



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht

Schuurmans, Y.E.; Schuurmans Y.E.

Citation

Schuurmans, Y. E. (2006). De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht. In *Meijersreeks* (pp. 31-43). Alphen aan den Rijn: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13611>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13611>

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

De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht

Y.E. Schuurmans

BESTUURSRECHTELIJK BEWIJSRECHT BESTAAT

Het bestuursrechtelijk bewijsrecht geniet geen grote bekendheid. Dat geldt niet alleen onder civilisten en strafrechtjuristen, maar veelal ook onder de beoefenaren van het bestuursrecht. In de reguliere handboeken komt men vaak niet meer tegen dan een korte passage, die kan worden weergegeven met de zin: 'in het bestuursrecht geldt de vrij-bewijsleer'. De rechter zou geheel vrij zijn in het nemen van bewijsbeslissingen.

Ondanks het feit dat het bestuursrechtelijke bewijsrecht vrij onbekend en onontwikkeld is, bestaat er een grote kans dat men de afgelopen jaren wel eens wat van het bestuursrechtelijke bewijsrecht heeft vernomen. Het haalt wel eens het nieuws. Niet vaak, maar uit de afgelopen jaren kunnen twee aansprekende voorbeelden worden genoemd.

De wat twijfelachtige eer om het bestuursrechtelijke bewijsrecht in het nieuws te brengen, viel onder meer de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie en de Informatie Beheer Groep (IBG) te beurt. In het eerste geval stond ter discussie hoe de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie vaststelt of een asielzoeker minderjarig is. De leeftijd van een persoon kan lastig zijn vast te stellen, indien hij of zij niet beschikt over persoonsdocumenten als een geboortebewijs of een paspoort. De minderjarigheid is van belang omdat een asielzoeker aanspraak maakt op een verblijfsvergunning indien hij nog geen 18 jaar en alleenstaand is.¹ Ter vaststelling van de leeftijd volgt de minister een vast bewijsbeleid.² Hij bestudeert het sleutelbeen aan de hand van röntgenfoto's, en bekijkt of het sleutelbeen volgroeid is. Zijn de uiteinden van het bot uitgerijpt, dan staat daarmee vast dat de asielzoeker niet minderjarig kan zijn. Het kraakbenige gedeelte dat zich bij kinderen aan de uiteinden van het sleutelbeen bevindt, is in dat geval vervangen door bot. Dit vaste bewijsbeleid is niet onomstreden. Naast bezwaren van medisch-ethische aard, ontstond een discussie over de betrouwbaarheid van de onderzoeksmethode. De Inspectie voor de gezondheidszorg plaatste nadrukkelijk kanttekeningen. Alleen de conclusie werd gerechtvaardigd geacht dat bij een sluiting van het sleutelbeen de asielzoeker 20 jaar of ouder is. Bij een onvolledige sluiting zou niet zijn vast te stellen welke leeftijd de onderzochte precies heeft. Ook de

1 Art. 3.6 Vb 2000 jo. 14 Vw 2000.

2 C5/24.4.3 Vc 2000.

Nationale ombudsman,³ en het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam mengden zich in de discussie.⁴ De Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State heeft het botonderzoek op zich niet onrechtmatig geacht.⁵

Een andere zaak die in het nieuws aandacht kreeg, ging over het bewijsbeleid van de IBG. De IBG had besloten het bewijsbeleid aan te scherpen. Studenten met een uitwonendenbeurs dienden met terugwerkende kracht hun recht op de beurs aannemelijk te maken aan de hand van strenge bewijsregels. Eind 2003 ontvingen zij een brief, waarin hen werd gesommeerd om binnen 15 dagen een bewijsstuk naar de IBG te sturen. Wélk bewijsstuk stond niet ter vrije beoordeling van de student. De IBG schreef voor met welke middelen het bewijs uitsluitend kon worden geleverd. De student moest de uitwonendheid aantonen óf aan de hand van een uittreksel uit de Gemeentelijke basisadministratie, óf een op naam gesteld huur- of koopcontract óf bank- en giroafschriften van alle huurafboekingen. Werd het bewijs niet op deze wijze geleverd, dan zou de uitwonendenbeurs met terugwerkende kracht worden omgezet in een beurs voor thuiswonenden. Uiteraard leverde dat voor studenten aanzienlijke bewijsproblemen op. Alleen studenten die geheel legaal een kamer huurden, zouden de gevraagde stukken kunnen verstrekken. De Landelijke Studentenvakbond ondernam actie en vorderde in kort geding onder meer de IBG te bevelen het nieuwe bewijsbeleid in te trekken. De IBG zou, net als voorheen, alle relevante omstandigheden in acht moeten nemen bij de beoordeling of een student uitwonend is, en zich niet mogen beperken tot de in de brief genoemde bewijsmiddelen. De Landelijke Studentenvakbond werd deels in het gelijk gesteld.⁶ De voorzieningenrechter oordeelde dat de IBG aan het nieuwe bewijsbeleid geen terugwerkende kracht mocht toekennen. Zij mocht niet, zonder ooit een voorbehoud te hebben gemaakt ten aanzien van de strikte bewijslevering, de beurs achteraf intrekken. De rechter sprak zich niet uit over de rechtmatigheid van het bewijsbeleid in de toekomst.

Deze twee voorbeelden zijn niet alleen aardig omdat ze het nieuws hebben gehaald en tot enige maatschappelijke discussie hebben geleid.⁷ Ze zijn ook geschikt omdat bepaalde aspecten van het bestuursrechtelijke bewijsrecht er

3 No 17 december 2002, *JV* 2003, 63. De Nationale ombudsman raadde aan beperkte conclusies uit het onderzoek te trekken en een medisch-ethische commissie in te stellen.

4 Tegen de radiologen die de röntgenfoto's beoordeelden werd een tuchtrechtelijke zaak gestart. Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam 26 augustus 2004, *NAV* 2004, 294 m.nt. Van der Heiden.

5 Heeft de minister aan de verschillende zorgvuldigheidsplichten voldaan, dan mag hij in beginsel afgaan op de uitkomsten van het botonderzoek, *ABRvS* 3 maart 2004, *JV* 2004, 155 en *AB* 2004, 128 m.nt. Sewandono.

6 *Vzng.* Rb. Groningen 8 december 2003, *AB* 2004, 26 m.nt. HBr.

7 Zie bijvoorbeeld *NRC* 30 augustus 2003, p. 29, 'De solo van een antropoloog'; *NRC* 29 mei 2004, p. 42, 'Tot op het bot. Leeftijdsbepaling via röntgenfoto's mist standaard' en *AD* 13 december 2003, p. 43, 'Respijt voor 'illegaal' wonende student'.

duidelijk in naar voren komen. Wat voornamelijk opvalt, is dat de bewijsregels in eerste instantie door de bestuursorganen worden geformuleerd. Het was de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie die formuleerde hoe de minderjarigheid moest worden bewezen en het was de IBG die bepaalde op welke wijze een student moet aantonen dat hij uitwonend is. Een algemeen kenmerk van het bestuursrechtelijke bewijsrecht is dat de bewijslevering primair plaatsvindt in de besluitvormingsfase, onder regie van het bestuursorgaan.⁸ Partijen dienen het bewijs bijeen te brengen voordat een besluit wordt genomen. Het bewijsmateriaal kan later in bezwaar of in beroep bij de rechter in beginsel worden aangevuld, maar grote hiaten in de bewijslevering zullen niet zonder meer kunnen worden hersteld. Bewijzen is in eerste instantie een activiteit die op het bestuur is gericht en pas in laatste instantie op de rechter. In een ideale situatie zou het zelfs niet zo ver moeten komen dat nog bewijslevering bij de rechter nodig is.

Een tweede aspect dat opvalt, is dat de minister en de IBG vrij strenge eisen stellen aan de bewijslevering. Wie weet dat in het bestuursrecht de vrijbewijsleer geldt, zal dat allicht verwonderen. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent geen materieel bewijsrecht. Er ontbreken regels over de bewijslastverdeling, de toegestane bewijsmiddelen en de bewijswaardering. Kennelijk konden de minister en de IBG niet met deze vrijheid in bewijslevering uit de voeten en hadden zij de behoefte om de vrijheid in te perken. Bestuursorganen formuleren in het beleid eigen bewijsregels.

Op dat laatste punt, de behoefte aan bewijsregels in de bestuurspraktijk, zal deze bijdrage nader ingaan. Allereerst zal kort worden toegelicht waarom de Awb geen materieel bewijsrecht kent. Het belang van de waarheidsvinding blijkt daarbij een belangrijke rol te spelen. Vervolgens zal worden uitgelegd waarom de vrijbewijsleer in de praktijk niet onverkort kan worden gehandhaafd. Bepaalde beginselen kunnen vaste bewijsregels verlangen. Afsluitend zal worden ingegaan op de centrale vraag van het op 7 oktober 2005 gehouden symposium *Bewijzen en beslissen*: zijn bewijsregels noodzakelijk voor een efficiënte rechtsbedeling of leggen ze teveel beperkingen op bij het vinden van de waarheid?

DE MATERIËLE WAARHEID VERDRAAGT GEEN BEWIJSREGELS

De materiële waarheid verdraagt geen bewijsregels. Dat lijkt in het bestuursrecht het algemene uitgangspunt. Zij is krachtig verwoord in het preadvies van Van Galen en Maarseveen van 1978, dat over de beginselen van het bestuursrechtelijke procesrecht handelde. 'Het beste bewijsrecht is geen bewijs-

8 Zie M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2006, p. 171 e.v. en Y.E. Schuurmans, 'Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context', *NTB* 2004, p. 1-9.

recht', hebben zij destijds gesteld;⁹ een opvatting die toen al door Nijboer kritisch aan de kaak werd gesteld.¹⁰ In deze visie vormen bewijsregels enkel een belemmering. Zij gaan ten koste van de laagdrempeligheid van het proces. Bewijsregels vormen voor partijen – en dan met name de burger – procesrechtelijke drempels en zij kunnen de rechter belemmeren bij het vinden van de materiële waarheid.

Deze visie overheerste toen de Awb werd ontworpen. De regering nam bewust geen materieel bewijsrecht in de wet op.¹¹ De materiële waarheid is in de memorie van toelichting gekwalificeerd als een belangrijke karakteristiek van het bestuursprocesrecht.¹² Partijen procederen in het bestuursrecht over rechten en plichten die niet ter vrije beschikking van partijen staan. Het algemeen belang vordert de invulling van de rechtsverhouding tussen belanghebbende en bestuursorgaan, waardoor er een groot belang is bij de juiste toepassing van het objectieve recht. De rechter kan de toepassing van dat objectieve recht alleen realiseren indien hij de rechtsregels toepast op de feiten naar waarheid. Weliswaar is de handhaving van het objectieve recht als het doel van het proces gerelativeerd, maar dat heeft er niet toe geleid dat tevens het belang van de waarheidsvinding heeft moeten inboeten. Het streven naar materiële waarheidsvinding bracht een actieve rechter met zich, die zelf op zoek is naar de waarheid, over vele onderzoeksbevoegdheden beschikt en zelf de feiten kan aanvullen.¹³

Een rechter die zelf de feiten onderzoekt en aanvult, heeft geen bewijsregels nodig, althans daar ging de regering van uit.¹⁴ Daaraan ligt de veronderstelling ten grondslag dat de rechter inderdaad steeds bij bewijsproblemen een eigen onderzoek instelt, en dan steeds de waarheid achterhaalt. In dat geval is bewijsvoering door partijen onnodig (immers, de rechter verzamelt het ontbrekende bewijs) en er hoeft geen bewijsrisico aan een van de partijen te worden toebedeeld (immers, de rechter vindt de waarheid). De rechter stelt zonder bewijsregels de feiten vast.

Verricht de rechter niet zelf een onderzoek naar de feiten, dan kan hij alsnog naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen verdelen. Dat staat niet in de Awb, maar werd in de memorie van toelichting

9 A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht* (preadvies VAR; 82), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 50.

10 Zie het verslag van de behandeling van het preadvies in de algemene vergadering, A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht* (preadvies VAR; 82), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1981, p. 60.

11 E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994 (PG Awb II), p. 175.

12 PG Awb II, p. 173.

13 Zie nader Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam Vu), Deventer: Kluwer 2005, p. 37-44.

14 PG Awb II, p. 173 en 175.

overwogen.¹⁵ Impliciet heeft de wetgever daarmee in het bestuursrecht gekozen voor de zogenaamde billijkheidsleer.¹⁶ Een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid zou recht moeten doen aan de materiële waarheid en kan aansluiten bij de mogelijk ongelijke verhouding tussen partijen. De rechter kan per geval bezien wat een redelijke bewijslast is. Hij kan dan de bewijslast toedelen aan de partij die het gemakkelijkst de benodigde gegevens kan achterhalen, zodat de kans dat de waarheid aan het licht komt, optimaal is.

Genoemd uitgangspunt van de wetgever is in de praktijk gaan knellen. De bestuursrechter is in de loop van de tijd steeds minder actief geworden en wendt slechts in beperkte mate zijn onderzoeksbevoegdheden aan. Hij vraagt wel inlichtingen aan partijen en benoemt zo nu en dan een deskundige, maar van zijn overige bevoegdheden als een onderzoek ter plaatse en het horen van getuigen maakt hij vrijwel geen gebruik.¹⁷ Bewijsproblemen worden niet zonder meer door de rechter opgelost. Dat heeft tot gevolg dat partijen zelf zorg moeten dragen voor de bewijsvoering en risico's lopen wanneer zij er niet in slagen om het bewijsmateriaal bijeen te brengen. In werkelijkheid vindt in rechterlijke procedures regelmatig een bewijslastverdeling plaats.

Een volgend probleem is dat, in de wel voorziene situaties waarin een bewijslast wordt verdeeld, die verdeling afhankelijk is gemaakt van de redelijkheid en billijkheid. Dat heeft tot een behoorlijk groot zwart gat geleid. Veel bewijsvrijheid kan gepaard gaan met weinig rechtszekerheid. Het kan voor partijen in het bestuursrecht lastig te voorspellen zijn wie door de rechter zal worden aangesproken om bewijsmateriaal te overleggen. Dat belemmert partijen bij het schatten van hun procesrisico en in de beoordeling of het zinnig is beroep aan te tekenen.

Belangrijker dan voornoemde punten, is dat de wetgever de realiteit van de bestuurspraktijk te weinig in het oog heeft gehad. Het bestuursorgaan dat een besluit neemt, stelt in eerste instantie de feiten vast en neemt daarmee als eerste de bewijsbeslissingen. Niet zozeer de rechter als wel het bestuur heeft regels nodig die de bewijsverplichtingen van zichzelf en de belanghebbende weergeven. De discussie over de noodzaak van bewijsregels in de Awb had zich dan ook beter kunnen concentreren op de besluitvormingsfase dan op het beroep bij de rechter.¹⁸

15 PG Awb II, p. 169.

16 Zie over deze billijkheidsleer in het algemeen W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 44-49 en I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 88 e.v.

17 A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

18 Enige discussie in welke mate het bestuursorgaan dan wel de belanghebbende bewijsmateriaal moet verstrekken, heeft wel plaatsgevonden rond de invoering van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb. Zie E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 203-207 en p. 238, 239.

Voorts valt op dat in de memorie van toelichting het uitgangspunt van de materiële waarheid nauwelijks wordt gerelativeerd. De vrij essentiële vraag in welke mate de waarheid in een proces daadwerkelijk kan worden benaderd, blijft buiten beschouwing. Dat de waarheidsvinding naar zijn aard altijd beperkt is in een proces, komt in alle bijdragen in deze bundel aan de orde. In de parlementaire geschiedenis van de Awb is dat niet in het algemeen onderkend. En waar argumenten van proceseconomie op verschillende plaatsen in de Awb een rol spelen,¹⁹ blijven zij achterwege bij de bespreking van het belang van waarheidsvinding.

Dat wekt enige verbazing. Er zijn artikelen in de Awb waarin de rechtsvaststelling naar waarheid wel degelijk wordt gerelativeerd. Denk bijvoorbeeld aan de artikelen 4:5 en 4:6 Awb. Zij maken het mogelijk dat een beslissing wordt gehandhaafd, die het bestuursorgaan niet had genomen, indien het de volledige waarheid had gekend. Het bestuursorgaan kon destijds een aanvraag buiten behandeling plaatsen of afwijzen, omdat de belanghebbende onvoldoende gegevens verstrekte. Vergaart de belanghebbende daarna nieuwe informatie, dan kan daaruit blijken dat hij eigenlijk recht had op de gevraagde voorziening. Toch kan hij niet zonder meer bereiken dat hem het gevraagde besluit wordt verleend. Het bestuursorgaan mag in beginsel vasthouden aan de buiten behandeling plaatsing of afwijzing van de aanvraag. Het heeft geen rekening kunnen houden met deze nieuwe informatie. Het bestuursorgaan heeft destijds rechtmatig gehandeld en de artikelen 4:5 en 4:6 Awb dwingen het niet om alsnog een besluit te nemen dat met de waarheid overeenstemt.²⁰ De waarheidsvinding hoeft kennelijk niet altijd en onder alle omstandigheden te worden doorgezet. Een efficiënte uitvoering van de bestuurstaak en de rechtszekerheid kunnen zich daartegen verzetten.

Het is gemakkelijk de regering te bekritisieren ten aanzien van haar visie op het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Ten tijde van de invoering van de Awb werd in literatuur en jurisprudentie weinig aandacht besteed aan (het belang van) de regels inzake bewijs. Met de kritische kanttekeningen wil ik vooral laten zien, dat de redenering om bewijsrecht buiten de Awb te laten, niet helemaal zuiver is: de rechter vindt niet steeds de waarheid en waarheidsvinding is geen absolute waarde. Bewijsregels kunnen nodig zijn om een waarheidsprobleem adequaat op te lossen. Dat zien we dan ook in de praktijk; bestuursorganen passen wél bewijsregels toe.

19 PG Awb II, p. 175.

20 Een bewijsstuk dat de aanvrager bij de eerste aanvraag had kunnen overleggen, vormt geen nieuw feit als bedoeld in artikel 4:6 Awb, ABRS 28 juli 2004, AB 2004, 352 m.nt. Marseille. De herhaalde aanvraag hoeft dan niet inhoudelijk te worden behandeld. Zie over de bewijsbeperking na de toepassing van artikel 4:5 Awb Schuurmans 2005, p. 154 en bijvoorbeeld ABRS 4 januari 2001, JB 2001, 36 m.nt. De Lange-Bekker en CRvB 24 september 2004, JWWB 2004, 414.

BEWIJSREGELS TEN BEHOEVE VAN EEN EFFICIËNTE EN EFFECTIEVE RECHTSBEDELING

Bestuursorganen die een besluit voorbereiden, zullen niet steeds een onbeperkt onderzoek naar de feiten instellen. Proceseconomische overwegingen spelen in de praktijk een rol. Bestuursorganen stellen zich regelmatig op het standpunt dat belanghebbenden zelf bepaalde gegevens moeten overleggen en de kosten van onderzoek moeten dragen. Voor bepaalde gegevens, zoals die betreffende het inkomen, de woonsituatie of bedrijfsgegevens, zijn belanghebbenden ook veel beter tot verstrekking in staat. Bestuursorganen verdelen de bewijslast over zichzelf en de belanghebbende. Zo zal de aanvrager van een beschikking – die vraagt om de toepassing van een algemene wettelijke regel op zijn individuele geval – gegevens moeten vertrekken die een beoordeling van zijn individuele geval mogelijk maken. De belanghebbende draagt de bewijslast indien hij een bijstandsuitkering aanvraagt, om een subsidie verzoekt voor een vernieuwend project of een vergunning wil voor het op de markt brengen van een bestrijdingsmiddel.²¹ De omstandigheid dat een bestuursorgaan niet alle gegevens kan achterhalen en er niet steeds toe bereid is de kosten van onderzoek te dragen, brengt mee dat in de praktijk de bewijslast wordt verdeeld.

Het bestuursorgaan past meer regels toe dan enkel regels van bewijslastverdeling. Het bestuursorgaan moet beslissen, en wel tijdig. Is een aanvraag ingediend, dan moet het in beginsel binnen acht weken een besluit nemen.²² Ook dit belang van tijdig beslissen stelt beperkingen aan het onderzoek (en dus aan de ruimte om de materiële waarheid te achterhalen). Tijd en geld kunnen het bestuursorgaan ervan weerhouden een bouwlocatie te bezichtigen, een huisbezoek af te leggen, getuigen op te roepen om hen aan een uitgebreid verhoor te onderwerpen. Proceseconomische redenen bewegen het bestuursorgaan er regelmatig toe om in beleid bewijsregels op te nemen die het feitenonderzoek inperken. In een beleidsregel kan worden bepaald op welke wijze benodigd bewijs uitsluitend kan worden geleverd. Zowel de casus van de Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie als die van de IBG vormde daar een voorbeeld van. Beide bestuursorganen beperkten het onderzoek ten behoeve van de waarheidsvinding en schreven de wijze van bewijslevering voor.

Men kan tegenwerpen dat deze argumentatie weinig specifiek is voor het bestuursrecht. Ook in het civiele recht en het strafrecht spelen tijd en geld een grote rol, en kunnen deze factoren beperkingen stellen aan de waarheidsvinding. Toch zijn er verschillen. Tijd en geld vormen in het bestuursrecht namelijk niet het enige argument om de bewijslevering in te perken. De verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan om de wet uit te voeren, kan eveneens

21 Schuurmans 2005, p. 145-155. Neemt het bestuursorgaan ambtshalve (een belastend) besluit, dan draagt het in beginsel zelf de bewijslast en kan het, zonder wettelijke grondslag, geen gegevensverstrekking van de belanghebbende verwachten.

22 Art. 4:13 Awb.

een belangrijke rol spelen. Bestuursorganen zijn met een veelheid aan bestuurstaken belast. Als sluitstuk van de uitvoering van een wet nemen zij doorgaans individuele besluiten. Jaarlijks kan een bestuursorgaan gehouden zijn om in duizenden gevallen te oordelen over subsidieverzoeken, aanvragen voor een uitkering of een verblijfsvergunning. Dat stelt beperkingen aan de onderzoekscapaciteit van het bestuursorgaan en daarmee aan de ruimte voor een vrije bewijslevering. Het bestuursorgaan is niet enkel met één belanghebbende in een procedure betrokken. Het vormt een partij die in honderden of duizenden op elkaar lijkende procedures verweer moet voeren. Een onderzoek net zo lang doorzetten totdat men volledig van de waarheid overtuigd is, is in weinig zaken een optie.²³ Dat zou ertoe leiden dat nog erg weinig besluiten zouden worden genomen.

Het grote aantal (besluitvormings)procedures waarin een bestuursorgaan als partij verwickeld kan zijn, vormt een duidelijk verschil met het civiele recht. In de strafrechtelijke procedure vertoont de positie van het Openbaar Ministerie op het eerste gezicht wél een grote mate van overeenkomst met de reguliere bestuursorganen. Ook het OM is in vele procedures als partij betrokken. De hoge eisen echter die aan het bewijs van een strafrechtelijke overtreding of misdrijf worden gesteld, dwingen het OM gebruik te maken van het opportunitiebeginsel. Het OM maakt een keuze in de zaken die het wil vervolgen en heeft daardoor de ruimte om zijn feitenonderzoek aan hoge eisen te laten voldoen. Bestuursorganen beschikken in beginsel niet over een dergelijke ruimte. Zo is een bestuursorgaan in de regel gehouden om tegen alle overtredingen handhavend op te treden.²⁴ Een toepassing van het opportunitiebeginsel bij het afhandelen van aanvragen is nog lastiger voor te stellen. Een ieder die volgens de wet recht zou hebben op een uitkering, zou zijn aanspraak voor het bestuursorgaan waar moeten kunnen maken. Het bestuursorgaan kan niet op voorhand een selectie maken in de aanvragen die het wil behandelen en onderzoeken.

Hiervoor is opgemerkt dat het bestuursorgaan een gevaar loopt dat het de wet onvoldoende uitvoert wanneer het te veel en te lang onderzoek verricht naar de feiten. Voorzieningen die bedoeld zijn om aan een bepaalde categorie personen toe te komen, zouden onvoldoende en niet tijdig bij die groep terecht kunnen komen. Een illustratie kan worden ontleend aan de in het bestuursrecht vrij beruchte casus van de Silicose-vergoedingen.²⁵ De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verstrekt geld aan de Stichting Silicose Oud-

23 Neemt het bestuursorgaan een punitief besluit, dan wordt wel verlangd dat de overtreding van het wettelijke voorschrift onomstotelijk vaststaat, Schuurmans 2005, p. 95 e.v.

24 Zie over de beginselplicht in het algemeen P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2005, p. 87-90; over de mogelijkheid van opportunitiekeuzes bij de handhaving J.E.M. Polak, 'Bestuursrechtelijke handhaving: bevoegdheid of verplichting? Hebben juristen niets meer te bieden?' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak, *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer: 2005, 201-214.

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

mijnwerkers. Deze stichting kent eenmalige vergoedingen toe aan oud-mijnwerkers, die door het werk in de mijnen de longziekte silicose hebben opgelopen. De minister lost via een financiële genoegdoening een 'ereschuld' in bij een bejaarde en vaak ernstig zieke groep oud-mijnwerkers. Medisch gezien blijkt het lastig om deze aandoening te diagnosticeren. Verschillende methoden bestaan om een beperkte longfunctie te constateren en daaruit conclusies te trekken ten aanzien van de oorzaak. Wil men de waarheid zo dicht mogelijk benaderen, dan kan men ervoor kiezen om een oud-mijnwerker aan alle mogelijke medische testen te onderwerpen. Het beeld van de longfunctie is dan zo volledig mogelijk en de vraag of de oud-mijnwerker recht heeft op de vergoeding kan zo dicht mogelijk bij de waarheid worden vastgesteld. Er kleven echter nadelen aan deze opstelling. Niet alleen zou de uitvoering erg duur zijn, de afhandeling van een aanvraag zou een groot tijdsbestek beslaan. In deze zaken is dat bezwaarlijk. Het doel van de regeling – de inlossing van de ereschuld – wordt het best gediend indien de oud-mijnwerker nog in leven is ten tijde van de vergoeding. Dat vergt een snelle afhandeling van zijn aanvraag. Een goede uitvoering van de wet verlangt niet alleen maar uitvoering naar waarheid, maar ook een tijdige uitvoering. De tijdige besluitvorming waarborgt dat rechthebbenden op een voorziening daar ook werkelijk gebruik van kunnen maken.

Om te voorkomen dat het bestuursorgaan vrijwel stopt met de uitvoering van de wet, moet het zich realiseren dat volledige zekerheid in rechte niet kan worden verkregen. Het dient vast te stellen vanaf welk onzekerheidspercentage het bereid is een voorziening toe te kennen, dan wel een belastend besluit te nemen. De strekking van de wet en de aard van het besluit zullen in vergaande mate bepalen welke onzekerheidsmaatstaf aanvaardbaar is.

Een efficiënte uitvoering van de wet vergt voorts dat het benodigde onderzoek gemakkelijk en herhaaldelijk kan worden uitgevoerd. Vele wegen leiden naar Rome, maar niet allemaal even efficiënt. Het bestuursorgaan, met name de zogenaamde 'beschikkingfabrieken', zullen een vaste weg kiezen en het onderzoek naar de feiten standaardiseren. Het bestuur kiest veelal voor een methode van feitenvaststelling die niet te duur is, voldoende zekerheid biedt en zich ervoor leent om in een groot aantal zaken te worden toegepast. Bestuursorganen blijken dan niet al het bewijsmateriaal in ogenschouw te willen nemen. Zij hebben veelal een voorkeur voor schriftelijk bewijsmateriaal, liefst afkomstig van een overheidsinstantie of vastgelegd volgens wettelijke administratie-eisen. In de beleidsregel kiest het bestuur voor bewijsmateriaal dat gemakkelijk te controleren is.²⁶ Zo koos de IBG voor een uittreksel uit de gemeentelijke basisadministratie, een huurcontract dan wel bankafschriften.

Met deze overwegingen in het achterhoofd kan het bevreemden dat het bestuursrecht, anders dan het civiele recht, weinig aandacht besteed aan het adagium *litis finiri oportet*; aan het geschil moet een einde komen en partijen

26 Zie Schuurmans 2005, p. 160-175 over de mogelijkheden van een bestuursorgaan om een bewijsbeleid te voeren.

zijn aan de beslechting van het geschil gebonden.²⁷ Bewijsrecht is een middel om knopen door te hakken en een geschil tijdig te beëindigen. In het civiele recht wordt bij de bestudering van de bewijslastverdeling de aandacht voor een groot deel gericht op de verdeling van het bewijsrisico. Staan de feiten niet vast, dan wordt het geschil opgelost door een toedeling van het bewijsrisico. De partij met het bewijsrisico kan niet de aanspraak verzilveren die zij maakte op het materiële recht. Traditiegetrouw wordt in het bestuursrecht weinig aandacht besteed aan bewijsregels als middel om een geschil te beëindigen. Daartoe zal het idee hebben bijgedragen dat bij onduidelijkheid over de feiten óf het bestuursorgaan meer onderzoek moet doen op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel óf de rechter zijn onderzoeksbevoegdheden aanwendt. Bewijsproblemen lossen bestuursorgaan en rechter wel op. Toch bestaat er veel aanleiding om het adagium *litis finiri oportet* in het bestuursrecht een prominente plaats toe te delen. De voortdurende van het geschil kan, naast de belanghebbende en het bestuursorgaan, ook de belangen van derden raken.²⁸ De rechtsvaststelling in het besluit kan voor hen gevolgen hebben, waarover zij spoedig duidelijkheid wensen. Bovendien moet het bestuur aan besturen toekomen; er dient niet alleen een einde te komen aan een concreet geschil, maar aan alle geschillen waarin het bestuursorgaan met belanghebbenden is verwickeld. En dan ook nog binnen een redelijke termijn. Bewijsregels kunnen daarbij helpen. Regels ten aanzien van de bewijsvoering bespoedigen het onderzoek en bij een lastig op te lossen bewijsprobleem kan een toedeling van het bewijsrisico het geschil beëindigen.

BEWIJSREGELS TEN BEHOEVE VAN DE RECHTSZEKERHEID EN RECHTSGELIJKHEID

Naast de factoren tijd en geld is tot nu toe stilgestaan bij het belang dat het bestuursorgaan effectief en efficiënt de wet kan uitvoeren. Deze omstandigheden kunnen ertoe leiden dat het feitenonderzoek wordt gestandaardiseerd en soms wordt vereenvoudigd. Er zijn nog andere elementen die kunnen pleiten voor vaste bewijsregels van het bestuursorgaan, namelijk de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. Belanghebbenden zouden in dezelfde mate hun bewijsmateriaal naar voren moeten kunnen brengen en bij een zelfde zekerheidsmaatstaf in hun bewijslast geslaagd moeten worden geacht. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kunnen verlangen dat het bestuursorgaan een vaste onderzoeksmethode aanwijst. Het volgende voorbeeld kan als illustratie dienen.

Bij de heffing van loonpremie is het relevant of de werkgever de juiste hoogte van het loon heeft opgegeven. Vergoedt hij een bedrag aan reiskosten van de werknemer, dan dient te worden bezien of de vergoeding past bij de af-

27 Vgl. Asser 2004, p. 55.

28 B.J. Schueler, *Het zand in de machine. Over de noodzaak van de beperking van rechtsbescherming* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2003, p. 6 e.v.

gelegde route. Is de vergoeding bovenmatig, dan wordt een gedeelte aangemerkt als loon waarover premie moet worden afgedragen. Het Uitkeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) dient vast te stellen of door werknemers de meest gebruikelijke weg is afgelegd. Hoe doet men dat? Daar bestaan verschillende methodes voor. Het Uwv heeft de keuze uit een veelheid aan routeplanners, of het kan een enquête houden onder werknemers die dagelijks hetzelfde traject afleggen tussen woon- en werkstad. Ook is het mogelijk dat het de verkeersdrukte meet op wegen binnen het traject. De ene methode brengt de minste bestuurslasten met zich, de andere methode biedt voor de burger het meest gunstige resultaat en weer een andere methode is het best te verifiëren. Cruciaal punt is dat de verschillende methodes mogelijk tot een andere uitkomst leiden, zonder dat men kan zeggen dat de een structureel dichterbij de waarheid ligt dan de ander. De genoemde methodes geven allemaal de werkelijkheid vereenvoudigd weer. Dat valt niet altijd te vermijden. Wel kan worden verlangd dat voor iedere burger de waarheid op dezelfde wijze wordt benaderd. Zowel het rechtszekerheidsbeginsel als het rechtsgelijkheidsbeginsel kan verlangen dat het bestuur een vaste onderzoeksmethode kiest en in beleid neerlegt. Deze beginselen spelen met name een rol indien de feiten lastig objectief kunnen worden vastgesteld. Naast genoemd voorbeeld kan men bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin een feitenvaststelling van medische aard aan de orde is (zoals de vaststelling van silicose).

DE SPANNING TUSSEN BEWIJSREGELS EN DE MATERIËLE WAARHEID

De centrale vraag van deze bundel is hoe bewijzen en beslissen zich tot elkaar verhouden. Leidt de noodzaak om een beslissing te nemen tot bewijsregels? Die vraag moet op basis van het voorgaande bevestigend worden beantwoord. Een procedure waarin tijdig en consequent besluiten worden genomen, verlangt vaste regels die het feitenonderzoek normeren.

Een ander aspect van de centrale vraagstelling is of bewijsregels teveel beperkingen opleggen bij het benaderen van de materiële waarheid. Die vraag verdient wat betreft het bestuursrecht de nodige aandacht. Immers, materieel bewijsrecht is niet in de wet vastgelegd omdat het de waarheidsvinding zou belemmeren. In het onderstaande stel ik wederom de bewijsregels centraal die bestuursorganen in hun beleid formuleren. Beperken de bewijsbeleidsregels te vergaand een onbevangen onderzoek naar de waarheid?

Of de bestuurlijke bewijsregels de waarheid teveel geweld aandoen, hangt in de eerste plaats af van de inhoud van die bewijsregels. De keuze voor een bepaalde onderzoeksmethode en bepaalde bewijsmiddelen moet met objectieve argumenten worden onderbouwd. De methode moet geschikt zijn om een feit aan te tonen, zij moet voldoende nauwkeurig zijn en de methode moet zich ervoor lenen om in een groot aantal gevallen te worden toegepast. Is de bewijslevering beperkt tot een bepaald bewijsmiddel, dan moet het reëel zijn dat een belanghebbende over het gevraagde bewijsmiddel kan beschikken. De bewijsregels moeten degene die een recht heeft, voldoende kans geven dat

recht te realiseren. De bestuursrechter kan de argumenten, de motivering voor het bewijsbeleid, intensief toetsen en daarmee waarborgen dat de waarheidsvinding niet nodeloos wordt belemmerd.

Een ander middel om ruimte te geven aan de waarheidsvinding ligt in de afwijkingsmogelijkheden van het bestuurlijke bewijsbeleid. Beleidsregels binden niet op een zelfde wijze als wettelijke voorschriften doen. Bijzondere omstandigheden kunnen ertoe nopen dat de algemene beleidsregel niet wordt toegepast in een concreet geval; de zogenaamde inherente afwijkingsbevoegdheid.²⁹ Het is dus niet op voorhand uitgesloten dat een belanghebbende volgens een andere methode of aan de hand van ander bewijsmateriaal de feiten aannemelijk maakt. De afwijkingsbevoegdheid zou het bestuursorgaan moeten inzetten ten behoeve van de waarheidsvinding. Is het alternatieve bewijs van de belanghebbende bijzonder overtuigend en gemakkelijk te verifiëren dan bestaan er mijns inziens weinig bezwaren om dat bewijsmateriaal te accepteren. Het doel van het beleid, namelijk de efficiënte afhandeling van een grote groep besluiten, wordt niet gefrustreerd en een weigering zou de waarheidsvinding onnodig belemmeren. Vergt het alternatieve bewijsmateriaal wel een uitvoerig onderzoek, dan is een grotere terughoudendheid gepast. In die situatie wordt wél afbreuk gedaan aan de doelstelling van het bewijsbeleid. Alleen wanneer de bewijspositie van de belanghebbende zeer nijpend is, zou dan coulançe op zijn plaats zijn.

Een voorbeeld van die situatie kan worden ontleend aan de uitvoeringspraktijk van de Algemene Kinderbijslagwet. Ouders kunnen ook kinderbijslag ontvangen voor hun kind dat niet bij hun thuis woont, zolang vaststaat dat de ouder het kind onderhoudt. De Sociale Verzekeringsbank verlangt volgens vast beleid dat deze ouder het onderhoud aantoonst door bewijs van overmaking van de gelden per bank of internationale postwissel aan de verzorger van het kind.³⁰ Ligt door een oorlogssituatie het bankverkeer goeddeels plat, dan kan niet van de ouder deze bewijslevering worden verlangd. Hij kan met geen mogelijkheid over het gevraagde bewijsmiddel beschikken. Vasthouden aan het bewijsbeleid zou er toe leiden dat ook de ouder die in werkelijkheid recht heeft op de kinderbijslag, onder deze omstandigheden dit recht nooit waar kan maken. In een dergelijk geval wordt de belanghebbende toegelaten om alternatief bewijsmateriaal te verstrekken.³¹ De bijzondere positie van de belanghebbende kan rechtvaardigen dat het bestuursorgaan aan zijn zaak meer tijd besteedt. De gelijke kansen die een ieder moet hebben om uiteindelijk in de bewijslast te slagen, kunnen verlangen dat het bestuursorgaan meer bewijsmiddelen accepteert en meer onderzoek verricht naar aanleiding van deze bewijsmiddelen.

29 Art. 4:84 Awb.

30 CRvB 23 maart 1998, RSV 1998, 203.

31 CRvB 2 juni 1999, RSV 1999, 230; CRvB 28 februari 2001, RSV 2001, 135; CRvB 11 september 2002, RSV 2002, 297.

De flexibiliteit om in het kader van de waarheidsvinding af te wijken van bewijsregels neemt af wanneer men deze regels niet in beleid, maar in de wet vastlegt. Is de rechter al terughoudend in de toetsing van bestuurlijk beleid,³² die toetsing wordt onmogelijk wanneer de bewijsregel is vastgelegd in een formele wet. Daarnaast ontbreekt een inherente bevoegdheid om van de wettelijke bewijsregel af te wijken. Het belang van de waarheidsvinding is een stuk lastiger te dienen wanneer bewijsregels in de wet worden opgenomen. Natuurlijk zijn er ook argumenten die wél voor vastlegging in de wet kunnen pleiten, zoals de democratische legitimatie van wettelijke voorschriften en de rechtszekerheid die dergelijke voorschriften bieden. De waarheidsvinding blijft echter iets lastiger te behartigen, wanneer een wettelijk voorschrift de methode van feitenvaststelling dwingend voorschrijft.

Kom ik als afsluiting van dit betoog dan uit bij het beginpunt dat ik geprobeerd heb te bestrijden? Bewijsregels beperken de waarheidsvinding te sterk en verdienen daarom niet in de wet te worden opgenomen? Ja en nee. Als voornaamste punt heb ik willen laten zien dat een geheel vrij bewijs voor de uitvoeringspraktijk problematisch kan zijn. Een tijdige en consequente afhandeling van een veelheid besluiten verlangt vaste regels van bewijsvoering. Dat is niet alleen een praktisch, maar ook een normatief betoog. De waarheid dient voor belanghebbenden op een gelijke wijze te worden benaderd. Het rechtsgelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel komen in gevaar wanneer feiten lastig objectief zijn vast te stellen en de bewijslevering geheel vrij is gelaten. Bewijsregels zijn dus nodig om te beslissen, maar dragen ook het gevaar in zich de waarheidsvinding te veel aan banden te leggen. Er zijn verschillende middelen om dat gevaar in te dammen. Hoe meer flexibiliteit de regel bezit, hoe gemakkelijker men recht kan doen aan het belang van de waarheidsvinding. In beginsel bieden beleidsmatige regels, door middel van de inherente afwijkingsbevoegdheid, dan meer mogelijkheden dan een wettelijk regime. Het bestuursrecht beschikt over de luxe om voor een tussenoplossing te kiezen: wel bewijsregels ten behoeve van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en een efficiënte rechtsbedeling, maar meer mogelijkheden om in knellende situaties van de bewijsregels af te wijken. Die luxe komt echter alleen tot zijn recht indien bestuur en rechter bereid zijn de flexibiliteit van beleid in te zetten ten behoeve van het belang van de waarheidsvinding.

32 A.P. Klap, 'Rechterlijke toetsing van en aan beleidsregels', *JBplus* 2002, p. 17-28.