



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Aannemelijkheid in het bestuursrecht

Schuurmans, Y.E.

### Citation

Schuurmans, Y. E. (2023). Aannemelijkheid in het bestuursrecht. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2023(5), 259-267. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3674621>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3674621>

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

# Aannemelijkheid in het bestuursrecht

Prof. mr. Y.E. Schuurmans\*

## 1. Inleiding

Het bestuursrecht wordt gekenmerkt door de vrije bewijsleer. De rechter is vrij in de bewijsbeslissingen die hij neemt, tenzij de wet regels stelt. In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is geen regeling van het bewijsrecht opgenomen, dus ook niet van de bewijsmaatstaf. Het is echter vaste rechtspraak dat feiten die aan een besluit ten grondslag liggen *aannemelijk* moeten worden gemaakt.<sup>1</sup> Beoordeelt de rechter een bestraffend besluit, hoofdzakelijk de bestuurlijke boete, dan stelt hij hogere eisen aan het bewijsmateriaal en verlangt hij dat feiten worden *aangetoond*. De onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM is redengevend voor deze hogere bewijsmaatstaf.<sup>2</sup> In deze bijdrage onderzoek ik de betekenis van aannemelijkheid als bewijsmaatstaf in het bestuursrecht. Aan de hand van literatuur en jurisprudentie probeer ik te duiden wat in de bestuursrechtelijke wetenschap en rechtspraak met 'aannemelijkheid' wordt bedoeld. In paragraaf 2 geef ik het (beperkte) wetenschappelijk debat weer en analyseer ik de rechtspraak waarin de maatstaf wordt geëvalueerd. In paragraaf 3 zet ik de Nederlandse bestuursrechtelijke aannemelijkheidsmaatstaf af tegen bewijsmaatstaven in andere rechtsstelsels, teneinde meer vat op de maatstaf te krijgen. Paragraaf 4 beziet of aannemelijkheid in het bestuursrecht zou kunnen worden gekwantificeerd. Paragraaf 5 onderzoekt vervolgens of de bewijsmaatstaf een uniforme dan wel contextafhankelijke maatstaf betreft en van welke factoren die maatstaf afhankelijk kan zijn. Een conclusie volgt in paragraaf 6.

## 2. De bewijsmaatstaf van aannemelijkheid

### 2.1. Inleiding

Lang is de aandacht voor het bewijsrecht in het bestuursrecht vrij beperkt geweest. 'Het beste bewijsrecht is geen bewijsrecht', stelden Van Galen en Maarseveen in 1978.<sup>3</sup> Daaraan ligt het idee ten grondslag dat het bewijsrecht het procesrecht onnodig compliceert voor partijen, for-

mele barrières opwerpt, in een proces waarin de rechter de taak heeft om de materiële waarheid te vinden. Die waarheidsvinding zou zo onbelemmerd mogelijk moeten plaatsvinden. Het duurt tot in de jaren negentig van de vorige eeuw totdat de rechtspraak het bewijsrecht vormgeeft. Het procesrecht is dan steeds meer richting een partijenproces ontwikkeld, waarbij het primair belanghebbende en bestuursorgaan zijn die voor de verzameling en overlegging van het bewijsmateriaal hebben zorg te dragen. In de klassieke *Metselaar*-zaak expliciteert de Centrale Raad van Beroep (CRvB) dat partijen in het bestuursprocesrecht uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk dienen te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal dienen aan te dragen.<sup>4</sup> Vervolgens beziet de rechter of aanvullende bewijsverrichtingen nodig zijn. Onderwerpen als bewijslastverdeling, onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, deskundigenbewijs en *equality of arms* krijgen de meeste aandacht in de rechtspraak en wetenschappelijke studie naar het bewijsrecht. Er zijn geen publicaties die specifiek het aannemelijkheids criterium in het bestuursrecht tot thema hebben. Het onderwerp komt vaak meer terloops aan bod, wanneer de bewijswaardering wordt besproken.<sup>5</sup>

Voordat we aan een analyse van die aannemelijkheidsmaatstaf toekomen, is het goed een specifieke dimensie van het bewijsrecht in het bestuursrecht te duiden.<sup>6</sup> In eerste instantie is het het bestuursorgaan dat de overtuiging moet hebben dat bepaalde feiten zich hebben voorgedaan. Het bestuursorgaan is de autoriteit die met het gezag is bekleed om bijvoorbeeld rijbewijzen te verstrekken, verblijfsvergunningen te verlenen of te veel uitbetaalde uitkeringen terug te vorderen. Om die rechten toe te kunnen kennen dan wel af te nemen, dient het onderzoek te doen en de feiten zorgvuldig vast te stellen, artikel 3:2 Awb. Bewijsvergaring vindt primair in die bestuurlijke fase plaats; het proces bij de rechter is er vooral een van toetsing, waarin de rechter de rechtmatigheid van het

\* Ymre Schuurmans is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift.

1. Zie o.a. ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:245, AB 2018/148, m.nt. B. van den Vorm; ABRvS 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1558, Gst. 2022/71, m.nt. L.M. Koenraad & Y.E. Schuurmans; CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1183.
2. Zie o.a. R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011 en bijv. ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234, AB 2013/274, m.nt. R. Stijnen; CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1878, AB 2016/226, m.nt. R. Stijnen; HR 8 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:526.
3. A.G. van Galen & H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht* (preadvies VAR; 82), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 60-61.
4. CRvB 1 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT7174, JB 2005/237, m.nt. D.W.M. Wenders. Zie o.a. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005; Y.E. Schuurmans, 'De Metselaar: Bewijs in het bestuursprocesrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 (achtste druk), p. 483-498.
5. Meest nadrukkelijk wordt de problematiek besproken in R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid?', *AA* 2010, p. 476-486.
6. Vgl. Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, 142), Den Haag: Bju 2009, p. 117-184 (Schuurmans 2009a).

besluit beoordeelt en zo nodig knopen doorhakt.<sup>7</sup> Het verschilt per rechtsstelsel of feitenvaststelling als een taak van het bestuur of een taak van de rechter wordt gezien.<sup>8</sup> In *common law*-landen wordt traditioneel de feitenvaststelling door de rechter (zeer) terughoudend getoetst, mede vanuit overwegingen van machtenscheiding. Er ligt een grote nadruk op expertise als wezenskenmerk (en legitimatie) van het bestuur, dat gemakkelijk discretionaire bevoegdheden toegekend krijgt. In die visie op de democratische rechtsstaat is feitenvaststelling primair de taak van het bestuur.<sup>9</sup> Aan het andere eind van het spectrum staat de Duitse bestuursrechter. Uit de grondwettelijke aanspraak op effectieve rechterlijke controle volgt de rechterlijke plicht om het besluit in juridisch en feitelijk opzicht volledig te controleren, waarbij de rechter een onderzoeksplicht heeft.<sup>10</sup> Het Nederlandse bestuursrecht zit hiertussenin. Van oudsher ligt het dicht tegen de *common law*-benadering aan, maar schuift steeds meer op richting het Duitse model.<sup>11</sup>

In beroep moet het bestuursorgaan het hele besluitvormingsdossier inbrengen, artikel 8:42 Awb. Dat betekent dat belanghebbende, bestuur en rechter beschikken over alle documenten die bij een aanvraag zijn overgelegd en/of over alle inspectierapporten, ingewonnen deskundigenrapporten, informatie uit basisregistraties, etc. Het bestuursrechtelijk dossier heeft, zeker in vergelijking met het civiele recht, een hoge informatiedichtheid. Veel informatie zit in bureaucratische systemen, die gegevens vastleggen op een moment dat er nog geen geschil is. Soms kent het feitenonderzoek parallellen met het onderzoek dat in een strafrechtelijk traject wordt ingezet en moet het bestuursorgaan de overtreding ‘op heterdaad’ vaststellen. Is dat het geval, dan moet met precisie naar het bewijs van dat ‘toevallige’ incident worden gekeken. Dan staat het vergrootglas op die ene getuigenverklaring of de verslaglegging in een proces-verbaal. Maar vaak lopen handhavingstrajecten anders. Er zijn veel overtredingen die een duurkarakter hebben: het gebruik van een perceel in strijd met de bestemming in het bestemmingsplan (een pand bewonen terwijl het geen woonbestemming heeft) of duurzaam samenwonen terwijl je een uitering als alleenstaande ontvangt. Bij die duurovertredingen valt goed een bewijsdossier op te bouwen. Kon op moment x geen goed bewijsmateriaal worden verkregen, dan komt de inspecteur wel op moment y langs. Getuigenverklaringen spelen nauwelijks een rol in bestuursrechtelijke

procedures, omdat het vaak niet zo op die enkele waarneming aankomt. Toezichthouders beschikken ook over ruime toezichtsbevoegdheden en betrokkenen hebben de plicht om mee te werken aan het onderzoek.<sup>12</sup> Dat maakt dat, gemiddeld genomen, het besluitvormingsdossier behoorlijk met bewijsmateriaal is gevuld en de focus op een afzonderlijk bewijsmiddel beperkt is. De rechter zal alleen feitenonderzoek verrichten als hij sterke aanwijzingen heeft dat er bewijsmateriaal ontbreekt of dat uit het materiaal onjuiste conclusies zijn getrokken. Kortom, het bestuur stelt in beginsel de feiten vast. Bij de bestuursrechter is vaak eerst substantiële twijfel ten aanzien van die feitenvaststelling nodig, voordat (onder zijn regie) bewijslevering in beroep plaatsvindt.<sup>13</sup>

## 2.2. De aannemelijkheidsmaatstaf

In de literatuur wordt soms gezegd dat in het bestuursrecht feiten ‘voldoende aannemelijk’ moeten worden gemaakt,<sup>14</sup> soms wordt volstaan met de maatstaf van ‘aannemelijkheid’.<sup>15</sup> Met de term ‘voldoende aannemelijkheid’ lijkt men uit te willen drukken dat de rechter voldoende overtuiging moet hebben om de gestelde feiten voor waar te houden. Gewoon ‘aannemelijkheid’ klinkt alsof een plausibele interpretatie van de feiten reeds voldoet. Zo geeft Schlössels in zijn preadvies in 2009 aan dat de bewijsmaatstaf van voldoende aannemelijkheid méér vraagt dan aannemelijkheid *sec*, maar misschien weer minder dan ‘redelijke zekerheid’.<sup>16</sup> Ook in het handboek *Bestuursrecht 2: Rechtsbescherming tegen de overheid* wordt de bewijsmaatstaf van ‘voldoende aannemelijkheid’ gepresenteerd. De auteurs vragen zich af waar het relatief zwakke criterium voor bewijswaardering vandaan komt. Zij signaleren dat de literatuur wijst op ‘de plicht tot besturen’. Ook in situaties van onzekerheid moet een bestuursorgaan besluiten nemen. Die verklaring bevredigt hen niet.

‘De feiten die de rechter aan zijn uitspraak ten grondslag legt, moeten als voldoende vaststaand kunnen worden aangenomen, afgaande op het verrichte onderzoek en de geleverde bewijsmiddelen. Als het bestuur daarnaast ook heeft moeten beslissen over onzekerheden, rijst de vraag of het op een verantwoorde wijze met die onzekerheden is omgegaan. (...) De criteria waaraan de rechter toetst of het bestuur op een verantwoorde wijze met dergelijke onzekerheden is omgegaan, moeten niet worden gezocht

7. Vgl. A. Outhuijse & D. van der Kraan, ‘De procedure bij de bestuursrechter: toernooi- of overlegmodel?’, *JBplus* 2023/3, p. 46-57.

8. Zie nader Y.E. Schuurmans, ‘Legitimatie van machtsuitoefening: Een rechtsvergelijkende analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht’, in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer & Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* (preadvies NVvR, nr. 69), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 59-100 (Schuurmans 2009b).

9. Zie ook Y.E. Schuurmans, ‘Amerikaanse lessen in bestuursrechtelijk bewijsrecht: Over de vraag of het bestuursrecht eigen bewijsregels behoeft, de toetsingsintensiteit van de feitenvaststelling en pitloze druiven’, *NTB* 2009/15, p. 100-108.

10. De *Untersuchungsgrundsatz* is neergelegd in § 86 Verwaltungsgerichtsordnung.

11. Vgl. Schuurmans 2009b.

12. Zie titel 5.2 en i.h.b. artikel 5:20 Awb.

13. Uiteraard kunnen partijen zelf bewijsmateriaal in beroep verstrekken. Naast twijfel vormt ook de ongelijkheid tussen procespartijen en de onmogelijkheid van de burger om bewijsmateriaal te vergaren, voor de rechter een reden om onderzoek te doen, zie o.a. CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, *USZ* 2017/326, m.nt. E. van den Boogaard.

14. R.J.N. Schlössels, ‘Een vrije en kenbare bewijsleer?’, in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, 142), Den Haag: Bju 2009, p. 22-23; A.T. Marseille & H.D. Tolsma, *Bestuursrecht 2: Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Bju 2022 (zevende druk), p. 293-294.

15. Schuurmans 2022, p. 487. Zie ook Schlössels 2010, p. 486, m.n. noot 38.

16. Schlössels 2009, p. 23, noot 62.

in het bewijsrecht, maar in de verplichting tot zorgvuldig onderzoek, belangenafweging en motivering (in de Awb art. 3:2, 3:4 en 3:46).<sup>17</sup>

Tot het schrijven van deze bijdrage was het mij eigenlijk niet opgevallen dat er enig debat bestond over de bewijsmaatstaf van ‘voldoende aannemelijkheid’ versus ‘aannemelijkheid’. Ik vermoed dat jarenlange studie van bewijsrechtelijke uitspraken dat zicht ontnam, omdat rechters in uitspraken vrijwel steeds optekenen dat partij x ‘niet aannemelijk heeft gemaakt dat’.<sup>18</sup> Zo overwoog bijvoorbeeld de CRvB in een zaak over de terugvordering van een bijstandsuitkering:

‘Anders dan appellant heeft aangevoerd, hoefde het college niet aan te tonen dat als al sprake zou zijn van een schending van de inlichtingenverplichting, dit tot benadeling van het college heeft geleid. Bij intrekking en terugvordering geldt immers als bewijsmaatstaf dat het college aannemelijk moet maken dat aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan.’<sup>19</sup>

Aannemelijk maken vergt minder zekerheid dan aantonen. Een enkel vermoeden is dan weer onvoldoende. Een vermoeden rust op een begin van bewijs, maar kan nog niet worden geverifieerd, omdat daarvoor nog te weinig bewijsmateriaal voorhanden is. De Afdeling verwoordt dat als volgt in een Bibob-zaak, waarin betrokkene geen Drank- en Horecawetvergunning voor zijn parenclub kreeg, omdat betrokkene vermoedelijk met strafbare feiten in verband kan worden gebracht.

‘Wel moet aannemelijk zijn dat die strafbare feiten zijn gepleegd. Dat betekent dat zozeer waarschijnlijk is dat die feiten hebben plaatsgevonden, dat ze daarom als vaststaand behoren te worden aangenomen. Een vermoeden dat een feit heeft plaatsgevonden, houdt daarentegen slechts een veronderstelling in, waarvan de houdbaarheid nader bewijs vergt. Dat een feit redelijkerwijs kan worden vermoed te hebben plaatsgevonden, houdt in dat voor dit vermoeden een begin van bewijs aanwezig is en dat het vermoeden aldus een objectieve grondslag heeft.’<sup>20</sup>

‘Aannemelijk maken’ zit dus tussen vermoeden en aantonen in. Wat deze bewijsmaatstaf verder precies inhoudt, wordt in rechtspraak weinig in woorden gevangen. De bestuursrechter expliciteert vooral de bewijsmaatstaf in zaken die de *uitzondering* op de reguliere aannemelijkheidsmaatstaf zijn, bijvoorbeeld omdat de wet een specifieke bewijsvermoeden kent (zoals in de Wet studiefinanciering (Wsf))<sup>21</sup> of wanneer Europese rechtspraak een

specifieke bewijsmaatstaf verlangt (zoals in de zogenaamde Chavez-zaken).<sup>22</sup> In die uitspraken – de uitzonderingen – legt de bestuursrechter het meest nadrukkelijk uit wat van een belanghebbende wordt verwacht.<sup>23</sup> Zo brengt het wettelijke bewijsvermoeden uit de Wsf mee dat een student die niet op zijn adres uit de gemeentelijke basisadministratie (gba) blijkt te wonen op moment van controle, wordt vermoed vanaf het moment van inschrijving op een ander adres te hebben gewoond. Daardoor verliest hij het recht op een uitwonendenbeurs over die gehele periode. Dat wettelijke bewijsvermoeden brengt een specifieke bewijsmaatstaf mee, waarbij de student *onomstotelijk* dient te bewijzen dat hij eerder tóch op het gba-adres woonachtig was. Bij onomstotelijk bewijs worden bewijsmiddelen verlangd:

‘die zodanig overtuigend zijn, dat zij, ook als zij in onderlinge samenhang worden gezien, de conclusie rechtvaardigen dat de studerende in (een deel van) de periode voorafgaande aan de controle wel op het gba-adres moet hebben gewoond. (...) De verstrekte informatie mag voorts geen ruimte laten voor twijfel.’<sup>24</sup>

De bestuursrechter neemt dan geen genoegen met een begin van bewijs, verlangt zeer gedetailleerde informatie en lijkt de strafrechtelijke bewijsmaatstaf toe te passen omdat er geen ruimte voor twijfel mag zijn. In de zogenaamde Chavez-jurisprudentie verlangde de Nederlandse bestuursrechter aanvankelijk dat de vreemdeling zijn of haar identiteit met een geldig document voor grensoverschrijding of geldig identiteitsbewijs *aantoonde* en dat, bij gebrek daaraan, de identiteit ‘ondubbelzinnig’ met andere documenten moest worden aangetoond. Inmiddels heeft zij de bewijsmaatstaf op basis van rechtspraak van het Hof van Justitie verlaagd en mag voortaan de vreemdeling zijn identiteit:

‘met alle andere middelen, waaronder zijn verklaringen, aannemelijk maken. De staatssecretaris moet vervolgens beoordelen of de vreemdeling daarin is geslaagd. Daarbij moet hij alle door de vreemdeling aangedragen middelen afzonderlijk en in onderlinge samenhang kenbaar bezien. De staatssecretaris mag in dat verband – gemotiveerd – aan de aangedragen middelen een verschillende bewijswaarde toekennen en belang hechten aan verklaringen die een vreemdeling voor het ontbreken van een geldig document voor grensoverschrijding of een geldig identiteitsbewijs heeft gegeven.’<sup>25</sup>

Daarmee lijkt in Chavez-zaken de aanvankelijk strengere bewijsmaatstaf van ‘ondubbelzinnig aantonen’ meer naar

17. Marseille & Tolsma 2022, p. 294.

18. Zie ook Schlössels 2010, p. 486, m.n. noot 38.

19. Zie bijv. CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1183.

20. ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:245, AB 2018/148, m.nt. B. van den Vorm.

21. Zie bijv. CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1246.

22. Zie ABRvS 10 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:433, JV 2022/52.

23. Voor dit artikel is op rechtspraak.nl gezocht op ‘bewijsmaatstaf’ bij de hoogste bestuursrechters. Dat levert 74 treffers op. 7 uitspraken specificeren de bewijsmaatstaf onder de Wsf en 16 uitspraken gaan over de Chavez-jurisprudentie. Vreemdelingenrechtelijke uitspraken maken bijna de helft van de dataset uit. Verder valt op dat de bewijsmaatstaf vooral wordt geduid als deze tegen een (afwijkende) strafrechtelijke bewijsmaatstaf wordt afgezet.

24. CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1246.

25. ABRvS 10 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:433, JV 2022/52.

de gebruikelijke aannemelijkheidsbewijsmaatstaf in het bestuursrecht op te schuiven.

In het bestuursrecht geldt dus de bewijsmaatstaf van aannemelijkheid. Aannemelijkheid vergt meer dan een begin van bewijs en een enkel vermoeden. De rechter beziet de verstrekte bewijsmiddelen afzonderlijk en in samenhang en oordeelt of de feiten zo waarschijnlijk zijn dat zij als vaststaand behoren te worden aangenomen. Dat twijfel mogelijk is, staat daar niet aan in de weg. Anders ligt dat voor de bestuurlijke boete. Dan moeten de feiten worden aangetoond. De bestuursrechter verwijst dan expliciet naar de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM en oordeelt dat bij twijfel het voordeel van die twijfel aan de beboete persoon moet worden gegund.<sup>26</sup>

### 3. Vergelijking met bewijsmaatstaven in andere rechtsstelsels

De rechter benadrukt regelmatig dat het bestuursorgaan bij belastende besluiten een andere bewijsmaatstaf aanlegt dan bij een strafrechtelijke vervolging. Zo hoeft bij de oplegging van een tijdelijk huisverbod een mishandeling niet volgens de in het strafrecht gehanteerde bewijsmaatstaf te worden bewezen.<sup>27</sup> Evenmin wordt die strafrechtelijke bewijsmaatstaf gehanteerd wanneer een vreemdeling misdaden tegen de menselijkheid zou hebben gepleegd (artikel 1F Vluchtelingenverdrag) en een inreisverbod krijgt opgelegd,<sup>28</sup> of wanneer eigenaren van een hond een muilkorfgebod opgelegd krijgen na een ernstig bijtincident.

‘Strafrechter en bestuursrechter hanteren bij de vraag of Gappa als een “gevaarlijk dier” moet worden aangemerkt dus een andere bewijsmaatstaf. Het Hof heeft de partner van [appellant] in dit geval vrijgesproken, omdat het openbaar ministerie op basis van het in het strafdossier aanwezige bewijsmateriaal niet wettig en overtuigend bewezen heeft geacht dat Gappa inderdaad moest worden aangemerkt als gevaarlijk dier, terwijl het in dit hoger beroep gaat om de vraag of de burgemeester met zijn beoordelingsruimte Gappa een gevaarlijke hond heeft kunnen achten als bedoeld in artikel 2:59, eerste lid, van de Apv. Anders dan in de strafrechtelijke procedure, geldt in de bestuursrechtelijke procedure de vrije bewijsleer. Dit betekent concreet dat er in deze bestuursrechtelijke procedure meer ruimte is om betekenis toe te kennen aan andere soortgelijke meldingen over Gappa. De burgemeester heeft daarom in zijn oordeel over Gappa de andere meldingen over incidenten en bijtincidenten en het eenduidige karakter daarvan mogen betrekken.’<sup>29</sup>

Dat in bovenstaande casus in de bestuursrechtelijke zaak Gappa wél als een gevaarlijke hond wordt aangemerkt,

terwijl de strafrechtelijke overtreding niet bewezen is, ligt deels aan het verschil in bewijsmaatstaf, zo benoemt de rechter allereerst. Maar, dat verschil kan eveneens worden verklaard doordat in het bestuursrecht met allereerste bewijsmateriaal een feit aannemelijk kan worden gemaakt. Bovendien bevat het besluit óók een beleidsmatig aspect. Het muilkorfgebod is niet zozeer een sanctie voor gedrag in het verleden, maar een besluit dat in de toekomst gevaarlijke bijtincidenten moet doen voorkomen. Bij een dergelijk prospectief element is het belangrijk om te weten wat in het verleden is gebeurd, maar kan alleen door middel van inschatting een prognose voor de toekomst worden gemaakt. Dat scenario moet ‘aannemelijk zijn’. Als Gappa vaak bij bijtincidenten betrokken is geweest, is dat voldoende om een muilkorfgebod op te leggen, zonder dat de burgemeester heel precies hoeft te weten welke hond is begonnen en wat daarvoor de aanleiding was. De betrokkenheid bij meerdere bijtincidenten rechtvaardigt dat Gappa in de toekomst in de openbare ruimte een muilkorf dient te dragen, om de veiligheid in die openbare ruimte te beschermen.

Buiten het sanctierecht kennen vele bestuursrechtelijke besluiten een prospectief element: bij een vergunningverlening moeten de gevolgen van toekomstige activiteiten worden ingeschat, bij een arbeidsongeschiktheidsuitkering moet de resterende verdien capaciteit (die nog gerealiseerd moet gaan worden) worden berekend en bij de beoordeling van een verblijfsrecht moet worden ingeschat welke behandeling een vreemdeling in zijn of haar land van herkomst te beurt zou vallen als hij of zij wordt teruggestuurd. Besturen is vaak vooruitzien op basis van aannemelijke scenario’s. Bij deze besluiten speelt het bewijs van historische feiten een rol, maar het rechtsgevolg is primair afhankelijk van de prognose. De feitenvaststelling is dan vaak niet meer zozeer het voorwerp van geschil, maar de *redelijkheid van de inschatting* van het toekomstige scenario. Het bewijsrecht wordt dan voor een deel verdrongen door een redelijke inschatting, waarbij enige belangenafweging wordt gemaakt.<sup>30</sup> Dan speelt mee hoe risicomijdend het bestuur wetgeving wil uitvoeren (bijvoorbeeld snel muilkorven) en hoe ruimhartig dan wel restrictief het bestuur voorzieningen wil toekennen (bijvoorbeeld bij ruimte voor het beoordelen van de resterende verdien capaciteit aannemen dat een burger al dan niet zelfredzaam is). Bewijs leveren transformeert bij prospectieve elementen naar geïnformeerd prognosticeren. Voor die prospectieve elementen past een minder harde aannemelijkheidsmaatstaf. Zo laten ook Bijlsma en Meynen in dit nummer zien dat bij het preventieve sanctierecht en de inschatting van recidive ‘aannemelijkheid’ de bewijsmaatstaf is, waarbij vrijheidsontneming en recidiverisico als belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen.<sup>31</sup>

26. ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234, AB 2013/274, m.nt. R. Stijnen.

27. ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2222.

28. Zie bijv. ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1996, JV 2014/233.

29. ABRvS 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2261, AB 2023/70, m.nt. B. van der Vorm.

30. R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. XI) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, par. 5.6.5.

31. J. Bijlsma & G. Meynen, ‘Aannemelijkheid van strafuitsluitingsgronden en sanctievoorwaarden. Welke mate van onzekerheid is aanvaardbaar?’, *RMThemis* 2023, afl. 5, par. 4.

Een vergelijking met de civiele bewijsmaatstaf komt in bestuursrechtelijke wetenschap en rechtspraak nagenoeg niet voor. Anders dan in het civiele recht is het niet nodig om ‘aannemelijk maken’ af te zetten tegen ‘bewijzen’. Zoals uit de aangehaalde *Metselaar*-zaak blijkt, begint bij het instellen van beroep de taak van eiser om spontaan zijn beroepsgronden met bewijsmateriaal te onderbouwen. Er zijn geen procesbeslissingen van de rechter nodig voordat aan ‘bewijslevering’ wordt toegekomen. De bestuursrechter heeft veel armslag om over de feiten te oordelen. Zolang feiten relevant zijn om de rechtsstrijd tussen partijen te beslechten, mag de rechter wat van die feiten vinden, ongeacht of ze door partijen zijn gesteld of voldoende betwist. Artikel 8:69 lid 3 Awb geeft de bestuursrechter expliciet de bevoegdheid om feiten aan te vullen. Die ruime armslag om over de feiten te oordelen maakt het onnodig om te differentiëren tussen aannemelijk maken (om te beoordelen of aan een stel- of betwistplicht is voldaan) en bewijzen (om te oordelen over bewijsincidenten onder regie van de rechter).

In een recent rechtsvergelijkend expert-seminar over het bewijsrecht in het bestuursrecht in verschillende rechtsstelsels duiden wetenschappers de bewijsmaatstaf in uiteenlopende rechtsstelsels.<sup>32</sup> Dat levert een variatie op aan uitdrukkingen. Het Belgische bestuursrecht werkt met het vermoeden van rechtmatigheid van het bestreden besluit. Soms staat in uitspraken dat eiser ‘redelijke twijfel’ moet vestigen, soms ‘serieuze twijfel’; een doordachte woordkeuze of theoretische onderbouwing lijkt daar niet aan ten grondslag te liggen.<sup>33</sup> Het Italiaanse en Franse recht benadrukken een eigen verantwoordelijkheid voor de rechter om feiten vast te stellen, maar verlangen dat eiser een ‘begin van bewijs’ of ‘prima facie bewijs’ aandraagt dat de feiten in het bestreden besluit niet kloppen. Die stelling van eiser moet plausibel zijn, waarna de rechter feiten naar eigen overtuiging vast kan stellen.<sup>34</sup> Ook het Duitse recht heeft de rechterlijke onderzoeksplicht als uitgangspunt. In het Duitse recht moet de rechter de ‘volle overtuiging’ van de feiten hebben, of een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, terwijl tegelijk wordt benadrukt dat de verlangde graad van zekerheid werkbaar moet zijn in de praktijk.<sup>35</sup> De diverse rechtsstelsels lijken vooral ook onder woorden te willen brengen wanneer de rechter aan zet is om onderzoeksbevoegdheden aan te wenden en zijn feitelijk oordeel te motiveren, namelijk als partijen x ‘aannemelijk’ hebben gemaakt. Zo drukt ‘aannemelijkheid’ niet alleen een bewijsmaatstaf uit, maar ook een criterium voor de rechterlijke onderzoeks- en motiveringsplicht. Op dat punt zien we dus wél een parallel met het civiele recht.

Concluderend ligt de bestuursrechtelijke bewijsmaatstaf van aannemelijkheid lager dan de strafrechtelijke bewijsmaatstaf van buiten redelijke twijfel aantonen, maar

kruipt in sommige rechtsstelsels de bestuursrechter daar dicht tegenaan, zoals in het Duitse bestuursrecht. Eiser moet in beroep vrijwel steeds een begin van bewijs leveren. Hij vestigt enig vermoeden, waarna de feitenvaststelling voorwerp van geschil is. ‘Aannemelijkheid’ drukt niet enkel uit hoeveel zekerheid de rechter behoeft om een rechtsgevolg toe te kunnen wijzen; het drukt ook uit wanneer de motiveringplicht van de rechter wordt geactiveerd.

De vergelijking met het strafrecht illustreert de invloed van prospectieve oordelen op de bewijsmaatstaf. Bij de inschatting van toekomstige gebeurtenissen komt het soms minder aan op de precisie waarmee historische feiten worden vastgesteld. Een breed scala aan feiten (zoals uiteenlopend gedrag van agressieve honden) kan een bepaalde inschatting rechtvaardigen, waardoor de rechterlijke aandacht snel uitgaat naar de redelijkheid van de inschatting en een gemaakte belangenafweging. Bij die prospectieve elementen past de bewijsmaatstaf van aannemelijkheid, zo laten ook Bijlsma en Meynen zien bij preventieve maatregelen in het strafrecht.

#### 4. Een gekwantificeerde bewijsmaatstaf

Om meer vat te krijgen op de mate van zekerheid die de rechter behoeft, kan getracht worden de mate van overtuiging in een percentage uit te drukken. Giesen heeft in zijn civielrechtelijke dissertatie daartoe een aanzet gegeven. Hij erkent dat de bewijsmaatstaf een open norm is, die moeilijk nader in te vullen is. Het percentage lijkt niet zozeer bruikbaar voor de rechter in de afdoening van concrete zaken (want zijn zekerheid is vaak lastig te kwantificeren), maar moet blootleggen of wetenschappers en rechters dezelfde bewijsmaatstaf voor ogen hebben.

‘Mijn voorkeur zou deze zijn: “aannemelijkheid” bestaat bij meer dan 50% waarschijnlijkheid en een “redelijke mate van zekerheid” is gegeven bij meer dan 75% waarschijnlijkheid. (...) Het laatste percentage reikt niet hoger dan 75%, omdat anders de bewijswaardering in civiele procedures in te weinig gevallen zal kunnen slagen en omdat er ook nog plaats dient te zijn voor de strafrechtelijke maatstaf die in elk geval hoger dan de civiele maatstaf moet liggen (omdat de daar in het geding zijnde belangen nog zwaarder wegen), doch ook niet absoluut is (ongeveer 90%).’<sup>36</sup>

Jarenlang heb ik op cursussen bestuursrechtelijk bewijsrecht voor praktijkjuristen gevraagd welk percentage voor het bestuursrecht heeft te gelden. Mijn ervaring is dat het antwoord zeer varieert naar gelang de uitvoeringspraktijk waarin betrokkene werkzaam is of tegen welke besluiten hij of zij procedeert. Zij die in een handhavingspraktijk werken noemen hogere percentages (>80%) dan zij die van doen hebben met subsidiëring en vergunning-

32. Seminar ‘Proof in administrative law’, 17 maart 2023, Universiteit van Antwerpen; de rechtsvergelijkende analyses worden gepubliceerd in een special issue van *REALaw* (2024).

33. Research paper Annelien Stijleman, te publiceren in *REALaw*.

34. Research paper van Caroline Expert-Foulquier, met verwijzing naar C.E. 28 maart 1954, *Barel* en research paper van Filippo Borriello.

35. Research paper Katharine Reiling, te publiceren in *REALaw*, met verwijzing naar BVerwG 28 april 2011, 2 C 55/09.

36. 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: BJu 2001, p. 59.

verlening. Dat verschil kan niet alleen worden verklaard door een onderscheid naar verleden en toekomst, maar ook door het belastende of begunstigende rechtsgevolg voor de burger. Bij begunstigende besluiten die enkel de aanvrager raken, lijkt het minder erg als we ten onrechte een voorziening toekennen. Dat raakt voornamelijk de schatkist. Ook is relevant of het bestuursorgaan dat het besluit neemt een ‘beschikkingenfabriek’ is met een hoge mate van gedigitaliseerde uitvoering of dat het een ‘beschikkingenatelier’ is dat enkele besluiten op jaarbasis neemt (zoals DNB of het Commissariaat voor de Media). Bij grootschalige gedigitaliseerde uitvoering is elke zaak een standaardgeval, totdat iemand bezwaar maakt of het systeem een afwijkend patroon in data detecteert. Zo maakt het ook uit of een besluit in primo wordt genomen, of dat het besluit in hoger beroep wordt verdedigd. Een bestuursorgaan moet binnen een redelijke termijn (doorgaans acht weken) een besluit nemen, waarbij we accepteren dat de kosten van onderzoek in verhouding staan tot het rechtsgevolg.<sup>37</sup> Als de uitvoering veel duurder is dan het financiële belang dat het besluit de burger kan opleveren, kan je de voorziening ook met zeer gering onderzoek verstrekken, waarna het bestuur via risicoselectie fraude aanpakt. Veel juristen lijken in de praktijk te herkennen dat de bewijsmaatstaf van primaire besluitvorming, tot heroverweging in bezwaar, tot de rechterlijke procedure stapsgewijs toeneemt, althans dat de mate van onderzoek en verificatie die van het bestuur wordt verlangd, toeneemt naarmate in de loop van de procedure de belanghebbende meer concrete tegenspraak biedt. Ook Alt noemt in zijn bijdrage in dit nummer dat de betwistplicht van de wederpartij toeneemt naarmate meer door eiser is gesteld.<sup>38</sup>

Mackor stelde in een redactioneel in dit tijdschrift eerder de aannemelijkheidsmaatstaf centraal en onderscheidde de begrippen ‘credence’ en ‘confidence’ om te analyseren wat we met aannemelijkheid zouden kunnen bedoelen.<sup>39</sup> De term ‘zekerheid’ kan op twee verschillende manieren worden gebruikt. Mackor gebruikt de term ‘credence’ om een inschatting van de waarschijnlijkheid van een bepaalde gebeurtenis weer te geven (bijvoorbeeld de agressiviteit van een American Staffordshire-terriër en de waarschijnlijkheid dat hij bij onverwachte situaties aanvalt en bijt). Ze gebruikt de term ‘confidence’ om het vertrouwen weer te geven dat de beoordelende persoon heeft in zijn of haar eigen inschatting van de werkelijkheid (de burgemeester denkt goed ingeschat te hebben dat terriër Gappa bij nieuwe onverwachte situaties kan gaan bijten).

Als praktijkjuristen een laag zekerheidspercentage noemen voor hun uitvoeringspraktijk en aangeven dat die maatstaf in de loop van de procedure omhoog moet, lijken zij vooral te bedoelen dat de mate van ‘confidence’ steeds sterker moet worden. Als de ‘credence’ zeer laag is, lijkt niemand een besluit te willen nemen.

Na al die jaren praktijkcursussen bewijsrecht vind ik het nog steeds lastig om een percentage op de verlangde waarschijnlijkheid van feiten in het bestuursrecht te plakken. Ik zou zeggen: Giesens civielrechtelijke aannemelijkheid is de bestuursrechtelijke niet. Als we in het bestuursrecht over aannemelijkheid spreken, bedoelen we doorgaans dat er flink meer zekerheid nodig is dan 50% (zowel in credence als confidence). Anders staat de omgeving vol met ondeugdelijke huizen, waarvan het enkel plausibel is dat ze aan de bouwvoorschriften voldoen, of ontvangen velen een arbeidsongeschiktheidsuitkering omdat we denken dat de kans dat iemand door ziekte beperkt is, net iets groter is dan de kans dat iemand niet-beperkt is. Omdat publieke besluitvorming steeds het algemeen belang raakt en voorzieningen vaak schaars zijn, stellen we een hogere standaard. In de handhavingspraktijk zitten we duidelijk boven de 75% van ‘redelijke mate van zekerheid’. Daarbuiten valt er weinig zinnigs over te zeggen, omdat de verlangde zekerheid zo afhankelijk is van de rechtsgevolgen die het besluit teweegbrengt. Bij elk besluit dat genomen wordt – of door de rechter in stand gelaten wordt – zal de beslissende instantie de feiten aannemelijk achten en geen substantiële twijfel hebben.<sup>40</sup> Alleen zal het per besluit en beslisinstantie verschillen hoeveel tijd wordt uitgetrokken om te onderzoeken of er aanwijzingen voor substantiële twijfel zijn en de eigen ‘confidence’ kritisch te onderzoeken.

De Bock heeft zich in haar dissertatie gekeerd tegen een gekwantificeerde bewijsmaatstaf.<sup>41</sup> Zij acht dat geen zinnige exercitie omdat het onmogelijk is een objectieve kansbepaling los te laten op de feiten in een juridisch geschil.<sup>42</sup> Dat onderschrijf ik, al meen ik dat de voorspelbaarheid van feitencomplexen in het bestuursrecht vaak hoger ligt dan in het civiele recht. Uitvoering is een repetitieve bezigheid, waarbij het bestuur vele gelijksoortige besluiten neemt en expertise in een bepaald domein opdoet. De ‘credence’ kan, in de woorden van Mackor,<sup>43</sup> doorgaans vrij goed worden ingeschat. Een mogelijkheid is ook dat de gekwantificeerde bewijsmaatstaf een bepaalde intuïtie van de rechter over het bereikte niveau van waarschijnlijkheid uitdrukt. Daar brengt De Bock tegenin dat de getalsmatige inschatting

37. Zie o.a. Schuurmans 2005, p. 160 e.v. en Y.E. Schuurmans, ‘De behoefte aan bewijsregels’, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen: Bijdragen aan het afscheidssymposium van W.D.H. Asser*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 31-43.

38. J.W. Alt, ‘Aannemelijkheid in een civiele procedure: wanneer kan een feit door een rechter als vaststaand of bewezen worden aangemerkt?’, *RMThemis* 2023, afl. 5, p. 278-279, par. 2.

39. A.R. Mackor, ‘Bewijslessen uit de toelagenaffaire: wanneer is een feit “aannemelijk”?’, *RMThemis* 2022, afl. 2, p. 39.

40. Vgl. Cbb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:319, AB 2020/304, m.nt. C.M.M. van Mill, zie r.o. 5.2: ‘Gelet op de deskundigheid van de toezichthouder en diens voldoende gedetailleerd beschreven waarnemingen met betrekking tot de mest, ziet het College in het feit dat de toezichthouder de daaruit getrokken conclusie dat de substantie afkomstig is van runderen heeft laten voorafgaan door het woord “vermoedelijk” onvoldoende reden om aan te nemen dat hierin besloten ligt dat de toezichthouder zelf twijfelde aan zijn waarnemingen en de juistheid van die conclusie.’

41. De Bock 2011, par. 5.5.

42. De Bock 2011, par. 5.5.

43. Mackor 2022, p. 39.

van iemands zekerheid uiterst subjectief is; wat de een met ‘uiterst zeker’ labelt, benoemt de ander als ‘zeker’<sup>44</sup> – en soms zeggen die woorden meer iets over iemands zelfvertrouwen dan over de waarschijnlijkheid van een bepaalde gebeurtenis. Toch zie ik een bepaalde waarde in dat gekwantificeerde bewijsoordeel, omdat bij sommige wettelijke kaders van een belanghebbende ‘onomstotelijk’ bewijs wordt verlangd<sup>45</sup> en, buiten die uitzonderingen, rechters soms aan het bestuur moeten uitleggen dat ‘onomstotelijk bewijs’ voor het reguliere bestuursrecht een té strenge eis is.<sup>46</sup> Kentheoretisch is de maatstaf van ‘onomstotelijk bewijs’ hoogst problematisch omdat onweerlegbaar bewijs onmogelijk is;<sup>47</sup> dna-materiaal kan vervuild zijn, de eigen waarneming niet accuraat in het geheugen opgeslagen etc. De waarde van een gekwantificeerde bewijsmaatstaf is dat deze uitdrukt dat zo’n eis van ‘onomstotelijk bewijs’ onmogelijk een bewijsmaatstaf van 100% kan zijn. Rechters duidelijk maken dat *aannemelijkheid* een lagere maatstaf is maakt in ieder geval duidelijk dat ruimte voor twijfel inherent is aan rechterlijke feitenvaststellingen en dat belanghebbenden geen sluitend bewijs van hun stellingen hoeven te leveren. Wellicht dat dat verschil had gemaakt in rechtszaken als in de Toeslagenaffaire. Een van de problemen die naar voren kwam in de reflectie op de Toeslagenaffaire bij de Raad van State is dat in heel wat geschillen mogelijk te hoge eisen aan de bewijslevering door de burger worden gesteld.<sup>48</sup> Dan moet een burger een veelheid aan authentieke documenten overleggen, gedateerd en van handtekening voorzien, terwijl het wettelijk kader enkel vraagt het recht op een toeslag aannemelijk te maken.

Een kwantificering van de bewijsmaatstaf maakt duidelijk dat elke feitenvaststelling in een juridische context met enige marge van onzekerheid is omgeven. Zo kan zij mogelijk voorkomen dat irreëel hoge eisen aan belanghebbenden worden gesteld. Praktijkjuristen die de bewijsmaatstaf van aannemelijkheid in het bestuursrecht kwantificeren noemen uiteenlopende percentages, afhankelijk van het rechtsgevolg van het besluit en de stand van het geding. De maatstaf die zij noemen zit onder de 90-95% van het punitieve recht, zal vaak rond de 75% zekerheid vragen (wat civilisten ‘redelijke mate van zekerheid’ in plaats van ‘aannemelijkheid’ noemen), maar kan ook lager liggen. Met een lager percentage lijkt men niet zozeer uit te drukken dat de *waarschijnlijkheid* dat de feiten zich hebben voorgedaan beperkt is, maar dat de *zekerheid* over de juistheid van het waarschijnlijkheidsoordeel beperkt is.

## 5. Een contextafhankelijke bewijsmaatstaf

In paragraaf 2 is beschreven dat er enig academisch debat is of de bewijsmaatstaf in het bestuursrecht aannemelijkheid of voldoende aannemelijkheid is. Waar de meningen minder over uiteenlopen, is dat de zekerheid die de rechter verlangt per geschil varieert. Zo kwam in paragraaf 3 al naar voren dat een prospectieve beoordeling leidt tot enige belangenafweging. Die belangenafweging hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. In paragraaf 4 bleek dat een kwantificering van het zekerheidsoordeel afhangt van het rechtsgevolg dat het besluit teweegbrengt. Het maakt verschil of belanghebbenden rechten worden ontnomen, rechten worden toegekend en of dat de belangen van derden aan kan tasten. De uniforme opvatting is dat het bestuursrecht geen uniforme bewijsmaatstaf voor alle geschillen kent. ‘Welke maatstaf wordt gehanteerd kan per type geschil (en relevant feit) verschillen. Zo mag en moet bij bestraffende besluiten de lat hoger worden gelegd. In ieder geval dient de bestuursrechter op dit punt maatwerk te leveren en verantwoording te nemen’,<sup>49</sup> zo betoogt Schlössels. Ook in mijn dissertatie uit 2005 kwam ik tot de conclusie dat de bewijsmaatstaf per type besluit verschilt.

[De rechter] zal bij de bewijswaardering rekening houden met de aard van het besluit, het gewicht van de in geding zijnde belangen en de betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen. De vereiste overtuigingskracht zal per geval en met name per type besluit verschillen. Een discussie of het in het bestuursrecht om “aantonen” of “aannemelijk maken” gaat, of om “voldoende aannemelijk maken”, is erg relatief wanneer de maatstaf zo zeer afhangt van de concrete omstandigheden van het geval. Hooguit kan per type besluit worden vastgesteld welke mate van zekerheid dient te bestaan.<sup>50</sup>

Daarbij moet worden bedacht dat de variatie in bestuursrechtelijke geschillen groot is en dat de individuele en algemene belangen die bij het besluit zijn betrokken zeer in gewicht kunnen verschillen.

Het juridisch construct van punitief/niet-punitief besluit is formeel bepalend voor de te hanteren bewijsmaatstaf,<sup>51</sup> maar in de praktijk lijken de rechtsgevolgen van een besluit en de belangaantasting bij valspositieve en valsnegatieve oordelen ook gewicht in de schaal te leggen. Bij een valspositief oordeel meent de rechter dat een feit bewezen is, terwijl dat feit zich niet heeft voorgedaan. Bij een valsnegatief oordeel acht hij de feiten niet bewezen, terwijl

44. De Bock 2011, par. 5.5. Zie ook S.J.W. Willems, C.J. Albers & I. Smeets, ‘Variability in the interpretation of probability phrases used in Dutch news articles – a risk for miscommunication’, *JCOM* 19 (2020) 02, A03, p. 1-126, doi.org/10.22323/2.19020203.

45. Zie bijv. de rechtspraak over het bewijsvermoeden in de WSF, zoals in CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1246 en voorheen bij wijzigingen in de Basisregistratie Personen, ABRvS 4 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1198.

46. Bijv. ABRvS 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1558, *Gst.* 2022/71, m.nt. L.M. Koenraad & Y.E. Schuurmans en ABRvS 4 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1198.

47. Vgl. Bijlsma & Meynen 2023, p. 268 (par. 4).

48. *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2021, p. 61.

49. Schlössels 2010, p. 486.

50. Schuurmans 2005, p. 21.

51. Zie noot 2.



dat feit in werkelijkheid is voorgevallen. Kortom, de rechter heeft een bepaalde overtuiging maar zit ernaast. In het oordeel of de feiten aannemelijk zijn, ligt het in de rede dat bestuur en rechter meenemen tot welke belangaantasting hun oordeel kan leiden. In deze afweging speelt mee welke algemene belangen het materiële recht beschermt.<sup>52</sup> Soms maakt de regelgever die dimensie expliciet. Dat gebeurt bijvoorbeeld in het Reglement rijbewijzen, welke regels de veiligheid in het verkeer bevorderen. Het CBR (Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen) geeft verklaringen van geschiktheid af aan eenieder die voldoet aan de bij ministeriële regeling vastgestelde eisen met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke geschiktheid tot het besturen van motorrijtuigen. Personen die aan alcohol zijn verslaafd, zijn niet geschikt om als bestuurder aan het verkeer deel te nemen. Welke bewijsmaatstaf moet worden toegepast als een (voormalig?) verslaafde om de afgifte van een geschiktheidsverklaring vraagt? De regeling eist dat voormalig verslaafden ‘aannemelijk of aantoonbaar’ zijn gestopt met dit misbruik en dat zij alleen geschikt kunnen worden geacht na een herkeuring op basis van een specialistisch rapport. Opvallend is dat in een en dezelfde zin twee verschillende bewijsmaatstaven worden genoemd – wat vraagt tekens plaatst bij de bewustheid waarmee de materiële wetgever bewijsmaatstaven formuleert. ‘Een strenge opstelling van de keurend arts’ is volgens de bijlage aangewezen, gezien de gevaren die het gebruik van deze middelen oplevert voor de verkeersveiligheid.<sup>53</sup> Stel dat de keuringsarts een geschiktheidsverklaring afgeeft, terwijl betrokkene nog aan alcohol verslaafd is (een valspositief oordeel). Zo een onjuiste inschatting van de feiten levert een zeer grote gevaarstelling voor de verkeersveiligheid op, nu alcoholgebruik in het verkeer tot een hoog aantal ongevallen met dodelijke afloop leidt. Het algemeen belang wordt beschermd door een hoge bewijsmaatstaf bij ‘geschiktheid’. Stel dat de keuringsarts de geschiktheidsverklaring weigert, terwijl betrokkene al een tijd geheelonthouder is (een valsnegatief oordeel). Het individuele belang van betrokkene wordt geraakt en zijn bewegingsvrijheid aanzienlijk beperkt, maar de aantasting van dat individuele belang is in tijd beperkt. Betrokkene kan altijd opnieuw om een herkeuring vragen en afgifte van een geschiktheidsverklaring.<sup>54</sup> De rechter die een bewijsmaatstaf aanlegt, zal in zijn beoordeling meewegen hoe algemeen en individueel belang worden geraakt op het moment dat zijn feitelijke oordeel onjuist blijkt te zijn. Zoals Bijlsma en Meynen het mooi verwoorden: ‘bij een bewijsmaatstaf draait het dus om de vraag welke foutdistributie aanvaardbaar is’.<sup>55</sup> Een foutief oordeel kan altijd worden gegeven. Door de bewijsmaatstaf iets te verlagen of te verhogen kan het bestuur of de rechter het risico van een foutief oordeel bij het algemene of individuele belang leggen. Toegepast op

de geschiktheidsverklaring: door de bewijsmaatstaf te verhogen, is meer zekerheid nodig dat iemand met misbruik van middelen is gestopt en daarmee beschermt hij de verkeersveiligheid, mogelijk ten koste van het individueel belang. Bewijslevering en belangenafweging raken zo wederom in zekere zin verknoot.

Ook bij een en hetzelfde *type* besluit kan de afweging van het betrokken individueel en algemeen belang variëren. Een terugvordering van een ten onrechte ontvangen uitkering voor een bedrag van € 3000 is van een andere orde dan een terugvordering over jaren, waarin het bedrag de ton overschrijdt. Ook dan kan de mate van (individuele) belangaantasting mede bepalen hoeveel zekerheid de rechter wil hebben.<sup>56</sup> Bij de toekenning van een zogenaamd STAP-budget (een eenmalige subsidie van maximaal € 1000 voor het volgen van een cursus of opleiding) zal de verlangde zekerheid dat iemand de opleiding daadwerkelijk volgt een stuk lager liggen dan bij een corona-steuumaatregel van € 550.000 en de zekerheid dat met de subsidie de vaste lasten van het bedrijf zijn betaald. In die afweging spelen mijns inziens (impliciet) de maatschappelijke gevolgen van valspositieve en valsnegatieve beslissingen mee. Dat zit niet alleen in de aard van het rechtsgevolg (belastend of begunstigend, een ingrijpend of beperkt rechtsgevolg), maar ook in de mate van gevaarstelling bij ten onrechte toegestane handelingen. Een valspositieve omgevingsvergunning voor een klein bouwwerk is van een andere aard dan een valspositieve omgevingsvergunning voor de oprichting van een kerncentrale, om maar een voorbeeld te noemen. Dat betekent dat de bewijsmaatstaf een contextuele invulling krijgt.<sup>57</sup>

## 6. Conclusie

In het bestuursrecht geldt als hoofdregel de bewijsmaatstaf van aannemelijkheid. Aannemelijkheid is meer dan een vermoeden. Bestuur en rechter dienen voldoende bewijsmateriaal voorhanden te hebben om dat vermoeden te onderzoeken. Zij bezien de verstrekte bewijsmiddelen afzonderlijk en in samenhang en oordelen of de feiten zo waarschijnlijk zijn dat zij als vaststaand behoren te worden aangenomen. Dat twijfel mogelijk is, staat daar niet aan in de weg. Anders ligt dat voor de bestuurlijke boete. Dan moeten de feiten worden aangetoond. De bestuursrechter verwijst dan expliciet naar de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM en oordeelt dat bij twijfel het voordeel van die twijfel aan de beboete persoon moet worden gegund.

Draait het besluit om een prospectieve beoordeling, dan komt het soms minder aan op de precisie waarmee historische feiten worden vastgesteld. De bestuurlijke en rechterlijke aandacht gaat dan snel uit naar de redelijkheid

52. Zie ook Schuurmans 2009a, p. 131-132.

53. Art. 8.8 Bijlage behorende bij de Regeling eisen geschiktheid 2000.

54. Vgl. ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:138, *JB* 2017/65, m.nt. B. van den Kam.

55. Bijlsma & Meynen 2023, p. 273 (par. 4).

56. Vgl. K.Y. Stewart, ‘Administrative law – The Standard of Proof in Administrative Adjudications – *Steadman v. SEC*’, 24 *Howard Law Journal* 1981, p. 353-378, waarin de auteur invloed van de mate van belangaantasting bepleit, maar de Supreme Court geen afwijkende, hogere, bewijsmaatstaf hanteert.

57. Zo een contextuele invulling in plaats van differentiëren in ‘hogere’ en ‘lagere’ bewijsmaatstaven wordt ook bepleit in J. Boulanger-Bonnely & L. Otis, ‘In Search of Coherence: Burden and Standard of Proof in International Administrative Law’, 18 *International Organizations Law Review* 2021, p. 507-539, i.h.b. p. 539.

van de inschatting van het toekomstige scenario en de belangenafweging. Zowel het niet-punitieve bestuursrecht als het preventieve strafrecht passen de bewijsmaatstaf van aannemelijkheid toe op deze prospectieve oordelen.

Als begrip lijkt ‘aannemelijkheid’ twee functies te vervullen. De term geeft enerzijds weer hoeveel zekerheid de rechter (of het bestuur) behoeft om een bepaald rechtsgevolg toe te kennen. Anderzijds geeft de term weer of eiser al voldoende bewijsmateriaal heeft overgelegd om een rechterlijke onderzoeks- en motiveringsplicht te activeren. ‘Eiser heeft niet aannemelijk gemaakt dat’ is een uitdrukking om aan te geven dat de rechter geen aanleiding ziet eisers stelling met een nadere motivering af te doen.

De aannemelijkheidsmaatstaf in het bestuursrecht kan niet eenduidig worden gekwantificeerd. Deze verschilt per type besluit, omdat het rechtsgevolg van besluiten zeer varieert. Voor vele besluiten lijkt te gelden dat veel meer zekerheid dan 50% wordt verlangd, waarmee de bestuursrechtelijke maatstaf van ‘aannemelijkheid’ hoger ligt dan wat civilisten met ‘aannemelijkheid’ lijken te bedoelen. Besluiten reguleren het publieke leven, kunnen de belangen van anderen raken, kosten publieke middelen, verdelen schaarse rechten of nemen burgers rechten af. Dan is meer zekerheid nodig dan dat de stelling van de ene partij ‘meer waar’ lijkt dan de stelling van de tegenpartij. Het is geen ‘*preponderance of evidence*’-maatstaf, waarbij het genoeg is wanneer er *nét* iets meer is dat pleit voor het te bewijzen feit, dan daartegen.

Een kwantificering van de bewijsmaatstaf maakt duidelijk dat elke feitenvaststelling in een juridische context met enige marge van onzekerheid is omgeven. Dat kan mogelijk voorkomen dat irreëel hoge eisen aan belanghebbenden worden gesteld, bijvoorbeeld door ‘onomstotelijk’ bewijs te eisen. Die eis zou in het geheel niet moeten worden gesteld. Onomstotelijk bewijs is kentheoretisch niet mogelijk. Eist de bestuursrechter dat geen enkele twijfel mag resteren, dan gaat hij verder dan de strafrechter die verlangt dat feiten ‘buiten redelijke twijfel’ vaststaan.

Besturen is repetitief besluiten nemen, waarbij bestuursorganen in hun domein expertise ontwikkelen. In heel wat besluitvormingstrajecten kan de ‘credence’ (waarschijnlijkheid) vrij hoog zijn, omdat het bestuur brede ervaring heeft. Tegelijk kan door de massaliteit in uitvoering beperkt tijd worden geïnvesteerd in het onderzoek naar de feiten in het concrete geval; de ‘confidence’ dat het bewijsoordeel klopt is daardoor soms beperkt. Mackor ziet daarin het wezen van de aannemelijkheidsmaatstaf.

‘Bij aannemelijkheid lijkt zich een discrepantie tussen “credence” en “confidence” te mogen voordoen: er is wel bewijs voorhanden dat een feit waarschijnlijk maakt (“credence”), maar tegelijk schort er iets aan de kwaliteit of kwantiteit van het bewijs of aan de grondigheid van het onderzoek, en precies dat maakt dat ik niet erg “confident” van mijn zaak ben. Het lijkt erop dat we bij aannemelijkheid zijn alleen de eis stellen dat onze “credence”

redelijk hoog is, zonder dat we daar heel “confident” over hoeven te zijn, terwijl we bij bewijzen, en met name bij de strafrechtelijke bewijsstandaard van buiten redelijke twijfel, zowel een hoge “credence” als een hoge mate van “confidence” eisen.’<sup>58</sup>

Die conclusie onderschrijf ik voor het bestuursrecht, met de kanttekening dat de mate van ‘confidence’ (zekerheid) per besluit en procesmoment kan verschillen.

De bewijsmaatstaf van aannemelijkheid is een contextuele bewijsmaatstaf, die invulling krijgt aan de hand van het type besluit, de aard van het rechtsgevolg en de mogelijke belangaantasting bij een valspositief of valsnegatief oordeel. Zijn de maatschappelijke gevolgen van een onjuist oordeel klein, dan is beperkte zekerheid aanvaardbaar. Zijn die gevolgen erg groot (de vergunning voor de kerncentrale voldoet niet, de alcoholverslaafde heeft een geschiktheidsverklaring gekregen), dan zal de rechter minder risico willen nemen en het algemeen belang willen laten beschermen. Dat kan leiden tot hoge eisen aan het waarschijnlijkheids- en zekerheidsoordeel van bestuur en rechter bij het toekennen van rechten of juist lagere eisen aan dat waarschijnlijkheids- en zekerheidsoordeel bij het beperken van rechten. De maatstaf van aannemelijkheid biedt de rek om deze normatieve elementen in de bewijswaardering te verdisconteren.

58. Mackor 2022, p. 39.