



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Bestuursrecht en bewijs [CRvB 27 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:770;
«JB» 2013/177 (Entamoeba histolytica of entamoeba dispar)]**

Schuurmans, Y.E.; Schlössels, R.J.N.; Peters, J.A.F.; Albers, C.L.G.F.H.; Beijen, B.A.; Kole, S.D.P.

Citation

Schuurmans, Y. E. (2019). Bestuursrecht en bewijs [CRvB 27 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:770; «JB» 2013/177 (Entamoeba histolytica of entamoeba dispar)]. In R. J. N. Schlössels, J. A. F. Peters, C. L. G. F. H. Albers, B. A. Beijen, & S. D. P. Kole (Eds.), *JB select* (pp. 339-353). Den Haag: Sdu. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/82980>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/82980>

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

20. Bestuursrecht en bewijs

CRvB 27 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:770

«JB» 2013/177 (Entamoeba histolytica of entamoeba dispar)

De rechtbank is niet over de buitengrens van de omvang van het geding getreden, r.o. 6.1. 'Het vraagstuk van het causaal verband tussen de ziekte van appellante en haar beroepswerkzaamheden, dat de kern vormt van het geschil tussen partijen, kon immers niet beantwoord worden zonder de wetenschap welke parasiet de infectie veroorzaakt heeft. Toen uit het door de rechtbank opgedragen deskundigenonderzoek – geheel onverwacht voor partijen en de rechtbank – de conclusie naar voren kwam dat de entamoeba histolytica waarschijnlijk niet de oorzaak van de infectie was, heeft de rechtbank die uitkomst terecht in haar oordeelsvorming betrokken. Artikel 8:69, derde lid van de Awb, waarin is bepaald dat de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen, geeft de rechter ook de bevoegdheid om bij de vaststelling van de feiten af te wijken van de feiten zoals deze door partijen zijn gepresenteerd. In dit geval was daarvoor temeer reden, nu er geen sprake was van een afspraak tussen partijen om van een bepaalde feitenconstellatie uit te gaan, maar slechts van een bij beide partijen levende – en vervolgens kennelijk onjuist gebleken – veronderstelling. De Raad acht hierbij van belang dat de rechtbank ruim de gelegenheid aan partijen heeft gegeven om over en weer te reageren op het nieuwe inzicht van de deskundige; een gelegenheid die partijen ook hebben benut.

6.2. Over de vraag of de rechtbank mocht afgaan op de conclusies van Van Genderen en of zij terecht heeft geconcludeerd dat, nu op grond van die conclusies het aanvankelijk veronderstelde causaal verband onvoldoende vaststaat, de gestelde beroepsziekte niet aannemelijk is gemaakt, wordt als volgt geoordeeld. Als uitgangspunt heeft te gelden dat het op de weg van appellante ligt om bewijs te leveren voor haar stelling dat zij de infectie met entamoeba histolytica heeft opgelopen tijdens haar beroepswerkzaamheden. Deze bewijslastverdeling wordt niet anders, nu de rechtbank in dit geval aan appellante tegemoet is gekomen door zelf een deskundige te benoemen vanwege het ontbreken van een voldoende onderbouwd deskundigenadvies van de zijde van appellante. Nu deze deskundige in een consistent en inzichtelijk rapport heeft geconcludeerd dat zeer waarschijnlijk geen sprake is geweest van besmetting met de veronderstelde entamoeba histolytica, lag het dan ook op de weg van appellante om deskundig tegenbewijs aan te dragen.(...).'

1. De feiten

Een politieagente raakt door ziekte arbeidsongeschikt. Zij meent dat zij die ziekte in dienstverband heeft opgelopen. Zij zou besmet zijn met de parasiet entamoeba histolytica, die veel voorkomt in de (sub)tropen. Zelf is zij niet recentelijk in die contreien geweest, reden waarom zij veronderstelt dat zij de parasiet via een andere persoon moet hebben verkregen. Privé heeft ze geen contact gehad met personen die een verhoogd risico hebben, wel in haar werk met verdachten die mede afkomstig zijn uit risicolanden met betrekking tot de parasiet. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt dat zij vermoedt geïnfecteerd te zijn doordat zij in het kader van verhoren handen van verdachten heeft geschud en door hen aangeraakte spullen heeft doorzocht, Rb. Rotterdam 18 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3596. De agente heeft er belang bij dat de korpschef de besmetting als een beroepsziekte erkent, omdat het ambtenarenrecht daar gevolgen aan verbindt, zoals de volledige doorbetaling van het salaris. Op grond van art. 1, aanhef en onder y, van het Besluit algemene rechtspositie politie (Barp) wordt onder beroepsziekte verstaan een ziekte, welke in overwegende mate haar oorzaak vindt in de aard van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden waaronder deze moesten worden verricht, en die niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid is te wijten.

De korpschef wijst het verzoek om de infectie als beroepsziekte aan te merken af, omdat hij het onvoldoende waarschijnlijk acht dat de agente die tijdens haar werk heeft opgelopen, zo blijkt uit de rechtbankuitspraak. Een dergelijke besmetting komt in Nederland nauwelijks voor, collega's hebben

niet een vergelijkbare infectie opgelopen en overigens is een besmetting door de omgang met verdachten onaannemelijk. Een besmetting met de tropische parasiet loopt men doorgaans op door het nuttigen van besmet voedsel of drinkwater, zo leert Wikipedia.

De rechtbank benoemt als deskundige een internist van het Havenziekenhuis, gespecialiseerd in tropengeneeskunde, om zich te laten voorlichten over het mogelijke causale verband tussen de beroepswerkzaamheden van de agente en de besmetting. Vanaf dat moment neemt de rechtszaak een verrassende wending. De deskundige komt tot de conclusie dat de agente helemaal niet met de entamoeba histolytica is besmet, maar met een daarop sterk lijkende parasiet, de entamoeba dispar. Deze parasiet is echter niet specifiek aan de tropen verbonden. Zij kan de infectie ook direct hebben opgelopen in Nederland, dus los van het contact dat zij met mensen uit de tropen heeft gehad. De aard van de infectie was echter helemaal geen punt van geschil: tot nu toe ging een ieder ervan uit dat de agente door de tropische parasiet was besmet. Waar de rechtbank een deskundige benoemde die aanvankelijk potentieel de procespositie van de agente zou versterken (zij kon potentieel bewijsmateriaal verkrijgen, wat zij tot nu toe niet zelf had kunnen bemachtigen), bracht het deskundigenadvies uiteindelijk nadeel toe aan haar procespositie. Kan dat? Wat heeft voorrang: de waarheid van partijen of de materiële waarheid? Op die vragen geeft de hier geannoteerde uitspraak antwoord.

2. Inleiding

Sommige uitspraken zijn klassiekers, andere uitspraken zijn bijzonder illustratief voor het uitleggen van een bepaald leerstuk. Bovenstaande uitspraak behoort veeleer tot de tweede categorie. Overigens geldt voor bijna alle bewijsrechtelijke uitspraken dat zij vooral illustraties van het bewijsrechtelijk leerstuk vormen en maar zelden zeer principiële rechtsoverwegingen bevatten, die als een vaste bouwsteen in vervolguitspraken terugkomen. Het bewijsrecht geeft regels aan de hand waarvan feiten in een juridisch geschil worden vastgesteld. Interessante bewijsrechtelijke uitspraken hebben dus iets met de feiten te maken, wat deze uitspraken inherent nogal casuïstisch maakt. Dat gezegd zijnde biedt bovenstaande uitspraak een mooie illustratie van diverse aspecten van het bestuursrechtelijke bewijsrecht: de bewijsomvang, de bewijslastverdeling, de taak van partijen en van de rechter om bewijsmateriaal te vergaren en de eigen aard van het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Op deze laatste twee punten is de uitspraak verrassend principiële ingestoken. De bestuursrechter mag feiten vaststellen, ook als deze niet door partijen worden betwist, zolang hij daarmee binnen de grenzen van het geding blijft. Ook al is het bestuursprocesrecht steeds meer een partijenproces geworden, dat betekent niet dat het belang van materiële waarheidsvinding voor het belang van partijen hoeft te wijken.

Deze kernboodschap van de uitspraak komt in paragraaf 4 aan bod. Daaraan voorafgaand behandel ik in paragraaf 3 zeer beknopt de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Paragraaf 5 zet de regels van bewijslastverdeling uiteen. Vervolgens gaat de beschouwing in op de bewijslevering door partijen in de beroepsfase (paragraaf 6) en het feitenonderzoek door de bestuursrechter (paragraaf 7). Daarin wordt het bewijsrecht geduid binnen de bredere ontwikkeling van een bestuursprocesrecht dat steeds meer bewijslevering van partijen vergt, informeler van karakter wordt en meer naar definitieve geschilbeslechting streeft. Paragraaf 8 sluit af met de conclusie.

3. Ontwikkeling bestuursrechtelijk bewijsrecht

Het bestuursrecht kent als uitgangspunt de vrij-bewijsleer. Deze leer houdt in dat de rechter vrij is in de bewijsbeslissingen die hij neemt. Dat betekent dat de rechter in beginsel zelf kan oordelen wat de bewijsomvang is (welke feiten behoeven bewijs?), wie de bewijslast toekomt (wie moet bewijzen?), welke bewijsmiddelen hij toelaat (op welke wijze moet worden bewezen?) en hoe hij de bewijsmiddelen waardeert (ben ik overtuigd?). Die vrij-bewijsleer is door de wetgever onderschreven, toen hij hoofdstuk 8 van de Awb ontwierp. Materiële waarheidsvinding vormt een karakteristiek van het bestuursprocesrecht. Mede daarom ontbreken regels van (materieel) bewijsrecht in de Awb,

omdat die bewijsregels de rechter te zeer kunnen belemmeren bij het vinden van de waarheid. De wetgever zag bewust af van het van overeenkomstige van toepassing verklaren van de bewijsrechtelijke regeling uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, omdat de partijverhouding in het civiele en bestuursrechtelijke proces te zeer verschilt (PG Awb II, p. 173 en 177; zie nader o.a. R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 11-116; Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam Vu), Deventer: Kluwer 2005, p. 41-44). Hoofdstuk 8 van de Awb kent als gevolg daarvan geen titel over het bestuursrechtelijke bewijsrecht.

Sinds de invoering van de Awb in 1994 is er echter veel gebeurd. Ook al zijn rechters vrij in de bewijsbeslissingen die zij nemen, zij zijn vanuit het rechtsgelijkheid- en rechtszekerheidsbeginsel gehouden consistente rechtspraak te wijzen. Rechters nemen (als het goed is) geen willekeurige beslissingen omtrent bewijsrechtelijke kwesties, maar sluiten aan bij eerdere jurisprudentie waarin uitspraken zijn gedaan over bewijsomvang, bewijslastverdeling, bewijsmiddelen en bewijswaardering. Het bestuursrecht kent dus wel degelijk hoofdlijnen van bewijsrecht. Bovendien is het karakter van het bestuursrechtelijke proces sinds 1994 behoorlijk veranderd. Zo is de eigen procesverantwoordelijkheid van partijen toegenomen, is de rechter in de loop van de tijd minder onderzoeksbevoegdheden gaan aanwenden, maar meer regie gaan voeren en streeft hij naar een definitieve oplossing van het geschil. Mede door deze ontwikkeling staat het belang van waarheidsvinding duidelijk op de agenda, waarbij de taak tot bewijslevering primair een van partijen is geworden.

4. Bewijsomvang en omvang van het geding

Welke feiten komen voor bewijs in aanmerking? Het antwoord op die vraag geeft de bewijsomvang weer. Hoewel de Awb geen artikel kent over een stelplicht, een bewijsaandraagplicht of de taak om feiten te betwisten, geeft zij toch regels aan de hand waarvan de bewijsomvang kan worden bepaald. 'Artikel 8.2.6.4 [8:69 Awb, YS] kan worden beschouwd als het enige artikel waarin materieel bewijsrecht is opgenomen: het schrijft de rechter dwingend voor, waarop hij zijn uitspraak zal moeten baseren' (PG Awb II, p. 175). Kort gezegd zijn de beroepsgronden van eiser leidend voor de vraag waar het geding bij de rechter over gaat. Nu het zijn taak is om *het geschil* definitief te beslechten, bepaalt de bestuursrechter eerst aan de hand van de beroepsgronden (zie het eerste lid van art. 8:69 Awb) welk geschil aan hem wordt voorgelegd.

In casu draait het geschil om de vraag of de agente een beroepsziekte heeft, meer in het bijzonder of er causaal verband bestaat tussen de infectie en haar beroepswerkzaamheden (r.o. 6.1). De activiteiten die de bestuursrechter vervolgens ontplooit, vinden plaats binnen deze omvang van het geschil. Preciezer gezegd: de taak van de rechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (lid 2) en de feiten aan te vullen (lid 3), verricht hij alleen binnen de grenzen van het geschil (lid 1) en niet daarbuiten (zie nader o.a. D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2008, p. 103). Het deskundigenonderzoek dat de rechtbank heeft laten verrichten, heeft zij ingesteld om een oordeel te kunnen vellen over de beroepsgrond, gericht tegen de vermeend onterechte onthouding van de erkenning als beroepsziekte. Daarmee blijft zij binnen de omvang van het geding, want zij onderzoekt de aangevoerde beroepsgrond (vgl. ABRvS 3 februari 2010, *JB 2010/79* m.nt. Schlössels). Zou de rechter in deze zaak bijvoorbeeld informatie vergaren over de ziekteduur van appellante en zien dat het bestuursorgaan de wettelijk relevante termijn van 26 weken onjuist heeft vastgesteld (daarna zou eventueel een korting van het salaris mogelijk zijn), dan kan hij daarentegen niets met deze feitelijke kennis; appellante heeft over de vaststelling van de ziekteduur geen beroepsgrond aangevoerd. De bestuursrechter kan dus niet alle feitelijke onjuistheden in het besluit rechtzetten, hij kan dat alleen voor zover de beroepsgrond aanleiding geeft tot dat feitelijke onderzoek.

Vervolgens is het de vraag wat *binnen* de omvang van het geding aan waarheidsvinding kan plaatsvinden. In r.o. 6.1 expliciteert de CRvB dat art. 8:69 derde lid Awb de rechter ook de bevoegdheid geeft om bij de vaststelling van de feiten af te wijken van de feiten zoals deze door partijen zijn

gepresenteerd. Dat oordeel past naadloos in de visie waarvan de Awb-wetgever getuigde: de bestuursrechter streeft naar materiële waarheidsvinding, voert de regie en is nadrukkelijk bevoegd op basis van eigen onderzoek de feiten aan te vullen (PG Awb II, p. 173). Dat de feiten niet in geschil zijn, wil niet zeggen dat zij irrelevant zijn voor de te beoordelen beroepsgrond. De rechter mag daar dus gewoon onderzoek naar doen en de feiten naar eigen overtuiging vaststellen.

Traditioneel wordt daarin een flinke tegenstelling met het burgerlijk procesrecht gezien. De civiele rechter mag op basis van art. 149 Rv slechts die feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of door een partij zijn gesteld. Gestelde feiten die door de wederpartij onvoldoende zijn betwist, dient hij als vaststaand aan te nemen. Dat kan tot een 'formele waarheid' leiden, die anders ligt dan wat in werkelijkheid is gebeurd. Toch heeft ook de civiele rechter de nodige ruimte om feiten naar eigen overtuiging vast te stellen, die in de toekomst alleen maar groter lijkt te worden. Een wetsvoorstel 'tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht' is in de maak (conceptwetsvoorstel, te raadplegen op www.internetconsultatie.nl, naar aanleiding van het eerdere advies van A. Hammerstein, R.H. de Bock & W.D.H. Asser, *Modernisering burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Bju 2017). Dat voorstel bevat, overeenkomstig het bestuursrecht, een verplichting voor partijen om voorafgaand aan de procedure alle relevante informatie over hun geschil te verzamelen. Daarnaast krijgt de rechter meer armslag om de feitelijke grondslag van vordering, verzoek of verweer te bespreken. "Op de rechter rust op grond van artikel 20 [Rv] de verantwoordelijkheid om binnen een redelijke termijn een rechtvaardige uitspraak te doen die bijdraagt aan een oplossing van het geschil. Vanuit die verantwoordelijkheid draagt de rechter in de procedure binnen de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd actief bij aan het achterhalen van de waarheid. Daartoe mag de rechter onderzoeken welke feiten die passen in de feitelijke en juridische grondslag van de vordering, het verzoek of het verweer van belang zijn voor een juiste beslissing en alles wat hem tijdens de procedure ter ore komt aan zijn beslissing ten grondslag leggen." (concept MvT, par. 5.2). Het bestuursrechtelijke en civiele proces groeien op dit punt dus behoorlijk naar elkaar toe (zie ook Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, par. 4.3.2).

5. Bewijslastverdeling

De rechter die een deskundige benoemt, neemt de bewijsvoeringslast van een van de partijen over. Dat betekent niet dat de rechter daarmee ook de gehele bewijslast is gaan dragen. De 'bewijslast' kan worden opgedeeld in een bewijsrisico en een bewijsvoeringslast. Het bewijsrisico geeft aan wat er moet gebeuren in het geval de feiten niet vast komen te staan. Het lukt de rechter niet altijd om de waarheid te achterhalen. Twijfelt hij teveel over wat er is gebeurd, dan moet hij erkennen dat hij het gewoon niet weet. Die situatie duiden civilisten aan met de term *non liquet*. Gevolg is dat een van de partijen de procedure verliest; deze partij draagt het bewijsrisico. Vaak is het vrij gemakkelijk om te bepalen op welke partij het bewijsrisico drukt. Bijna elk rechtstelsel neemt als uitgangspunt dat de partij die een verandering in het recht beoogt (en zich dus op het intreden van een bepaald rechtsgevolg beroept), de feiten aannemelijk moet maken die dat rechtsgevolg doen intreden. Vervolgens zal die partij proberen te voorkomen dat zij daadwerkelijk de procedure verliest; zij gaat bewijsmateriaal vergaren. Die taak om bewijsmateriaal te overleggen noemen we de bewijsvoeringslast. In het begin van een procedure rusten bewijsrisico en bewijsvoeringslast bijna altijd op een en dezelfde partij. Waar het bewijsrisico in beginsel statisch is, is de bewijsvoeringslast dynamisch. Zij kan gedurende de procedure van de ene naar de andere partij verschuiven. De partij met het bewijsrisico brengt net zo veel bewijsmateriaal bijeen dat de rechter er voorlopig van overtuigd is dat de gestelde feiten zijn voorgevallen. De wederpartij zal nu de kans willen benutten om dat vermoeden te ontkrachten. De bewijsvoeringslast gaat dan op de wederpartij over. Ook de rechter kan dus de bewijsvoeringslast op zich nemen, bijvoorbeeld omdat een van de partijen in bewijsnood verkeert en hij het belang van de zaak te groot acht om al direct het beroep ongegrond te verklaren dan wel het besluit te vernietigen.

Hoe werkt dit nu uit in het bestuursrecht? Bijzonder aan het bestuursrecht is dat allereerst het bestuursorgaan de overtuiging moet krijgen dat bepaalde feiten zijn voorgevallen, zodat het een besluit kan nemen. Bewijslevering in het bestuursrecht vindt primair plaats in de besluitvormingsfase. Daar wordt dan ook al de bewijslast verdeeld. Grofweg komt het stelsel op het volgende neer. De aanvrager van een bepaald besluit dient op grond van art. 4:2 lid 2 Awb de gegevens te verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Doet hij dat niet, dan kan het bestuur doorgaans de aanvraag buiten behandeling laten (art. 4:5 Awb) of de aanvraag eenvoudig afwijzen. Daarmee is het bewijsrisico voor de kiezen van de aanvrager gekomen. Hij beriep zich op een bepaald rechtsgevolg (bijvoorbeeld de toekenning van een uitkering of de verlening van een vergunning), maar nu de feiten niet vaststaan wordt zijn aanvraag afgewezen en ‘verliest’ hij de procedure. Neemt het bestuursorgaan ambtshalve een besluit, dan kan art. 4:2 lid 2 Awb niet worden toegepast. Dan normeert alleen nog art. 3:2 Awb de feitenvaststelling: het bestuursorgaan vergaart de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Het bestuur draagt dan het bewijsrisico en de bewijsvoeringslast. Dit is een vrij simplistische weergave van het systeem. In de praktijk werken wettelijke voorschriften en beleidsregels de bewijsvoeringslasten vaak nader uit. Ook zien we dat rechters zogenaamde ‘vuistregels’ toepassen om nuances aan te brengen en zo recht te doen aan het materiële rechtsgebied of de specifieke bewijspositie van de belanghebbende. Zie hierover meer uitgebreid Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam Vu), Deventer: Kluwer 2005.

De hier geannoteerde uitspraak gaat indirect over de bewijslastverdeling. De agente voert in hoger beroep aan dat de rechtbank het deskundigenrapport onjuist heeft gewaardeerd. Zij vindt dat het rapport weinig waarde toekomt, omdat de arts verzuimd heeft informatie op te vragen over de behandeling die zij in februari en maart 2008 heeft ondergaan en die gericht zou zijn op de bestrijding van de entamoeba histolytica. Kan zij de deskundige verwijten dat hij dat bewijsmateriaal niet heeft vergaard, of was dat eigenlijk haar eigen verantwoordelijkheid? Op die vraag geeft de bewijslastverdeling antwoord. De CRvB zegt daar in r.o. 6.2 het volgende over:

‘Als uitgangspunt heeft te gelden dat het op de weg van appellante ligt om bewijs te leveren voor haar stelling dat zij de infectie met entamoeba histolytica heeft opgelopen tijdens haar beroepswerkzaamheden. Deze bewijslastverdeling wordt niet anders, nu de rechtbank in dit geval aan appellante tegemoet is gekomen door zelf een deskundige te benoemen vanwege het ontbreken van een voldoende onderbouwd deskundigenadvies van de zijde van appellante [bewijsnood, YS]. Nu deze deskundige in een consistent en inzichtelijk rapport heeft geconcludeerd dat zeer waarschijnlijk geen sprake is geweest van besmetting met de veronderstelde entamoeba histolytica, lag het dan ook op de weg van appellante om deskundig tegenbewijs aan te dragen [bewijsvoeringslast, YS]. Appellante heeft weliswaar gesteld, dat zij in februari en maart 2008 in het Maasstad Ziekenhuis is behandeld met zware medicijnen tegen entamoeba histolytica, maar zij heeft voor deze stelling geen schriftelijk bewijs – bijvoorbeeld in de vorm van een verklaring van de toenmalige behandelend arts – overgelegd. Het aandragen van bewijs lag temeer op haar weg, nadat uit de nadere rapportage van Van Genderen was gebleken dat hem geen details ter beschikking waren gesteld van een opname in februari 2008 en dat de behandelende artsen van het Maasstad Ziekenhuis in hun verslag van de opname van appellante in april 2008, in verband met analyse van gewichtsverlies, de diagnose entamoeba histolytica infectie verworpen hebben. De Raad concludeert uit een en ander dat appellante voor het door haar gestelde causaal verband, en daarmee voor de door haar gestelde beroepsziekte, onvoldoende bewijs heeft aangedragen.’

Kortom: de bewijslast rust op de agente en zij is onvoldoende in de bewijslevering geslaagd. De rechtbank heeft geprobeerd haar te helpen, maar de uitkomsten van het deskundigenonderzoek spreken haar stelling van besmetting met de entamoeba histolytica tegen.

In deze rechtsoverweging wordt op geen enkele wijze gerefereerd aan het hierboven geschetste stelsel; toch is dat stelsel wel herkenbaar. Eiseres heeft de korpsbeheerder verzocht haar besmetting aan te merken als een beroepsziekte in de zin van art. 1 Barp. Dit verzoek kwalificeert gewoon als een aanvraag in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb: een verzoek van een belanghebbende een besluit te nemen. Aan de erkenning is een (beoogd) rechtsgevolg verbonden. Als hoofdregel geldt dat na een termijn van 26 weken ziekte de bezoldiging wordt verlaagd, art. 38, eerste lid, Besluit bezoldiging politie (Bbp). Het tweede lid maakt daarop een uitzondering. De ambtenaar behoudt aanspraak op 100% uitbetaling van zijn bezoldiging indien de ziekte veroorzaakt is door een beroepsincident. Dat is het publiekrechtelijke rechtsgevolg dat de agente met haar verzoek tot erkenning voor ogen heeft. Op basis van art. 4:2 lid 2 Awb draagt zij dan de verantwoordelijkheid om de benodigde gegevens bijeen te brengen. Dat zou al voldoende argument zijn om haar de bewijslast toe te delen.

Stel dat de agente niet de aanvraag heeft gedaan, dan nog komt de bewijslast bij haar uit, maar nu volgens een van de 'vuistregels'. Op basis van art. 38, eerste lid, Bbp wordt de bezoldiging van rechtswege verlaagd indien de agent(e) langer dan 26 weken ziek is. Om dit te voorkomen beroept zij zich op een uitzondering: de beroepsziekte, genoemd in het tweede lid. De belangrijkste bewijsrechtelijke vuistregel die in de jurisprudentie is geformuleerd, is dat degene die zich op een uitzondering beroept, de bewijslast daarvoor draagt. Ook zonder aanvraag komen we dus voor de bewijslevering bij haar terecht. En wie eenmaal de bewijslast in de besluitvormingsfase had, kan op de vervulling van die last in latere fases, zoals in (hoger) beroep, worden aangesproken. Het was dus haar eigen verantwoordelijkheid om informatie over haar ziekenhuisopname in februari en maart 2008 te verstrekken.

Dat geldt temeer vanwege het geheime karakter van medische informatie. Het is artsen niet toegestaan om medische gegevens te verstrekken zonder toestemming van de patiënt, art. 7:457 BW. De door de rechtbank ingeschakelde deskundige had dus niet zomaar aan die behandelinformatie kunnen komen; daar had de agente expliciet en specifiek toestemming voor moeten geven. Bovendien had de agente ook zelf de informatie over haar behandeling in februari en maart 2008 kunnen verkrijgen. Op grond van art. 7:456 BW heeft een patiënt namelijk recht op een afschrift van haar volledige medische dossier. De CRvB laat terecht deze bewijsnood, die door de agente zelf was op te lossen, voor haar rekening. (Zie over medisch bewijsvoering in het bestuursrecht ook Y.E. Schuurmans & M.F. Vermaat, 'Gebrekkige regelingen en andere pijnpunten bij medisch bewijs', *NTB* 2013, p. 181-189)

6. Bewijslevering in beroep

Zolang de bestuursrechter de aangevoerde beroepsgrond onderzoekt, mag hij vrij autonoom door het procesdossier bladeren om te kijken welke relevante feiten zich hebben voorgedaan. Zo nodig kan hij zelf een aanvullend onderzoek instellen, door bijvoorbeeld een deskundige te benoemen, een getuige te horen, aanvullende stukken op te vragen of een onderzoek ter plaatse in te stellen (descente); zie de onderzoeksbevoegdheden in de afdelingen 8.2.2 (vooronderzoek) en 8.2.5 Awb (onderzoek ter zitting). Aan deze activiteiten komt de bestuursrechter bij uitzondering toe. Uit het Awb-evaluatieonderzoek 'Feitenvaststelling in beroep' uit 2007 kwam naar voren dat bestuursrechters hun eigen onderzoeksbevoegdheden maar zeer sporadisch aanwenden en dat in de loop van de tijd ook in steeds mindere mate zijn gaan doen (T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007). Daar zijn verschillende verklaringen voor. Zo passen de (in tijd en geld) kostbare onderzoeksbevoegdheden lastig in de organisatie van een snel en efficiënt proces. Bovendien wordt ook al veel bewijslevering van partijen verwacht, zodat een eigen rechterlijk onderzoek lang niet altijd nodig is.

Waar het aanvullen van de rechtsgronden in art. 8:69 Awb een rechterlijke plicht is, betreft het aanvullen van de feiten een vrije bevoegdheid: de rechter 'kan' dat doen. Sinds 1994 is weinig nationale rechtspraak geweest die de aanwending van deze vrije bevoegdheid neergelegd in het derde lid van art. 8:69 Awb normeert. Rechtbanken leggen doorgaans niet uit waarom zij bijvoorbeeld een deskundige hebben benoemd of aanvullende stukken hebben opgevraagd. Hogerberoepsrechters

zeggen vervolgens niet snel dat de rechtbank een onredelijke keuze heeft gemaakt (zie bijv. CRvB 8 april 2011, AB 2012, 214 m.nt. Marseille). Op deze wijze ontstaan er nauwelijks regels die de keuze tot aanwending van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden normeren. Bovendien ontstaat vooral een *negatief* bewijsrecht. Partijen klagen erover dat de rechtbank geen gebruik heeft gemaakt van haar onderzoeksbevoegdheid, waarna de hogerberoepsrechter overweegt dat dat niet van de rechtbank kan worden verlangd. Zo is 'De Metselaar' een klassieker van het bestuursrechtelijke bewijsrecht geworden (Y.E. Schuurmans, 'De Metselaar. Bewijs in het bestuursprocesrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB-klassiek*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2016, p. 507-523). In die zaak overwoog de CRvB:

'Nog afgezien van de omstandigheid dat gelet op het beschikbare bewijsmateriaal de uitspraak van de rechtbank voor appelland niet als een verrassing kan zijn gekomen, kent het bestuursprocesrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruikmaken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden. Nu appelland zijn stellingen niet met enig bewijsmateriaal heeft onderbouwd, was er voor de rechter geen aanleiding om van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken. Van schending van art. 6 lid 1 EVRM in de zin van het recht op een eerlijk proces is geen sprake.' (CRvB 1 juni 2005, JB 2005/237 m.nt. Wenders)

Kortom: partijen kunnen uit eigen beweging al het bewijsmateriaal overleggen dat zij wensen, maar zij hebben geen aanspraak op bewijsopdrachten of de aanwending van een onderzoeksbevoegdheid door de bestuursrechter. Dat negatieve bewijsrecht zien we ook als het gaat om het toelaten van bewijsmiddelen. In het bestuursrecht hebben steeds uitspraken de aandacht getrokken, waarin de rechter overweegt dat bepaald bewijsmateriaal niet in het proces mag worden overgelegd (zoals de beruchte bewijsfuik in de zaak Stichting Silicose oud-mijnwerkers, ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 360 m.nt. MSV; JB 1999, 197 m.nt. RJNS; L.J.A. Damen, 'De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', AA 2000, p. 61-69). Dat is jammer, want zo ontstaat een beeld van het bestuursrechtelijke bewijsrecht dat vrij formalistisch is en waarin partijen maar beperkte bewijsmogelijkheden hebben. Dat doet geen recht (meer) aan de praktijk.

De afgelopen jaren is de toon in de rechtspraak dan ook veranderd. Waar rond 2000 aanvragers van een besluit in beroep geen bewijsmateriaal mochten inbrengen, indien zij dat ook al in de bestuurlijke voorfase hadden kunnen overleggen, zien we na 2007 partijen steeds meer de ruimte krijgen voor bewijslevering in het proces, zelfs nog in hoger beroep (Y.E. Schuurmans & D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *JBplus* 2012, p. 117-138). Belangrijke uitspraken in die ontwikkeling zijn de uitspraak waarin de Afdeling een eerst in hoger beroep overgelegde contra-expertise nog toelaat (ABRvS 6 mei 2009, AB 2009, 196 m.nt. Nijmijer), ook al had dat eerder in de procedure gekund en de uitspraak waarin de Afdeling bij de rechtbank te laat ingediende stukken alsnog in hoger beroep accepteert (ABRvS 11 januari 2012, AB 2012, 141). Bewijzen is een proces van interactie, waarbij partijen op elkaars bewijsmateriaal reageren. Zolang partijen binnen de omvang van het geschil blijven, kunnen zij in beginsel met nieuw bewijsmateriaal hun bewijsdebat voortzetten. Zijn er beperkingen in de bewijslevering, dan kunnen die vaak worden verklaard vanuit de aard van het materiële recht (zie bijv. ABRvS 8 december 2010, AB 2011, 27 m.nt. Schuurmans (Oralgen Pollen)) of vanuit de eis van een goede procesorde, dan wel het verbod van misbruik van procesrecht (bijv. ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2247). Alleen wat het punitieve bewijsrecht betreft hanteren de bestuursrechters een meer stringente lijn en verzet de goede procesorde zich al snel tegen nadere bewijslevering in beroep door het bestuursorgaan. De rechtszekerheid van de beboete belanghebbende en zijn mogelijkheden om in rechte tijdig en adequaat verweer te voeren tegen de beschuldiging, vergen dat als hoofdregel al het bewijsmateriaal waarover het bestuursorgaan redelijkerwijs de beschikking had kunnen krijgen bij de voltooiing van de

besluitvorming in het dossier aanwezig hoort te zijn (ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:1818 en 1819, AB 2017/386 m.nt. Stijnen en JB 2017/151, m.nt. Albers).

7. Naar een eigen rechterlijke verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling?

Naast een ontwikkeling richting meer informaliteit in het proces, zien we tevens een ontwikkeling richting meer verantwoordelijkheden van de rechter. Met de taak van de bestuursrechter om een geschil zoveel als mogelijk definitief te beslechten, dringt de vraag zich op of hij bij onduidelijkheid omtrent de feiten niet vaker een stap extra moet zetten om de feiten uit te zoeken. Voorheen kon de bestuursrechter vrij gemakkelijk constateren dat het bestuursorgaan onvoldoende onderzoek had gedaan, waarna hij het bestuur op grond van art. 3:2 Awb opdroeg aanvullend onderzoek te verrichten. Bij omvangrijk onderzoek of onderzoek dat slecht is te overzien, bestaat die oplossing nog steeds. Maar, in het kader van finaliteit heeft het veeleer de voorkeur dat de rechter nog tijdens het proces duidelijkheid omtrent de feiten verkrijgt. Een eerste stap die de rechter daarin kan zetten, is het overgelegde bewijsmateriaal te waarderen, te bezien of partijen zich van hun eventuele bewijslast bewust zijn en zo nodig hun mogelijkheden tot nadere bewijslevering te bespreken. Dat doet hij onder de term 'regie'. Inmiddels heeft de bestuursrechtspraak professionele standaarden ontwikkeld, volgens welke de bestuursrechter de taak heeft zorg te dragen voor een transparant proces en waar nodig partijen voor te lichten over hun bewijspositie (standaard 2.5 van de professionele standaarden voor de bestuursrechter bij de rechtbanken en standaard 3.6 van de appelcolleges, te raadplegen op www.rechtspraak.nl). Dat kan ter zitting, maar ook daaraan voorafgaand door in een griffiersbrief om nadere informatie te verzoeken.

Steeds vaker zien we uitspraken verschijnen waarin de bestuursrechter de verantwoordelijkheid krijgt voor de volledigheid van het procesdossier, zodat hij op basis van voldoende feitelijk inzicht een definitief oordeel kan geven. Daarnaast zien we dat onder invloed van artikel 6 EVRM de rechter in het licht van het beginsel van *equality of arms* ervoor moet waken dat belanghebbenden een aan het bestuursorgaan gelijkwaardige mogelijkheid hebben om hun standpunten met bewijsmateriaal te onderbouwen. Drie uitspraken wil ik in dat kader nader belichten.

Een eerste interessante uitspraak wees de CRvB op 31 oktober 2012, JB 2012/249, in een zaak waarin een ambtenaar eervol ontslag was verleend wegens onbekwaamheid dan wel ongeschiktheid. De rechtbank stelde vast dat een aantal, voor de beoordeling essentiële, gedingstukken in het procesdossier ontbrak. In de aangevallen uitspraak duidde de rechtbank precies aan welke gedingstukken in haar ogen onontbeerlijk waren voor haar beoordeling: de functiebeschrijving van de ambtenaar en gespreksverslagen. Vanwege de bij haar bestaande onduidelijkheid en de onvolledigheid van het dossier, zag de rechtbank geen geschikte wijze van finale geschillenbeslechting binnen haar bereik en droeg zij het bestuur op een nieuw besluit te nemen. De CRvB keurt deze wijze van procesafdoening af. In zo'n geval heeft de rechtbank ten onrechte geen gebruik gemaakt van de bevoegdheid neergelegd in art. 8:45 Awb om aan een partij de onder haar berustende stukken op te vragen. In het kader van finale geschillenbeslechting had de rechtbank die stap moeten zetten en tot een inhoudelijk oordeel moeten komen (r.o. 4.2). Dit is een van de weinige uitspraken waarin een hogerberoepsrechter de rechtbank verplicht tot het doen van nader onderzoek, althans tot het opvragen van stukken. Aanleiding voor deze ferme uitspraak zal zijn geweest dat de rechtbank zeer precies voor ogen had welke informatie zij nog behoefde. In dat geval moet de rechter daar gewoon om vragen en het hem voorgelegde geschil oplossen; anders begint het op rechtswegering te lijken.

Een tweede belangwekkende uitspraak belicht hoe het punitieve bestuursrecht de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor de feiten nader aanzet, CBb 6 november 2009, AB 2010, 215 m.nt. Jansen. In deze technisch ingewikkelde zaak wordt een bedrijf op grond van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 door de AFM beboet wegens koersmanipulatie. Het beboete bedrijf (IMC) meent dat het procesdossier in beroep incompleet is, omdat dat wel een relevant conceptrapport van Euronext bevat, maar niet het eindrapport dat over deze zaak is opgemaakt. De rechtbank is het met eiseres eens dat ook het eindrapport tot 'de op de zaak betrekking hebbende stukken' behoort, die het bestuursorgaan op grond van art. 8:42 Awb gehouden is aan de rechtbank

te verstrekken. De rechtbank verzoekt uitdrukkelijk om overlegging van het eindrapport bij een zogenoemde 'griffiersbrief'. De AFM wil het stuk niet overleggen. Zij stelt primair dat zij het stuk niet onder zich heeft, althans dat het zich niet in het dossier bevindt van de ambtenaar die de boete heeft opgelegd (daarbij openlatend of het wel onderdeel uitmaakte van het dossier van de ambtenaar die bij de opsporing was betrokken; opsporing en beboeting vormen op basis van de specifieke wet twee gescheiden functies). Subsidiar heeft de AFM zich bereid getoond om bepaalde stukken vertrouwelijk te overleggen, op grond van art. 8:29 Awb. De rechtbank vindt het onaannemelijk dat de AFM haar niet van nadere informatie kan voorzien. Het conceptrapport van Euronext is destijds tot stand gekomen naar aanleiding van een verzoek van de AFM, waardoor het in de rede ligt dat de AFM ook wat heeft vernomen over de stand van zaken rond het eindrapport. Indien een partij niet voldoet aan de verplichting opgevraagde stukken te overleggen of nadere inlichtingen te verstrekken, dan kan de rechter daaraan de gevolgtrekkingen verbinden die hem gerade voorkomen, art. 8:31 Awb. Ook al vindt de rechtbank dat de AFM haar verplichtingen onvoldoende nakomt, zij wil daaraan niet de conclusie verbinden dat het beroep gegrond moet worden verklaard en het boetebesluit moet worden vernietigd. Zij is van oordeel dat zij op grond van de voorhanden zijnde stukken tot een voldoende weloverwogen beoordeling kan komen, terwijl haar niet is gebleken dat eiseres door de handelwijze van de AFM in haar procespositie is geschaad. Het CBb oordeelt hier kritisch over:

'In een procedure waarin een belanghebbende, zoals hier IMC, opkomt tegen een opgelegde boete moet deze in staat worden gesteld om alles aan te voeren wat zij in het belang van haar verdediging noodzakelijk acht.

Dat betekent dat wanneer een belanghebbende gemotiveerd uiteenzet dat en waarom hij het van belang acht dat bepaalde stukken die zich onder het bereik van de toezichthouder bevinden, die stukken als op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 8:42 Awb moeten worden aangemerkt en dus, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van artikel 8:29 Awb en uitzonderingsgevallen als misbruik van procesrecht, moeten worden overgelegd, ook als deze volgens de toezichthouder geen rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces dat aan het opleggen van de boete is vooraf gegaan. Niet uit te sluiten valt immers dat uit die stukken feiten of omstandigheden blijken die in het belang zijn van de verdediging van de belanghebbende.

De belanghebbende behoort op dit punt derhalve niet afhankelijk te zijn van een selectie die de toezichthouder zelf maakt uit het geheel van de zich onder zijn bereik bevindende stukken. Het standpunt van AFM dat op basis van de in artikel 481 Wv 1995 vervatte functiescheidingseis alleen de stukken uit het "geschoonde" dossier van de boetefunctionaris als op de zaak betrekking hebbende stukken kunnen worden aangemerkt, kan niet als juist worden aanvaard. (...) Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de rechtbank, toen AFM weigerachtig bleef de bedoelde stukken over te leggen – uiteraard voor zover die daadwerkelijk bestonden en zich onder zijn bereik bevonden – , slechts speculatief en dus onvoldoende gefundeerd tot de conclusie kon komen – hoewel achteraf inhoudelijk juist gebleken – dat de toen wel overgelegde stukken haar in staat stelden een weloverwogen oordeel te vormen. (...)' (r.o. 6.1)

Ook hier zien we dat de rechtbank zich er te gemakkelijk van af heeft gemaakt: oordelen dat stukken in het procesdossier ontbreken, maar onvoldoende inspanning verrichten om deze alsnog te verkrijgen. Een bijkomend verwijt is dat de rechtbank desondanks tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak overgaat. Dat kan niet: als je de inhoud van ontbrekende stukken niet kent, kan je niet beoordelen of je voldoende overtuigd bent. Wie weet dat nu juist het ontlastende bewijsmateriaal buiten het dossier is gehouden. Juist in boetezaken, waarin het besluit de belanghebbende beoogt te straffen, ligt dit zeer gevoelig. In het punitieve (bestuurs)recht ligt de bewijsmaatstaf hoog. 'Buiten redelijke twijfel' moet vaststaan dat de belanghebbende een bepaalde overtreding heeft begaan (zie o.a. CRvB 4 maart 2015, AB 2015/176 m.nt. Ortlep). Zolang essentieel bewijsmateriaal ontbreekt, is nog redelijke twijfel mogelijk. De rechter moet dan ofwel het ontbrekende bewijsmateriaal alsnog zien te verkrijgen, dan wel die twijfel in het voordeel van de verdachte uitleggen. In dat laatste geval moet

de rechter dus het boetebesluit vernietigen, omdat de overtreding dan wel de verwijtbaarheid onvoldoende vaststaat.

Meer in het algemeen zien we dat het punitieve bestuursrecht bij uitstek het rechtsgebied is waar de bestuursrechter de meest scherpe bewijsregels formuleert, enerzijds omdat gemachtigden een beroep doen op strafrechtelijke normen en anderzijds de verantwoordelijkheid van de rechter voor de feitenvaststelling groter is in het licht van artikel 6, tweede lid, EVRM. Een door de Afdeling samengestelde grote kamer deed in 2017 een richtinggevende uitspraak over bewijsregels bij boeteoplegging, nadat zij eerst conclusie had gevraagd (Conclusie A-G Keus van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034; ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:1818 en 1819, AB 2017/386 m.nt. Stijnen; JB 2017/151, m.nt. Albers). In die uitspraak zoekt de bestuursrechter wat betreft bestuurlijke boetes impliciet aansluiting bij bewijsrechtelijke normen uit het Wetboek van Strafvordering (zie o.a. Y.E. Schuurmans, 'Rechtsvorming bewijsrecht in bestuurlijke boetezaken', *JBplus* 2017, p. 273-287). De belangrijkste bewijsregel die de Afdeling in die zaak formuleert, heeft betrekking op de beperkte mogelijkheid van het bestuursorgaan om in beroep nog belastend bewijsmateriaal te overleggen (zie par. 6). Naar aanleiding van de conclusie scherpste ze in een latere uitspraak nog een andere belangrijke bewijsregel aan, die over de cautieplicht. Verklaringen die tijdens het toezicht zonder voorafgaande cautie en onder dwang zijn afgelegd, kunnen niet als bewijsmateriaal aan een boete ten grondslag worden gelegd (ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, AB 2018/343 m.nt. Stijnen).

Een derde uitspraak die de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor het proces van bewijslevering aanzette, betreft de bekende *Korošec*-zaak (EHRM 8 oktober 2015, AB 2016, 167 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik). In die zaak weigerde een Sloveense bestuursrechter een medisch deskundige te benoemen, waarmee hij het in artikel 6 EVRM ingelezen beginsel van *equality of arms* schond. Daarbij speelde dat het bestreden besluit was gebaseerd op adviezen van bij het bestuursorgaan in dienst zijnde artsen, wat tot twijfel leidde aan de onpartijdigheid van de oordeelsvorming. Eiser was zelf niet in staat om met contra-expertises te komen en zo ontbrak hem de mogelijkheid om in een gelijkwaardige procespositie te geraken en de feitenvaststelling te bestrijden. Deze uitspraak van het EHRM leidde tot veel onrust in de Nederlandse bestuursrechtspraak, omdat de Nederlandse bestuursrechter primair bewijslevering door partijen verwacht, zeer terughoudend is in het zelf inschakelen van een deskundige en de oordeelsvorming door het bestuursorgaan doorgaans benadert als onpartijdig en in het algemeen belang. De ABRvS en de CRvB wezen beiden een richtinggevende uitspraak over de wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter gevolg moest geven aan de '*Korošec*-problematiek' (ABRvS 30 juni 2017, AB 2017/365 m.nt. Koenraad & Jansen; CRvB 30 juni 2017, AB 2017/366 m.nt. Koenraad, JB 2017/163). Waar de bestuursrechter voorheen vooral benadrukte of eiser twijfel had weten te zaaien over de juistheid van de feitenvaststelling (en zo ja, welke gevolgen dat moest hebben), plaatsen zij nu het beginsel van *equality of arms* op de voorgrond. *"Indien op grond van het geheel aan gegevens wordt vastgesteld dat geen equality of arms tussen het Uvw en de betrokkene bestaat, zal de bestuursrechter moeten waarborgen dat dit evenwicht wordt hersteld. De betrokkene kan in dit geval bijvoorbeeld alsnog de gelegenheid krijgen om (medische) gegevens in te brengen of in de gelegenheid gesteld worden om zelf een deskundige in te schakelen. Daarbij kan van de bestuursrechter worden gevergd dat deze verduidelijkt wat nodig is"* (r.o. 6.1 van CRvB 30 juni 2017, AB 2017/366 m.nt. Koenraad, JB 2017/163). Deze jurisprudentielijn leidt er niet direct toe dat de bestuursrechter veel vaker zelf een onderzoeksbevoegdheid moet aanwenden door een onafhankelijke deskundige te benoemen. Wél benadrukt deze uitspraak dat de rechter, binnen de omvang van het geding, een eigen verantwoordelijkheid heeft voor het procesevenwicht tussen partijen en zo nodig eiser moet faciliteren in het leveren van bewijs (zie ook EHRM 15 maart 2016, AB 2016/132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Gillissen t. Nederland)).

8. Slot

Het bestuursrecht kent de vrij-bewijsleer; een regeling van het bewijsrecht ontbreekt in de Awb. De bestuursrechter is in beginsel vrij in de bewijsbeslissingen die hij neemt, maar die vrijheid is niet

onbegrensd. In de geannoteerde uitspraak zien we dat de regels over de omvang van het geding van art. 8:69 Awb mede bepalen wat de bewijsomvang is. Ook is beschreven hoe de bewijslastverdeling indirect uit de Awb wordt afgeleid, aan de hand van de art. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb.

De uitspraak over de entamoeba histolytica illustreert dat het belang van materiële waarheidsvinding een belangrijke plek toekomt in het bestuursrecht. Ook al is bewijslevering steeds meer aan taak van partijen geworden, de waarheid van partijen gaat niet boven de materiële waarheid. Het is wel de vraag hoe vaak de bestuursrechter de materiële waarheid doorziet. Hij verricht als hoofdregel weinig eigen onderzoek. Er is ook vrijwel geen jurisprudentie die hem daartoe verplicht. Wel is er in het kader van finale geschilbeslechting een tendens zichtbaar waarin de rechter meer verantwoordelijkheid moet nemen voor de feitenvaststelling. Ziet hij dat essentieel bewijsmateriaal in het procesdossier ontbreekt, dan kan hij gehouden zijn dat op te vragen; een vernietiging wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb volstaat dan niet langer. Het punitieve bestuursrecht, waarin de bestuursrechter na een vernietiging zelf de verantwoordelijkheid voor de rechtsvaststelling draagt, levert een belangrijke bijdrage aan de ontwikkeling en normering van het bestuursrechtelijke bewijsrecht, waaronder de rechterlijke verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling. Daarnaast zet artikel 6 EVRM de bestuursrechter aan om zorg te dragen voor reële bewijsmogelijkheden voor belanghebbenden in het proces.

Y.E. Schuurmans

Prof. mr. Y.E. (Ymre) Schuurmans is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.