrecht leidt tot klachten over rechtsonzekerheid en verscheidenheid, wordt in de Franse literatuur vrij positief over het eigen stelsel geschreven. Het Franse stelsel heeft in die zin een streepje voor dat meer bewijsvermoedens in de jurisprudentie tot ontwikkeling zijn gekomen. Wellicht dat die jurisprudentie tot inspiratie kan zijn, met name in schadevergoedingsrecht. Toch denk ik niet dat daarin de verklaring in uiteenlopende waardering moet worden gezocht. Het Franse bestuursprocesrecht is veel minder op de wet georiënteerd. In dat stelsel kijkt men minder kritisch aan tegen de beperkte rechtszekerheid die rechtersrecht brengt. Bovendien lijkt de cultuur te verschillen. Het Franse bestuur en de Franse rechter hoeven, vergeleken met Nederland, minder verantwoording af te leggen over de aanwending van hun bevoegdheden. Een algemene motiveringsplicht voor het bestuursorgaan ontbreekt en de rechter kan ongemotiveerd de bestuurlijke feitenvaststelling opzij zetten. Zijn innerlijke overtuiging is doorslaggevend. De burger is in dat stelsel onderdaan, die de bewijslast draagt voor de onrechtmatigheid van het besluit. Een cultuur van legitimatie van machtsuitoefening is niet heel sterk ontwikkeld.

5.2 De Duitse inspiratie

In Duitsland is het bewijsrecht voor het bestuursrecht vrij uitgebreid gecodificeerd. Net als in het Nederlandse en Franse discours wordt benadrukt dat het bestuursrechtelijke proces inquisitoir van karakter is. De bestuursrechter heeft daarin een andere taak ten aanzien van de feiten dan zijn civiele collega. De Duitse literatuur besteedt in het kader van het bewijsrecht bijzonder veel aandacht aan de *Untersuchungsgrundsatz*. De verantwoordelijkheid voor een juiste feitenvaststelling wordt duidelijk bij de overheidsorganen neergelegd. Zij doen zelf onderzoek en, wanneer bewijsmateriaal van de burger nodig is, begeleiden zij hem bij zijn bewijslevering. Voorkomen moet worden dat de burger door onkunde of onervarenheid zijn aanspraak op grond van het materiële recht niet effectueert. Bestuur en rechter dienen zorg te dragen voor de rechtsbedeling. In het Duitse bestuursrechtelijke bewijsrecht staan rechtsstatelijke beginselen centraal, zoals het legaliteitsbeginsel en het recht op effectieve rechtsbescherming. Theorie speelt een grotere rol dan in het Nederlandse debat en het debat is meer principieel van karakter.

¹⁸⁵ PG Awb II, p. 173-175.

Het uitgangspunt dat de rechter zorg draagt voor de feitenvaststelling in beroep is niet uniek voor het Duitse stelsel. Ook in Nederland en Frankrijk komt de rechter die zorg toe. Wel bijzonder is dat de zorg daadwerkelijk tot een verantwoordelijkheid van de rechter is gemaakt. Hij heeft niet enkel bevoegdheden om onderzoek te doen, hij dient ook verantwoording af te leggen over de inzet van zijn bevoegdheden en de basis van zijn feitelijk oordeel. Hij dient partijen aan te zetten om ontbrekend bewijsmateriaal alsnog te overleggen. Hij dient zelf de overtuiging te verkrijgen, wat een van de redenen vormt voor de nadruk op bewijslevering tijdens de mondelinge behandeling van de zaak. Het Duitse recht biedt een bron van inspiratie wanneer men de rechterlijke taak tot een verantwoordelijkheid wenst om te vormen. Nadere begeleidings- en motiveringsplichten komen dan in zicht.

Omdat de macht van de Duitse bestuursrechter aanzienlijk verschilt met de macht van zijn Nederlandse collega, kan niet de gehele rechterlijke taakopvatting worden getransplanteerd. De Nederlandse bestuursrechter biedt meer ruimte aan de expertise van het bestuursorgaan. Bij complexe feitenvaststellingen kan de rechter niet steeds even gezaghebbend als het bestuur nagaan of hij van de gestelde feiten overtuigd is. Bovendien komt de besluitvormingsfase in het Nederlandse stelsel een meer zelfstandige rol toe en heeft het bestuursorgaan een grote plicht om al bij de besluitvorming verantwoording af te leggen over zijn gezagsuitoefening. Duitsland kent wel een aparte regeling voor de bewijslevering ten tijde van de besluitvormingsfase, maar de onderzoeks- en motiveringsplicht van het bestuursorgaan zijn minder sterk ontwikkeld. Waar in Nederland de regels van de besluitvormingsfase doorwerken in beroep, is in het Duitse recht de blik veeleer andersom gericht. De regels van bewijslastverdeling in het proces zijn sturend voor de bewijslasten in de besluitvormingsfase.¹⁸⁶ Naar aanleiding van het toenemende belang van expertise wordt in de Duitse literatuur wel voorgesteld om de bestuurlijke fase meer te ontwikkelen. Op basis van deze ontwikkeling, verschillen in de positie van de bestuurlijke voorprocedure en verschillen in de machtsbalans tussen bestuur en rechter, verwacht ik niet dat de Nederlandse bestuursrechter zijn onderzoekstaak meer gaat vormgeven naar Duits model.

Rechtszekerheid wordt in het Duitse stelsel niet alleen gecreëerd door de rechterlijke begeleidings- en motiveringsplichten. Het bewijsrecht in de materiële wetten krijgt meer aandacht. De algemene bestuursrechtelijke wetten (VwVfG en VwGO) geven slechts het kader voor het bewijsrecht. Wil men concrete bewijslasten en meewerkingsplichten achterhalen, dan dient men op de materiële wetgeving een blik te werpen. Dat vormt een verschil met het Nederlandse stelsel. Natuurlijk komen ook bij ons bewijsbepalingen in materiële wetten voor, maar van een doordacht stelsel, een vaste terminologie of vaste bewijsconstructies (bijvoorbeeld vermoedens) is geen sprake. In het Nederlandse stelsel kan de rechter aan de hand van redelijkheid en billijkheid bepalen wie welke bewijslast toekomt. In het Duitse stelsel ligt de bewijslastverdeling vaker in het materiële recht verankerd. Dat vormt een minder kwetsbaar systeem. Op basis van dat materiële recht geeft de rechter zijn taak nader vorm.

5.3 De Engelse parallelle

Op voorhand zou men verwachten dat tussen het Nederlandse stelsel en een stelsel uit de *common law* de minste parallelen zijn te trekken. Het stelsel verschilt, maar parallellen zijn er zeker ook. Zo ligt een parallel in de ontwikkeling van een versnipperd systeem

¹⁸⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG § 24, Rn. 39.

van gespecialiseerde bestuursrechtspraak naar een algemeen systeem. In Nederland zijn we relatief laat tot uniformering van ons stelsel van bestuursrechtspraak overgegaan, waarbij het hoger beroep nog steeds over verschillende organen is verdeeld. In Engeland bevindt men zich op dit moment in een vergelijkbare rechterlijke reorganisatie. Dat heeft tot gevolg dat in beide stelsels respect bestaat voor de deskundigheid voor bepaalde bestuursorganen dan wel gerechten, waarbij de rechter met (laat verkregen) algemene jurisdictie enige afstand kan bewaren tot die gespecialiseerde feitenvaststellingen. Het respect voor bestuurlijke deskundigheid is in beide stelsels het sterkst aanwezig.

De bestuurlijke taak tot besluitvorming wordt duidelijk onderscheiden van de toetsende taak van de rechter. De toets van de Engelse rechter is doorgaans beperkt tot *errors of law*. Dat leidt ertoe dat hij enkel over de band van rechtsvragen naar de bestuurlijke feitenvaststelling kijkt. Ook binnen Nederland bestaat die traditie, waar voornamelijk aan de hand van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel de bestuurlijke feitenvaststellingen tegen het licht wordt gehouden. Engeland heeft het enige stelsel waarin men constructies kent, vergelijkbaar met onze eigen bewijsruiken-jurisprudentie. In andere landen kan bewijs wel buiten de procedure worden gelaten wegens strijd met de goede procesorde, maar alleen in Engeland sluit men als algemene regel bewijs uit omdat belanghebbenden dat ook al tijdens de besluitvorming het bewijs hadden kunnen overleggen. In Engeland bestaat een wettelijke basis voor de bewijsruik, in de zin dat de rechtsmacht van de rechter beperkt is tot rechtvragen.

Net als in Nederland is de macht van het bestuur vrij groot, maar het Engelse bestuursorgaan hoeft daarover nog niet zoveel verantwoording af te leggen. Dat is wel aan het veranderen. De rechterlijke toets van de feitenvaststelling wordt steeds verder opgerekt. Bovendien wordt de verantwoordingsplicht van het bestuur in toenemende mate aangezet. Daarmee lijkt het Engelse stelsel meer naar het Nederlandse te groeien, dan andersom. Boeiend aan het Engelse recht is dat waarheidsproblematiek behoorlijk wordt doordacht. Door het *adversarial* karakter van het proces wordt waarheid meer als een relatief begrip gezien. Dat werkt door in de rechterlijke toets. Of de rechter de feitenvaststelling als *unfair* kwalificeert, hangt af van de aard van de feiten. Alleen bij objectieve feitenvaststellingen grijpt hij in vanwege fouten in de feitenvaststellingen. Bij meer complexe feiten toetst hij veeleer de zorgvuldigheid van de procedure en of het bestuursorgaan op basis van het bewijsmateriaal in redelijkheid tot een feitenvaststelling heeft kunnen komen.

5.4 De benadering van het bestuursrechtelijke bewijsrecht aan de hand van de vier centrale vragen

Hoe is in het (proces)recht de verkrijging van bewijsmateriaal vormgegeven? Bestaan er verplichtingen tot "disclosure"? Kan er dwang worden uitgeoefend op de houder van gegevens?

Dwang ter verkrijging van bewijsmateriaal ligt in het bestuursrecht gevoelig wanneer die dwang op de burger wordt uitgeoefend. Vaak dient het materiële recht daarvoor een expliciete grondslag te bieden. Vooral in het Duitse bestuurprocesrecht maakt men hier een principieel punt van. Zachte dwang kan in alle stelsels worden uitgeoefend met het instrument van de bewijswaardering. Een partij die onvoldoende meewerkt aan de bewijsverzameling loopt het gevaar dat voor hem gunstige feiten niet komen vast te staan of dat hem belastende feiten gemakkelijk worden aangenomen.

Het verschilt per stelsel of het bestuursorgaan een bijzondere verantwoordelijkheid toekomt bij de bewijsverzameling. In het Duitse stelsel wordt dusdanig vanuit de rechter geredeneerd, dat men een bijzondere positie van het bestuur niet benoemt. De motive-

ringsplicht, die ook op Duitse bestuursorganen rust, zal feitelijk meebrengen dat het bestuur veel informatie dient te verschaffen. Wonderlijk aan het Engelse en Franse stelsel is dat bestuursorganen geen algemene motiveringsplicht toekomt. Eerst wanneer een burger beroep instelt, dient het bestuursorgaan al het relevante bewijsmateriaal te overleggen. Het Engelse bestuursorgaan heeft dan een algemene plicht, omdat in het *adversarial* proces de tegenpartij het recht heeft om het bewijsmateriaal van de ander te kennen. Het bestuursorgaan heeft in het proces een plicht tot openheid. Een officieel verzoek tot *disclosure* is daarom in de regel niet nodig. Het Franse bestuursorgaan is pas gehouden tot overlegging van bewijsmateriaal nadat de bestuursrechter het daartoe heeft verzocht. Het Nederlandse bestuursorgaan komt er wat dat betreft niet gemakkelijk van af. Zijn motiveringsplicht is het meest omvattend, kan niet zomaar in beroep worden aangevuld (wat zou veranderen na invoering van de bestuurlijke lus),¹⁸⁷ speelt een grote rol bij de beoordeling van de houdbaarheid van de feitenvaststelling en het dient het volledige besluitvormingsdossier te overleggen. Het bestuur heeft in het Nederlandse stelsel niet alleen vrij veel macht, maar ook een grote verantwoordelijkheid.

Welke verdeling van bewijslasten bestaat er? Wat is daarvoor de grondslag? In welke mate kan, bijvoorbeeld door de wetgever, de bewijslastverdeling worden gemanipuleerd?

De bewijslastverdeling is exemplarisch voor de verhouding tussen overheid en burger in het staatsbestel. Zowel in Engeland als Frankrijk rust de bewijslast in beroep als uitgangspunt op de burger. Het besluit wordt vermoed rechtmatig te zijn. Daarmee kent men de bestuurlijke feitenvaststelling een zeker gezag toe. In het Duitse stelsel dragen partijen principieel geen bewijsvoeringslast, omdat de verantwoordelijkheid voor de bewijsvergaring bij de rechter rust. De grondwettelijke aanspraak op effectieve rechtsbescherming ligt daaraan mede ten grondslag. In beide karikaturen van de bewijslastverdeling gaat men op zoek naar nuances om de bewijslast te kunnen verschuiven. De bewijslastverdeling in het Nederlandse bestuursrecht wordt hoofdzakelijk afgeleid uit de informatieverplichtingen uit de bestuurlijke fase. Daardoor speelt de aard van het besluit een bijzonder grote rol (ambtshalve belastend dan wel begunstigend op aanvraag), waarbij ook ruimte is voor de partijverhouding (de aanvrager moet ‘redelijkerwijs’ de beschikking kunnen krijgen over de gegevens). Deze hoofdregel van bewijslastverdeling zet het legaliteitsbeginsel aan bij belastende besluiten. Aan de andere kant wordt de bewijsleveringslast van de burger, die in realiteit in elk stelsel voorkomt, geëxpliciteerd.

Welke betekenis komt toe aan de ‘vrij-bewijsleer’, in de zin van de niet-juridisch gereguleerde introductie van bewijsmateriaal en de waardering daarvan? Wat is het belang van de in tal en last enorm toegenomen (forensische) expertise?

In elk stelsel is het bewijs maar in zeer beperkte mate juridisch genormeerd. Of gestelde feiten als processuele waarheid kunnen worden vastgesteld, hangt voornamelijk af van niet-juridische factoren, zoals wetenschappelijke inzichten. In het Engelse, Franse en Nederlandse stelsel wordt onderkend dat die wetenschappelijke kennis soms beter door het bestuursorgaan dan door de rechter kan worden ontwikkeld. Rechters zijn bij complexe feitenvaststelling meer terughoudend in het opzij zetten van de bestuurlijke feitenvaststelling. Deze stelsels bieden aan het toenemende belang van expertise de ruimte. Of die ruimte afdoende wordt gecontroleerd is een volgende vraag. Het Duitse bestuursrecht redeneert traditioneel vanuit het geloof in ‘de enige juiste beslissing’. Ook bij complexe feitenvaststellingen dient de rechter zelf de overtuiging te hebben dat gestelde

¹⁸⁷ Bij een ‘bestuurlijke lus’ stelt de rechter het bestuursorgaan in de gelegenheid gebreken in het besluit weg te nemen.

feiten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden; hij mag niet afgaan op de heersende opvatting in de wetenschap. Deze dominantie van de juridische redenering maakt het lastig om met expertise om te gaan. De Duitse bestuursrechter moet zeker verantwoording afleggen over de inzet van deskundigen (of juist het achterwege laten daarvan), maar de vraag of hij daar inhoudelijk toe in staat is, krijgt nog weinig aandacht. In de Duitse literatuur vindt men waarschuwingen voor de kwalitatieve overbelasting van de rechter.

Wat is het karakter van de in het proces bereikte 'waarheid'? Stijgt deze uit boven wat partijen vermogen te bepalen?

In elk stelsel wordt benadrukt dat het bestuursrechtelijke proces inquisitoire karaktertrekken heeft, dat het algemeen belang een rol speelt en tussen partijen ongelijkheid bestaat. In een dergelijk stelsel streeft de rechter in de regel naar materiële waarheidsvinding. Dat laat onverlet dat de bewijslevering door partijen een grote rol speelt. Aan de Duitse bestuursrechter moet de noodzaak van onderzoek zich opdringen, wat in grote mate afhankelijk is van de stellingen van partijen. De Franse bestuursrechter wendt zijn activiteit aan nadat eiser zijn stelling voldoende heeft geadstrueerd. In de praktijk zal nader onderzoek naar de feiten in de regel uitblijven wanneer partijen de feitenvaststelling niet bestrijden.

Uiteraard bestaat in elk stelsel het gevaar dat de processuele waarheid niet overeenkomt met de materiële waarheid. Dat gevaar zit in uiteenlopende factoren. De rechtsmacht van de Engelse bestuursrechter ten aanzien van de feiten is beperkt. Niet-jurisdictie feiten kunnen niet zomaar worden getoetst en soms is de toetsing van de feitenvaststelling een marginale. Fouten in de feitenvaststelling kunnen daardoor lang niet altijd in het proces naar boven komen. Voorts is het zowel in het Engelse als Franse stelsel een belemmering dat de bewijslast op de burger rust. Brengt hij te weinig bewijsmateriaal bijeen, dan blijft het vermoeden van rechtmatigheid van het besluit in stand. Ook het Nederlandse stelsel kent dat zwaktepunt, omdat de rechter soms wel erg hoge eisen stelt aan de adstructieplicht van eiser. Daarmee kan op hem een verkapte bewijslast worden gelegd. De onderzoeksplicht van de rechter wordt niet geactiveerd, waardoor het gevaar bestaat dat fouten in de feitenvaststelling niet worden onderkend. In het Duitse stelsel is het een gevaar dat de feilbaarheid van de rechter weinig wordt onderkend. Op papier lijkt het wellicht een geruststelling dat de rechter zelf van de feiten overtuigd dient te zijn. Zonder bestuurlijke kennis en technische expertise schuilt daarin echter ook een gevaar. De rechter met juridische expertise kan overtuigd raken van onware feiten.