



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Waarheidsvinding in het bestuursrecht

Barkhuysen, T.; Schuurmans, Y.E.

### Citation

Barkhuysen, T., & Schuurmans, Y. E. (2012). Waarheidsvinding in het bestuursrecht. *Nederlands Juristenblad*, 87(22), 1515-1520. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19219>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19219>

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

# Waarheidsvinding in het bestuursrecht

Tom Barkhuysen en Ymre Schuurmans<sup>1</sup>

De algemene taakopdracht aan de pleidviesers luidde om de inrichting van de procesvoering en de procespraktijk met het oog op het belang van waarheidsvinding te doordenken. Gerbrandy heeft als hoofddoelstelling van haar pleidvies het accent verlegd naar de voorvraag. Zij is met name op zoek gegaan naar de verschillenden begrenzingen die het recht stelt aan de waarheidsvindende taak van de bestuursrechter. Het pleidvies geeft dan ook een goed inzicht in de bijzondere wereld van de feitenvaststelling in het bestuursrecht. Maar de aanbeveling tot codificatie van bewijsrecht in het bestuursrecht behoeft enige concretisering. Er zijn daartoe de afgelopen tijd al heel wat voorstellen gedaan waaruit geput kan worden.

Bespreking van het pleidvies voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging op 8 juni 2012 te Rotterdam van A. Gerbrandy, *Waarheidsvinding in het bestuursrecht*. De vraagpunten bij de pleidviesen zijn opgenomen op pag. 1528 van dit blad.

**A**ls het gaat om waarheidsvinding en het bestuursrecht is er iets bijzonders aan de hand. Anders dan in het civiele recht, waar het uitgangspunt de 'partijenwaarheid' is, heeft in het bestuursrecht de materiële waarheidsvinding namelijk sinds lange tijd voorop gestaan. In dat kader beschikt de bestuursrechter over een indrukwekkend arsenaal aan eigen onderzoeksbevoegdheden. Juist nu er in het civiele recht een discussie op gang komt om meer aandacht te hebben voor materiële waarheidsvinding, lijkt men daarvan in de bestuursrechtpraktijk echter enige afstand van te nemen en blijkt de bestuursrechter slechts weinig gebruik te maken van de bedoelde bevoegdheden. Omgekeerd kent het (algemene) bestuursrecht anders dan het civiele recht geen gecodificeerde set bewijsregels, maar vindt er nu wel een discussie plaats of codificatie toch gewenst is. Ook de verhouding met het strafrecht – waar materiële waarheidsvinding ook centraal staat – is interessant, met name omdat het bestuursrecht via bestuurlijke boetes steeds vaker dient als alternatief voor inzet van het strafrecht. Welke gevolgen heeft dit voor het bestuursrechtelijke bewijsrecht in boetesaken en wat kan en moet het bestuursrecht in dat verband leren van het strafrecht?

Het rijke pleidvies van Anna Gerbrandy vormt een goede opstap om inzicht te krijgen in deze bijzondere wereld van de feitenvaststelling in het bestuursrecht. Daarmee vormt het een stevige basis om samen met de andere pleidviesen op de andere rechtsgebieden een dwarsdoorsnede te verkrijgen van de relevante ontwikke-

lingen en te profiteren van wederzijdse inzichten.

Alle reden dus om de blik op dit pleidvies te richten. Dat doen we door eerst de hoofdlijnen van het betoog van Gerbrandy weer te geven (onder 1). Vervolgens wordt op onderdelen daarvan gereflecteerd (onder 2), wat mede aanleiding vormt voor het behandelen van een aantal aanvullende perspectieven en invalshoeken (onder 3). Deze bespreking wordt onder 4 afgesloten met een poging de wens van Gerbrandy om bestuursrechtelijke bewijsregels te codificeren meer handen en voeten te geven, althans voer te leveren voor discussie daarover tijdens de NJV-jaarvergadering.

## 1. Het betoog van Gerbrandy

De algemene taakopdracht aan de pleidviesers luidde om de inrichting van de procesvoering en de procespraktijk met het oog op het belang van waarheidsvinding te doordenken. Voor het bestuursrecht is dat een pittige taakopdracht, omdat juist over de taak van de rechter tot waarheidsvinding als gezegd tegenwoordig de nodige discussie bestaat. Gerbrandy heeft als hoofddoelstelling van haar pleidvies het accent dan ook wat verlegd naar de voorvraag. Zij is met name op zoek gegaan naar de verschillenden begrenzingen die het recht stelt aan de waarheidsvindende taak van de bestuursrechter.

Allereerst brengt zij in kaart hoe waarheidsvinding zich verhoudt tot de uitgangspunten van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (paragraaf 2). Volgens de Awb dient de bestuursrechter actief op zoek te gaan naar de

### Auteurs

1. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam, hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift. Mr. Y.E. Schuurmans

is universitair hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de sector Bestuursrecht van de Rechtbank Amsterdam.

## Volgens de Awb dient de bestuursrechter actief op zoek te gaan naar de materiële waarheid

materiële waarheid: datgene wat daadwerkelijk is gebeurd. Dit uitgangspunt hangt samen met de klassieke functies van het bestuursrechterlijke proces: handhaving van het objectieve recht en individuele rechtsbescherming. Deze opdracht staat echter onder druk. Met het in de praktijk verschuiven van de functie van het bestuursproces naar geschilbeslechting, is het de (normatieve) vraag of dat uitgangspunt niet moet worden verlaten en of er aldus ook meer naar het bewijsrecht in het civiele proces kan worden opgeschoven. De taakopvatting van de bestuursrechter benoemt Gerbrandy als een eerste beperking voor waarheidsvinding. Naast de abstract-theoretische discussie over die taak ten opzichte van het bestuur, stipt zij enkele feitelijke (mogelijke) beperkingen aan op waarheidsvinding, zoals het zittingsgerichte werken, de grenzen van de omvang van het geding (art. 8:69 Awb) en de bestuurlijke lus (art. 8:51a Awb).

Als tweede belangrijke beperking van waarheidsvinding wijst Gerbrandy op het bewijsrecht. Het bestuursrecht wordt gekenmerkt door de vrij-bewijsleer, waarbij gecodificeerde bewijsregels in de Awb ontbreken. Zij problematiseert de verhouding tussen deze vrij-bewijsleer en het ideaal van waarheidsvinding. Enerzijds kan de rechter ongehinderd op zoek gaan naar de feiten, anderzijds bevat de Awb geen rechtsregels waarmee partijen deze activiteit van hem kunnen verlangen. In een dergelijk stelsel hangt veel af van de kwaliteit, tijd en taakopvatting van de rechter. Voorzichtig neemt zij aan het einde van de derde paragraaf stelling als voorstandster van codificatie van bewijsregels in het bestuursrecht: 'Mij lijkt dat codificatie [voor duidelijkheid van bewijsregels] en geen noodzakelijke en geen voldoende voorwaarde is, aangezien de regels ook nog duidelijk dienen te worden gemaakt binnen een procedure, de individuele taakopvatting van de rechter is hier meer van belang, maar ik neig ernaar te verwachten dat het in de Awb neerleggen van – inherent toch weer flexibiliteit biedende – materiële bewijsregels meer bijdraagt tot het kunnen vaststellen van de materiële waarheid door de rechter dan het niet codificeren daarvan.'<sup>2</sup> In deze derde paragraaf schetst zij ook in vogelvlucht een vrij omvattend beeld van verschillende bewijsregels in het bestuursrecht, onder andere met betrekking tot bewijsomvang, bewijslastverdeling, onrechtmatig verkregen bewijs, deskundigenbewijs, bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit.

Na deze algemene analyse van de begrenzingen in waarheidsvinding in het bestuursrecht en de gewenste ontwikkeling van het bewijsrecht maakt het preadvies een wat abrupte wending naar drie casestudies van bewijsperikelen in materiële rechtsgebieden: het vreemdelingenrecht (in het bijzonder de taalanalyse; paragraaf 4), het mededingingsrecht (in het bijzonder de prospectieve analyse, paragraaf 5) en boetes op grond van de Tabakswet en de Mededingingswet (paragraaf 6). Op basis waarvan deze selectie heeft plaatsgevonden en met welke onderzoeksvraag de casestudies zijn verricht,

blijft ongewis. Hoe dan ook, zij illustreren in ieder geval dat 'het vinden van de waarheid' een onbereikbaar ideaal kan zijn. Door het vaak grote gebrek aan objectief bewijsmateriaal gaat het in het asielrecht veeleer om een geloofwaardigheidsbeoordeling dan om een feitenvaststelling. In mededingingsrechtelijke fusiezaken wordt waarheidsvinding bemoeilijkt door zowel het soms zeer economisch-complexe gehalte van besluiten én principieel begrensd omdat het hier gaat om een toekomstige waarheid. De studie naar de overtredingen van het rookverbod en het kartelverbod leert dat het punitief karakter van de besluiten enerzijds extra grenzen stelt aan de waarheidsvinding, die voortvloeien uit o.a. de onschuldpresumptie. Anderzijds moeten de feiten in volle omvang opnieuw bij de rechter aan de orde kunnen komen, gezien de door art. 6 EVRM voorgeschreven volle toets waar het betreft zowel feiten als recht.

In de afsluitende zevende paragraaf trekt Gerbrandy enkele 'normatief geladen conclusies'.<sup>3</sup> Zij stelt voorop dat materiële waarheidsvinding als uitgangspunt niet moet worden losgelaten (en sluit daarmee – terecht – aan bij onder meer het betoog in het civielrechtelijke preadvies van De Groot die als vraagpunt opwerpt dat in art. 25 Rv tot uitdrukking moet worden gebracht dat de civiele rechter in het geschil van partijen naar waarheid dient te beslissen en in zekere zin ook bij dat van het algemene preadvies van Loth die spreekt van een 'morele plicht' van de rechter om zo goed mogelijk onderzoek te doen en aldus de waarheid zo dicht mogelijk te benaderen). Het streven naar waarheidsvinding zou ook niet onder druk van nieuw ontwikkelde functies van het bestuursrechtelijk geding moeten worden losgelaten. Vervolgens herhaalt zij haar standpunt inzake codificatie, waarbij zij benadrukt dat de aldus te codificeren bewijsregels flexibiliteit moeten kennen. Ten slotte vraagt zij zich af wat de rechter behoort te doen als hij de waarheid niet vast kan stellen. Zij stelt dat de keuze van de rechter in dat geval mede wordt of moet worden ingegeven door zijn rechtvaardigheidsbeleving. Maar daar komen de grenzen van het preadvies in zicht, zo sluit zij zelf af.

### 2. Reflectie op onderdelen van het betoog

Het betoog van Gerbrandy voert de lezer op soepele wijze langs de contouren van het bestuursrechtelijk bewijsrecht en schetst de complexiteit van waarheidsvinding in dat rechtsgebied. Die complexiteit maakt zij concreet door de drie verdiepende analyses op materiële rechtsgebieden, waar de waarheidsvinding kritisch wordt beschouwd. Dat leidt tot een fris betoog, waarbij onderzoekster flink primaire bronnen als de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie ingedoken is. Voor een breed publiek zet zij op toegankelijke wijze de omvattendheid van het bestuursrechtelijk bewijsrecht uiteen.

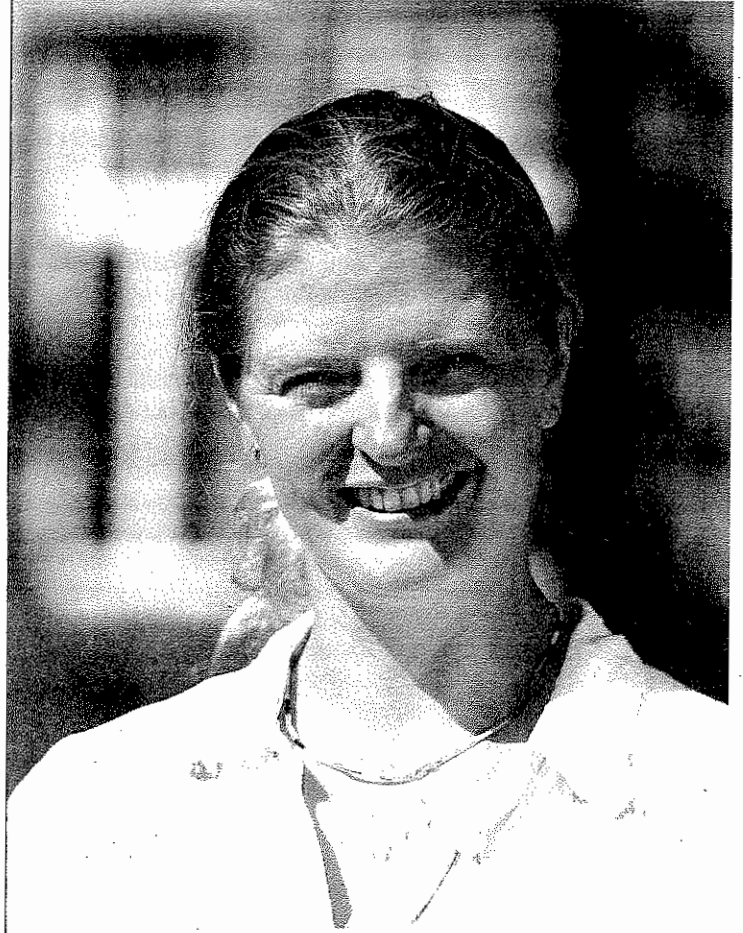
Die brede opzet heeft onlosmakelijk tot gevolg dat de schets van de verschillende bewijsrechtelijke onderwerpen

in paragraaf drie vrij algemeen blijft. Dat is helemaal niet erg, maar uit de afsluitende paragraaf wordt niet helemaal duidelijk wat de functie van deze schets van bewijsrechtelijke onderwerpen was. Deze had wellicht een opmaat kunnen zijn om bij de aanbeveling tot codificatie van bewijsrecht tot een meer concreet voorstel te kunnen komen. Op basis van eerder onderzoek had die aanbeveling tot codificatie ook meer fundament kunnen krijgen. In het kader van de derde evaluatie van de Awb stelden de onderzoekers immers al vast dat a) partijen nogal eens in rechtsonzekerheid verkeren over hun bewijspositie en over de activiteit die van de rechter ten aanzien van de feitenvaststelling mag worden verwacht, b) dat de rechter zich te terughoudend opstelt bij de toetsing van de feitenvaststelling en c) dat er veel niet goed verklaarbare verschillen in feitenvaststelling tussen de desbetreffende rechters bestaan (het probleem van de verscheidenheid). Om deze reden kwamen ook zij tot de aanbeveling te gaan werken aan de codificatie van bewijsregels waarbij als

## Juist de aard van de feiten bepaalt in grote mate in welke mate de bestuursrechter aan waarheidsvinding kan doen

opstap zou kunnen worden gebruikt het door hen ontwikkelde denkmodel (waarover hierna onder 3 meer).<sup>4</sup>

De ontwikkeling van het bestuursrechtelijk bewijsrecht beoordelen wij thans als zo ver gevorderd, dat meer concrete aanbevelingen bediscussieerbaar zijn. Voor die discussie is ook al het nodige voorwerk verricht. Zowel de Vereniging voor bestuursrecht (VAR)<sup>5</sup>, als de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht<sup>6</sup>, als de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking<sup>7</sup> agendeerden in 2009 het (bestuursrechtelijke) bewijsrecht als onderzoeksthema. Het huidige preadvies heeft in die zin een wat tijdloos karakter dat noch van de reeds daar gevoerde discussies verslag wordt gedaan, noch de gedane voorstellen in kaart worden gebracht. Daardoor wint het preadvies aan frisheid, maar verliest het de mogelijkheid om op de schou-



Preadviseur Anna Gerbrandy

ders van anderen te gaan staan en de discussie voor het bestuursrecht naar een ander niveau te brengen. Zo heeft de invloed van de taakopvatting van de bestuursrechter, de aard van de feitenvaststelling en de aard van de partijverhouding op de waarheidsvinding bij uitstek in de VAR-preadviezen ter discussie gestaan. In de meer theoretische paragraaf twee besteedt Gerbrandy alleen aandacht aan de taakopvatting, maar uit eerder onderzoek is al bekend dat juist de aard van de feiten in grote mate bepaalt in welke mate de bestuursrechter aan waarheidsvinding kan doen en het bewijsrecht daarbij inzet.<sup>8</sup> Die bevinding wordt vervolgens bevestigd in Gerbrandy's onderzoek naar de taalanalyse, de prospectieve analyse en de volle toets bij punitieve besluiten.<sup>9</sup> Gelet hierop is het terecht dat

### Noten

2. A. Gerbrandy, *Waarheidsvinding in het bestuursrecht in: Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (preadvies NJV), 2012, p. 186.
3. Gerbrandy 2012, p. 217.
4. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep (derde evaluatie Awb)*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007.
5. R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman & D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (pre-

advies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009.

6. M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht* (preadvies NVvP, nr. 23), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

7. W.D.H. Asser, J.F. Nijboer & Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 69), Nijmegen: WLP 2010.

8. *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den

Haag: Boom juridische uitgevers 2009.

i.h.b. R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', p. 47-50 en Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', p. 127-128 en 139-143 en ook D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010, p. 271-274. Of twee dan wel meer partijen bij het

geschied waren betrokken blijkt echter weinig invloed te hebben op het bewijsrecht en de rol van de rechter, bijkens D.A. Verburg, 'Three is a crowd; Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 231-322.

## Volgens de Awb dient de bestuursrechter actief op zoek te gaan naar de materiële waarheid

materiële waarheid: datgene wat daadwerkelijk is gebeurd. Dit uitgangspunt hangt samen met de klassieke functies van het bestuursrechtelijke proces: handhaving van het objectieve recht en individuele rechtsbescherming. Deze opdracht staat echter onder druk. Met het in de praktijk verschuiven van de functie van het bestuursproces naar geschilbeslechting, is het de (normatieve) vraag of dat uitgangspunt niet moet worden verlaten en of er aldus ook meer naar het bewijsrecht in het civiele proces kan worden opgeschoven. De taakopvatting van de bestuursrechter benoemt Gerbrandy als een eerste beperking voor waarheidsvinding. Naast de abstract-theoretische discussie over die taak ten opzichte van het bestuur, stipt zij enkele feitelijke (mogelijke) beperkingen aan op waarheidsvinding, zoals het zittingsgerichte werken, de grenzen van de omvang van het geding (art. 8:69 Awb) en de bestuurlijke lus (art. 8:51a Awb).

Als tweede belangrijke beperking van waarheidsvinding wijst Gerbrandy op het bewijsrecht. Het bestuursrecht wordt gekenmerkt door de vrij-bewijsleer, waarbij gecodificeerde bewijsregels in de Awb ontbreken. Zij problematiseert de verhouding tussen deze vrij-bewijsleer en het ideaal van waarheidsvinding. Enerzijds kan de rechter ongehinderd op zoek gaan naar de feiten, anderzijds bevat de Awb geen rechtsregels waarmee partijen deze activiteit van hem kunnen verlangen. In een dergelijk stelsel hangt veel af van de kwaliteit, tijd en taakopvatting van de rechter. Voorzichtig neemt zij aan het einde van de derde paragraaf stelling als voorstandster van codificatie van bewijsregels in het bestuursrecht: 'Mij lijkt dat codificatie [voor duidelijkheid van bewijsregels] en geen noodzakelijke en geen voldoende voorwaarde is, aangezien de regels ook nog duidelijk dienen te worden gemaakt binnen een procedure, de individuele taakopvatting van de rechter is hier meer van belang, maar ik neig ernaar te verwachten dat het in de Awb neerleggen van – inherent toch weer flexibiliteit biedende – materiële bewijsregels meer bijdraagt tot het kunnen vaststellen van de materiële waarheid door de rechter dan het niet codificeren daarvan.'<sup>2</sup> In deze derde paragraaf schetst zij ook in vogelvlucht een vrij omvattend beeld van verschillende bewijsregels in het bestuursrecht, onder andere met betrekking tot bewijsomvang, bewijslastverdeling, onrechtmatig verkregen bewijs, deskundigenbewijs, bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit.

Na deze algemene analyse van de begrenzingsen in waarheidsvinding in het bestuursrecht en de gewenste ontwikkeling van het bewijsrecht maakt het pleadvies een wat abrupte wending naar drie casestudies van bewijsperikelen in materiële rechtsgebieden: het vreemdelingenrecht (in het bijzonder de taalanalyse; paragraaf 4), het mededingingsrecht (in het bijzonder de prospectieve analyse, paragraaf 5) en boetes op grond van de Tabakswet en de Mededingingswet (paragraaf 6). Op basis waarvan deze selectie heeft plaatsgevonden en met welke onderzoeksvraag de casestudies zijn verricht,

blijft ongewis. Hoe dan ook, zij illustreren in ieder geval dat 'het vinden van de waarheid' een onbereikbaar ideaal kan zijn. Door het vaak grote gebrek aan objectief bewijsmateriaal gaat het in het asielrecht veeleer om een geloofwaardigheidsbeoordeling dan om een feitenvaststelling. In mededingingsrechtelijke fusiezaken wordt waarheidsvinding bemoeilijkt door zowel het soms zeer economisch-complexe gehalte van besluiten én principieel begrensd omdat het hier gaat om een toekomstige waarheid. De studie naar de overtredingen van het rookverbod en het kartelverbod leert dat het punitief karakter van de besluiten enerzijds extra grenzen stelt aan de waarheidsvinding, die voortvloeien uit o.a. de onschuldpresumptie. Anderzijds moeten de feiten in volle omvang opnieuw bij de rechter aan de orde kunnen komen, gezien de door art. 6 EVRM voorgeschreven volle toets waar het betreft zowel feiten als recht.

In de afsluitende zevende paragraaf trekt Gerbrandy enkele 'normatief geladen conclusies'.<sup>3</sup> Zij stelt voorop dat materiële waarheidsvinding als uitgangspunt niet moet worden losgelaten (en sluit daarmee – terecht – aan bij onder meer het betoog in het civielrechtelijke pleadvies van De Groot die als vraagpunt opwerpt dat in art. 25 Rv tot uitdrukking moet worden gebracht dat de civiele rechter in het geschil van partijen naar waarheid dient te beslissen en in zekere zin ook bij dat van het algemene pleadvies van Loth die spreekt van een 'morele plicht' van de rechter om zo goed mogelijk onderzoek te doen en aldus de waarheid zo dicht mogelijk te benaderen). Het streven naar waarheidsvinding zou ook niet onder druk van nieuw ontwikkelde functies van het bestuursrechtelijk geding moeten worden losgelaten. Vervolgens herhaalt zij haar standpunt inzake codificatie, waarbij zij benadrukt dat de aldus te codificeren bewijsregels flexibiliteit moeten kennen. Ten slotte vraagt zij zich af wat de rechter behoort te doen als hij de waarheid niet vast kan stellen. Zij stelt dat de keuze van de rechter in dat geval mede wordt of moet worden ingegeven door zijn rechtvaardigheidsbeleving. Maar daar komen de grenzen van het pleadvies in zicht, zo sluit zij zelf af.

### 2. Reflectie op onderdelen van het betoog

Het betoog van Gerbrandy voert de lezer op soepele wijze langs de contouren van het bestuursrechtelijk bewijsrecht en schetst de complexiteit van waarheidsvinding in dat rechtsgebied. Die complexiteit maakt zij concreet door de drie verdiepende analyses op materiële rechtsgebieden, waar de waarheidsvinding kritisch wordt beschouwd. Dat leidt tot een fris betoog, waarbij onderzoekster flink primaire bronnen als de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie ingedoken is. Voor een breed publiek zet zij op toegankelijke wijze de omvattendheid van het bestuursrechtelijk bewijsrecht uiteen.

Die brede opzet heeft onlosmakelijk tot gevolg dat de schets van de verschillende bewijsrechtelijke onderwerpen

aandacht wordt gevraagd voor de vaak ontoereikende opleiding van juristen (en rechters) met betrekking tot de technische aspecten van waarheidsvinding en feitenvaststelling.<sup>10</sup>

### 3. Andere relevante perspectieven en ontwikkelingen

#### 3.1 *Het bestuursrechtelijk debat*

Als we de discussie onder ruim 150 bestuursrechtjuristen tijdens de VAR-jaarvergadering van 2009 als graadmeter nemen, dan lijkt onder hen het volgende gevoel te leven:<sup>11</sup> men is ontevreden over het huidige bestuursrechtelijke bewijsrecht, ziet voor de rechter een grotere taak weggelegd om veranderingen door te voeren dan voor de wetgever, maar vindt op onderdelen codificatie wenselijk.

Een eerder in het kader van de derde evaluatie van de Awb opgesteld denkmodel kan daarbij mogelijk richting geven.<sup>12</sup> Dit model is door De Graaf, Schuurmans & Tollenaar als volgt samengevat. Het vertrekpunt van dit model van feitenvaststelling, is dat de feiten in eerste instantie door het bestuursorgaan worden vastgesteld. Een zorgvuldige wijze van feitenvaststelling in die fase leidt echter ook tot eisen aan de duidelijkheid die al in de bestuurlijke fase wordt gecreëerd over de verantwoordelijkheid van enerzijds het bestuursorgaan en anderzijds belanghebbenden. De verdeling van die verantwoordelijkheid is in grote mate afhankelijk van het materiële recht en de aard van het besluit (ambtshalve of op aanvraag; punitief of niet; betrokkenheid van derden of niet). In beroep is het primair de taak van partijen om de rechter te voorzien van het bewijs, voor zover dat noodzakelijk is ter beslechting van het geschil. Activiteit van de rechter moet er op zijn gericht te voorkomen dat partijen worden verrast door het oordeel dat een aangevoerde beroepsgrond onvoldoende aannemelijk is geworden. De rechter voert met andere woorden de regie over de bewijslevering door partijen. Hij wijst hen op bewijsnood, biedt expliciet gelegenheid bewijs te leveren, reageert gemotiveerd op een bewijsaanbod en legt verantwoording af over het al dan niet toepassen van zijn onderzoeksbevoegdheden.

## De rechter voert de regie over de bewijslevering door partijen

Het ambtshalve onderzoek door de bestuursrechter is beperkt tot situaties waarin hetzij het aanleveren van bewijs in redelijkheid van de eisende partij niet kan worden verwacht, hetzij partijen aan hun bewijslast hebben voldaan, maar de rechter geen oordeel meent te kunnen geven, hetzij de effectieve, definitieve beslechting van het geschil dat vordert. Het uitsluiten van de door eiser aangevoerde bewijsmiddelen is enkel gerechtvaardigd indien de belanghebbende in de bestuurlijke fase de bewijslast droeg, het inbrengen van dat bewijs in die fase redelijkerwijs van hem verwacht kon worden en hij dit, ondanks voorlichting door het bestuursorgaan, verwijtbaar niet heeft gedaan. Als slotstuk geldt dat er voor de rechter in

beginsel geen reden is tot terughoudendheid bij de beoordeling van de feitenvaststelling. Het denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep moet waarborgen dat rechterlijke vrijheid gepaard gaat met het afleggen van verantwoordelijkheid ('motivering') en het bieden van duidelijkheid aan partijen ('voorlichting'). De voorspelbaarheid van de feitenvaststelling in beroep en het rechterlijk handelen zal daardoor verbeteren.<sup>13</sup>

#### 3.2 *Ontwikkelingen in de praktijk en codificatievoorstellen*

Mede met het oog op de resultaten van de derde evaluatie van de Awb, in welk kader het hiervoor genoemde denkmodel is ontwikkeld, zijn er de afgelopen jaren diverse meer of minder concrete voorstellen gedaan tot codificatie van bewijsregels, dan wel tot een andere inrichting van de procesvoering en de procespraktijk. Enkele van deze laatstbedoelde voorstellen zijn inmiddels in de praktijk ook al ingevoerd. Het is interessant om daarvan in vogelvlucht kennis te nemen, zeker in het licht van de focus van de NJV op wenselijke aanpassingen in procesvoering en procespraktijk.

Om maar te beginnen met wat er al is gerealiseerd.<sup>14</sup> De afgelopen jaren is er in de bestuursrechtspraak nagedacht over een nieuwe, effectievere manier van zaakshandeling (Nieuwe Zaaksbehandeling). Mede op basis van een aantal experimenten is het nu de bedoeling dat al dit jaar in het merendeel van de bestuursrechtelijke geschillen – althans in eerste aanleg – een vroegtijdig contactmoment tussen partijen en rechter bestaat. Daarbij kan het gaan om een regiezitting of comparitie.<sup>15</sup> Indien nodig kan de bestuursrechter met behulp van deze zitting regie voeren over de bewijslevering van partijen, hen wijzen op bewijsnood, expliciet de gelegenheid bieden bewijs te leveren, gemotiveerd reageren op een bewijsaanbod en verantwoording afleggen over het al dan niet toepassen van zijn onderzoeksbevoegdheden.<sup>16</sup> Ook reeds in gebruik is de mogelijkheid om via het toepassen van een bestuurlijke lus op grond van art. 8:51a Awb een soort van bewijsopdracht te geven. Op grond van de genoemde Awb-bepaling kan de bestuursrechter een bestuursorgaan namelijk bij wege van tussenuitspraak in de gelegenheid stellen een gebrek in een besluit te herstellen of laten herstellen. In dat verband is inmiddels een praktijk ontstaan waarbij de rechter in de tussenuitspraak feitelijk een bewijsopdracht kan geven, waarbij hij soms zeer gedetailleerd aangeeft welke feiten, op welk moment en aan de hand van welke methode onderzocht moeten worden.<sup>17</sup> Een beperking daarvan is onder meer dat bewijsfouten van een burger of onderneming niet langs deze weg kunnen worden hersteld. Dat benadrukt het belang van een goede instructie via de regiezitting of comparitie en liefst daarvoor al in de bestuurlijke fase. Maar het laat ook zien dat codificatie van bewijsregels meerwaarde kan hebben, al was het maar omdat daarmee wordt bijgedragen aan de rechtszekerheid van partijen.

Voor de codificatie van bewijsregels liggen diverse voorstellen op tafel, waarvan het de moeite waard is ze kort op te sommen:

- Codificatie van de bewijslastverdeling c.q. bewijsrisicoverdeling, mogelijk conform art. 150 Rv: als hoofdregel zou dan gelden dat de partij die zich beroept op de

# Het huidige systeem van productienormen en het daaraan gekoppelde financieringsmodel in de rechtspraak kan aan een optimale omgang met bewijs en feitenvaststelling en daarmee aan het ideaal van materiële waarheidsvinding in de weg staan

rechtsgevolgen van bepaalde feiten daarvan de bewijslast draagt met ruimte voor ongelijkheidscompensatie door de rechter.<sup>18</sup>

- Het opnemen van een duidelijke wettelijke regeling van de rechterlijke verantwoordelijkheid met betrekking tot de bewijswaardering waarvan een motiveringsplicht onderdeel uitmaakt (herformuleren van art. 8:77 lid 1 aanhef en onderdeel b Awb).<sup>19</sup>
- Het opnemen van een wettelijke regel naar model van art. 152 lid 1 Rv dat bewijs in beginsel met alle middelen kan worden geleverd waarna het aan de rechter is om de bewijskracht van de middelen te beoordelen.<sup>20</sup>
- Het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 161 Rv op basis waarvan een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis van de strafrechter waarin bewezen is verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs oplevert van dat feit.<sup>21</sup>
- Het opnemen van een wettelijke substantiëringsplicht voor partijen op basis waarvan partijen in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure hun stellingen weergeven en moeten aangeven welke bewijsmiddelen zij terzake hebben alsmede de getuigen die zij daartoe kunnen (doen) horen.<sup>22</sup>
- Het opnemen van een wettelijke plicht voor de rechter tot bewijsvoorzichting.<sup>23</sup>
- Het creëren van de wettelijke mogelijkheid voor een bewijsopdracht in een tussenuitspraak (hetgeen zoals hiervoor aan de orde kwam deels is gerealiseerd met de bestuurlijke lus, zij het niet ten aanzien van niet-

bestuursorganen).<sup>24</sup>

- Codificatie van een motiveringsplicht voor de rechter, in het bijzonder wanneer hij afwijkt van een door partij en uitdrukkelijk onderbouwd standpunt.<sup>25</sup>
- Een regeling van het bewijsaanbod en de rechterlijke plicht om dat alleen gemotiveerd te passeren.<sup>26</sup>
- Regelen dat meegebrachte of door partijen opgeroepen getuigen in beginsel worden gehoord, tenzij redelijkerwijs moet worden aangenomen dat partijen door het niet horen niet in hun processuele belangen worden geschaad.<sup>27</sup>
- Het opnemen van een wettelijke regel naar model van art. 163 Rv of 291 Sv dat een getuige slechts kan verklaren omtrent hetgeen hij heeft waargenomen.<sup>28</sup>
- Het opnemen van een regeling naar model van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot de bedreigde getuige, vanwege het te grote gemak waarmee in het fiscale bestuursrecht anonieme getuigenverklaringen worden geaccepteerd.<sup>29</sup>

Natuurlijk is codificatie van een (deel) van de hiervoor voorgestelde regels geen panacee voor alle knelpunten met betrekking tot bewijs en feitenvaststelling in het bestuursrecht. Daarvoor is ook noodzakelijk dat bestuursrechters voldoende zijn opgeleid in de omgang met (technisch) bewijs. Verder moet er ook aandacht zijn voor het feit dat het huidige systeem van productienormen en het daaraan gekoppelde financieringsmodel in de rechtspraak nog steeds aan een optimale omgang met bewijs en feitenvaststelling en daarmee aan het ideaal van materiële

9. (...) de conclusie lijkt te moeten zijn dat de wijze waarop de volle toets van de feitenvaststelling in de praktijk daadwerkelijk tot uiting komt dusdanig verschillend kan zijn, en met name afhangt van het zaakstype en de complexiteit van de bewijsvoering die aan de orde is dat dit verschil het karakter van waarheidsvinding meer typeert dan het strafrechtelijk karakter dat wordt gedeeld', Gerbrandy 2012, p. 216.

10. Vgl. recent nog R. Schutgens, 'Onderbelicht: het vaststellen van de feiten', *Ars Aequi* 2012, p. 246-247.

11. Zie de stemming over verschillende stellingen in *Verslag van de algemene vergadering gehouden op 15 mei 2009 ter behandeling van de preadviezen van prof. mr. R.J.N. Schlössels, mr. dr. Y.E. Schuurmans, mr. dr. R.J. Koopman & mr. drs. D.A. Verburg*, Den Haag: Boom juridische uitge-

vers 2010.

12. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 311-340.

13. K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, 'Een nieuw denkmodel voor feitenvaststelling in beroep', *JBplus* 2007, p. 12-13.

14. Ook Gerbrandy stipt deze ontwikkelingen aan in paragraaf 2.2 en concludeert dat deze ontwikkelingen kunnen leiden tot een versterking van materiële waarheidsvinding.

15. Vgl. C.T. Aalbers, 'De bestuursrechtelijke zitting nieuwe stijl. Verslag van de VAR studiemiddag van 10 juni 2011', *NTB* 2011, p. 244 e.v.

16. Zie ook A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter*, oratie Tilburg 2012.

17. Vgl. J.C.A. de Poorter, 'Kroniek bestuursprocesrecht', *NTB* 2012, p. 21-33

en de daar genoemde uitspraken en Y.E. Schuurmans & D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklimmen in het hele land', te verschijnen in het jubileumnummer van de *JBplus* 2012.

18. Geopperd door onder andere Schuurmans 2009, p. 180, Verburg 2009, p. 313 en – met minder reserves – Schlössels 2009, p. 106-107. Terughoudend met betrekking tot algemene regels op dit punt is R.J. Koopman, 'Bewijslast en bewijsmiddelen in duale geschillen', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 185-230.

19. Schlössels 2009, p. 107. Vgl. Verburg 2009, p. 314-315.

20. Schlössels 2009, p. 110.

21. J.L. Verbeek, 'Twee procedures, twee werkelijkheden? Feitenvaststelling bij

samenloop van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving', *JBplus* 2012, p. 40-41.

22. Y.E. Schuurmans, 'Naar een volwassen bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: M.J.A.M. Ahsman, Y.E. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht* (preadvies NVvP, nr. 23), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 35-37.

23. Schlössels 2009, p. 63 onder verwijzing naar Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 338. Vgl. Verburg 2009, p. 317.

24. Vgl. Schlössels 2009, p. 63-64 en 109.

25. Schuurmans 2009, p. 183.

26. Schlössels 2009, p. 65 met verwijzingen. Vgl. ook Verburg 2009, p. 314-315.

27. Koopman 2009, p. 228.

28. Koopman 2009, p. 228.

29. Koopman 2009, p. 229.

waarheidsvinding in de weg kunnen staan.<sup>30</sup> Uiteindelijk is er voor het bereiken van dit ideaal een cultuuromslag nodig. Bestuursrechters moeten veel meer de regie en verantwoordelijkheid nemen voor de feitenvaststelling. Onder de Nieuwe Zaaksbehandeling zijn veel rechters die weg al ingeslagen. De hiervoor geschetste wettelijke regels kunnen daarbij een belangrijke steun in de rug zijn. Een en ander draagt naar onze mening uiteindelijk ook bij aan het nieuwe mantra van het bestuursprocesrecht: effectieve geschilbeslechting.

#### 4. Slot: codificatie is wenselijk maar hoe dan?

Terug naar het preadvies van Gerbrandy. Volgens het door Gerbrandy aan de NJV-vergadering voorgelegde vraagpunt is codificatie van bewijsregels wenselijk, aangezien daarvoor het balanceren van de rechter tussen zijn taakopdracht van materiële waarheidsvinding en de beperkingen daarop die inherent zijn in de procesvoering wordt geëxpliciteerd. Hoewel Gerbrandy in haar preadvies eigenlijk geen aandacht besteedt aan de vraag op welke wijze codificatie van bewijsrecht zou moeten plaatsvinden, zou uit de formulering van dit vraagpunt daarover mogelijk wel iets kunnen worden afgeleid. Kennelijk zouden de te codificeren bewijsregels vooral de rechter moeten stimuleren om zijn afwegingen ten aanzien van de vaststelling van feiten kenbaar te maken. Uitgangspunt zou daarbij de materiële waarheidsvinding moeten zijn, maar als zich in een concrete zaak omstandigheden voordoen die het benaderen van dat ideaal in de weg staan, dan zou de rechter dat dienen te motiveren. Aldus lijkt het (impliciet) beoogde te codificeren bewijsrecht vooral de motivering van rechterlijke bewijsbeslissingen te betreffen. Dat zou op zich al winst zijn en zou op den duur – zeker voor 'repeat players' – de voorspelbaarheid van bewijsbeslissingen kunnen vergroten. Tegelijk is het de vraag of dergelijke bewijsregels daadwerkelijk voldoende stimulans en mogelijkheden inhouden voor het zo veel mogelijk benaderen van het ideaal van de materiële waarheidsvinding. Zouden rechters in de casestudies van Gerbrandy de beperking op de waarheidsvinding moeten motiveren, dan is goed voorstelbaar dat daartoe al snel vaste bouwstenen ontstaan. Gezien het economisch-theoretische karakter van de beoordeling, kan de rechter enkel toetsen of (...). De voorspelbaarheid van bewijsbeslissingen, zeker ook voor partijen die niet regelmatig procederen, lijkt daar weinig door toe te nemen. Interessant is trouwens dat het strafrechtelijke vraagpunt in het preadvies van Groenhuijsen juist wijst op beperkingen van de betekenis van codificatie. Volgens dat vraagpunt kan een deugdelijke motivering van feitelijke beslissingen in het strafrecht niet in volle omvang door wettelijke bepalingen worden afgedwongen. Waarschijnlijk geldt dat ook voor het bestuursrecht, maar dat betekent nog niet dat codificatie niet zinvol zou zijn. Wij onderstrepen met Gerbrandy dat in het individuele proces veel afhangt van de taakvervulling door de specifieke rechter, maar die wordt minder willekeurig wanneer de rechter moet beredeneren hoe hij tot zijn feitelijke oordeel komt. Wettelijke regels over

bewijsrechtelijke thema's dwingen de rechter tot die berekening, mits de appelcolleges op die motiveringsplicht daadwerkelijk toezien. Voor het vastleggen van dergelijke regels bestaat te meer aanleiding wanneer de bestuursrechter de rol van vaststeller van een rechtsbetrekking krijgt toebedeeld in plaats van alleen die van toetsers van

## Het is dan ook de vraag of niet toch gekomen moet worden tot meer concrete voorstellen voor de codificatie van bewijsregels

bestuursbesluiten. Dit is voorzien in het wetsvoorstel Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige daad met de beoogde invoering van een verzoekschriftenprocedure voor laatstbedoelde schade en het lijkt erop dat deze ontwikkeling daarmee niet zal stoppen.

Het is dan ook de vraag of niet toch gekomen moet worden tot meer concrete voorstellen voor de codificatie van bewijsregels die ook verder gaan dan het benadrukken van de door Gerbrandy geschetste motiveringsplicht. Dergelijke voorstellen, alsmede een denkmodel waarbinnen geopereerd zou kunnen worden, liggen al op tafel. Het zou naar onze mening de rechtsontwikkeling ten goede komen wanneer tijdens de NJV-vergadering, behalve over de principiële vraag of codificatie wel nodig is, gedebatteerd wordt over de vraag welke van deze voorstellen al dan niet serieuze overweging verdienen. De casestudies van Gerbrandy vormen daarbij een goede toetssteen. Ook zou bezien kunnen worden of de lijst met concrete codificatievoorstellen nog aanvulling behoeft. Bij dit alles kan dan dankbaar gebruikgemaakt worden van de aanwezige kennis uit het civiele recht en strafrecht waarin veel ervaring bestaat met de wettelijke regeling van bewijs. Ook het belastingrecht zou daarbij niet uit het oog moeten worden verloren.

Daar bestaat van oudsher een meer civiele benadering (een meer lijdelijke rechter) dan in het algemene bestuursrecht ter zake van feitenvaststelling en wordt nog steeds vrij veel aan de partijen overgelaten. Daarbij zou het de inhoud en efficiency in het debat ter vergadering ten goede komen wanneer Gerbrandy met betrekking tot de vraag hoe te codificeren in aanvulling op haar mooie schriftelijke verhandeling nog een mondeling preadvies aan de vergadering zou kunnen geven. Daarmee is ook de waarheidsvinding gediend. •

30. Vgl. Barkhuysen, Damen e.a. 2007 en Schillessen 2009, p. 66.