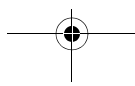
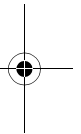
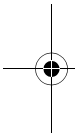




# Feitenvaststelling in beroep



**In het kader van de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006 zijn verschenen:**

|  |                        |
|--|------------------------|
| Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter   | ISBN 978-90-5454-797-6 |
| Feitenvaststelling in beroep   | ISBN 978-90-5454-768-6 |
| Klagen bij bestuursorganen. Evaluatieonderzoek naar de klachtbehandeling door bestuursorganen        | ISBN 978-90-5454-794-5 |
| Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger. Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek | ISBN 978-90-5454-788-4 |
| De Europese agenda van de Awb  | ISBN 978-90-5454-781-5 |
| Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006                                   | ISBN 978-90-5454-055-7 |

**DERDE EVALUATIE VAN DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT 2006**

## Feitenvaststelling in beroep

T. Barkhuysen  
L.J.A. Damen  
K.J. de Graaf  
A.T. Marseille  
W. den Ouden  
Y.E. Schuurmans  
A. Tollenaar



Rijksuniversiteit Groningen  
Vakgroep Bestuursrecht  
en Bestuurskunde



**Universiteit Leiden**  
Afdeling Staats- en Bestuursrecht

**BJu** | Boom Juridische uitgevers

Aanbevolen citeerwijze: T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., Feitenvaststelling in beroep



© 2007 WODC



Dit rapport is uitgebracht ten behoeve van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (wodc) te Den Haag.

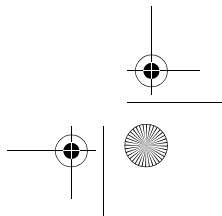
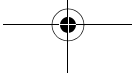
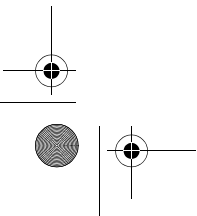
Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

*Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Sib. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Sib. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-5454-768-6  
NUR 823



# Inhoud

|  |           |
|--|-----------|
| Voorwoord  | xiii      |
| Ten geleide  | xv        |
| Samenvatting   | xvii      |
| <b>1 INLEIDING</b>   | <b>1</b>  |
| 1.1 Aanleiding tot het onderzoek   | 1         |
| 1.2 Probleem- en vraagstelling   | 3         |
| 1.3 Afbakening van het onderzoek   | 5         |
| 1.4 Onderzoeksmethoden   | 6         |
| 1.4.1 Juridisch onderzoek  | 6         |
| 1.4.2 Empirisch onderzoek  | 6         |
| 1.5 Opbouw van het boek  | 7         |
| <b>DEEL I JURIDISCH-NORMATIEF ONDERZOEK NAAR DE FEITENVASTSTELLING IN BEROEP</b>   | <b>9</b>  |
| <b>2 DE REGELS VAN FEITENVASTSTELLING ONDER DE AWB</b>   | <b>11</b> |
| 2.1 Inleiding  | 11        |
| 2.2 De doelstelling van de Awb   | 12        |
| 2.3 De bewijslevering door partijen  | 15        |
| 2.3.1 Inleiding  | 15        |
| 2.3.2 De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan en de informatieplicht van de belanghebbende bij de voorbereiding van het besluit | 16        |
| 2.3.2.1 Parlementaire geschiedenis   | 16        |
| 2.3.2.2 Jurisprudentie   | 18        |
| 2.3.3 Inzending (bewijs)stukken (artt. 8:42, 8:58 en 8:29 Awb)   | 24        |
| 2.3.3.1 Artikel 8:42 Awb   | 25        |
| 2.3.3.2 Artikel 8:58 Awb   | 28        |
| 2.3.3.3 Artikel 8:29 Awb   | 30        |
| 2.3.3.4 Conclusie  | 34        |
| 2.3.4 Medewerkingsplicht van partijen (artt. 8:27 t/m 8:31 Awb)  | 35        |
| 2.3.4.1 Parlementaire geschiedenis   | 35        |
| 2.3.4.2 Jurisprudentie   | 36        |
| 2.3.4.3 Conclusie  | 38        |
| 2.3.5 Meebrengen getuigen en deskundigen (artt. 8:60, lid 4 en 8:63, lid 2 Awb)  | 38        |
| 2.3.5.1 Parlementaire geschiedenis   | 38        |

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| 2.3.5.2  | Jurisprudentie   | 39        |
| 2.3.5.3  | Conclusie  | 41        |
| 2.4      | De bevoegdheid van de bestuursrechter om de feiten aan te vullen           | 42        |
| 2.4.1    | Parlementaire geschiedenis   | 42        |
| 2.4.2    | Jurisprudentie   | 46        |
| 2.4.3    | Conclusie  | 47        |
| 2.5      | De onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter                           | 48        |
| 2.5.1    | Mondelinge inlichtingen door partijen<br>(artt. 8:44 en 8:56 jo. 8:59 Awb) | 48        |
| 2.5.1.1  | Parlementaire geschiedenis   | 49        |
| 2.5.1.2  | Jurisprudentie   | 53        |
| 2.5.1.3  | Conclusie  | 54        |
| 2.5.2    | Schriftelijke inlichtingen door partijen (art. 8:45 Awb)                   | 54        |
| 2.5.2.1  | Parlementaire geschiedenis   | 55        |
| 2.5.2.2  | Jurisprudentie   | 56        |
| 2.5.2.3  | Conclusie  | 57        |
| 2.5.3    | Inlichtingen door getuigen (artt. 8:46, 8:60 en 8:63 Awb)                  | 57        |
| 2.5.3.1  | Parlementaire geschiedenis   | 58        |
| 2.5.3.2  | Jurisprudentie   | 59        |
| 2.5.3.3  | Conclusie  | 61        |
| 2.5.4    | Benoeming deskundige (artt. 8:47 en 8:60 Awb)                              | 61        |
| 2.5.4.1  | Parlementaire geschiedenis   | 62        |
| 2.5.4.2  | Jurisprudentie   | 63        |
| 2.5.4.3  | Conclusie  | 66        |
| 2.5.5    | Onderzoek ter plaatse (artt. 8:50 en 8:51)                                 | 66        |
| 2.5.5.1  | Parlementaire geschiedenis   | 67        |
| 2.5.5.2  | Jurisprudentie   | 67        |
| 2.5.5.3  | Conclusie  | 68        |
| 2.6      | Conclusie  | 68        |
| <b>3</b> | <b>NORMATIEF KADER VOOR DE FEITENFASTSTELLING</b>                          | <b>71</b> |
| 3.1      | Inleiding  | 71        |
| 3.2      | Nationaal kader  | 72        |
| 3.2.1    | Inleiding  | 72        |
| 3.2.2    | Wetgeving  | 72        |
| 3.2.2.1  | De Awb   | 72        |
| 3.2.2.2  | Bijzondere wetgeving   | 84        |
| 3.2.3    | Rechtsbeginselen   | 90        |
| 3.3      | Europees en internationaal kader   | 95        |
| 3.3.1    | Inleiding  | 95        |
| 3.3.2    | EVRM en VN-verdragen   | 96        |
| 3.3.2.1  | Introductie  | 96        |
| 3.3.2.2  | Artikel 6 EVRM   | 96        |
| 3.3.2.3  | Artikel 13 EVRM en procedurele eisen uit materiële<br>EVRM-bepalingen      | 119       |
| 3.3.2.4  | De betekenis van de wijze van toetsing door het EHRM                       | 124       |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 3.3.3   | EU   | 128 |
| 3.3.3.1 | Introductie  | 128 |
| 3.3.3.2 | Specifieke communautaire regels m.b.t. feitenvaststelling en bewijsvoering       | 130 |
| 3.3.3.3 | Algemene communautaire invloed op het Nederlandse bewijsrecht                    | 131 |
| 3.3.3.4 | Beïnvloeding van de rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling | 139 |
| 3.4     | Externe rechtsvergelijking; Duitsland  | 143 |
| 3.4.1   | Inleiding  | 143 |
| 3.4.2   | Duits bestuursrecht (§§ 24, 25 en 26 VwVfG)                                      | 144 |
| 3.4.3   | Duits bestuursprocesrecht (§§ 86, 87, 87b, 128, 128a VwGO)                       | 148 |
| 3.4.4   | Reflectie  | 154 |
| 3.5     | Conclusie  | 156 |
| 3.5.1   | Nationaal kader  | 156 |
| 3.5.2   | Europees en internationaal kader   | 157 |
| 3.5.2.1 | EVRM   | 157 |
| 3.5.2.2 | EU   | 158 |
| 3.5.3   | Externe rechtsvergelijking; Duitsland  | 160 |

## **DEEL II EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR DE FEITENVASTSTELLING IN BEROEP 163**

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| <b>4</b> | <b>INLEIDING EMPIRISCH ONDERZOEK</b>                           | <b>165</b> |
| 4.1      | Inleiding  | 165        |
| 4.2      | Factoren   | 166        |
| 4.3      | Verzamelde gegevens  | 169        |
| 4.3.1    | Dossieronderzoek   | 169        |
| 4.3.2    | Expert meetings met bestuursrechters                           | 172        |
| 4.3.3    | Interviews met repeatplayers                                   | 173        |
| 4.3.4    | Telefonische interviews met procesvoerders                     | 173        |
| 4.3.5    | Planning en volgtijdelijkheid van de onderzoeken               | 174        |
| 4.4      | Conclusie  | 174        |
| <b>5</b> | <b>BEROEP EN VERWEER</b>                                       | <b>175</b> |
| 5.1      | Inleiding  | 175        |
| 5.2      | Wettelijk kader  | 175        |
| 5.3      | Beroepsgronden   | 176        |
| 5.3.1    | Beeld uit dossieronderzoek                                     | 176        |
| 5.3.2    | Verklaringen uit interviews                                    | 177        |
| 5.3.3    | Verklaringen getoetst  | 178        |
| 5.3.3.1  | Beroepsgronden en rechtsgebied                                 | 178        |
| 5.3.3.2  | Beroepsgronden over feiten en type besluit                     | 179        |
| 5.3.3.3  | Beroepsgronden over feiten en professionele rechtshulp         | 180        |
| 5.4      | Onderbouwing beroepsgronden voor zover het over de feiten gaat | 181        |
| 5.4.1    | Beeld uit dossieronderzoek                                     | 181        |

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| 5.4.2    | Verklaringen uit interviews  | 182        |
| 5.4.3    | Verklaringen getoetst  | 183        |
| 5.4.3.1  | Onderbouwing van het beroep en het rechtsgebied                          | 183        |
| 5.4.3.2  | Onderbouwing van het beroep en het type feit dat moet worden vastgesteld | 184        |
| 5.4.3.3  | Onderbouwing van het beroep en de onderbouwing van het besluit           | 185        |
| 5.4.3.4  | Onderbouwing van het beroep en weigeringen of overige besluiten          | 186        |
| 5.4.3.5  | Onderbouwing van het beroep en professionele rechtshulp                  | 187        |
| 5.5      | Bewijsaanbod   | 189        |
| 5.6      | Verweerschrift   | 190        |
| 5.6.1    | Beeld uit dossieronderzoek   | 190        |
| 5.6.2    | Verklaringen uit interviews  | 191        |
| 5.6.3    | Verklaringen getoetst  | 192        |
| 5.6.3.1  | Weerspreken van het beroep en het rechtsgebied                           | 192        |
| 5.6.3.2  | Weerspreken van het beroep en professionele rechtshulpverlening          | 193        |
| 5.7      | Onderbouwing van het verweerschrift                                      | 194        |
| 5.8      | Conclusie  | 195        |
| 5.8.1    | Algemeen   | 195        |
| 5.8.2    | Drie typen geschillen  | 195        |
| <b>6</b> | <b>VOORONDERZOEK DOOR DE RECHTER</b>                                     | <b>199</b> |
| 6.1      | Inleiding  | 199        |
| 6.2      | Wettelijk kader  | 199        |
| 6.3      | Begeleiden van de discussie tussen partijen                              | 200        |
| 6.3.1    | Beeld uit het dossieronderzoek   | 200        |
| 6.3.1.1  | Variatie naar rechtbank  | 202        |
| 6.3.1.2  | Variatie naar tijd   | 202        |
| 6.3.2    | Verklaringen uit interviews  | 203        |
| 6.3.3    | Verklaringen getoetst  | 203        |
| 6.3.3.1  | Begeleiden discussie en professionele rechtshulp                         | 203        |
| 6.3.3.2  | Begeleiden discussie en het rechtsgebied                                 | 204        |
| 6.4      | Interventie in de discussie  | 205        |
| 6.4.1    | Beeld uit het dossieronderzoek   | 205        |
| 6.4.1.1  | Oproepen van de procespartijen (art. 8:44 Awb)                           | 205        |
| 6.4.1.2  | Opvragen van stukken (art. 8:45 Awb)                                     | 205        |
| 6.4.1.3  | Schriftelijk vragen stellen (art. 8:45 Awb)                              | 209        |
| 6.4.1.4  | Getuigen horen (art. 8:46 Awb)   | 212        |
| 6.4.1.5  | Samenloop gebruik onderzoeksbevoegdheden                                 | 212        |
| 6.4.2    | Verklaringen uit interviews  | 212        |
| 6.4.2.1  | Waarom is de bestuursrechter niet actief?                                | 213        |
| 6.4.2.2  | Waarom is de bestuursrechter soms wel actief?                            | 213        |
| 6.4.3    | Verklaringen getoetst  | 215        |



|          |   |            |
|----------|---|------------|
| 6.4.3.1  | Stukken opvragen en rechtsgebied  | 215        |
| 6.4.3.2  | Vragen stellen en onderbouwing beroepschrift                                | 217        |
| 6.5      | Zelf de feiten vaststellen  | 219        |
| 6.5.1    | Beeld uit het dossieronderzoek  | 219        |
| 6.5.1.1  | Benoemen van een deskundige (art. 8:47 Awb)                                 | 219        |
| 6.5.1.2  | Variatie naar de rechtbank  | 220        |
| 6.5.1.3  | Variatie naar tijd  | 221        |
| 6.5.1.4  | Invloed organisatie   | 222        |
| 6.5.1.5  | Instellen van een onderzoek ter plaatse (art. 8:50 Awb)                     | 223        |
| 6.5.2    | Verklaringen uit interviews   | 223        |
| 6.5.2.1  | Waarom is de bestuursrechter niet actief?                                   | 223        |
| 6.5.2.2  | Waarom is de bestuursrechter soms wel actief?                               | 224        |
| 6.5.3    | Verklaringen getoetst   | 225        |
| 6.5.3.1  | Deskundigenbenoemingen en de aard van de<br>bestuursbevoegdheid             | 225        |
| 6.5.3.2  | Deskundigenbenoemingen en onderbouwing van<br>het beroep                    | 226        |
| 6.6      | Conclusie   | 228        |
| 6.6.1    | Algemeen  | 228        |
| 6.6.2    | Wat verklaart de activiteit van de bestuursrechter?                         | 229        |
| 6.6.2.1  | Factoren uit het dossieronderzoek   | 229        |
| 6.6.2.2  | De invloed van partijen   | 229        |
| 6.6.2.3  | Overige factoren  | 230        |
| 6.6.2.4  | Verklaringen uit interviews   | 232        |
| <b>7</b> | <b>DE ZITTING</b>   | <b>233</b> |
| 7.1      | Inleiding   | 233        |
| 7.2      | Wettelijk kader   | 233        |
| 7.3      | Feitenonderzoek ter zitting   | 234        |
| 7.3.1    | Algemeen  | 234        |
| 7.3.1.1  | Aanwezigheid van partijen   | 234        |
| 7.3.1.2  | Lengte van de zitting   | 236        |
| 7.3.1.3  | Verloop van de zitting  | 237        |
| 7.3.2    | Verklaringen uit interviews   | 237        |
| 7.3.3    | Activiteiten van partijen   | 239        |
| 7.3.3.1  | Activiteiten  | 239        |
| 7.3.3.2  | Reactie van de rechter  | 240        |
| 7.3.4    | Activiteiten van de rechter   | 243        |
| 7.3.4.1  | Oproeping van (een van de) partijen   | 244        |
| 7.3.4.2  | De rechter stelt vragen aan partijen  | 244        |
| 7.3.4.3  | De rechter stelt de bewijspositie van partijen aan de orde                  | 249        |
| 7.3.4.4  | De rechter bespreekt met partijen het mogelijke<br>vervolg van de procedure | 252        |
| 7.4      | Conclusie   | 254        |

|          |   |            |
|----------|---|------------|
| <b>8</b> | <b>HEROPENING VAN HET ONDERZOEK NA DE ZITTING</b>             | <b>257</b> |
| 8.1      | Inleiding   | 257        |
| 8.2      | Wettelijk kader   | 257        |
| 8.3      | Heropening  | 258        |
| 8.3.1    | Beeld uit het dossieronderzoek                                | 258        |
| 8.3.1.1  | Variatie naar de rechtbank                                    | 259        |
| 8.3.1.2  | Variatie naar tijd  | 259        |
| 8.3.1.3  | Invloed organisatie   | 260        |
| 8.3.2    | Verklaringen uit interviews                                   | 261        |
| 8.3.3    | Verklaringen getoetst   | 262        |
| 8.3.3.1  | Heropening en aanwezigheid op de zitting                      | 263        |
| 8.3.3.2  | Heropening en procesvertegenwoordiging                        | 263        |
| 8.3.3.3  | Heropening en bewijsaanbod                                    | 264        |
| 8.3.3.4  | Heropening en soort onderzoek na de zitting                   | 265        |
| 8.4      | Conclusie   | 265        |
| 8.4.1    | Bevindingen   | 265        |
| 8.4.2    | Wat verklaart dat onderzoek na de zitting plaatsvindt?        | 266        |
| 8.4.2.1  | Factoren uit dossieronderzoek                                 | 266        |
| 8.4.2.2  | Factoren uit interviews                                       | 266        |
| <b>9</b> | <b>DE UITSPRAAK</b>   | <b>269</b> |
| 9.1      | Inleiding   | 269        |
| 9.1.1    | Feiten en het dictum van de uitspraak                         | 269        |
| 9.1.2    | Verfijning: vier typen overwegingen ten aanzien van de feiten | 271        |
| 9.2      | Wettelijk kader   | 272        |
| 9.3      | Overweging ten aanzien van de feiten                          | 273        |
| 9.3.1    | Beeld uit het dossieronderzoek                                | 273        |
| 9.3.1.1  | Algemeen  | 273        |
| 9.3.1.2  | Variatie naar de rechtbank                                    | 274        |
| 9.3.1.3  | Variatie naar tijd  | 275        |
| 9.3.1.4  | Onderbouwing van het rechterlijk oordeel over de feiten       | 276        |
| 9.3.2    | Verklaringen  | 277        |
| 9.3.3    | Verklaringen getoetst   | 278        |
| 9.3.3.1  | Overweging over de feiten en rechtsgebied                     | 279        |
| 9.3.3.2  | Overweging over de feiten en bewijs                           | 280        |
| 9.3.3.3  | Overweging over de feiten en procesvertegenwoordiging         | 283        |
| 9.3.3.4  | Overweging over de feiten en activiteit rechter               | 284        |
| 9.4      | Doorlooptijden  | 285        |
| 9.4.1    | Beeld uit het dossieronderzoek                                | 285        |
| 9.4.1.1  | Variatie naar rechtbank                                       | 285        |
| 9.4.1.2  | Variatie naar tijd  | 286        |
| 9.4.2    | Verklaringen  | 287        |
| 9.4.3    | Verklaringen getoetst   | 287        |
| 9.4.3.1  | Doorlooptijden en organisatie                                 | 287        |
| 9.4.3.2  | Doorlooptijden en vooronderzoek                               | 288        |

|         |                              |     |
|---------|------------------------------|-----|
| 9.4.3.3 | Doorlooptijden en heropening | 289 |
| 9.5     | Conclusie                    | 290 |

## **10 ERVARINGEN VAN PROCESPARTIJEN 293**

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| 10.1     | Inleiding  | 293 |
| 10.2     | Het bestuursorgaan   | 293 |
| 10.2.1   | Bestuurlijke fase  | 293 |
| 10.2.1.1 | Feiten vaststellen in een atelier  | 294 |
| 10.2.1.2 | Feiten vaststellen in een beschikkingenfabriek                           | 295 |
| 10.2.2   | Bewijsbeleid   | 295 |
| 10.2.3   | De reactie van het bestuursorgaan op nieuwe informatie over de feiten    | 296 |
| 10.2.4   | Knelpunten ten aanzien van de feitenvaststelling door de bestuursrechter | 298 |
| 10.3     | De belanghebbende burger   | 299 |
| 10.3.1   | Beroepsgronden   | 299 |
| 10.3.2   | Bewijsmiddelen   | 300 |
| 10.3.3   | Verwachtingen over de rechter  | 302 |
| 10.3.4   | Knelpunten   | 303 |
| 10.4     | De rechtshulpverlener  | 304 |
| 10.4.1   | Beroepsgronden   | 304 |
| 10.4.2   | Bewijsmiddelen   | 304 |
| 10.4.3   | Verwachtingen over de rechter  | 306 |
| 10.4.4   | Knelpunten   | 307 |
| 10.5     | Conclusie  | 307 |

## **DEEL III SLOTBESCHOUWING EN AANBEVELINGEN 309**

### **11 SLOTBESCHOUWING EN AANBEVELINGEN 311**

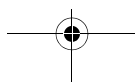
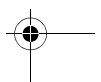
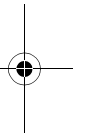
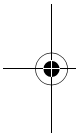
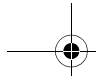
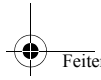
|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 11.1     | Inleiding                                   | 311 |
| 11.2     | Bevindingen onderzoek                       | 311 |
| 11.2.1   | Het juridisch-normatief kader               | 311 |
| 11.2.1.1 | Nationaal                                   | 311 |
| 11.2.1.2 | Europees                                    | 315 |
| 11.2.1.3 | Rechtsvergelijking: Duitsland               | 317 |
| 11.2.1.4 | Doctrine                                    | 318 |
| 11.2.2   | Empirisch onderzoek                         | 319 |
| 11.2.2.1 | Algemeen; onderzoeksopzet                   | 319 |
| 11.2.2.2 | De discussie tussen partijen over de feiten | 320 |
| 11.2.2.3 | Vooronderzoek door de rechter               | 321 |
| 11.2.2.4 | De zitting                                  | 322 |
| 11.2.2.5 | De uitspraak                                | 323 |
| 11.2.2.6 | Oordelen van procesdeelnemers               | 325 |
| 11.2.2.7 | Conclusies                                  | 325 |
| 11.3     | Knelpuntenanalyse                           | 326 |
| 11.3.1   | Algemeen                                    | 326 |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| II.3.2   | Rechtsonzekerheid   | 328 |
| II.3.3   | Terughoudendheid  | 329 |
| II.3.4   | Verscheidenheid   | 330 |
| II.4     | Naar een model voor feitenvaststelling in beroep                              | 331 |
| II.4.1   | Uitgangspunten voor het model   | 331 |
| II.4.2   | Uitwerking van het gekozen model  | 332 |
| II.4.2.1 | De omvang van de discussie over de feiten                                     | 333 |
| II.4.2.2 | Bewijslevering door partijen  | 333 |
| II.4.2.3 | De activiteit van de rechter  | 334 |
| II.4.2.4 | Intensiteit van de oordeelsvorming door de rechter over de feitenvaststelling | 334 |
| II.4.2.5 | De wijze van afdoening van het geschil voor zover het de feiten betreft       | 335 |
| II.4.2.6 | De aard van het geschil dat ter beslechting is voorgelegd                     | 335 |
| II.4.3   | Beoordeling van het model   | 336 |
| II.5     | Aanbevelingen   | 337 |
|          | <b>SUMMARY</b>  | 341 |
|          | <b>LITERATUUR</b>   | 345 |
|          | <b>JURISPRUDENTIEREGISTER</b>   | 353 |
|          | <b>BIJLAGE 1:</b> Samenstelling begeleidingscommissie                         | 361 |
|          | <b>BIJLAGE 2:</b> Statistische verantwoording                                 | 363 |
|          | <b>BIJLAGE 3:</b> Lijst met respondenten                                      | 367 |
|          | <b>BIJLAGE 4:</b> Analyseschema en vragenlijsten                              | 369 |

## Voorwoord

Dit rapport behandelt het onderwerp ‘feitenvaststelling in beroep’ en maakt deel uit van een vijftal onderzoeken die samen de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vormen. Volgens de wettelijke evaluatiebepaling dienen de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken drie jaar na de inwerking-treding en vervolgens om de vijf jaar een evaluatie van de wet aan de Tweede Kamer toe te zenden. De eerste evaluatie vond plaats drie jaar na inwerking-treding van de wet, in 1996 en vijf jaar later, in 2001, de tweede. De onderwerpen uit deze evaluatieronde zijn voor een belangrijk deel het resultaat van een ‘open inschrijving’. In een aantal vakbladen zijn mensen uitgenodigd om aandachtspunten op te geven voor de evaluatie. Naast feitenvaststelling worden in deze evaluatie de volgende onderwerpen behandeld: definitieve geschilbeslechting, de burger en de Awb, intern klachtrecht en Europa en de Awb. Ik spreek de hoop uit dat de evaluatiecommissie onder leiding van mr. J.W. IJssink (lid van de Hoge Raad), door de uitkomsten van de onderzoeken goed geïnformeerd en ook geïnspireerd wordt om tot een advies te komen over een eventuele aanpassing of toepassing van de wet.

Prof. dr. Frans Leeuw  
Directeur WODC



## Ten geleide

Dit boek is de neerslag van onderzoek naar de feitenvaststelling in het bestuursrecht, meer in het bijzonder in de beroepsfase. Het onderzoek maakt deel uit van de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht en heeft plaatsgevonden in de eerste helft van 2006.

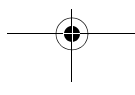
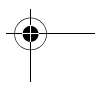
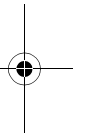
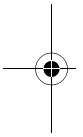
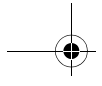
De opdrachtgever van het onderzoek was het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) ten behoeve van de ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het onderzoek is uitgevoerd door onderzoekers verbonden aan de Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen (prof. mr. L.J.A. Damen, mr. K.J. de Graaf, mr.dr. A.T. Marseille & mr. A. Tollenaar) en de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden (prof. mr. T. Barkhuysen, mr.drs. W. den Ouden & mr. Y.E. Schuurmans).

De auteurs zijn veel dank verschuldigd aan de begeleidingscommissie, onder voorzitterschap van mr. B.J. van Ettekoven. De besprekingen met deze commissie waren zeer nuttig en verliepen in een bijzonder goede sfeer.

Verder danken de auteurs alle andere personen – deels genoemd in de bijlagen bij dit rapport – die op één of andere manier een bijdrage hebben geleverd aan dit onderzoek. Daarnaast zijn er nog enkele personen die de auteurs in het bijzonder willen bedanken. Bij het verzamelen van het empirische materiaal is veel werk verzet door Oscar Lamme (Rijksuniversiteit Groningen). André van Montfort (Vrije Universiteit) heeft nuttig advies gegeven ten aanzien van de statistische verwerking van de gegevens. Ook heeft Frank Vermeer (Rijksuniversiteit Groningen) meer in het algemeen de teksten van commentaar voorzien.

Ten slotte spreken de auteurs de hoop uit dat dit onderzoek daadwerkelijk zal bijdragen aan een verbetering van de bestuursrechtelijke praktijk ten aanzien van de feitenvaststelling.

Groningen/Leiden, juli 2006  
De auteurs





# Samenvatting

## INLEIDING

In procedures bij de bestuursrechter vormen de feiten die het bestuur aan het bestreden besluit ten grondslag heeft gelegd veelvuldig object van discussie. De feitenvaststelling door de bestuursrechter is het onderwerp van het onderhavige Awb-evaluatieonderzoek. Feitenvaststelling kan worden omschreven als het proces waarin de rechter tot een oordeel komt over de vraag of het ter discussie staande besluit van het bestuur op een juiste vaststelling van de feiten is gebaseerd. Het onderhavige onderzoek richt zich op het beroep in eerste aanleg bij de bestuursrechter. Onderzocht is aan welke normen de rechter bij de feitenvaststelling is gebonden, hoe het proces van feitenvaststelling door de rechter in de praktijk verloopt en of de partijen die betrokken zijn bij de procedure bij de bestuursrechter daarmee uit de voeten kunnen. Ter beantwoording van die vragen is zowel juridisch als empirisch onderzoek verricht.

## JURIDISCH ONDERZOEK

In het juridisch onderzoek (bestaande uit analyse van wetgeving, jurisprudentie en literatuur) is in de eerste plaats geconstateerd dat bij de invoering van de Awb is uitgegaan van een actieve bestuursrechter die materiële waarheidsvinding nastreeft. In beginsel wordt hem een zelfstandige taak toegedicht om de feiten vast te stellen. Uit de analyse van de jurisprudentie komt naar voren dat als normatief uitgangspunt geldt, dat het in eerste instantie aan partijen is om hun stellingen (spontaan) met bewijsmiddelen te onderbouwen en dat de bestuursrechter een bijzonder grote vrijheid heeft in de keuze om al dan niet gebruik te maken van zijn onderzoeksbevoegdheden.

Nu de bestuursrechter zelf, blijkens de jurisprudentie, vaak de verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling primair bij partijen legt, valt op dat de verantwoordelijkheden van procespartijen in de Awb niet uitgebreid zijn geregeld. Zo bevat de Awb geen regels van materieel bewijsrecht. De bestuursrechter grijpt daarom voor het vaststellen van die verantwoordelijkheidsverdeling terug op de Awb-bepalingen die zien op de gegevensverzameling bij de voorbereiding van besluiten (met name de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb) en/of regels in de bijzondere wetgeving.

De betreffende bepalingen blijken – hoewel zij de feitenvaststelling in de *bestuurlijke* fase normeren – in de praktijk van groot belang voor de *rechterlijke* fase. De bestuursrechter toetst of de gegevensverzameling in de bestuurlijke fase zorgvuldig en volledig is geweest. Echter, niet geheel duidelijk is hoe de artikelen 3:2 en

4:2 Awb zich tot elkaar verhouden. Uit de jurisprudentie op dit punt blijkt dat de bestuursrechter verschillende factoren van belang acht bij de verantwoordelijkheidsverdeling met betrekking tot de benodigde gegevensverzameling (onder meer: Is een besluit ambtshalve of op aanvraag genomen? Welke van de partijen kan het gemakkelijkst de benodigde gegevens bemachtigen?). Van belang is voorts dat de bijzondere aard van de wet en de traditie van het deelgebied van het bestuursrecht waar het geschil zich voordoet, met als uitersten het belastingrecht en het vreemdelingenrecht, kunnen leiden tot grote verschillen in de opstelling van de bestuursrechter ten aanzien van de feiten.

Uit het wetenschappelijk debat over de feitenvaststelling in beroep blijkt dat er uiteenlopende opvattingen bestaan over de taak die de rechter dient te vervullen. Enerzijds zijn er wetenschappers die zich op het standpunt stellen dat de bestuursrechter alleen moet toetsen of het bestuur de feiten op rechtmatige wijze heeft vastgesteld. Andere wetenschappers bepleiten dat de rechter de eindverantwoordelijkheid draagt voor een feitenvaststelling die zoveel mogelijk met de waarheid overeenkomt. In dat geval dient de rechter een eigen (eind)oordeel te geven over de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling, althans voor zover het gaat om betwiste feiten. Deze laatste opvatting is in de literatuur dominant.

Van belang is voorts het EVRM, dat de feitenvaststelling door de rechter op diverse punten normeert. Uitgangspunt op grond van artikel 6 EVRM is dat de rechter bevoegd moet zijn de feiten vast te stellen of ten minste fouten terzake moet kunnen herstellen. Artikel 6 EVRM verzet zich alleen dan niet tegen een systeem waarin de rechter primair uitgaat van de feiten zoals vastgesteld door het bestuur, als daarvoor bijzonder specialistische kennis nodig is. In dat geval moet de procedure in de bestuurlijke fase wel met 'quasi-rechterlijke' waarborgen zijn omkleed. Beperkingen in de procesrechtelijke mogelijkheden ten aanzien van de feitenvaststelling van partijen moeten proportioneel en voorzienbaar zijn, hetgeen een adequate voorlichting vergt, vergelijkbaar met de eisen die voortvloeien uit het rechtszekerheidsbeginsel.

### EMPIRISCH ONDERZOEK

Het empirische onderzoek was erop gericht in kaart te brengen op welke wijze de bestuursrechter tot een oordeel komt over de vraag of een bestuursorgaan diens besluit op de juiste feiten heeft gebaseerd. Daartoe zijn 349 dossiers van beroepsprocedures bij de bestuursrechter bestudeerd en zijn 119 zittingen bijgewoond. Zowel over 2002 als over 2005 zijn gegevens verzameld. Daarnaast is een aantal interviews gehouden met bij de procedure bij de rechter betrokken partijen.

Uit het empirisch onderzoek komt in de eerste plaats naar voren dat in zo'n 90% van de bij de bestuursrechter in eerste aanleg aanhangige procedures tussen partijen onenigheid over de feiten bestaat. Het blijkt dat de rechter zich in die discussie – anders dan verwacht zou kunnen worden op grond van de uitgangspunten die aan het procesrecht van de Awb ten grondslag liggen – terug-

houdend opstelt. De rechter maakt zeer beperkt gebruik van de mogelijkheden die hij heeft om onderzoek te doen naar de voor het geschil relevante feiten. Een aantal bevoegdheden die hij in het kader van het vooronderzoek bezit, gebruikt hij in het geheel niet (getuigen horen, onderzoek ter plaatse verrichten). Een aantal andere gebruikt hij slechts mondjesmaat (schriftelijke vragen aan partijen stellen; een deskundige benoemen). Ook maakt de bestuursrechter zelden gebruik van de mogelijkheid partijen en/of getuigen ter zitting op te roepen, en al stelt de rechter regelmatig ter zitting de feiten aan de orde, de vragen die hij stelt zijn beperkt en weinig diepgravend.

De consequentie is dat de rechter het oordeel dat hij in zijn uitspraak geeft over de vraag of aan het besluit van het bestuur een juiste vaststelling van de feiten ten grondslag ligt, meestal slechts baseert op een weging van de door partijen aangevoerde argumenten, en niet op eigen onderzoek naar de feiten. Het oordeel van de rechter over de feiten valt in een grote meerderheid van de gevallen positief uit voor het bestuur. Daarbij springt in het oog dat de rechter zijn oordeel veelal voorzichtig formuleert, en dat als de rechter concludeert dat de burger zijn stellingen niet aannemelijk heeft gemaakt, hij dat oordeel meestal niet nader motiveert.

Denkbaar zou zijn dat de rechter diens terughoudende opstelling compenseert doordat hij aan partijen in de verschillende stadia van de procedure expliciet kenbaar maakt dat zij op eigen kracht hun stellingen over de feiten aannemelijk moeten maken, en dat hij hen erop wijst als zij daarin tekortschieten. Dat is echter niet het geval. Opvallend is daarnaast dat er op punten aanzienlijke verschillen zijn tussen de verschillende rechterlijke instanties. Voorts zijn er aanwijzingen dat de opstelling van de bestuursrechter tussen 2002 en 2005 eerder terughoudender dan minder terughoudend is geworden.

De bevindingen uit het dossieronderzoek en het onderzoek ter zitting zijn bevestigd in de gesprekken met rechters en procespartijen. Procespartijen beschouwen het weliswaar als gegeven dat de rechter in het afgelopen decennium minder actief is geworden, maar hebben er wel problemen mee dat ze nogal eens verrast worden door diens handelingen. Zo weten partijen niet waar de rechter het met hen ter zitting over wil hebben, zelfs niet als ze zijn opgeroepen. De zitting heeft in hun beleving overigens zelden een toegevoegde waarde. Partijen verkeren daarnaast regelmatig in onzekerheid over de vraag of de rechter al dan niet tot de conclusie zal komen dat ze hun stellingen over de feiten voldoende hebben onderbouwd. Tijdens de procedure laat de rechter zich daar zelden of nooit over uit, waardoor het in de uitspraak neergelegde oordeel nogal eens als een verrassing komt.

## CONCLUSIE; AANBEVELINGEN

Al met al biedt de Awb de bestuursrechter een grote mate van vrijheid bij de uitvoering van zijn taak om de feitenvaststelling door het bestuur te beoordelen. De rechter blijkt in het proces van feitenvaststelling een nogal terughoudende opstel-

ling te kiezen. Zo ziet hij voor zichzelf geen taak weggelegd in het zelfstandig vaststellen van de feiten. Bovendien compenseert hij zijn lijdelijke opstelling niet door actieve informatieverschaffing aan partijen over hun verantwoordelijkheid voor de gegevensverzameling. Partijen verkeren daardoor regelmatig in rechtsonzekerheid. Daarnaast is tot op zekere hoogte sprake van inconsistentie: tussen verschillende rechterlijke instanties bestaan verschillen die niet geheel en al zijn te verklaren door de verschillen tussen de geschillen die de betreffende instanties moeten beoordelen.

Deze bevindingen brengen de onderzoekers ertoe de contouren te schetsen van een model van feitenvaststelling door de bestuursrechter waarin enerzijds de sinds de invoering van de Awb veranderde opstelling van de bestuursrechter is verdisconteerd, maar waarin anderzijds wordt geprobeerd recht te doen aan het belang dat partijen hebben bij een rechterlijk oordeel over de feiten dat de waarheid zoveel als mogelijk benadert. Daarbij is aansluiting gezocht bij het normatieve kader dat voortvloeit uit het EVRM en het EG-recht en is inspiratie geput uit het Duitse bestuursprocesrecht.

Zo zou uitgangspunt moeten zijn – conform de jurisprudentie van het EHRM – dat de rechter zich niet mag beperken tot de vraag of het bestuursorgaan de feiten zorgvuldig heeft vastgesteld, maar dat hij een eigen oordeel dient te geven over de bestreden feiten. Waar hij dat wenst na te laten, zal hij moeten bezien of daarvoor afdoende rechtvaardiging (gespecialiseerde feitenvaststelling) en compensatie binnen de bestuurlijke fase (quasi-rechterlijke waarborgen) bestaat.

Daarnaast zou de rechter – net als in het Duitse bestuursprocesrecht – erop toe moeten zien dat partijen op de hoogte zijn van hun verantwoordelijkheid voor de bewijsvoering van hun respectievelijke standpunten over de feiten. Dat kan onder meer inhouden dat als de rechter constateert dat de eisende partij haar standpunt over voor het geschil relevante feiten onduidelijk of niet-overtuigend naar voren heeft gebracht, deze partij expliciet in de gelegenheid moet worden gesteld (bij voorkeur onder het stellen van een termijn) om dat alsnog te doen en dat wanneer een partij een bewijsaanbod doet, hij daarop gemotiveerd moet reageren.

# 1 Inleiding

## 1.1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK

De vaststelling van de feiten vormt een belangrijk onderdeel van een juridische procedure. Ieder besluit van het bestuur dient te zijn gebaseerd op een juiste vaststelling van de relevante feiten. In beroepsprocedures bij de bestuursrechter vormt de feitenvaststelling regelmatig een punt van discussie. Zo kwam in eerder onderzoek naar voren dat ongeveer 55% van de gronden die een eiser in eerste aanleg aanvoert, gericht is tegen de vaststelling en de kwalificatie van de feiten in het voorliggende besluit.<sup>1</sup>

Er bestaat derhalve in veel gevallen een groot belang bij een rechterlijk oordeel over de feiten. Een uitspraak daarover van de rechter zou het geschil voor partijen kunnen beslechten. De feitenvaststelling in het bestuursrecht is echter niet probleemloos. De Algemene wet bestuursrecht kent weinig bepalingen die de feitenvaststelling reguleren. Er bestaat weinig duidelijkheid over de vraag of en in welke mate de rechter in de praktijk buitenwettelijke regels van feitenvaststelling toepast. Daarnaast zijn er aanwijzingen dat bepalingen in de Awb die de rechter de mogelijkheid bieden zelf onderzoek naar de feiten te doen, in de praktijk weinig toepassing vinden.<sup>2</sup>

Als wordt gesproken over feitenvaststelling door de bestuursrechter, wordt bedoeld op het proces waarin de rechter tot een oordeel komt over de vraag of het ter discussie staande besluit van het bestuur op een juiste vaststelling van de feiten is gebaseerd. De rechter kan zich daarin meer of minder actief opstellen.

De Awb bevat, naast normen voor de feitenvaststelling door het bestuur (met als belangrijkste bepaling art. 3:2 Awb: 'Bij de voorbereiding van het besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen'), een aantal regels betreffende de feitenvaststelling door de rechter. Wat deze laatste categorie betreft, gaat het hoofdzakelijk om bepalingen met betrekking tot de onderzoeksbevoegdheden van de rechter. De focus van de Awb-wetgever op dit onderwerp hangt samen met zijn visie op de rechterlijke feitenvaststelling. De wetgever heeft bij de invoering van de Awb veel waarde gehecht aan de waarheidsvinding.<sup>3</sup> De bestuursrechter zou zich niet moeten richten op de waarheid zoals die door partijen wordt gepresenteerd, maar zou moeten trachten te achterhalen wat er daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Hij moet zo nodig zelf op zoek gaan naar de relevante feiten en dient ook zelf het verloop van de procedure te bepalen: de rechter als 'dominus litis'.

1. Marseille 2004, p. 54.

2. Marseille 2004.

3. Zie nader par. 2.2.

In de praktijk blijkt de rechter zijn taak niet zonder meer op deze wijze te vervullen. Zowel uit de eerste als de tweede evaluatie van de Awb is naar voren gekomen dat de bestuursrechter in het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting nauwelijks gebruikmaakt van zijn onderzoeksbevoegdheden uit hoofdstuk 8 Awb. De bestuursrechter wendt zijn bevoegdheid voornamelijk aan om schriftelijke inlichtingen aan partijen te vragen. Dit getuigt niet van een actieve rol van de bestuursrechter, maar veeleer van een trend om van partijen meer processuele activiteit te verlangen.<sup>4</sup> Ook recent onderzoek naar de gang van zaken bij de bestuursrechter in eerste aanleg bevestigt dat de bestuursrechter in de loop van de tijd steeds minder actief is geworden.<sup>5</sup> Met deze constatering is de vraag aan de orde of de huidige regels van feitenvaststelling in de Awb en de praktijk nog voldoende op elkaar aansluiten.

Niet alleen vragen naar de praktijk van de feitenvaststelling vormden de aanleiding voor dit onderzoek, ook vragen van normatieve aard speelden een belangrijke rol. In het bestuursrechtelijk discours is de laatste jaren een discussie gevoerd over de taak van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling. Naar aanleiding van de zogenoemde 'bewijsfuik' zijn verschillende publicaties verschenen.<sup>6</sup> Centraal staat de vraag of de rechter een zelfstandige beoordeling van de feiten moet geven, of dat de rechter de bestuurlijke feitenvaststelling alleen (op zorgvuldigheid) mag toetsen. In deze laatste opvatting maakt de feitenvaststelling een onlosmakelijk onderdeel uit van de rechtsvaststelling door het bestuursorgaan. In deze gedachte komt het bestuursorgaan bij de rechtsvaststelling een primaat toe en mag de rechter die vaststelling, waaronder ook de feitenvaststelling, niet overdoen.<sup>7</sup> Dit verschil in taakopvatting is herkend in de uiteenlopende jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.<sup>8</sup> Daarbij bestaat (bijvoorbeeld) discussie over de vraag of beide taakopvattingen zich verdragen met de eisen vanuit het Europese recht.<sup>9</sup> Ook andere ontwikkelingen hebben de normatieve vraag naar de taak van de rechter bij de feitenvaststelling op de voorgrond geplaatst. Zo bestaat er discussie over de vraag hoe actief de bestuursrechter zou moeten zijn. In de literatuur is wel geconstateerd dat het beginsel van de ongelijkheidscompensatie onder de Awb zou zijn verdampt,<sup>10</sup> of dat er zelfs een soort omgekeerde ongelijkheidscompensatie wordt toegepast door de ABRvS.<sup>11</sup> Anderzijds wordt wel betoogd dat ongelijkheidscompensatie door de rechter in individuele zaken afbreuk kan doen aan de aard en de zin van de bestuurstaak.<sup>12</sup> Een ander punt in de normatieve discussie betreft de vraag in welke mate de waarheidsvinding in een proces mag worden beperkt.

4. Ten Berge e.a. 1996, p. 120 en 173. Ook ten aanzien van het hoger beroep is geconcludeerd dat de rechter zijn onderzoeksbevoegdheden vrijwel niet gebruikt, Widdershoven e.a. 2001, p. 186; Marseille 2003, p. 1062-1069.
5. Marseille 2004.
6. Waaronder De Bock 2000, Damen 2000, Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000.
7. Vgl. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000.
8. Idem als noot 6.
9. De Bock 2000, p. 75 e.v., Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 219, Polak e.a. 2004, p. III e.v.
10. Vgl. Damen 1999, p. 33; Schlössels, 1999, p. 190 en uitgebreid Schlössels 2003, p. 143 e.v.
11. Damen 2005, p. 19.
12. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 27.

Mogen bijvoorbeeld eisen van een goede procesorde beperkingen stellen aan de mogelijkheden van bewijslevering door partijen?<sup>13</sup> Bovenstaande uiteenlopende vragen laten zien dat de afgelopen jaren in het bestuursrechtelijk discours zeer regelmatig discussie is gevoerd over de taak van de rechter bij de feitenvaststelling.

In deze studie wordt zowel empirisch als juridisch-normatief onderzoek gedaan. Er wordt onderzocht welke regels van feitenvaststelling de bestuursrechter in de praktijk toepast en welke normen hij daarbij in acht moet nemen. De studie brengt in kaart of in de praktijk problemen bestaan met betrekking tot de feitenvaststelling in beroep bij de rechter. Bij een bevestigende beantwoording wordt bezien of, en zo ja, hoe dat probleem kan worden verholpen. Dat kan resulteren in aanbevelingen aan de wetgever, de rechter en het bestuur. Die aanbevelingen moeten aansluiten bij de normatieve eisen die aan de rechter worden gesteld bij het vaststellen van de feiten en het verrichten van onderzoek. Deze studie brengt daartoe de eisen in kaart die nationale en internationale rechtsbronnen stellen aan de feitenvaststelling in het rechterlijk proces.

## 1.2 PROBLEEM- EN VRAAGSTELLING

In het verlengde van de aanleiding tot het onderzoek luidt de probleemstelling als volgt:

*Aan welke eisen van nationaal en Europees recht is de rechter gebonden als hij feiten vaststelt of toetst? Hoe doet de rechter dat in de praktijk? Voldoet de praktijk en is de praktijk in overeenstemming met deze normen?*

De centrale vraag kan worden uitgewerkt in meerdere deelvragen. Deze kunnen worden onderverdeeld in juridisch-normatieve vragen en empirische vragen. De juridisch-normatieve vragen zijn:

- 1 Hoe is de feitenvaststelling door de bestuursrechter in de Awb geregeld?
- 2 Hoe zijn de regels van feitenvaststelling in de Awb uitgewerkt in de jurisprudentie?
- 3 Welke eisen stellen (overige) nationale en Europese regelgeving en rechtsbeginselen aan de feitenvaststelling door de bestuursrechter?

De empirische vragen zijn:

- 4 Op welke wijze geeft de rechter in de praktijk toepassing aan de regels over de feitenvaststelling?
- 5 Door welke factoren wordt het handelen van de rechter beïnvloed?
- 6 Wat vinden partijen die betrokken zijn bij beroepsprocedures bij de bestuursrechter, van de wijze waarop feiten door de bestuursrechter worden vastgesteld dan wel getoetst?

13. De Graaf en Lindijer 2003; De Waard 2001.

De te beantwoorden vragen bij de afsluitende analyse kunnen als volgt luiden: Verdient het aanbeveling dat rechters en bestuursorganen wijziging brengen in hun toepassing van de huidige regels van feitenvaststelling in de Awb? Is aanpassing van de huidige regeling in de Awb met betrekking tot de feitenvaststelling gewenst?

Uit het onderzoek naar bovenstaande vragen kan blijken dat in de jurisprudentie en in de praktijk van feitenvaststelling verschillen worden geconstateerd. Uiteenlopende factoren zouden daarvoor een verklaring kunnen bieden. In dit onderzoek wordt aandacht besteed aan de invloed van de volgende factoren.

In de eerste plaats kan een rol spelen of het bestreden besluit op aanvraag dan wel ambtshalve wordt genomen. De idee van de wederkerige rechtsbetrekking richt zich in de parlementaire geschiedenis van de Awb voornamelijk op de gegevensverstrekking bij het op aanvraag te nemen besluit. Mogelijk bestaat er ten aanzien van het besluit dat op aanvraag wordt genomen een ander normatief kader en kan dat geconstateerde verschillen verklaren.

In de tweede plaats kan het reparatoire dan wel punitieve karakter van besluiten van betekenis zijn. De rechtsbescherming tegen punitieve sancties moet aan een aantal specifieke eisen voldoen, onder meer omdat het besluit als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM kan worden gekwalificeerd.<sup>14</sup> Mogelijk leidt dit tot andere eisen aan de feitenvaststelling en de bewijsvoering.

In de derde plaats zou kunnen meespelen of het geschil onderdeel uitmaakt van het zogenoemde 'ordenende bestuursrecht' dan wel het 'tweepartijenbestuursrecht' en, in sterke mate daarmee samenhangend, het al dan niet gebonden karakter van de bestuursbevoegdheid. Het rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de VAR besteedt uitdrukkelijk aandacht aan dit verschil in procedures, mede als argument voor het bestaansrecht van bestuursrechtspraak naast civiele rechtspraak.<sup>15</sup> De taakopvatting van de bestuursrechter ten aanzien van de feitenvaststelling kan mogelijk tegen deze achtergrond worden verklaard.

In de vierde plaats kan tevens de positie van bestuursorgaan en belanghebbende van belang zijn. Daarbij moet uiteraard worden gedacht aan de (machts)verhouding tussen het bestuursorgaan en de belanghebbende en de behoefte aan ongelijkheidscompensatie. Daarnaast verdient ook de taak van het bestuursorgaan afzonderlijke aandacht. De eisen die de rechter stelt aan het feitenonderzoek hangen mogelijk mede af van de vraag of het bestuursorgaan als 'beschikkingenfabriek' dan wel een 'beschikkingsatelier' kan worden aangemerkt.<sup>16</sup>

Ten slotte is het mogelijk dat er nog andere factoren zijn die het handelen van de rechter beïnvloeden. Te denken valt aan de wijze waarop partijen hun standpunten naar voren brengen en onderbouwen, de aanwezigheid van professionele rechtshulpverleners en de rechtsprekende instantie die het beroep behandelt. Ook aan de mogelijke invloed van dit soort factoren zal aandacht worden besteed.

14. Polak e.a. 2004, p. 134-138.

15. Idem, p. 31-37.

16. Schuurmans 2006.



De beantwoording van de hierboven gestelde vragen vergt de inzet van verschillende onderzoeksmethoden. Voordat deze methoden worden toegelicht, wordt eerst ingegaan op de afbakening van het onderzoek.

### 1.3 AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

Het bestuursrecht is veelomvattend en kan binnen de reikwijdte van dit onderzoek niet volledig worden onderzocht. De beantwoording van de deelvragen vergt een afbakening. In dit onderzoek worden de regels van feitenvaststelling onderzocht die de bestuursrechter toepast in het beroep in eerste aanleg. De regels die gelden in appèl, vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Ook de vraag welke regels de feitenvaststelling bij het voorbereiden van besluiten normeren, valt niet onder de onderzoeksopdracht.

Dat laatstgenoemde regels niet zelfstandig worden onderzocht, betekent niet dat zij geen rol spelen binnen het onderzoek. Voordat partijen bij de bestuursrechter terechtkomen, heeft een rechtsvaststelling door het bestuur plaatsgevonden, die is neergelegd in een besluit. Aan die rechtsvaststelling ligt tevens een feitenvaststelling ten grondslag. Het is mogelijk dat de bestuursrechter deze bestuurlijke feitenvaststelling als uitgangspunt neemt. Wanneer twijfel is gezaaid over de deugdelijkheid van deze feitenvaststelling, kan nadere bewijsvoering nodig zijn. Bij de beantwoording van de vraag welke partij met deze nadere bewijsvoering moet worden belast, zou van belang kunnen zijn welke partij bij de voorbereiding van het besluit verantwoordelijk was voor een juiste gegevensverzameling. Het is een mogelijkheid dat de rechter aansluit bij de regels van feitenvaststelling die gelden bij de voorbereiding van een besluit. Ook al vormen deze regels van bestuurlijke feitenvaststelling dus niet direct het voorwerp van onderzoek, in de studie wordt wél bezien of, en zo ja, hoe deze regels doorwerken in de fase van het beroep.

Bovendien zijn de regels van feitenvaststelling die gelden bij de voorbereiding van besluiten, recentelijk uitgebreid onderzocht in het dissertatieonderzoek van Schuurmans.<sup>17</sup> De conclusies van genoemd onderzoek worden, voor zover relevant, in deze studie betrokken.

Voor het empirische deel van het onderzoek gelden enkele bijzondere afbakeningen. Bij de verzameling van gegevens is geprobeerd een zo representatief mogelijk beeld te verkrijgen van de beroepsdossiers waarover de bestuursrechter om een oordeel wordt gevraagd. Desalniettemin zijn geen gegevens verzameld over het bestuursrecht voor wat betreft het belastingrecht en het vreemdelingenrecht. Evenmin zijn uitspraken verzameld over het bestuursrecht met een bijzondere rechtsgang, waarbij één rechtbank of een college een bijzondere competentie heeft om kennis te nemen van het beroepschrift. Het gaat dan bijvoorbeeld om het mededingingsrecht, telecommunicatierecht of beschikkingen die samenhangen met verkeershandhaving. Deze delen van het bestuursrecht wijken materieel of procedureel af en zijn daardoor moeilijk binnen de mogelijkheden van dit onderzoek in kaart te brengen.

17. Schuurmans 2005.

Het doel is echter een zo volledig mogelijk en representatief beeld van de werkelijkheid te krijgen. Voor het empirische onderzoek zijn uitspraken geselecteerd, waarin de rechtbank in eerste aanleg oordeelt. Deze selectie omvat zowel zaken waarin de ABRvS als waarin de CRvB in een later stadium als appèlrechter kan worden benaderd. Het domein van het empirische onderzoek is uitgebreid met het milieurecht. Het milieurecht, waarbij ook een bijzondere rechtsgang geldt en de ABRvS in eerste en enige aanleg bevoegd is om kennis te nemen van beroepschriften, is binnen de mogelijkheden van het onderzoek relatief eenvoudig in kaart te brengen. Bovendien zijn de dossiers die daarvoor moeten worden bestudeerd, goed toegankelijk.

## 1.4 ONDERZOEKSMETHODEN

### 1.4.1 *Juridisch onderzoek*

Door middel van analyse van relevante regelgeving en literatuur- en jurisprudentieonderzoek wordt het normatieve kader geformuleerd, zoals aan de orde in de eerste drie deelvragen. Bij de beantwoording van deze vragen is informatie ontleend aan de al genoemde dissertatie van Schuurmans en het onderzoeksmateriaal dat daarbij is verzameld. Voor dat onderzoek zijn uitspraken geselecteerd op woorden als 'bewijs\*', 'aannemelijk' en 'aantonen'. De jaargangen van de AB, JWVB (voorheen JABW), JB, RSV en TAR vanaf 1996 zijn daarop doorgenomen. Op de site rechtspraak.nl is gezocht naar uitspraken waarin 'bewijslast\*' voorkomt. Voor dit evaluatieonderzoek is bovendien aanvullend en actualiserend jurisprudentieonderzoek verricht.

Van de in hoofdstuk 2 beschreven wettelijke bepalingen is onderzocht hoe zij in de jurisprudentie worden toegepast. Daarvoor zijn zowel de databanken van de AB, BNB, JB en JV doorzocht als de site van rechtspraak.nl. Daarnaast is de parlementaire geschiedenis geraadpleegd alsmede – zij het beperkt – literatuur terzake.

Ten behoeve van hoofdstuk 3 is vergelijkbaar jurisprudentieonderzoek gedaan. Daarnaast is ten behoeve van dit hoofdstuk onderzoek gedaan naar met name de jurisprudentie van de Europese rechters (EHRM, GvEA EG, HvJ EG). Tevens is relevante literatuur bestudeerd.

### 1.4.2 *Empirisch onderzoek*

De verzameling van de empirische gegevens valt uiteen in vier deelonderzoeken. Elk van deze deelonderzoeken richt zich op de beantwoording van één of meerdere deelvragen. Een groot deel van de informatie over de activiteit van procespartijen en de bestuursrechter voor wat betreft de feitenvaststelling, kan worden gereconstrueerd uit het procesdossier zoals dat bij de bestuursrechter is opgebouwd. Uit dat dossier kan worden afgeleid welke argumenten de eiser in zijn beroepschrift aanvoert, welk bewijs hij daarbij heeft overgelegd, hoe het verweerende bestuursorgaan op die argumenten heeft gereageerd en de mate waarin de bestuursrechter in het vooronderzoek gebruik heeft gemaakt van zijn onder-

zoeksbevoegdheden. Om deze data te achterhalen is een analyseschema vastgesteld, waarmee een representatieve steekproef van dossiers bij een aantal rechtbanken is bestudeerd. Dit deelonderzoek levert informatie op waarmee deelvraag 4 kan worden beantwoord.

In deelvraag 5 is aan de orde door welke factoren het handelen van de rechter wordt beïnvloed. Deze factoren zijn ontleend aan de literatuur, zoals uitgewerkt in het juridische onderzoek, aangevuld met de informatie uit het tweede en derde deelonderzoek: een onderzoek onder bestuursrechters respectievelijk onder de repeatplayers. Het onderzoek onder de bestuursrechters heeft plaatsgevonden in de vorm van drie expertmeetings met bestuursrechters, secretarissen/griffiers en juridisch medewerkers, verbonden aan in totaal vijf rechtbanken. Voor deze expertmeetings is een variant op de Delphi-methode toegepast.<sup>18</sup>

Het derde deelonderzoek bestaat uit interviews met repeatplayers. Repeatplayers zijn personen die gezien hun functie regelmatig procederen bij, in dit geval, de bestuursrechter. Er zijn acht interviews gehouden, waarbij is gestreefd naar een variatie van rechtsgebieden waarop de respondent werkzaam is. Bovendien is een variatie beoogd naar repeatplayers die aan de zijde van het bestuursorgaan en repeatplayers die aan de zijde van de burgerpartij deelnemen aan bestuursrechtelijke procedures. De in de literatuur, expertmeetings en interviews genoemde factoren zijn vervolgens vergeleken met de gegevens die in het dossieronderzoek zijn verzameld, waarmee deelvraag 5 wordt beantwoord.

De interviews met de repeatplayers leveren naast factoren die de feitenvaststelling verklaren, ook informatie op waarmee deelvraag 6 kan worden beantwoord. De repeatplayers zijn immers ook de procespartijen in bestuursrechtelijke geschillen. De meningen en knelpunten blijken echter vaak pas in een concrete procedure. Het vierde deelonderzoek bestaat derhalve uit een aantal telefonische interviews, waarvoor de zogenoemde 'procesvoerder' wordt benaderd en een aantal vragen naar hun ervaringen in een concrete beroepsprocedure wordt voorgelegd. De procesvoerder is degene die daadwerkelijk de procedurele handelingen in de procedure bij de bestuursrechter heeft verricht. In het geval de belanghebbende geen gemachtigde heeft ingeschakeld, is de burger zelf benaderd en in het geval er wel een gemachtigde optrad, is deze rechtshulpverlener geïnterviewd.

## 1.5 OPBOUW VAN HET BOEK

Het onderzoek bestaat zowel uit een juridische als een empirische component. In de opbouw van het boek is dit onderscheid gevolgd door een onderverdeling in drie delen. In deel I vindt een weergave van het juridisch-normatieve onderzoek plaats, waarbij in hoofdstuk 2 eerst de regels over de feitenvaststelling in de Awb worden verkend en in hoofdstuk 3 een (nader) normatief kader wordt geconstru-

---

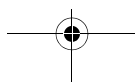
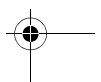
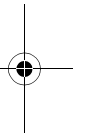
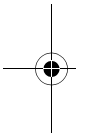
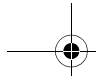
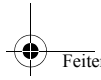
18. De Delphi-methode is een onderzoeksmethode waarbij de meningen van een groot aantal experts wordt gevraagd ten aanzien van een onderwerp waarover geen consensus bestaat. Door de antwoorden van de andere experts (anoniem) terug te koppelen wordt in een aantal rondes geprobeerd tot consensus te komen. In dit onderzoek is voorafgaand aan de expertmeetings een anonieme vragenlijst verspreid. De uitkomsten hiervan zijn besproken op de expertmeeting. Zie Swanborn 1991, p. 144.

eerd mede aan de hand van rechtsbeginselen en Europees recht. Deel II bevat de weerslag van het empirische onderzoek. Hoofdstuk 4 bevat een inleiding en verantwoording van de gegevensverzameling. Vervolgens is gekozen voor een chronologische presentatie van de empirische data, naar de verschillende fasen waarin in de bestuursrechtelijke fase over feiten wordt geoordeeld. Hoofdstuk 5 bevat de empirische gegevens over het beroep en het verweer en hoofdstuk 6 over het vooronderzoek door de rechter. Hoofdstuk 7 behandelt de zitting, hoofdstuk 8 het onderzoek na de zitting en hoofdstuk 9 gaat over de uitspraak. In hoofdstuk 10 wordt verslag gedaan van de ervaringen van de procespartijen.

Het onderzoek sluit in deel III af met een analyse, waarin de juridisch-normatieve eisen die worden gesteld aan de feitenvaststelling door de rechter, worden geconfronteerd en gecombineerd met de resultaten van het empirisch onderzoek. Daarbij wordt beoordeeld of aanbevelingen aan de wetgever, de rechter of het bestuur aangewezen zijn.

## DEEL I

# JURIDISCH-NORMATIEF ONDERZOEK NAAR DE FEITENVASTSTELLING IN BEROEP



## 2 De regels van feitenvaststelling onder de Awb

### 2.1 INLEIDING

De Awb bevat verschillende regels van feitenvaststelling. In dit hoofdstuk zal worden gezien welke artikelen het proces van feitenvaststelling door de bestuursrechter reguleren en wat de strekking van deze bepalingen is. Daarbij wordt het oogmerk van de wetgever toegelicht en wordt bekeken hoe de bestuursrechter blijkens de jurisprudentie aan deze artikelen toepassing geeft. In de Awb kan men grofweg vier categorieën van regels van feitenvaststelling onderscheiden. De wet bevat in de eerste plaats regels die de feitenvergaring in de bestuurlijke besluitvormingsfase normeren. In de tweede plaats bevat de Awb regels die gericht zijn op de bijdrage van partijen aan het feitenonderzoek in beroep, waaronder de mogelijkheden om (bewijs)stukken in het geding te brengen (paragraaf 2.3). In de derde plaats is er een artikel dat de rechter de bevoegdheid toekent om zelf de feiten aan te vullen (paragraaf 2.4). Een vierde categorie van artikelen geeft de rechter de benodigde instrumenten om aan deze bevoegdheid uitvoering te geven. Hij beschikt over een breed scala aan onderzoeksbevoegdheden (paragraaf 2.5). De paragrafen 2.3 tot en met 2.5 zijn op een identieke wijze opgebouwd: eerst een weergave van de tekst van de wet, dan een uiteenzetting van de parlementaire geschiedenis en vervolgens een kort overzicht van de toepassing in de jurisprudentie. In het geval dat de jurisprudentie uiteenloopt, wordt gezien of de verschillen kunnen worden verklaard vanuit de aard van het rechtsgebied. In hoofdstuk 1 zijn de factoren toegelicht waarop in ieder geval acht wordt geslagen. De Awb bevat bepaalde – hierboven genoemde – categorieën regels over de feitenvaststelling in beroep, maar de wet bevat ook bepaalde regels (nadrukkelijk) niet. Alvorens aan de beschrijving in de paragrafen 2.3 tot en met 2.5 toe te komen, wordt eerst bij deze keuze stilgestaan (paragraaf 2.2). Deze keuze kan namelijk door normatieve elementen zijn ingegeven, waarmee rekening moet worden gehouden in de beoordeling van de praktijk van feitenvaststelling in relatie tot de bedoeling van de wetgever.

Hoofdstuk 2 vormt daarmee de noodzakelijke basis waarop het onderzoek voortbouwt. Het brengt in kaart welke regels van feitenvaststelling de Awb thans kent. Vervolgens kan in het empirisch onderzoek worden bekeken hoe deze artikelen in de praktijk toepassing vinden en of de praktijk tegen problemen aanloopt die tot maatregelen noodzaken. Hoofdstuk 2 maakt ook onderdeel uit van het juridisch-normatieve onderzoek. De rechtsregels in de Awb en de parlementaire geschiedenis verschaffen inzicht in de normatieve keuzes van de wetgever. De jurisprudentieanalyse geeft aan welke nadere normering in de rechtspraak tot stand is gekomen, bij de toepassing van de verschillende bevoegdheden van partijen en van de rechter in het kader van het feitenonderzoek. In hoofdstuk 3 wordt nader op deze normatieve elementen ingegaan.

## 2.2 DE DOELSTELLING VAN DE AWB

Een hoofddoel van de Awb is het geven van een algemene en uniforme regeling van het bestuursprocesrecht. Bij de vraag welke regels in deze algemene wet zouden moeten worden opgenomen, spelen verschillende factoren een rol. Regelgeving kan geboden zijn omdat bepaalde onderwerpen zich naar hun aard niet lenen voor een regeling in een bijzondere wet. Algemene regels kunnen voorts de bestuursrechtelijke wetgeving systematiseren en vereenvoudigen en meer eenheid brengen. Ook kunnen ontwikkelingen die zich in de jurisprudentie hebben afgetekend, de aanleiding vormen voor codificatie.<sup>19</sup> In beginsel kan men over het gehele bestuursprocesrecht zeggen dat het zich naar zijn aard minder leent voor regulering in bijzondere wetten.<sup>20</sup> Immers, deze regels zijn op het gehele bestuursrecht van toepassing.

In de Awb hebben bepaalde aspecten van de feitenvaststelling een regeling gevonden; andere onderwerpen zijn niet in rechtsregels vastgelegd. De wet kent voornamelijk artikelen die de indiening van stukken door partijen reguleren en de wijze waarop de rechter gebruik kan maken van zijn onderzoeksbevoegdheden. Het meest opvallend is dat regels van materieel bewijsrecht ontbreken. Zo bevat de Awb geen bepalingen ten aanzien van de bewijsomvang, de bewijslastverdeling, de bewijsmiddelen of de bewijswaardering. De parlementaire geschiedenis leert dat dit een bewuste keuze van de wetgever is geweest. Achter de regels van feitenvaststelling in de Awb gaat een bepaalde visie van de wetgever op de feitenvaststelling schuil.

De feitenvaststelling wordt in de parlementaire geschiedenis van de Awb niet als een afzonderlijk onderwerp behandeld. De visie die de wetgever op dit onderwerp heeft, komt met name naar voren waar hij de karakteristieken van het bestuursprocesrecht bespreekt. Een klassiek kenmerk van het bestuursrechtelijk proces is dat de bestuursrechter zoekt naar de materiële waarheid.<sup>21</sup> De rechter richt zich niet op de waarheid zoals die door partijen wordt gepresenteerd, maar tracht te achterhalen wat er daadwerkelijk gebeurd is. Deze karakteristiek brengt mee dat de rechter zich in het proces actief dient op te stellen. Hij heeft de taak zelf op zoek te gaan naar de relevante feiten. De rechter bepaalt het verloop van de procedure en is nadrukkelijk bevoegd om op basis van eigen onderzoek de feiten aan te vullen. Dit uitgangspunt verklaart waarom in de Awb bij de regulering van de feitenvaststelling een grote nadruk heeft gelegen op de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden.

De rechter beschikt zowel in het vooronderzoek als het onderzoek ter zitting over deze bevoegdheden. De situaties waarin de ene dan wel de andere fase voor onderzoek wordt gebruikt, blijven ongenoemd. Overige kenmerken die met het zoeken naar de materiële waarheid samenhangen, zijn een grote rol voor de mondelinge behandeling van de zaak op de terechtzitting en het ontbreken van regels

---

19. PG Awb I, p. 19.

20. PG Awb I, p. 23.

21. PG Awb II, p. 173.



van materieel bewijsrecht. Overigens hangt het uitgangspunt van de actieve bestuursrechter zowel samen met zijn taak om het objectieve publiekrecht te handhaven, als het bieden van rechtsbescherming.<sup>22</sup> Vanuit de rechtsbeschermingsidee kan het op de weg van de rechter liggen de belanghebbende te helpen de benodigde gegevens te achterhalen. De rechter kan zelf een onderzoek instellen naar de door de belanghebbende bestreden feiten of de belanghebbende erop wijzen welke gegevens hij dient te verstrekken. De rechter zal zich met name actief opstellen wanneer de belanghebbende in een ongelijke positie verkeert met het bestuursorgaan en geen professionele rechtsbijstand geniet.<sup>23</sup> Of de rechter spoedig tot dit onderzoek is gehouden, is de vraag. De betekenis die aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie toekomt in het nieuwe bestuursprocesrecht, is niet duidelijk. Enerzijds relativeert de regering haar betekenis,<sup>24</sup> anderzijds plaatst zij soms een wettelijke bepaling in het licht van die ongelijkheidscompensatie.<sup>25</sup>

De relativering van de ongelijkheidscompensatie houdt verband met een veranderde visie op de rechtsbetrekking tussen belanghebbende en bestuursorgaan. In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat de relatie meer wederkerig van aard is geworden. Deze verandering heeft onder meer tot gevolg dat de belanghebbende nadrukkelijk een eigen taak en verantwoordelijkheid heeft om inzicht te verschaffen in zijn feitelijke situatie. In paragraaf 2.3.2 wordt daar nader op ingegaan. Naast een nadruk op de taak van de rechter om de waarheid te vinden, wordt dus ook een nadruk gelegd op de verantwoordelijkheid van de belanghebbende om voor hem relevante gegevens naar voren te brengen bij de voorbereiding van een besluit.

Een andere tendens die in de memorie van toelichting nadruk krijgt, betreft het belang van een zo spoedig mogelijke afdoening van het geschil. Bij de vormgeving van het procesrecht, zowel door wetgever als rechter, dient het gezichtspunt van effectiviteit en efficiency te worden betrokken.<sup>26</sup> Bij deze tendens wordt, anders dan bij de wederkerige rechtsbetrekking, niet uitdrukkelijk verwezen naar de feitenvaststelling.

In de parlementaire geschiedenis worden geen kanttekeningen geplaatst bij de visie dat de bestuursrechter actief dient te zijn. Wel worden, met name door de Raad van State, opmerkingen gemaakt over nadere regulering. De Raad van State waarschuwt er ten eerste voor dat de globale regeling van de Awb kan leiden tot een grote verscheidenheid in de toepassing. Daarbij wordt uitdrukkelijk gewezen op het gevaar dat rechters zeer uiteenlopend gebruik kunnen maken van hun onderzoeksbevoegdheden. Voorts wordt benadrukt dat men de belangen van de

22. PG Awb II, p. 173.

23. PG Awb II, p. 464.

24. 'Als gevolg van het toekennen van een groter gewicht aan de notie van de rechtsbetrekking is deze ontwikkeling gepaard gegaan met een – gelijktijdige – relativering van de gedachte van de ongelijkheidscompensatie. Wij zijn van oordeel, dat deze ontwikkelingen in het nieuwe, uniforme bestuursprocesrecht tot uitdrukking moeten komen.', PG Awb II, p. 174.

25. Zie bijvoorbeeld de toelichting bij art. 8:69 Awb.

26. PG Awb II, p. 175.

procederende partijen niet uit het oog mag verliezen. Mocht blijken dat door aanvulling van wetteksten beter een verantwoord evenwicht kan worden bereikt tussen de vrijheid van de rechter en de belangen van partijen, dan wordt nadere regelgeving aanbevolen.<sup>27</sup> Daarnaast uit de Raad van State bedenkingen bij de stelling dat het onderzoek ter zitting het zwaartepunt vormt van de procedure. 'Nu zo sterk de nadruk is gelegd op een intensief onderzoek en de overbelasting van de rechter tot proceseconomisch handelen dwingt, is het alleszins verantwoord ruimschoots toepassing te geven aan bepalingen die het mogelijk maken een onderzoek ter zitting uit te sluiten.'<sup>28</sup> Voorts vraagt de Raad van State om een nadere uiteenzetting waarom de Awb geen algemene regels van bewijsrecht bevat en onderdelen van het civiele bewijsrecht niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.<sup>29</sup>

In antwoord op bovengenoemde vragen onderkent de regering dat rechters zeer uiteenlopend gebruik kunnen maken van hun discretionaire onderzoeksbevoegdheden. Beleidsvragen spelen immers een rol bij de afweging of onderzoek moet worden ingesteld. De verscheidenheid in toepassing biedt als voordeel dat de regeling van de onderzoeksbevoegdheden kan uitkristalliseren. De regering wijst er nadrukkelijk op dat een rol kan zijn weggelegd voor een wetsevaluatie. Een grote verscheidenheid bergt echter ook het gevaar in zich dat zij leidt tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. Met verschillende middelen moet de verwezenlijking van dit gevaar worden voorkomen. Ten eerste zouden de rechtbanken tot zelfregulering over kunnen gaan. In procesregelingen zou kunnen worden aangegeven onder welke omstandigheden men welke bevoegdheid hanteert. Ten tweede kunnen de appèlcolleges de eenheid bevorderen en in de laatste plaats zou de destijds geplande rechtseenheidvoorziening als waarborg fungeren.<sup>30</sup> De belangen van procespartijen acht de regering voldoende gewaarborgd in de regeling van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden in de Awb.<sup>31</sup> De relativeering van de zitting als zwaartepunt van de procedure neemt zij gedeeltelijk over door erop te wijzen dat een zitting soms kan worden overgeslagen. Meer aandacht gaat uit naar de kritiek dat de Awb geen materieel bewijsrecht bevat. Regels ten aanzien van de bewijsomvang, bewijslastverdeling en bewijswaardering komen niet in de wet voor. Aan deze regels zou geen behoefte bestaan, omdat de rechter actief is, de bevoegdheid heeft om feiten aan te vullen en over uitgebreide mogelijkheden beschikt om de feiten te onderzoeken:

'In een stelsel waarin de rechter de bevoegdheid heeft ambtshalve de feiten aan te vullen, is aan een wettelijk stelsel van materieel bewijsrecht niet of nauwelijks behoefte. Dat neemt niet weg, dat de rechter, afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in het geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen heeft te verdelen.'<sup>32</sup>

27. PG Awb II, p. 163 en 164.

28. PG Awb II, p. 165.

29. PG Awb II, p. 165.

30. PG Awb II, p. 167 en 439.

31. PG Awb II, p. 168.

32. PG Awb II, p. 175.

In de toelichting ligt een grote nadruk op de bevoegdheid van de rechter om zelf de feiten te onderzoeken en aan te vullen. Kennelijk dicht de wetgever de bestuursrechter een zelfstandige taak toe om de feiten vast te stellen. De mogelijkheid of verplichting van partijen om bewijs te leveren, krijgt veel minder aandacht. In een procedure waar de rechter het voortouw neemt, zou aan regulering van de bewijsverplichtingen van partijen geen grote behoefte bestaan. De rechter zal immers vaak zelf een onderzoek instellen. In de gevallen waarin hij van onderzoek afziet, of wanneer het onderzoek geen duidelijkheid brengt, kan hij tussen partijen naar redelijkheid en billijkheid de bewijslast verdelen. Wat een redelijke en billijke verdeling is, wordt bepaald door de omstandigheden van het geval en kan niet in vaste regels worden vastgelegd. Naar aanleiding van de kritische kanttekeningen van de Raad van State wordt uitgelegd waarom geen aansluiting is gezocht bij het bewijsrecht uit het burgerlijk procesrecht. De bewijsbepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) gaan uit van de gelijkwaardigheid van partijen en een grote partijautonomie. Dat zou niet passen bij bestuursrechtelijke kenmerken als het zoeken naar de materiële waarheid en de ongelijkheidscompensatie.

‘In de gewijzigde memorie van toelichting wordt uiteengezet, dat de karakteristiek van het zoeken naar de materiële waarheid in het bestuursprocesrecht en het kenmerk van de ongelijkheidscompensatie naar onze opvatting pleiten tegen het van overeenkomstige toepassing verklaren van met name de materieelrechtelijke bepalingen van het civiele bewijsrecht, die immers uitgaan van de gelijkwaardigheid van partijen en mede daardoor van een grotere partijautonomie. Wij verwijzen in het bijzonder naar de artikelen 176, eerste lid, 177, 178 en 181, eerste lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.’<sup>33</sup>

Ook al wordt de feitenvaststelling in het bestuursprocesrecht niet uitdrukkelijk besproken in de parlementaire geschiedenis, toch komen bepaalde grondtrekken van een visie op het onderwerp naar voren. De taak van de rechter bij de feitenvaststelling wordt benadrukt; de verantwoordelijkheid van partijen komt in veel mindere mate naar voren. De rechter die op zoek is naar de materiële waarheid, draagt een grote verantwoordelijkheid voor een juiste vaststelling van de feiten. Gezien de rechterlijke bevoegdheid om zelf onderzoek te doen en de feiten aan te vullen, is hem in beginsel een zelfstandige taak toegedicht om de feiten vast te stellen.

## 2.3 DE BEWIJSLEVERING DOOR PARTIJEN

### 2.3.1 Inleiding

Hoewel in de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb niet veel aandacht is besteed aan de positie van partijen bij de feitenvaststelling in het kader van de

33. PG Awb II, p. 169 en 177. In de passage wordt verwezen naar de artikelen van het destijds geldende Rv. Het bewijsrecht is thans geregeld in de artt. 149 tot en met 155 Rv.

procedure bij de bestuursrechter, bevat de Awb daarover toch een aantal relevante bepalingen. Zo regelt de Awb de indiening van stukken door partijen, de plicht om mee te werken aan het rechterlijk onderzoek en het recht om getuigen en deskundigen mee te brengen naar de zitting. Deze bepalingen zien op de verantwoordelijkheid van partijen voor de feitenvaststelling in beroep, maar geven in beginsel niet aan in welke mate het bestuursorgaan dan wel de belanghebbende daarvoor verantwoordelijk is.

De kern van de plicht voor het bestuursorgaan en de belanghebbende om gegevens te verzamelen en over te leggen, is niet opgenomen in hoofdstuk 8 bij de bepalingen over het beroep, maar ligt vast in de artikelen over de voorbereiding van besluiten. In het bestuursrecht vindt de vergaring van de feiten immers primair plaats tijdens de bestuurlijke besluitvorming. Het bestuursorgaan verzamelt, mogelijk op initiatief en met medewerking van de belanghebbende, de relevante feiten. In paragraaf 2.3.2 wordt eerst uiteengezet welke taak het bestuursorgaan en de belanghebbende toekomen bij de gegevensverzameling bij de voorbereiding van een besluit.

Hoewel deze regels over de feitenvaststelling in de bestuurlijke besluitvormingsfase niet het voorwerp van dit onderzoek vormen, is het toch noodzakelijk om de inhoud en strekking van deze regels kort toe te lichten. De bestuursrechter toetst of de gegevensverzameling in de bestuurlijke fase zorgvuldig en volledig is geweest.<sup>34</sup> In de beoordeling van deze zorgvuldigheid van het feitenonderzoek zal hij betrekken welke plichten er rustten op de belanghebbende en het bestuursorgaan bij de gegevensverzameling. De norm die de rechter daarbij aanlegt, is neergelegd in artikel 3:2 Awb (en deels in artikel 4:2 lid 2 Awb). Deze artikelen bepalen grotendeels de toets die de bestuursrechter aanlegt bij zijn beoordeling van de feitenvaststelling.

### **2.3.2 De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan en de informatieplicht van de belanghebbende bij de voorbereiding van het besluit**

#### *Artikel 3:2 Awb*

Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.

#### *Artikel 4:2 Awb*

1. (...)
2. De aanvrager verschafft voorts de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.

#### **2.3.2.1 Parlementaire geschiedenis**

De artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb geven in onderling verband aan in welke mate het bestuursorgaan en de aanvrager verantwoordelijk zijn voor de verschaffing van informatie. Artikel 3:2 Awb vormt een gedeeltelijke codificatie van het zorg-

---

34. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 171 e.v.

vuldigheidsbeginsel. Het deelt het bestuursorgaan de taak toe om de feiten zorgvuldig vast te stellen. In beroep kan het bestuursorgaan daarop worden aangesproken. Schendt het bestuursorgaan artikel 3:2 Awb, dan blijkt uit de toelichting dat de vernietiging van het bestuursbesluit op haar plaats is.<sup>35</sup> Het bestuursorgaan moet instaan voor de feitelijke onderbouwing van zijn besluit.

Bovengenoemde plicht van het bestuursorgaan brengt niet zonder meer met zich dat het steeds zelf alle benodigde gegevens moet verzamelen. Artikel 3:2 Awb moet in samenhang worden gelezen met artikel 4:2 lid 2 Awb, dat op de aanvrager van een beschikking de plicht legt om gegevens te verstrekken. Het artikel maakt het voor het bestuursorgaan mogelijk om over informatie te beschikken die het meestal niet of veel moeilijker langs andere weg kan verkrijgen.<sup>36</sup> Daarbij stelt het artikel tevens een grens. Het bestuursorgaan mag niet meer gegevens vragen dan die strikt nodig zijn voor het afgeven van het gevraagde besluit en geen onnodige eisen stellen aan de wijze van bewijslevering. Voorts mag het enkel gegevens verlangen voor zover de aanvrager daarover redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Heeft de aanvrager de gevraagde gegevens niet onder zich, dan moet worden bezien of in redelijkheid van hem kan worden verlangd alsnog de gegevens te verzamelen en over te leggen. Bij die afweging zal een rol spelen of het bestuursorgaan dan wel de belanghebbende het gemakkelijkst aan de benodigde gegevens kan komen.<sup>37</sup>

Hoe de plichten van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb zich precies tot elkaar verhouden, vormt een lastige kwestie. De memorie van toelichting spreekt van 'een zeker samenspel tussen bestuur en aanvrager'.<sup>38</sup> Bij het besluit op aanvraag zal het bestuursorgaan in eerste instantie afgaan op de gegevens van de aanvrager. Maar het zal zich niet steeds geheel op deze gegevens kunnen verlaten. Zijn de gegevens van de aanvrager niet onomstreden en van belang voor de juistheid van de beslissing, dan zal het bestuursorgaan nader onderzoek moeten doen.<sup>39</sup> Nader onderzoek kan ook nodig zijn ten behoeve van de belangenafweging. Zo moet het bestuursorgaan nagaan of er argumenten aanwezig zijn die zich tegen de beschikking verzetten. Zijn er bijvoorbeeld belangen van derden in het spel, dan zal het bestuursorgaan dienen te onderzoeken wat voor hen relevante feiten zijn en wat hun belang bij het besluit is.<sup>40</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan hoofdzakelijk geplaatst in het licht van het algemeen belang, waaronder de belangen van derden. De onderzoeksplicht doet geen afbreuk aan de verplichting van de aanvrager om de relevante gegevens te verstrekken. Legt de aanvrager onvoldoende bewijs over, dan gaat de plicht van artikel 3:2 in beginsel niet zo ver dat het bestuursorgaan zelf een onderzoek moet instellen om de feiten voor honorering van de aanvraag te achterhalen:

---

35. PG Awb I, p. 205.

36. PG Awb I, p. 238.

37. PG Awb I, p. 239.

38. PG Awb I, p. 204.

39. PG Awb I, p. 204.

40. PG Awb I, p. 206.

‘Wanneer een belanghebbende iets van het bestuur wil, rust op hem in beginsel de verplichting zoveel mogelijk die gegevens over te leggen die het bestuur nodig heeft voor de beslissing. Indien door een gebrekkige gegevensverstrekking van de kant van de belanghebbende een aanvraag afgewezen moet worden, is de betekenis van artikel 3.2.1 [3:2] in het algemeen niet zodanig dat het bestuursorgaan alles in het werk moet stellen om zelf de gegevens boven tafel moet krijgen die eventueel kunnen leiden tot een inwilliging van het verzoek. Op het bestuur rust niet de verplichting zelf ter plekke feiten te gaan vaststellen omdat de aanvrager niet voldoende gegevens heeft verstrekt.’<sup>41</sup>

De artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb beogen een evenwichtige verdeling te brengen in de plichten van het bestuursorgaan en de belanghebbende. Zij appelleren aan het idee van de wederkerige rechtsbetrekking. In de toelichting op de Awb wordt benadrukt dat de relatie tussen bestuursorgaan en burger is veranderd, omdat aan beide partijen normen worden opgelegd. Het bestuursorgaan en de belanghebbende zouden in een wederkerige relatie staan, waarin zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de ander.<sup>42</sup> De toelichting noemt enkele voorbeelden van de verantwoordelijkheid van de belanghebbende. Deze voorbeelden verwijzen steeds naar de taak van de belanghebbende bij de gegevensverzameling. Zo wordt erop gewezen dat de inbreng van de belanghebbende essentieel kan zijn voor het nemen van een goede beschikking. ‘Diens gegevens en soms ook diens deskundigheid kunnen niet worden gemist.’<sup>43</sup> Na de overweging dat de belanghebbende zich niet het algemeen belang hoeft aan te trekken, vervolgt de toelichting: ‘Maar de wederkerigheid brengt wel met zich dat hij, voor zover hij wenst dat met zijn inzichten of belangen rekening wordt gehouden, deze op de daartoe geschikte wijze naar voren moet brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur kan worden gehouden. Vraagt iemand bijvoorbeeld een subsidie aan, maar weigert hij desgevraagd voldoende gegevens te verschaffen over de te subsidiëren activiteit, dan zal het bestuur de aanvraag buiten behandeling mogen laten.’<sup>44</sup>

Bovengenoemde artikelen zien niet op de feitenvaststelling in beroep, maar op de feitenvaststelling door het bestuursorgaan in een besluit. Zij delen zowel het bestuursorgaan als de aanvrager een eigen verantwoordelijkheid toe bij de gegevensverzameling. Op basis van deze artikelen lijkt het mogelijk dat in beroep niet alleen het bestuursorgaan, maar onder omstandigheden ook de belanghebbende op nadere bewijslevering wordt aangesproken, wanneer er twijfel over bestaat of de in het besluit vastgestelde feiten met de waarheid overeenkomen.

### 2.3.2.2 *Jurisprudentie*

De wijze waarop in de jurisprudentie toepassing is gegeven aan de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb, is uitgebreid beschreven in de dissertatie van Schuurmans.<sup>45</sup> De

41. PG Awb I, p. 205.

42. PG Awb I, p. 39.

43. PG Awb I, p. 39.

44. PG Awb I, p. 40.

45. Schuurmans 2005, hoofdstukken 4 en 5.

rechter die oordeelt dat bepaalde feiten in beroep onvoldoende vast zijn komen te staan, overweegt regelmatig op wiens weg het had gelegen om voldoende bewijsmateriaal bijeen te brengen. Zijn oordeel heeft in veel gevallen betrekking op de verantwoordelijkheden van partijen bij de voorbereiding van het besluit.<sup>46</sup> De rechter overweegt dan dat ofwel de belanghebbende onvoldoende gegevens heeft overgelegd, ofwel dat het bestuursorgaan onvoldoende onderzoek heeft verricht. Bij de vraag of de belanghebbende dan wel het bestuursorgaan gegevens had moeten overleggen, valt de rechter primair terug op de eisen van de bijzondere (materiële) wet waarop het besluit is gebaseerd. Bevat de bijzondere wet evenwel geen regels ten aanzien van de gegevensverzameling, dan zal de rechter zijn oordeel veelal baseren op de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb. Een partij die bij de voorbereiding van het besluit de plicht had om gegevens aan te dragen, kan in beroep op de (verzakking van die) plicht worden aangesproken. Terzijde zij opgemerkt dat door de bewijslastverdeling in beroep de zogenoemde 'adstructieplicht' heen loopt. Eiser dient de gronden te motiveren die hij tegen het besluit richt. Blijft een adstructie achterwege, dan hoeft de rechter niet op de stellingen van eiser in te gaan.<sup>47</sup> Uit de overweging dat eiser geen enkel begin van bewijs heeft geleverd voor zijn stelling, mag niet te gemakkelijk een bewijslast voor hem worden afgeleid. De overweging kan er ook op duiden dat de rechter vindt dat eiser zijn grond onvoldoende heeft gemotiveerd.

Neemt het bestuursorgaan ambtshalve een belastend besluit, dan draagt het in beginsel de bewijslast. Op basis van artikel 3:2 Awb dient het in te staan voor een duidelijke feitelijke grondslag van het besluit.<sup>48</sup> De taak om de relevante gegevens te vergaren, kan het niet deels toedelen aan de belanghebbende. Dat ligt alleen anders wanneer de materiële wet op de belanghebbende een plicht legt om gegevens te verstrekken, zoals bijvoorbeeld een inlichtingenplicht doet. Verschillende wetten in het sociaal zekerheidsrecht bevatten dergelijke bepalingen, zoals artikel 25 WW en 17 Wwb. Op de belanghebbende ligt dan de plicht om zowel uit eigen beweging als op verzoek relevante informatie aan het bestuursorgaan te verstrekken. Dergelijke bepalingen maken het voor het bestuursorgaan mogelijk om informatie die onder de belanghebbende berust, ten grondslag te leggen aan het besluit. Staat in beroep een feit ter discussie waarop het bestreden besluit berust, dan moet het bestuursorgaan in beginsel het feit aannemelijk maken. Het moet in beroep kunnen verantwoorden dat de feiten zoals die in het besluit zijn vastgesteld, met de waarheid overeenkomen. Het bestuursorgaan kan in beroep worden aangesproken op de feiten zoals het die aan het besluit ten grondslag heeft gelegd.

De aanvrager heeft op grond van artikel 4:2 lid 2 Awb de plicht om de gegevens te verschaffen die nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krij-

46. De beschrijving in deze paragraaf betreft het bestuursrecht in het algemeen. In het belastingrecht bijvoorbeeld spelen de artt. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb nagenoeg geen rol bij de verdeling van de bewijslast, zie nader paragraaf 3.2.2.

47. Schuurmans 2005, p. 65 en 66.

48. Zie Schuurmans 2005, par. 4.1 en bijvoorbeeld ABRvS 15 juli 1996, AB 1996, 414 m.nt. FM; CBB 28 mei 2003, AB 2003, 295 m.nt. JHvdV; CRvB 4 oktober 2000, RSV 2001, 2; CRvB 8 augustus 2003, RSV 2004, 104; CRvB 11 januari 2005, RSV 2005, 77 m.nt. IJspeerd.

gen. Het initiatief voor het bijeenbrengen van de relevante feiten ligt bij de aanvrager. Verschaft hij onvoldoende gegevens, dan leidt dat in beginsel tot het buiten behandeling laten of het afwijzen van zijn aanvraag. Het bestuursorgaan heeft op grond van artikel 3:2 Awb weliswaar de taak om bij de voorbereiding van een besluit de feiten te vergaren, maar deze taak gaat niet zover dat het de bewijslast van de aanvrager zonder meer moet overnemen wanneer de aanvrager in bewijsproblemen verkeert.<sup>49</sup> In welke mate het bestuursorgaan in de praktijk de belanghebbende te hulp schiet bij het verzamelen van de relevante gegevens en het onderzoek naar zich toetrekt, zal sterk afhangen van de (aard van de) wetgeving waarop het bestuursbesluit berust. Bepleit de belanghebbende in beroep dat de aanvraag niet had mogen worden afgewezen, omdat hij voldeed aan een van de feitelijke voorwaarden voor het besluit, dan zal hij dat in beginsel aannemelijk moeten maken. Twijfelt de rechter over de feiten die de aanvrager bij de besluitvorming zelf moest onderbouwen dan zal hij doorgaans van de oorspronkelijke aanvrager nadere bewijsvoering verlangen. Ook de bewijslast van de oorspronkelijke aanvrager kan doorwerken in beroep.

Komt een derde-belanghebbende op tegen een besluit, dan kan voor zijn positie niet worden teruggevallen op bepalingen van de Awb. De hoofdstukken 3 en 4 delen de derde-belanghebbende geen taak toe bij de gegevensverzameling bij de voorbereiding van het besluit. Heeft de derde-belanghebbende in beroep zijn grond tegen de feitenvaststelling voldoende gemotiveerd, dan dient het bestuursorgaan in beginsel aannemelijk te maken dat het bestreden besluit op een juiste feitelijke grondslag berust. In de regel ligt de bewijslast dan op het bestuursorgaan.<sup>50</sup>

*‘Wie stelt, bewijst’*

Uiteraard bestaan op de hiervoor beschreven bewijslastverdeling per rechtsgebied uitzonderingen en nuances, waaraan bij dit beknopte overzicht geen recht kan worden gedaan. Men moet zich er rekenschap van geven dat de verplichting tot bewijslevering uiteraard óók kan voortvloeien uit bijzondere wetgeving en dat de bijzondere wetgeving invloed zal uitoefenen op de concretisering van de beschreven algemene verplichtingen en soms tot een afwijking zal leiden. In veel gevallen is de bewijslastverdeling gebaseerd op de achterliggende gedachte dat degene die zich op een rechtsgevolg beroept, de daaraan ten grondslag liggende feiten dient te bewijzen (veelal aangeduid als ‘wie stelt, bewijst’).<sup>51</sup> Ratio van deze regel betreft een handhaving van de status quo. Degene die een verandering in de rechtstoestand beoogt, moet aannemelijk maken dat deze verandering nodig is. Het bestuursorgaan dat ambtshalve een besluit neemt, beroept zich op een verandering in de rechtstoestand, net als degene die een besluit aanvraagt. Daarnaast omvat de regel ‘wie stelt, bewijst’ een van de vaste regels die de bestuursrechter hanteert bij de bewijslastverdeling. In jurisprudentie wordt herhaaldelijk overwogen dat degene die zich op een uitzondering beroept, de bewijslast draagt.<sup>52</sup>

49. Schuurmans 2005, par. 5.1 en 5.3.1. Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 7 december 1999, TAR 2000, 34; ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222 m.nt. MSV; ABRvS 10 juli 2002, LJN AE5097.

50. Schuurmans 2005, p. 197-199.

51. Zie hierover ook Pieters 1996.



Degene die zich op een uitzondering beroept, ontkent niet de toepasselijkheid van de hoofdregel, maar beroept zich op een (zelfstandig) rechtsgevolg dat voortvloeit uit de uitzonderingsbepaling. Zo draagt de belanghebbende bijvoorbeeld bij ambtshalve belastende besluiten de bewijslast voor een beroep op een schulduitsluitingsgrond,<sup>53</sup> voor een beroep op het overgangsrecht in bestemmingsplannen,<sup>54</sup> of voor een beroep op het vertrouwensbeginsel.<sup>55</sup> Bij het besluit op aanvraag komt het regelmatig voor dat het bestuursorgaan de bewijslast draagt voor een (zelfstandige) weigeringsgrond.<sup>56</sup>

Men zou op basis van het voorstaande kunnen concluderen dat de bewijslastverdeling in het bestuursrecht en in het civiele recht in hoge mate overeenkomen. Toch bestaat er ook een duidelijk verschil, dat gelegen is in de procesverhouding tussen de belanghebbende en het bestuursorgaan. De verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het vergaren van de relevante informatie legt op hem vergaande zorgvuldigheidsplichten. Zo moet het de belanghebbende begeleiden bij de volbrenging van de bewijslast. Het bestuursorgaan moet voor voldoende voorlichting zorgdragen. Dat kan inhouden dat het bestuursorgaan de aanvrager van de omvang van zijn bewijslast op de hoogte stelt en aangeeft of het overgelegde bewijsmateriaal al dan niet voldoende is.<sup>57</sup>

Bij de bestudering van de jurisprudentie valt op dat deze begeleidingsplicht naar voren komt in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De jurisprudentie laat echter niet steeds een consistente en heldere lijn zien. Zo overweegt de Afdeling in een uitspraak van 1 februari 2006<sup>58</sup> heel in het algemeen dat het bestuursorgaan op basis van art. 3:2 Awb niet gehouden was de belanghebbende uitdrukkelijk te wijzen op de mogelijke manieren waarop hij aan de bewijslast kon voldoen. Daar tegenover staat van hetzelfde rechtcollege een uitspraak van 3 mei 2006<sup>59</sup> waarin wel uitdrukkelijk een dergelijke plicht aan het bestuursorgaan wordt opgelegd. Voorts valt op dat de Centrale Raad van Beroep in veel mindere mate bovengenoemde zorgvuldigheidsplichten van het bestuursorgaan benadrukt. Dat kan een aanwijzing zijn dat dit rechtcollege mogelijk een andere kijk heeft op de taakverdeling tussen rechter en bestuursorgaan bij de feitenvaststelling. Heeft de rechter een zelfstandige taak om de feiten vast te stellen, dan bestaat er voor hem geen noodzaak om de rechtmatigheid van de feitenvaststelling in het besluit te beoordelen

- 
52. Schuurmans 2005, par. 4.4.2 en bijvoorbeeld CRvB 21 maart 2002, *AB* 2002, 280 m.nt. OJ en *JB* 2002, 151 m.nt. CLGFHA; CRvB 25 juli 2002, *RSV* 2002, 237.
53. ABRvS 6 oktober 1994, *JABW* 1995, 31; CRvB 25 oktober 2001, *TAR* 2002, 22.
54. ABRvS 26 maart 1999, *Gst.* 7115 (2000), 7 m.nt. dG; ABRvS 8 februari 2000, *AB* 2000, 219 m.nt. Nijmeijer en Soppe; ABRvS 12 maart 2003, *AB* 2003, 313 m.nt. Zeelenberg.
55. ABRvS 12 december 2001, *JB* 2002, 27 m.nt. CLGFHA; CRvB 21 december 2000, *RSV* 2001, 51.
56. Rb. Rotterdam 20 september 2000, *AB* 2001, 93 m.nt. Boogers; ABRvS 29 mei 2001, *JB* 2001, 180; CBB 16 april 1998, *AB* 1998, 265 m.nt. JHvdV; CRvB 10 december 2003, *RSV* 2004, 32.
57. Schuurmans 2005, par. 5.2.1 en bijvoorbeeld ABRvS 19 augustus 1999, *AB* 1999, 403 m.nt. MSV; ABRvS 21 november 2001, *JB* 2002, 5 m.nt. RJNS; CBB 11 januari 2000, *AB* 2000, 286 m.nt. JHvdV; CBB 4 mei 2005, *AB* 2005, 256 m.nt. JHvdV. Deze voorlichtings- of mededelingsplicht van het bestuursorgaan schaarnt Nicolai onder het beginsel van correcte bejegening, Nicolai 1990, p. 328.
58. ABRvS 1 februari 2006, *LJN* AV0937.
59. ABRvS 3 mei 2006, *LJN* AW7331.

over de band van artikel 3:2 Awb. De rechter kan aanvullende bewijslevering zelf beoordelen en zal niet snel expliciteren welke plichten er op het bestuursorgaan rustten toen het de feiten vaststelde. In hoofdstuk 3 zal nader worden ingegaan op de taak van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling.

Het zorgvuldigheidsbeginsel gaat soms zo ver dat het bestuursorgaan gehouden is om de aanvrager te helpen bij de bewijslevering. Deze onderzoeksplicht wordt geactiveerd wanneer de onzekere feiten in 'het bewijsdomein' van het bestuursorgaan liggen.<sup>60</sup> Of het bestuursorgaan daadwerkelijk nader onderzoek moet verrichten, zal mede afhangen van de strekking van de wet en of daaruit voor het bestuursorgaan een vergaande dienende rol voortvloeit. Heeft de aanvrager zich tot het uiterste ingespannen om de relevante gegevens te verstrekken en biedt zijn aanvraag voldoende aanknopingspunten voor een nader onderzoek, dan kan het bestuursorgaan gehouden zijn om te trachten nadere gegevens te verzamelen. De zorgvuldigheidsplichten van het bestuursorgaan compenseren de ongelijkheid tussen hem en de belanghebbende.

#### *Beïnvloedingsfactoren*

In paragraaf 1.2 zijn verschillende factoren genoemd die mogelijk invloed uitoefenen op de regels van feitenvaststelling en bewijs. Het eerste onderscheidende criterium betreft de vraag of het besluit ambtshalve wordt genomen of op aanvraag. Uit de beschrijving van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb blijkt duidelijk dat dit onderscheid voor de bewijslastverdeling relevant is. Artikel 4:2 lid 2 Awb maakt het mogelijk om in eerste instantie bewijslevering van de aanvrager te vragen, terwijl bij het ambtshalve te nemen besluit de Awb die mogelijkheid niet biedt. Bij de regels van bewijslastverdeling bij het ambtshalve en het op aanvraag te nemen besluit, speelt op de achtergrond een rol of de belanghebbende door het besluit al dan niet wordt begunstigd. Tast een besluit de rechtspositie van de belanghebbende aan – zoals doorgaans het ambtshalve genomen besluit doet – dan verlangt het legaliteitsbeginsel dat het bestuursorgaan zich op een wettelijke bevoegdheid beroept. Het bestuursorgaan dient aannemelijk te maken dat het van deze wettelijke bevoegdheid gebruik kan maken. De belanghebbende dient in beginsel zelf aannemelijk te maken dat zijn rechtspositie in positieve zin moet worden bijgesteld. Dat geldt bij het op aanvraag te nemen besluit, maar bijvoorbeeld ook bij het beroep op de uitzonderingsnorm. Doorgaans beroept de belanghebbende zich er dan op dat van een voor hem nadelige algemene regel in positieve zin moet worden afgeweken.

Het volgende criterium is van belang bij besluiten die de oplegging van een sanctie inhouden, en ziet op het verschil tussen reparatoire en punitieve besluiten. De eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de procedure met betrekking tot een criminal charge, zouden kunnen leiden tot afwijkende regels van feitenvaststelling en bewijs. Voor de beantwoording van de vraag welke partij de bewijslast draagt, is het onderscheid niet relevant. In beide gevallen dient het bestuursorgaan aanne-

60. Schuurmans 2005, par. 5.3.1 en bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 1 juli 2002, AB 2003, 127 m.nt. Schuurmans; ABRvS 19 mei 2000, LJN AA6822; CRvB 8 oktober 1999, AB 2000, 50 m.nt. FP; CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62.

melijk te maken dat het belastende besluit kan worden genomen. Het onderscheid maakt wél uit voor de vraag hoe zwaar de bewijslast van het bestuursorgaan is. De bewijsmaatstaf verschilt. Neemt het bestuursorgaan een punitief besluit, dan dient de overtreding van de norm onomstotelijk vast te staan.<sup>61</sup> Het bestuursorgaan mag in een dergelijk geval dus niet gebruikmaken van vermoedens en de bestrijding van het vermoeden overlaten aan de belanghebbende.

Voorts kan relevant zijn of het geschil onderdeel uitmaakt van het zogenoemde ordenende bestuursrecht of van het tweepartijenbestuursrecht. In de bestudeerde jurisprudentie komt een duidelijke bewijslastverdeling met name naar voren indien het geschil speelt tussen één belanghebbende en een bestuursorgaan. De bewijspositie wordt lastiger wanneer derden een rol gaan spelen in de procedure. Stelt een derde-belanghebbende bezwaar of beroep in, dan is het onderscheid tussen een besluit op aanvraag en een ambtshalve te nemen besluit nog weinig relevant. Het bestuursorgaan zal steeds ten opzichte van de derde-belanghebbende de juistheid van zijn besluit dienen te verdedigen. Richt de derde gemotiveerde gronden tegen de feitenvaststelling in het bestreden besluit, dan zal het bestuursorgaan de deugdelijke feitelijke grondslag van het besluit aannemelijk moeten maken. Waar de memorie van toelichting de verhouding tussen de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb behandelt, wordt eveneens gewezen op de mogelijkheid dat belangen van derden een rol spelen.<sup>62</sup> De zorgvuldigheidsplichten die het bestuursorgaan op basis van artikel 3:2 Awb in acht moet nemen, komen duidelijk naar voren wanneer ook derden door het besluit kunnen worden geraakt. Het bestuursorgaan zal het materiaal van de aanvrager nauwkeurig moeten onderzoeken, evenals de belangen die door het aangevraagde besluit kunnen worden geraakt.<sup>63</sup> De omvang van de zorgvuldigheidsplichten en de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan om onderzoek te doen naar de relevante feiten kan dus toenemen.

Een laatste factor die van belang zou kunnen zijn, betreft het machtsverschil van de belanghebbende en het bestuursorgaan. Bij de wisselwerking tussen de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb speelt dat verschil tussen de belanghebbende en het bestuursorgaan een rol bij de vraag of eerstgenoemde 'redelijkerwijs' over de gegevens de beschikking krijgen. Wanneer er een grote ongelijkheid tussen hen bestaat, zal het bestuursorgaan in sterkere mate verantwoordelijkheid dragen voor de feitenvaststelling.

Uit het onderzoek van Schuurmans naar de bewijslastverdeling komen bepaalde punten naar voren die voor deze evaluatie relevant zijn. In de memorie van toelichting is uitdrukkelijk overwogen dat in het bestuursrecht geen behoefte bestaat aan regels van materieel bewijsrecht. Desalniettemin is in de jurisprudentie een praktijk ontstaan waarin vaste regels van bewijslastverdeling kunnen worden herkend.

61. Schuurmans 2005, par. 4.2.2 en bijvoorbeeld ABRvS 15 februari 2001, AB 2001, 194, m.nt. BS en JB 2001, 88 m.nt. CLGFHA; CRvB 18 oktober 2001, TAR 2002, 6.

62. PG Awb I, p. 204.

63. Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 juli 1999, AB 1999, 448 m.nt. JV; ABRvS 7 mei 2003, JB 2003, 152 m.nt. FAMS.

In de toelichting op artikel 4:2 Awb is benadrukt dat men in het artikel niet enkel een plicht voor de aanvrager moet lezen om gegevens te verstrekken, maar tevens een begrenzing van die plicht. De aanvrager hoeft alleen de gegevens te verstrekken die 'nodig' zijn en waarover hij 'redelijkerwijs' de beschikking kan krijgen. In de jurisprudentie wordt van deze criteria weinig gebruikgemaakt om de verantwoordelijkheid van de aanvrager in te perken.<sup>64</sup> In het algemeen wordt weinig inzichtelijk gemaakt welke factoren bepalen waar de plicht van de aanvrager ophoudt en de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan begint. Meer in het algemeen kan worden gezegd dat de toetsing aan artikel 3:2 Awb niet steeds even inzichtelijk is. Zo blijkt veelal niet of de rechter de feitenvaststelling in het besluit heeft getoetst op redelijkheid of dat hij een volle toets heeft aangelegd. Daarnaast blijft vaak onduidelijk wat het bestuursorgaan wél had moeten doen om de feiten zorgvuldig te onderzoeken en vast te stellen.<sup>65</sup>

Zoals gezegd vormt de rechter zich regelmatig een oordeel over de verdeling van verantwoordelijkheden tussen belanghebbende en bestuursorgaan betreffende het bijeenbrengen van de gegevens ter voorbereiding van het besluit. De eisen die gelden voor de feitenvaststelling door het bestuursorgaan, komen in de jurisprudentie naar voren. Zo blijkt bijvoorbeeld dat het bestuursorgaan de belanghebbende moet wijzen op zijn bewijslast,<sup>66</sup> hem de mogelijkheid moet verschaffen om (alsnog) bewijsstukken te verzamelen en over te leggen (zie ook artikel 4:5 Awb),<sup>67</sup> en moet motiveren waarom het overgelegde bewijsmateriaal ontoereikend is.<sup>68</sup> Voor dit onderzoek is de vraag relevant of de rechter gelijksoortige zorgvuldigheidseisen moet naleven wanneer hij de feiten onderzoekt en vervolgens vaststelt.

### 2.3.3 *Inzending (bewijs)stukken (artt. 8:42, 8:58 en 8:29 Awb)*

Verschillende artikelen reguleren de indiening van bewijsstukken door partijen in beroep. Een eerste mogelijkheid voor de belanghebbende om een bewijsstuk in het geding te brengen, doet zich voor wanneer hij zijn beroepschrift indient. Daarbij kan hij als bijlagen bewijsstukken meezenden. De Awb bevat daar geen regels voor. Ook nadat de zaak aanhangig is gemaakt, kunnen nadere bewijsstukken aan de rechtbank worden toegestuurd. De Awb regelt dit onderwerp in die zin dat artikel 8:58 een termijn geeft waarbinnen de indiening uiterlijk dient plaats te vinden. De toegezonden bewijsstukken worden door de griffier zo spoedig mogelijk verzonden naar de andere partij(en). Is de kennisneming van de stukken voor een van de partijen niet toegestaan op grond van artikel 8:29 of 8:32 Awb,<sup>69</sup> dan worden de bewijsstukken uiteraard niet doorgestuurd. Deze verantwoordelijkheden van de griffier zijn neergelegd in artikel 8:39 Awb.

64. Schuurmans 2005, p. 148.

65. Schuurmans 2005, p. 320.

66. Zie noot 57.

67. ABRvS 26 september 2000, AB 2000, 484 m.nt. Sew; ABRvS 11 september 2002, JB 2002, 319; CBB 11 januari 2000, AB 2000, 286 m.nt. JHvdV; CRvB 6 mei 1996, AB 1996, 352 m.nt. RH.

68. ABRvS 11 mei 2000, AB 2000, 305 m.nt. MSV; CBB 11 januari 2000, AB 2000, 286 m.nt. JHvdV.

### 2.3.3.1 Artikel 8:42 Awb

#### Artikel 8:42 Awb

1. Binnen vier weken na de dag van verzending van het beroepschrift aan het bestuursorgaan zendt dit de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank en dient het een verweerschrift in.
2. De rechtbank kan de in het eerste lid bedoelde termijn verlengen.

#### Parlementaire geschiedenis

Ingevolge artikel 8:42 Awb is het bestuursorgaan gehouden de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen, alsook een verweerschrift. In de toelichting wordt benadrukt dat deze plicht in *alle* gevallen geldt. De leden van de D66-fractie vroegen de regering dit expliciet te bevestigen. Het is aan de rechter om te bepalen welke stukken voor de beslechting van het geschil relevant zijn en dus op de zaak betrekking hebben.<sup>70</sup>

#### Jurisprudentie

Bij de toepassing van artikel 8:42 Awb spelen in de jurisprudentie hoofdzakelijk drie vragen een rol. In de eerste plaats komt de vraag aan de orde of alle stukken die verband houden met de zaak van eiser, deel moeten uitmaken van het over te leggen dossier. In de tweede plaats speelt de vraag of het bestuursorgaan een omissie kan herstellen en in de derde plaats wat de gevolgen zijn wanneer het bestuursorgaan zijn plicht verzaakt. Die laatste vraag zal worden behandeld bij de bespreking van artikel 8:31 Awb, waarin de gevolgen worden geregeld die zijn verbonden aan de schending van een inlichtingenplicht.

De CRvB heeft herhaaldelijk nadrukkelijk overwogen dat het bestuursorgaan *alle* op de zaak betrekking hebbende stukken dient te overleggen. Het bestuursorgaan mag niet zelf een selectie maken en alleen de stukken overleggen die het essentieel acht voor de beoordeling van het besluit in rechte.<sup>71</sup> Overigens wordt van de rechtbank evenmin verwacht een selectie te maken. In het geval dat het bestuursorgaan te veel stukken overlegt, heeft de rechtbank niet de plicht de overbodige stukken uit het dossier te verwijderen en aan het bestuursorgaan terug te sturen.<sup>72</sup>

Bij de samenstelling van het dossier dat naar de rechtbank moet worden gestuurd, zal het bestuursorgaan zich afvragen welke de 'op de zaak betrekking hebbende' stukken zijn. Daaronder vallen alle geschriften die onderdeel uitmaken van de totstandkoming van het primaire en het bestreden besluit. Stukken waarvan bij de

69. Art. 8:29 Awb wordt verderop in deze paragraaf behandeld. Art. 8:32 Awb kent de rechtbank de bevoegdheid toe om in uitzonderlijke omstandigheden alleen een gemachtigde van bepaalde stukken kennis te laten nemen.

70. PG Awb II, p. 440.

71. CRvB 16 januari 2001, AB 2001, 104 m.nt. HBr; Pres. CRvB 27 juli 2001, AB 2001, 332. Dergelijke nadrukkelijke overwegingen zijn in de uitspraken van het CBB en de ABRvS in het jurisprudentieonderzoek niet tegengekomen.

72. CRvB 21 oktober 2003, AB 2004, 126 m.nt. BdeW.

besluitvorming gebruik is gemaakt, moeten worden overgelegd.<sup>73</sup> Het bestuursorgaan dat bepaalde op de zaak betrekking hebbende stukken niet in het geding wil brengen, behoort vrijstelling te vragen op grond van artikel 8:29 Awb.<sup>74</sup>

Tot de over te leggen stukken behoren volgens de ABRvS ook adviezen die het bestuursorgaan heeft ingewonnen, tenzij het advies betrekking heeft op de processuele positiebepaling van het bestuursorgaan. Zo hoeven geen stukken te worden verstrekt waarin interne en externe adviseurs een standpunt uiteenzetten met betrekking tot de aan de orde zijnde rechtsvragen.<sup>75</sup> De ABRvS benadrukt dat anders de gelijkwaardigheid tussen de behartigers van het algemene en het individuele belang in het gedrang kan komen.<sup>76</sup>

Wanneer het bestuursorgaan een stuk niet onder zich heeft, stelt de belanghebbende soms dat het bestuursorgaan het stuk wel behoorde te hebben en artikel 8:42 schendt door het niet over te leggen.<sup>77</sup> Over de band van artikel 8:42 Awb wordt het bestuursorgaan aangesproken op een zorgvuldige voorbereiding van het besluit.<sup>78</sup> Acht de rechtbank het bestuur inderdaad verantwoordelijk voor de verstrekking van de gegevens, dan kan zij op grond van artikel 8:45 Awb om de ontbrekende stukken verzoeken.<sup>79</sup>

Artikel 8:42 Awb geeft het bestuursorgaan een termijn van vier weken, die aanvangt op de dag nadat het beroepschrift is verzonden. De termijn kan door de rechtbank worden verlengd, maar van deze bevoegdheid maakt zij geen ambtshalve gebruik volgens artikel 6 van de landelijke Procesregeling bestuursrecht.<sup>80</sup> Ontvangt de rechtbank de op de zaak betrekking hebbende stukken niet, dan kan zij het bestuursorgaan oproepen ter comparitie te verschijnen en alsnog de ontbrekende stukken in te dienen (zie nader paragraaf 2.5.1). Blijven de stukken ook dan nog achterwege, dan kan de rechter krachtens artikel 8:31 Awb daaraan de gevolgen verbinden die hij geraden acht.

De Awb verbindt geen consequenties aan de niet tijdige indiening van het verweerschrift. Artikel 8:31 Awb is in dat geval niet van toepassing; het verweerschrift is geen stuk.<sup>81</sup> De overschrijding van de termijn verzet zich er in beginsel niet tegen dat het verweerschrift toch in de beoordeling wordt betrokken. Wel moet de belanghebbende tijdig kennis kunnen nemen van het verweerschrift. Wordt het verweerschrift verstrekt voor de tiendagentermijn van artikel 8:58 Awb, dan wordt er in beginsel van uitgegaan dat de belanghebbende daarvan vol-

73. CRvB 27 november 1998, *JB* 1998, 286 m.nt. HJS; CRvB 10 oktober 2002, *JB* 2002, 368; HR 1 april 2005, *AB* 2005, 208 m.nt. BdeW en *BNB* 2005, 177 m.nt. Van Leijenhof.

74. CRvB 19 september 2001, *JB* 2001, 283.

75. ABRvS 24 april 1998, *JB* 1998, 145 m.nt. RJNS; ABRvS 5 november 2003, *AB* 2004, 176 m.nt. BdeW.

76. ABRvS 24 april 1998, *JB* 1998, 145 m.nt. RJNS.

77. REK 10 februari 1999, *AB* 1999, 191 m.nt. Sew; CRvB 12 december 2000, *JB* 2001, 38.

78. Vgl. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 215.

79. Zie nader paragraaf 2.5.2.

80. Zie ook art. 4 Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006, waarin een verzoek om de verlenging van een door het college gestelde termijn moet worden gemotiveerd.

81. ABRvS 18 september 2003, *JB* 2003, 315 m.nt. EvdL.

doende kennis heeft kunnen nemen.<sup>82</sup> Desalniettemin wordt in de toelichting op artikel 6, tweede lid van de landelijke Procesregeling bestuursrecht uitdrukkelijk de praktijk verworpen waarbij bestuursorganen met de indiening van het verweerschrift wachten tot deze uiterste termijn.

In de jurisprudentie worden geen inhoudelijke eisen gesteld aan het verweerschrift. Dat gebeurt wel in het Besluit beroep in belastingzaken 2005.<sup>83</sup> Paragraaf 9 van dat besluit schrijft voor dat het verweerschrift een zelfstandige uiteenzetting behoort te geven van de feiten en van de beschouwingen waartoe die feiten de inspecteur aanleiding geven. Doel van deze bepaling is dat ook zonder het overleggen van andere stukken de zienswijze van de inspecteur duidelijk en volledig tot uitdrukking komt.

Artikel 8:42 Awb vormt een essentiële bepaling met betrekking tot de feitenverzameling in beroep.<sup>84</sup> Het waarborgt dat de belanghebbende over alle relevante stukken kan beschikken en daarmee zijn recht op de rechter ten volle kan benutten. Het kan in de praktijk echter lastig zijn om daadwerkelijk deze waarborg te verkrijgen. De belanghebbende die vermoedt dat het bestuursorgaan (vanuit strategisch oogpunt) bepaalde stukken heeft achtergehouden, kan inzage vragen in zijn dossier bij het bestuursorgaan en eventueel de rechter verzoeken de zitting te schorsen. Van de belanghebbende mag een actieve houding worden verwacht.<sup>85</sup> Toch blijft het lastig voor de belanghebbende om zijn vermoeden hard te maken. De bewijslast voor de stelling dat onvoldoende stukken zijn overgelegd,<sup>86</sup> is bijzonder moeilijk te volbrengen.

De Centrale Raad van Beroep heeft uitgesproken dat het een fundamenteel beginsel van bestuursprocesrecht is dat de justitiabele in beginsel over alle stukken kan beschikken die met betrekking tot zijn zaak onder het bestuursorgaan berusten.<sup>87</sup> Men kan zich afvragen of daarmee het artikel een regel van openbare orde bevat. Grondregels voor een behoorlijk proces worden immers van openbare orde geacht, waarbij als voorbeeld artikel 8:29 Awb wordt genoemd.<sup>88</sup> Een uitspraak waarin expliciet wordt overwogen dat artikel 8:42 Awb van openbare orde is, is niet gevonden. Tegen de stelling dat artikel 8:42 Awb van openbare orde is, pleit een uitspraak van de Centrale Raad. Een belanghebbende had twee dagen voor de zitting aangevoerd dat bepaalde bijlagen zich niet in het dossier bevonden. Aan de grond werd voorbijgegaan omdat deze in strijd met de goede procesorde te laat was aangevoerd.<sup>89</sup> In andere uitspraken vernietigt de rechter in appèl de uitspraak van de rechtbank, omdat zij ten onrechte het bestuursorgaan niet heeft

82. ABRvS 18 september 2003, *JB* 2003, 315 m.nt. EvdL; ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2003, 345 m.nt. FAMS.

83. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 1 juni 2005, nr. CPP05-1077.

84. CRvB 19 september 2001, *JB* 2001, 283.

85. No 10 oktober 2001, *AB* 2001, 390 m.nt. PJS.

86. ABRvS 10 april 2002, 200102677/1.

87. CRvB 19 september 2001, *JB* 2001, 283.

88. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 169 en Willemsen 2005, p. 87.

89. CRvB 10 oktober 2002, *JB* 2002, 369. Aan de passering van de grond voegt de Centrale Raad toe dat de beschikbare stukken al ruim voldoende zijn om in het geding te oordelen.

aangesproken op overlegging van de ontbrekende stukken. Daarbij is niet steeds duidelijk of belanghebbenden een grond van die strekking hebben aangevoerd.<sup>90</sup> Het is kortom lastig vast te stellen of de rechter ambtshalve toetst of het dossier compleet is.

### 2.3.3.2 Artikel 8:58 Awb

#### *Artikel 8:58 Awb*

1. Tot tien dagen voor de zitting kunnen partijen nadere stukken indienen.
2. Op deze bevoegdheid worden partijen in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56, gewezen.

#### *Parlementaire geschiedenis*

Artikel 8:58 Awb geeft partijen de mogelijkheid om tot tien dagen voor de zitting nadere stukken in te dienen. Deze termijn dient ter waarboring van de goede procesorde. Zowel partijen als de rechter zullen zich in beginsel in voldoende mate moeten kunnen voorbereiden op de zitting. 'De bepaling sluit niet uit, dat nadien op de zitting nadere feiten en omstandigheden aan de orde komen die in een eerder stadium van de procedure nog niet aan de orde zijn geweest. Zo is het heel goed denkbaar, dat de rechter op de zitting alsnog voor de uitspraak relevante, maar niet eerder gebleken feiten en omstandigheden boven tafel krijgt, hetzij op eigen initiatief, hetzij doordat een partij zich eerst tijdens de zitting de relevantie van een bepaald feit of bepaalde omstandigheid realiseert.'<sup>91</sup> Uiteraard moet de rechter in dat geval waarborgen dat de tegenpartij niet onredelijk in haar procesvoering wordt bemoeilijkt.

#### *Jurisprudentie*

Artikel 8:58 Awb dient het processuele evenwicht tussen partijen te waarborgen. Worden nadere bewijsstukken ingediend, dan moeten de belanghebbende en het bestuursorgaan in gelijke mate in staat zijn om op het bewijsmateriaal te kunnen reageren. Of er voldoende tijd bestaat voor een inhoudelijke beoordeling, hangt in ieder geval af van de omvang van de stukken. De behandeling van de zaak ter zitting moet nog op een zinvolle wijze en zonder uitstel kunnen plaatsvinden. Voorts is relevant of de stukken enkel een reeds aangevoerde grond onderbouwen, of dat zij dienen ter adstructie van een geheel nieuwe grond.<sup>92</sup> Een geheel nieuwe beroepsgrond kan een uitvoerig nader onderzoek vergen. De grond moet op een zodanig moment in de procedure worden gebracht dat de behandeling van de zaak niet wordt gefrustreerd. Een termijn van tien dagen kan daarvoor te kort zijn. De Afdeling heeft daarom bepaald dat artikel 8:58 Awb niet voorziet in

90. ABRvS 20 maart 1995, AB 1995, 364 m.nt. AFMB; HR 1 april 2005, AB 2005, 208 m.nt. BdeW en BNB 2005, 177 m.nt. Van Leijenhorst.

91. PG Awb II, p. 455-456.

92. ABRvS 4 juli 2005, AB 2006, 62 m.nt. Sewandono en JB 2005, 254; ABRvS 22 november 2005, AB 2006, 14 m.nt. Sewandono.



de mogelijkheid om tot tien dagen voor de zitting geheel nieuwe beroepsgronden aan te voeren.<sup>93</sup>

Niet alle documenten die een partij instuurt of laat zien, worden als stuk aange-merkt in de zin van artikel 8:58 Awb. Een document waarin het standpunt van een van de partijen wordt uiteengezet, kan in beginsel zonder problemen in het geding worden betrokken.<sup>94</sup> Voorts kan men zich afvragen of het artikel zich verzet tegen het tonen van een bewijsstuk op de zitting, niet zijnde een geschrift. Zo is het tonen van een foto op de zitting niet gekwalificeerd als de indiening van een stuk als bedoeld in artikel 8:58 Awb.<sup>95</sup> Dat laat uiteraard onverlet dat de tegenpartij in haar procespositie kán worden aangetast en het bewijsstuk op grond van de goede procesorde buiten de beoordeling moet blijven. Daarbij zal een rol spelen hoe eenduidig de informatie is die uit het bewijsstuk naar voren komt.

De rechter heeft een zekere vrijheid bij het bepalen of na afloop van de termijn ingediende stukken in het geding moeten worden betrokken. Bij de afweging door de rechter dienen de verweermogelijkheden van de tegenpartij centraal te staan.<sup>96</sup> Zo speelt een rol of de tegenpartij op de zitting is verschenen om een reactie te geven op het nadere bewijsmateriaal.<sup>97</sup> Overlegt een partij vlak voor de zitting nog een bewijsstuk, dan bekijkt de rechter of haar kan worden verweten het stuk niet eerder te hebben verstrekt.<sup>98</sup> In de jurisprudentie wordt vrijwel steeds overwogen dat niets de partij verhinderde – althans dat is niet aannemelijk gemaakt – om het bewijsstuk op een eerder moment over te leggen. Of een partij zich eerder de relevantie van het bewijsstuk heeft gerealiseerd, is dus niet direct relevant. In beginsel wordt ervan uitgegaan dat de partij zich de relevantie hād moeten realiseren. In de jurisprudentie is het criterium uit de memorie van toelichting dus vrij streng uitgelegd. Deze terughoudendheid komt expliciet terug in het zesde lid van artikel 11 van de Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006. Stukken die minder dan tien dagen voor de zitting bij het college zijn ingediend, worden teruggezonden of ter zitting teruggegeven, tenzij het college beslist dat deze stukken toch bij de behandeling worden betrokken.

De belastingrechter vaart een andere koers en accepteert eerder bewijsmateriaal dat na de tiendagentermijn wordt aangeboden.<sup>99</sup> Het aanbod van eiser op de zitting om nader bewijs te leveren van zijn stelling, mag niet zomaar van de hand worden gewezen omdat hij dit bewijs al eerder had kunnen overleggen. De Hoge Raad geeft aan dat een belangenafweging vooraf moet gaan aan de beoordeling, of een partij de gelegenheid moet krijgen om na de zitting alsnog bewijsstukken te overleggen. Aan de ene kant staat het belang dat die partij heeft bij de overlegging van het stuk en de redenen waarom zij dit niet heeft gedaan in een eerdere fase van de procedure. Aan de andere kant speelt het belang van een doelmatige

93. ABRvS 4 juli 2005, AB 2006, 62 m.nt. Sewandono en JB 2005, 254.

94. CRvB 9 juni 2005, JB 2005, 261.

95. ABRvS 3 oktober 2001, AB 2001, 313 m.nt. dG en JB 2001, 293.

96. Zo betreft de Afdeling in haar uitspraak van 15 juni 2005, JB 2005, 231 de te laat ingezonden stukken, omdat de stukken bij partijen als bekend worden verondersteld.

97. CRvB 19 april 2000, JB 2000, 188; CRvB 17 oktober 2001, JB 2001, 324.

98. ABRvS 6 augustus 2003, JB 2003, 264; CRvB 30 maart 2004, JB 2004, 218.

99. Zie Pechler en Feteris 2004, p.69 e.v.

procesgang.<sup>100</sup> Uit de uitspraak van de rechter zou moeten blijken dat een afweiging van deze belangen heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad stelt niet zozeer de verweermogelijkheid van de wederpartij centraal, maar veeleer de voortvarendheid van de procedure. Aan het belang van de wederpartij kan recht worden gedaan door bij nadere bewijsvoering het onderzoek ter zitting te schorsen of het vooronderzoek te heropenen.<sup>101</sup>

Maakt de rechter een partij geen verwijt van de late indiening en acht hij het stuk essentieel voor de beoordeling van het geschil, dan zal de gewone behandeling van de zaak niet steeds worden doorgezet. De tegenpartij zal doorgaans tijd behoeven om op het essentiële stuk te kunnen reageren. Werpt de rechter artikel 8:58 Awb niet tegen, dan dient hij te bezien of het onderzoek ter zitting moet worden geschorst conform artikel 8:64 Awb dan wel het vooronderzoek moet worden heropend, ex artikel 8:68 Awb.<sup>102</sup> Stukken die nog na de zitting worden ingediend, worden geweigerd en aan de betrokken partij teruggezonden, zo bepaalt artikel 18 van de Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006. Wenst de rechter aanvullende informatie te verkrijgen, dan dient hij het onderzoek te heropenen. Na de heropening blijft een nieuwe zitting slechts achterwege wanneer partijen daar toestemming voor verlenen (artikel 8:57 Awb).

### 2.3.3.3 Artikel 8:29 Awb

#### *Artikel 8:29 Awb*

1. Partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen, kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken.
2. Gewichtige redenen zijn voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen.
3. De rechtbank beslist of de in het eerste lid bedoelde weigering onderscheidenlijk de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.
4. Indien de rechtbank heeft beslist dat de weigering gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting.
5. Indien de rechtbank heeft beslist dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, kan zij slechts met toestemming van de andere partijen mede op de grondslag van die inlichtingen onderscheidenlijk die stukken uitspraak doen. Indien de toestemming wordt geweigerd, wordt de zaak verwezen naar een andere kamer.

100. HR 3 februari 2006, AB 2006, 117 m.nt. Widdershoven.

101. Zie de annotatie van Widdershoven bij HR 3 februari 2006, AB 2006, 117.

102. CRvB 4 oktober 2000, JB 2000, 334; CRvB 4 april 2003, JB 2003, 156.

*Parlementaire geschiedenis*

Artikel 8:29 Awb maakt een inbreuk op het beginsel dat partijen in gelijke mate over de gedingstukken moeten kunnen beschikken. Wanneer gewichtige redenen tot geheimhouding nopen, wordt een partij vrijgesteld van de plicht om inlichtingen te geven of stukken in te dienen. Het artikel vormt het resultaat van een afweging van verschillende belangen. Naast het belang van het processuele evenwicht tussen partijen, speelt het belang dat de rechter over alle relevante informatie beschikt om het geschil op een juiste en zorgvuldige wijze te beslechten, als ook het belang dat bepaalde gegevens niet openbaar worden. De rechter dient bij toepassing van dit artikel de uiteenlopende belangen tegen elkaar af te wegen. Hij moet erop toezien dat het evenwicht tussen de procesposities niet wordt verstoord.<sup>103</sup>

De rechter beoordeelt of een partij zich op geheimhouding kan beroepen. Acht hij geen gewichtige redenen aanwezig, dan kan hij bij een blijvende weigering de stukken te verstrekken toepassing geven aan artikel 8:31 Awb. Oordeelt de rechter dat de weigering gerechtvaardigd is, dan ontstaat een lastig dilemma. Een van de partijen draagt geen kennis van de voor de zaak relevante feiten. De regering acht dat in beginsel acceptabel. Het processuele evenwicht dat door de gedeeltelijke geheimhouding in beginsel wordt verstoord, zou zijn compensatie moeten vinden in de actieve rol van de rechter:

‘Het is enerzijds een eis van zorgvuldige rechtspleging dat de rechter en de procespartijen beschikken over dezelfde informatie. Het is anderzijds een eis dat de rechter kennis krijgt van voor de afdoening van een zaak relevante informatie. De vraag rijst, of aanvaardbaar is dat de rechter kennis draagt van voor de zaak relevante gegevens die slechts bekend zijn bij de partij die om beperkte geheimhouding heeft verzocht, en mede op die gegevens de zaak afdoet. Wij beantwoorden die vraag bevestigend, omdat de administratieve rechter een actieve rol in het geding speelt en het tot zijn taak behoort het evenwicht tussen partijen te bewaken.’<sup>104</sup>

Voorts hecht de regering er belang aan dat de partij die de gegevens niet kent, zich over het gebruik van de gegevens kan uitlaten. Deze partij kan de rechter al dan niet toestemming verlenen om de gegevens in de beoordeling te betrekken.

*Jurisprudentie*

In de praktijk maakt slechts één partij gebruik van de regeling processtukken geheim te houden: het bestuursorgaan. Immers, alleen degene die *verplicht* is inlichtingen te verschaffen of stukken te overleggen, kan zich beroepen op het eerste lid van artikel 8:29 Awb. Het bestuursorgaan is op grond van artikel 8:42 Awb gehouden alle op de zaak betrekking hebbende stukken toe te sturen. Op de belanghebbende ligt niet een dergelijke plicht. Zolang de rechter hem niet op grond van artikel 8:45 Awb verzoekt een bepaald stuk in te dienen, bestaat er voor hem geen mogelijkheid om een stuk vertrouwelijk aan de rechtbank te overleggen.

103. PG Awb II, p. 417.

104. PG Awb II, p. 418.

In het tweede lid van artikel 8:29 Awb wordt een verband gelegd met de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Bestaat op grond van deze wet de plicht om informatie openbaar te maken, dan kan het bestuursorgaan in geen geval weigeren de stukken aan de wederpartij en de rechter te overleggen. Het openbaarheidsregime van de Wob fungeert als een minimumgrens. De Wob zou niet tevens een maximumgrens mogen vormen. Artikel 8:29 Awb en de Wob hebben namelijk een duidelijk verschillend karakter. De Wob biedt uitzonderingen op de regel van publieke toegang tot overheidsinformatie, terwijl artikel 8:29 een uitzondering maakt op de regel van partijtoegang tot informatie.<sup>105</sup> Er kunnen redenen zijn waarom informatie niet voor het algemene publiek toegankelijk mag zijn, maar dat verspreiding binnen het proces op weinig bezwaren stuit. Artikel 8:29 Awb biedt een afwegingskader waarin het specifieke belang van de belanghebbende juist wel een rol speelt. In de jurisprudentie komt deze ‘aanvullende toets’, bovenop de Wob, niet erg duidelijk naar voren. Naast een verwijzing naar een weigeringsgrond in de Wob, worden doorgaans weinig woorden gewijd aan de motivering of gewichtige redenen die tot geheimhouding nopen.<sup>106</sup>

De rechterlijke motivering van de toepassing van artikel 8:29 Awb vormt in het algemeen een lastig punt. De rechtbank dient te beoordelen of gewichtige redenen aanwezig zijn. Haar beslissing daarover wordt aan partijen bekendgemaakt. Zowel de landelijke Procesregeling bestuursrecht als de Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 vermeldt dat de kennisgeving de gronden van de beslissing dient te bevatten. Wanneer het verzoek ongegrond is, bestaan er weinig beperkingen voor de rechter om de redenen van de afwijzing inzichtelijk te maken. Hij heeft geen gegevens aanwezig geacht die aan de wederpartij mogen worden onthouden.<sup>107</sup> Toch leidt de afwezigheid van vertrouwelijkheid niet zonder meer tot een inzichtelijke motivering.<sup>108</sup> Dat komt de rechtsontwikkeling uiteraard niet ten goede. De benadeling voor procespartijen is echter beperkt. Bij een afwijzing van het verzoek krijgt de verzoekende partij de mogelijkheid om op de afwijzende beslissing te reageren,<sup>109</sup> of worden de stukken door de rechter teruggestuurd met het verzoek ze opnieuw (zonder beperkingen) in te zenden.<sup>110</sup> Weigert deze partij alsnog de stukken in te dienen, dan komt dat in beginsel voor haar rekening. Door deze weigering ontnemt het bestuursorgaan de rechter en de belanghebbende de mogelijkheid om te onderzoeken of het bestreden besluit is gebaseerd op een deugdelijke feitelijke basis.<sup>111</sup> Wordt de onzekerheid omtrent de feiten niet door aanvullend bewijsmateriaal weggenomen, dan resulteert dat in beginsel in een vernietiging van het besluit. Een bestuursorgaan dat blijvend weigert de stukken over te leggen, tast daarmee zijn eigen procespositie aan. Overi-

105. ABRvS 26 juli 1999, *JB* 1999, 226; ABRvS 4 december 2002, *AB* 2003, 406 m.nt. Sew.

106. Zie Daalder 2005, i.h.b. p. 282, Pietermaat 2004, p. 39-41 en de annotaties van Damen bij ABRvS 27 juli 2005, *AB* 2006, 27 en Overkleef-Verburg bij CBB 15 juni 2005, *JB* 2005, 263.

107. Zo bevat ABRvS 3 september 2003, *JB* 2003, 291 een vrij inzichtelijke motivering.

108. Bijvoorbeeld CRvB 29 januari 2004, *JB* 2004, 132 en ABRvS 11 mei 2000, *AB* 2000, 305 m.nt. MSV en *JB* 2000, 165.

109. Artikel 9 Landelijke procesregeling bestuursrecht.

110. Artikel 12 Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006.

111. Hof 's-Hertogenbosch 22 september 2005, *JB* 2005, 315 m.nt. RMPGNC.

gens lijken bestuursorganen, gezien de beperkte jurisprudentie op dat punt, nauwelijks te kiezen voor deze gehele weigering.

Een situatie die dieper ingrijpt op het processuele evenwicht tussen partijen, doet zich voor wanneer de rechtbank wél gewichtige redenen vaststelt. Met die beslissing wordt inbreuk gemaakt op het fundamentele beginsel van procesrecht dat partijen in gelijke mate over alle stukken kunnen beschikken.<sup>112</sup> De rechter moet met zorg over deze inbreuk waken. De regels van artikel 8:29 Awb worden dan ook van openbare orde geacht.<sup>113</sup> De rechter toetst ambtshalve of gewichtige redenen zich voordoen. De rechter moet erop toezien dat hij over alle onderliggende stukken beschikt, omdat hij alleen dan tot een deugdelijke beoordeling kan komen.<sup>114</sup> Voorts pleit de grote inbreuk voor terughoudendheid. In artikel 8 van de Procesregeling belastingkamers gerechtshoven 2005 is dat uitgangspunt uitdrukkelijk neergelegd. Het gerechtshof zal slechts bij hoge uitzondering gebruikmaken van de mogelijkheid tot beperkte kennisneming. In het algemeen mag de regel van artikel 8:29 Awb niet ruimhartig worden uitgelegd. Zo corrigeerde de Afdeling een rechtbank die een vertegenwoordiger van het bestuursorgaan hoorde buiten de aanwezigheid van de belanghebbende. De toepassing van artikel 8:29 Awb kan geen afbreuk doen aan de toepasselijkheid van de beginselen en wettelijke voorschriften over het vooronderzoek of het onderzoek ter zitting.<sup>115</sup> Een beperkte motivering van het rechterlijk oordeel is bij de aanwezigheid van gewichtige redenen een gevoelig punt. Uiteraard kan de rechtbank het bestaan van de gewichtige redenen niet dusdanig uiteenzetten dat de belanghebbende alnog de vertrouwelijke informatie te horen krijgt. In sommige gevallen is de motivering echter dermate beperkt, dat geen inzicht bestaat in de rechtvaardiging van de beperkte kennisname in het concrete geval.<sup>116</sup> In annotaties zijn daar kritische opmerkingen over gemaakt.<sup>117</sup>

In de memorie van toelichting wordt de benarde positie van de belanghebbende onderkend wanneer de stukken geheim blijven. De aantasting in zijn procespositie zou moeten worden gecompenseerd door de actieve rechter en het recht om al dan niet toestemming te verlenen de vertrouwelijke stukken in de rechterlijke beoordeling te betrekken. In de jurisprudentie komt het eerste aspect niet duidelijk naar voren. Op basis van de uitspraken is niet vast te stellen in welke mate de rechter zich actief opstelt en bijvoorbeeld intensief de gewichtige redenen toetst. De bovengenoemde beperkte motivering is daar deels debet aan. De waarborg die het toestemmingsvereiste brengt, is zeer beperkt gebleken. In de jurisprudentie is namelijk de lijn ontstaan dat de onthouding van toestemming in beginsel in het nadeel van de belanghebbende wordt uitgelegd. Wanneer het bestuursorgaan bepaalde stukken vertrouwelijk overlegt – en de rechter heeft die beperkte ver-

112. CRvB 4 april 2003, *JB* 2003, 182.

113. ABRvS 11 mei 2000, *AB* 2000, 305 m.nt. MSV en *JB* 2000, 165.

114. ABRvS 4 mei 2005, *JB* 2005, 175.

115. ABRvS 9 juli 2003, *JB* 2003, 254 m.nt. AMLJ.

116. Zie naast de in de volgende voetnoot genoemde uitspraken bijvoorbeeld ABRvS 6 oktober 2004, *AB* 2004, 366 m.nt. Sew.

117. Zie Damen bij ABRvS 27 juli 2005, *AB* 2006, 27 en Overkleeft-Verburg bij CBB 15 juni 2005, *JB* 2005, 263.

strekking gerechtvaardigd geacht – dan heeft het bestuursorgaan alles gedaan wat van hem kan worden verwacht om de feitelijke grondslag van het besluit te onderbouwen. De belanghebbende die vervolgens toestemming weigert, ontnemt de rechtbank de mogelijkheid om de deugdelijkheid van het besluit te toetsen. De rechter kan niet onderzoeken of de conclusies in het besluit berusten op bepaalde bewijsstukken. Dat werkt in beginsel ten nadele van de belanghebbende. De rechter gaat uit van de juistheid van de door het bestuursorgaan gestelde feiten, tenzij de belanghebbende deugdelijk tegenbewijs levert.<sup>118</sup> Dat vormt een bijzonder lastig te volbrengen taak. De gegevens van het bestuursorgaan zijn hem onthouden, zodat hij niet goed weet waartegen hij tegenbewijs moet leveren. Overlegt hij vervolgens een bewijsstuk, dan kan de rechter lastig de waarde daarvan bepalen. Omdat de rechter niet weet wat de bewijskracht is van de stukken van het bestuursorgaan, kan hij niet goed beoordelen of het tegenbewijs afbreuk doet aan de conclusies in het besluit.<sup>119</sup>

In beroep wordt er door de belanghebbende herhaaldelijk over geklaagd dat de regeling in artikel 8:29 Awb zich niet verdraagt met het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM. De geheimhouding van de stukken tast het beginsel van openbaarheid en de ‘equality of arms’ aan. Zowel de wetgever als de rechter onderkennen dat, maar achten de beperking met voldoende waarborgen omkleed. Alleen ‘gewichtige’ redenen vormen een rechtvaardiging, de rechter beoordeelt de beperking en de belanghebbende kan erover beslissen of de stukken in de beoordeling worden betrokken. Op deze wijze zou het recht op een eerlijke procesvoering niet in zijn essentie worden aangetast.<sup>120</sup> Deze uitspraken zijn gewezen voordat de gevolgen van het toestemmingsrecht waren uitgekristalliseerd. In de jurisprudentie wordt daarnaast benadrukt dat in het kader van artikel 8:29 Awb niet alleen een procedurele, maar ook een inhoudelijke rechtmatigheidstoets plaatsvindt.<sup>121</sup>

#### 2.3.3.4 Conclusie

De Awb kent het bestuursorgaan een bijzonder grote verantwoordelijkheid toe om stukken in het geding te brengen. Het is immers gehouden het gehele dossier toe te sturen. De rechter acht het van groot belang dat partijen in gelijke mate kunnen beschikken over alle gedingstukken.<sup>122</sup> In de jurisprudentie wordt dit aangemerkt als een fundamenteel beginsel van bestuursprocesrecht. De mogelijkheid om in gelijke mate te beschikken over de processtukken vormt een waarborg voor het processuele evenwicht tussen partijen. De gelijkheid is ook afhankelijk van de gelijktijdigheid. Komt een van de partijen met een nieuw

118. ABRvS 4 september 2002, *JB* 2002, 304; ABRvS 23 juni 2003, *AB* 2003, 326 m.nt. Sew en *JB* 2003, 224 m.nt. EvdL; CRvB 7 oktober 2004, *JB* 2004, 380 m.nt. Overkleef-Verburg. Zie ook Schuurmans 2005, p. 261 e.v.

119. ABRvS 23 juni 2003, *AB* 2003, 326 m.nt. Sew en *JB* 2003, 224 m.nt. EvdL.

120. ABRvS 26 september 2000, *AB* 2000, 484 m.nt. Sew; ABRvS 13 juni 2001, *AB* 2001, 267 m.nt. Sew en *JB* 2001, 194.

121. ABRvS 4 mei 2005, *JV* 2005, 244.

122. Zie naast de reeds genoemde uitspraak CRvB 19 september 2001, *JB* 2001, 283 ook CRvB 17 november 1998, *JB* 1999, 17 en *RSV* 1999, 48.

bewijsstuk, dan is het van groot belang dat de wederpartij over voldoende tijd beschikt om op zinvolle wijze daarop te kunnen reageren.

Het processuele evenwicht wordt ernstig verstoord wanneer het bestuursorgaan op grond van artikel 8:29 Awb stukken vertrouwelijk overlegt. Of de activiteit van de bestuursrechter een afdoende compensatie biedt, is op basis van de beperkt gemotiveerde uitspraken niet vast te stellen. De waarborg die het toestemmingsvereiste moet bieden, is bijzonder beperkt.

#### **2.3.4 Medewerkingsplicht van partijen (artt. 8:27 t/m 8:31 Awb)**

##### *Artikel 8:27 Awb*

1. Partijen die door de rechtbank zijn opgeroepen om in persoon dan wel in persoon of bij gemachtigde te verschijnen, al dan niet voor het geven van inlichtingen, zijn verplicht te verschijnen en de verlangde inlichtingen te geven. Partijen worden hierop gewezen, alsmede op artikel 8:31.
2. [...]

##### *Artikel 8:28 Awb*

Partijen aan wie door de rechtbank is verzocht schriftelijk inlichtingen te geven, zijn verplicht de verlangde inlichtingen te geven. Partijen worden hierop gewezen, alsmede op artikel 8:31.

##### *Artikel 8:30 Awb*

Partijen zijn verplicht mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47, eerste lid. Partijen worden hierop gewezen, alsmede op artikel 8:31.

##### *Artikel 8:31 Awb*

Indien een partij niet voldoet aan de verplichting te verschijnen, inlichtingen te geven, stukken over te leggen of mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47, eerste lid, kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekkingen maken die haar graden voorkomen.

##### **2.3.4.1 Parlementaire geschiedenis**

Bovenstaande artikelen leggen op procespartijen de verplichting om mee te werken aan het onderzoek door de rechter. Door partijen op te roepen voor een comparitie of de zitting, kan de rechter over de mondelinge informatie beschikken die hij nodig acht. Ook kan hij de verschijning bevelen teneinde partijen een getuigenverhoor te laten bijwonen. Voorts moeten partijen desgevraagd schriftelijke stukken toesturen en moeten zij meewerken aan een deskundigenonderzoek. In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat het onderzoek voor de belanghebbende niet te belastend mag zijn, in verhouding tot het belang van de zaak.<sup>123</sup> De rechter dient daarop toe te zien. Partijen dienen steeds uitdrukkelijk op hun medewerkingsplicht te worden gewezen en op de gevolgen die de rechter

123. PG Awb II, p. 418.

kan verbinden aan een weigerachtige opstelling. Artikel 8:31 Awb bepaalt dat de rechter aan een onvoldoende medewerking de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht. Een partij kan bijvoorbeeld niet-ontvankelijk worden verklaard, het beroep kan al dan niet ongegrond worden verklaard en de opstelling kan gevolgen hebben voor de proceskostenveroordeling.

#### 2.3.4.2 *Jurisprudentie*

Over de toepassing van de artikelen 8:27 en 8:28 Awb is niet veel jurisprudentie verschenen. Een van de belangrijkste punten die naar voren komt, is dat partijen niet zelf mogen beoordelen of de rechterlijke oproeping om te verschijnen of om schriftelijke inlichtingen te geven zinnig is en of die inspanning van hen kan worden verlangd.<sup>124</sup> De rechter heeft de gevraagde activiteit nodig geacht en partijen dienen de inspanning dan ook te leveren. Verschijnt een opgeroepen eisende partij bijvoorbeeld niet op de zitting om een toelichting te geven op het beroep, dan kan de rechter daaruit afleiden dat de belanghebbende er onvoldoende blijk van geeft het besluit op serieuze wijze te willen aanvechten. Het gevolg dat de rechtbank aan die proceshouding verbindt, kan bijvoorbeeld een niet-ontvankelijkverklaring zijn.<sup>125</sup> Een bestuursorgaan dat weigert te verschijnen of gevraagde stukken toe te sturen, kan ook met nadelige gevolgen worden geconfronteerd. De rechter geeft een signaal af dat het bestuursorgaan zich een dergelijke proceshouding niet kan permitteren. In het geval dat het bestuursorgaan vrijwel elke gevraagde inspanning nalaat, kan de conclusie volgen dat verweerder het besluit niet in rechte wenst te verdedigen. Het besluit kan dan worden vernietigd.<sup>126</sup> Een nadeel is dat daarmee het geschil nog niet ten einde is, omdat het bestuursorgaan een nieuw besluit dient te nemen. Ook de belanghebbende wordt dan benadeeld door de weigerachtige houding van het bestuur.<sup>127</sup>

Artikel 8:30 Awb legt partijen de plicht op om mee te werken aan het onderzoek van deskundigen. De strekking van het artikel komt later aan bod. Omdat het artikel alleen betrekking heeft op artikel 8:47 Awb, zal het bij de bespreking van dat artikel worden betrokken.

Wanneer een van de partijen niet de medewerking verleent waartoe de voorafgaande artikelen haar verplichten, dan kan de rechter daaraan de gevolgen verbinden die hij geraden acht. Artikel 8:31 Awb geeft de rechter bijzonder veel ruimte om een passende sanctie op te leggen of niet. Net als bij de toepassing van artikel 8:29 Awb staat bij artikel 8:31 Awb de rol van het bestuursorgaan centraal. De verplichting om te verschijnen, inlichtingen te geven en stukken te overleggen wordt hoofdzakelijk op het bestuursorgaan gelegd (althans zo volgt dat uit artikel 8:42 Awb en de jurisprudentie). In de jurisprudentie komt aan bod welke gevolgen de

124. ABRvS 14 november 2001, AB 2002, 19 m.nt. Sew; ABRvS 2 oktober 2002, JB 2002, 334; CRvB 28 mei 1995, JB 1995, 268; Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1997, JB 1997, 230.

125. CRvB 28 mei 1995, JB 1995, 268; Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1997, JB 1997, 230.

126. Rb. Rotterdam 17 maart 1995, JB 1995, 130.

127. De rechtbank Amsterdam loste dat deels op door verweerder een dwangsom op te leggen. Om te voorkomen dat verweerder de procesgang verder zou belemmeren, diende hij snel een nieuw besluit te nemen, wat werd afgedwongen met de dwangsom, Rb. Amsterdam 5 maart 1996, JB 1996, 146.



rechter kan verbinden aan de situatie waarin het bestuursorgaan nalaat een verweerschrift in te dienen, alle relevante stukken op grond van artikel 8:42 Awb toe te sturen of een alsnog opgevraagd stuk op grond van artikel 8:45 Awb.

Artikel 8:42 Awb legt op het bestuursorgaan de plicht om een verweerschrift in te dienen. Laat het bestuursorgaan dat achterwege, dan kan de rechter geen toepassing geven aan artikel 8:31 Awb.<sup>128</sup> Het verweerschrift is geen stuk als bedoeld in dat artikel (zie paragraaf 2.3.3.1). Dat betekent niet dat het bestuursorgaan geen enkele nadelige consequentie kan ervaren ten gevolge van zijn nalatigheid. Dient het geen verweerschrift in, dan kan dat bijdragen aan de opvatting dat het bestuursorgaan de stellingen van eiser niet of onvoldoende heeft betwist.<sup>129</sup> Het bestuursorgaan loopt dan het gevaar dat de gronden van eiser worden toegewezen. Of die conclusie gerechtvaardigd is, hangt af van de overige gedingstukken en kan dus niet enkel worden gebaseerd op het ontbrekende verweerschrift.<sup>130</sup>

Constaateert de rechter dat het bestuursorgaan een op de zaak betrekking hebbend stuk niet heeft ingediend, dan mag de rechter daar niet zomaar aan voorbijgaan. Zoals reeds eerder opgemerkt betreft het een fundamenteel beginsel van het bestuursprocesrecht dat een justitiabele over alle stukken van het geding kan beschikken. De rechter die voorbijgaat aan de onvolledige toezending door het bestuursorgaan, laat een schending van dit fundamentele beginsel onbesproken.<sup>131</sup> De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat wanneer de rechter een gebrek constateert, hij in de uitspraak moet overwegen of hij daar op basis van artikel 8:31 Awb al dan niet gevolgen aan wenst te verbinden.<sup>132</sup>

De rechter mag niet rauwelijks overgaan tot een toepassing van artikel 8:31 Awb. De bevoegdheid mag niet worden uitgeoefend zonder een onderzoek naar de relevante feiten en zonder een belangenafweging. De goede procesorde verlangt dat de rechter eerst de partij de gelegenheid biedt om de ontbrekende stukken alsnog in te zenden of haar een toelichting te laten geven over de redenen van het verzuim.<sup>133</sup>

Laat een partij, ook ondanks deze aanmaning, achterwege de gevraagde stukken te overleggen, dan kan de rechter daaraan gevolgen verbinden. Hij kan dat echter ook nalaten. Het belang van het ontbrekende stuk kan daarbij een rol spelen. Is bijvoorbeeld al een behoorlijke hoeveelheid overtuigend bewijsmateriaal bijeengebracht, dan hoeft het ontbrekende bewijsstuk geen afbreuk te doen. Het bestuursorgaan heeft de conclusies reeds voldoende onderbouwd.<sup>134</sup> Wanneer de rechter een keuze maakt tussen een verdere behandeling van de zaak of reeds een vernietiging van het besluit, kan bepalend zijn in welke mate het ontbrekende stuk zijn controle op het besluit belemmert.<sup>135</sup> Regelmatig gaat de rechter over tot een vernietiging van het besluit omdat het standpunt van verweerder onvoldoende is

128. Zie ook par. 3.2.2.

129. CRvB 29 oktober 2002, AB 2003, 179 m.nt. AMLJ en JB 2003, 22.

130. ABRvS 26 augustus 2004, AB 2004, 393 m.nt. Sew.

131. CRvB 19 september 2001, JB 2001, 283.

132. HR 1 april 2005, AB 2005, 208 m.nt. BdeW en BNB 2005, 177 m.nt. Van Leijenhorst.

133. ABRvS 14 mei 2004, JV 2004, 271 m.nt. TS; CRvB 16 januari 2001, AB 2001, 104 m.nt. HBr.

134. CRvB 10 juni 2004, LJN AP1649.

135. Vgl. CRvB 13 augustus 2004, LJN AQ7509.

onderbouwd.<sup>136</sup> In de gepubliceerde jurisprudentie zijn geen voorbeelden aange- troffen waarin de appèlrechter deze sanctie van de rechtbank onjuist acht.

#### 2.3.4.3 *Conclusie*

De artikelen 8:27, 8:28 en 8:31 Awb staan in de afdeling met de titel 'Partijen'. Wanneer men de jurisprudentie bestudeert, ontstaat het beeld dat deze artikelen hoofdzakelijk gericht zijn tot het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan draagt de meeste plichten om een bijdrage te leveren aan het feitenonderzoek. Een deel van de ongelijkheidscompensatie is daarin gelegen. Het bestuursorgaan moet al zijn stukken overleggen. De bijdrage van de belanghebbende aan het feitenonderzoek is door een grote vrijblijvendheid omgeven. Of de rechter in de praktijk daadwerkelijk vrijwel alleen het bestuursorgaan oproept om te verschijnen of aanvullende stukken in te sturen, moet uit het empirisch onderzoek blijken.

#### 2.3.5 **Meebrengen getuigen en deskundigen (artt. 8:60, lid 4 en 8:63, lid 2 Awb)**

##### *Artikel 8:60 lid 4 Awb*

Partijen kunnen getuigen en deskundigen meebrengen of bij aangetekende brief of deurwaardersexploit oproepen, mits daarvan uiterlijk een week voor de dag van de zitting aan de rechtbank en aan de andere partijen mededeling is gedaan, met vermelding van namen en woonplaatsen. Op deze bevoegdheid worden partijen in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56, gewezen.

##### *Artikel 8:63 Awb*

1. (...)
2. De rechtbank kan afzien van het horen van door een partij meegebrachte of opge- roepen getuigen en deskundigen indien zij van oordeel is dat dit redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak.
3. (...)

##### 2.3.5.1 *Parlementaire geschiedenis*

Het vierde lid van artikel 8:60 Awb biedt partijen de mogelijkheid om getuigen en deskundigen mee te brengen dan wel op te roepen. Partijen hoeven niet af te wachten of de rechter zich actief opstelt en getuigen en deskundigen oproept, maar kunnen zelf het initiatief nemen. In de parlementaire geschiedenis wordt voornamelijk aandacht besteed aan de waarborgen die daarbij in acht moeten worden genomen. De tegenpartij en de rechter mogen niet door de meegebrachte getuigen en deskundigen worden overvallen. Zij moeten tijdig van de komst op de hoogte worden gebracht, ten einde zich deugdelijk op de zaak voor te kunnen bereiden. Een termijn van vier dagen, zoals de Beroepswet destijds bepaalde, zou tot problemen kunnen leiden. Een week daarentegen zou afdoende moeten zijn.

<sup>136</sup>. Rb. Dordrecht 4 juli 1997, AB 1997, 322; Rb. Maastricht 3 juli 2000, JB 2000, 262; ABRvS 2 oktober 2002, JB 2002, 334; ABRvS 11 februari 2004, AB 2004, 153 m.nt. PJS en JB 2004, 143.

Wanneer partijen zelf getuigen oproepen of meebrengen naar de zitting, heeft dat niet zonder meer tot gevolg dat zij ook op de zitting worden gehoord. Ingevolge het tweede lid van artikel 8:63 Awb kan de rechter daarvan afzien indien hij de verklaring niet nodig acht. De memorie van toelichting bij dit artikel is bijzonder bondig: ‘De rechtbank moet een middel hebben om door partijen meegebrachte of opgeroepen getuigen of deskundigen die naar haar oordeel niet aan de oordeelsvorming kunnen bijdragen, “buiten de deur” te houden. Het tweede lid voorziet daartoe in de mogelijkheid dat wordt afgezien van het verhoor van deze getuigen en deskundigen.’<sup>137</sup>

### 2.3.5.2 *Jurisprudentie*

Aan de termijn van artikel 8:60 lid 4 Awb voor het meebrengen van getuigen en deskundigen wordt belang gehecht. Meldt een partij een getuige of deskundige te laat aan, dan zal de rechter er in beginsel van afzien deze te horen.<sup>138</sup> De wederpartij mag niet worden overvallen door de verklaring op de zitting. Het is de vraag wat de gevolgen zijn indien de wederpartij op de zitting er desondanks mee instemt dat de meegebrachte getuige of deskundige een verklaring aflegt. De Centrale Raad laat in een uitspraak in het midden of die instemming het voorschrift van het vierde lid van artikel 8:60 opzij kan zetten. Wanneer de rechter de getuigenverklaring van belang acht voor de beoordeling van de zaak, dan dient hij te bezien of – in het belang van de procespositie van de wederpartij – de zaak moet worden aangehouden.<sup>139</sup>

In de jurisprudentie speelt de vraag of het aanbod tot getuigenbewijs ook om een andere reden – dan de termijn van artikel 8:60 lid 4 Awb – te laat kan zijn. Is de bestuursrechter gehouden om getuigen te horen wanneer de belanghebbende deze getuigen ook al in de bezwaarfase had kunnen meebrengen en door het bestuursorgaan had kunnen laten horen? De Centrale Raad beantwoordt die vraag duidelijk ontkennend. Het argument dat de getuige in een eerdere fase van de procedure verklaringen had kunnen afleggen, vormt geen reden om een bewijsaanbod af te wijzen.<sup>140</sup> De Hoge Raad vaart naar alle waarschijnlijkheid dezelfde koers. De omstandigheid dat bij de Inspecteur de mogelijkheid tot bewijslevering bestond, acht de Hoge Raad in het algemeen geen belemmering om bewijsmateriaal bij de rechter te verstrekken.<sup>141</sup> In de jurisprudentie van de Afdeling speelt het argument wel een rol. Diende de belanghebbende bij de voorbereiding van het besluit al een bepaalde stelling aannemelijk te maken en heeft hij dat nagelaten, dan kan hij niet zonder meer het bewijs alsnog in beroep leveren. Het bestreden besluit (waarin het bezwaar tegen de afwijzing van het verzoek om subsidie of schadevergoeding ongegrond is verklaard) is rechtmatig totstandgekomen en de volbrenging van het bewijsaanbod zou daar geen verandering meer in kunnen brengen.<sup>142</sup> De afwijzing van het bewijsaanbod vormt een

137. PG Awb II, p. 458.

138. CRvB 30 maart 2004, JB 2004, 218.

139. CRvB 26 januari 1995, AB 1995, 301, JB 1995, 63, RSV 1995, 220.

140. CRvB 8 november 2000, AB 2001, 141 m.nt. HBr en RSV 2001, 29.

141. HR 1 oktober 2004, BNB 2005, 151.

142. ABRvS 1 juni 2001, AB 2002, 406 m.nt. AMLJ; ABRvS 13 februari 2002, AB 2002, 123 m.nt. NV. Vgl. CBB 14 november 2002, AB 2003, 63 m.nt. JHvdV.

uitvloeijsel van de zogenoemde bewijsfuik. Of de Afdeling na de wijziging van artikel 6:13 nog steeds deze lijn volgt, is thans niet duidelijk.<sup>143</sup>

Naast de termijn waarbinnen het aanbod wordt gedaan, kunnen inhoudelijke redenen aan een honorering van het bewijsaanbod in de weg staan. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter het aanbod tot getuigenbewijs passeert wanneer hij het aanbod niet terzake dienend acht.<sup>144</sup> Dat is het geval wanneer een partij een stelling tracht te bewijzen die niet relevant is voor de beoordeling van het geschil. Ligt bijvoorbeeld aan de ongeldigverklaring van een rijbewijs de psychische gesteldheid van de belanghebbende ten grondslag, dan doen verklaringen over het rijgedrag van de belanghebbende in het algemeen niet terzake. Het bewijsaanbod kan dan als niet terzake dienend worden afgewezen.<sup>145</sup>

De aangeboden getuigenverklaring kan evenmin aan de oordeelsvorming van de rechter bijdragen wanneer hij de feiten reeds aannemelijk acht op basis van het bewijsmateriaal in het dossier.<sup>146</sup> Een getuigenaanbod kan dan worden afgewezen. De kwestie ligt lastiger wanneer de rechter er voorshands van overtuigd is dat de gestelde feiten zich niet hebben voorgedaan. Wijst de rechter in dat geval het aanbod tot getuigenbewijs van de hand, dan schat hij in dat de af te leggen verklaring geen verandering meer kan brengen in zijn oordeelsvorming. Hij maakt dan een prognose van de waarde van de getuigenverklaring (dus zonder dat hij de getuigenverklaring heeft gehoord). Artikel 8:63 lid 2 Awb en de toelichting verzet zich daar zelf niet tegen. De Hoge Raad volgt echter de vaste lijn dat een bewijsaanbod nimmer mag worden afgewezen op basis van een prognose van het resultaat van de bewijslevering.<sup>147</sup> Zo vormt twijfel over de betrouwbaarheid van de getuige geen reden om het bewijsaanbod te passeren.<sup>148</sup> Het is niet uitgesloten dat zich op dit vlak ontwikkelingen zullen voordoen. Zo worden in het rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht wel voorstellen gedaan teneinde de rechter instrumenten te geven om getuigen die geen toegevoegde waarde hebben voor de procedure te weigeren. De oplossing wordt er dan met name in gezocht dat een partij in haar bewijsaanbod dient aan te geven wat de getuigen zouden kunnen verklaren.<sup>149</sup>

Een groot probleem in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 8:63 Awb vormt de motivering van het rechterlijk oordeel. De Afdeling heeft bepaald dat de beslissing om af te zien van het horen van getuigen niet in de uitspraak hoeft te worden vermeld.<sup>150</sup> Dat standpunt maakt de rechterlijke oordeelsvorming grotendeels onzichtbaar. In de bestudeerde tijdschriften en op de site van rechtspraak.nl komt men bijzonder weinig uitspraken van de Afdeling tegen over dit onderwerp

143. Zie paragraaf 3.2.3 over de wijziging van art. 6:13 Awb en de bewijsfuik.

144. ABRvS 27 maart 2001, AB 2002, 102 m.nt. ABB; ABRvS 2 februari 2005, JB 2005, 95 m.nt. AB; ABRvS 5 oktober 2005, AB 2006, 49 m.nt. B.W.N. de Waard; CBB 10 maart 2005, AB 2005, 317 m.nt. ICvdV.

145. ABRvS 2 februari 2005, JB 2005, 95 m.nt. AB.

146. Happé, Van Loon en Slijpen 2005, p. 211 en bijvoorbeeld HR 3 januari 2001, BNB 2001, 91. Zie ook ABRvS 27 juli 2005, JB 2005, 277.

147. HR 6 december 2000, BNB 2001, 65.

148. HR 23 maart 1988, BNB 1988, 274.

149. Asser, Groen, Vranken m.m.v. Tzankova 2006, p. 90-93.

150. ABRvS 26 januari 2005, AB 2005, 374 m.nt. R.H. de Bock.

en de redenen voor afwijzing voor het aanbod blijven daardoor verborgen. Overigens is daar ook maar een enkele uitspraak van het CBB te vinden. Het standpunt van de Afdeling contrasteert sterk met de opvatting van de Hoge Raad. De Hoge Raad vernietigt steeds de uitspraak van het hof wanneer het zonder nadere motivering voorbijgaat aan het aangeboden getuigenbewijs.<sup>151</sup> De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep laat een wisselend beeld zien. De ene keer stelt dit rechtscollege zich principieel op en tikt het de rechtbank op de vingers. De rechtbank had het aanbod niet mogen afwijzen omdat in dat stadium van het geding niet buiten twijfel stond dat het horen van getuigen overbodig was.<sup>152</sup> In andere zaken overweegt de Centrale Raad weinig specifiek dat hij (gezien het procesdossier) van oordeel is dat de verklaring van de getuige redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak.<sup>153</sup> Deze verschillen tussen de hoogste rechtscolleges kunnen niet worden verklaard vanuit de aard van het rechtsgebied waarover zij oordelen.

Gezien deze jurisprudentie is het vrij lastig om de redenen te achterhalen die ten grondslag liggen aan de afwijzing van het aanbod tot getuigenbewijs. Soms wordt overwogen dat het geschil kan worden afgedaan op (enkel) de informatie uit het procesdossier.<sup>154</sup> Ook kan van belang zijn dat de af te leggen verklaring ertoe strekt om een reeds eerder afgelegde verklaring te ontcrachten. Omdat aan het terugkomen op een verklaring doorgaans weinig waarde wordt gehecht, wordt het bewijsaanbod afgewezen.<sup>155</sup> Voorts hecht de Centrale Raad er waarde aan of partijen getuigen naar de zitting hebben meegenomen of getuigen hebben opgeroepen. Hebben zij dat niet gedaan, dan kan daaraan de conclusie worden verbonden dat zij bewust van (een herhaling van) een bewijsaanbod hebben afgezien.<sup>156</sup> Uit de jurisprudentie blijkt overigens niet dat de rechter anders omgaat met een aanbod tot getuigenbewijs wanneer een punitief besluit het voorwerp van de rechtstrijd vormt.<sup>157</sup>

### 2.3.5.3 Conclusie

De bestuursrechter kan vrij gemakkelijk voorbijgaan aan het aanbod van getuigenbewijs. Jurisprudentie waarin de appèlrechter de rechtbank verwijt een getuige niet te hebben gehoord, komt vrijwel niet voor.<sup>158</sup> Wel worden door de Hoge Raad uitspraken vernietigd omdat de rechter in eerste aanleg onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij aan het bewijsaanbod voorbij is gegaan. Deze jurisprudentie staat in groot contrast met die van de Afdeling waarin zij oordeelde dat de rechtbank de beslissing, om af te zien van het horen van getuigen, niet in de

151. HR 28 mei 2004, *BNB* 2004, 250; HR 19 november 2004, *BNB* 2005, 66.

152. CRvB 30 juni 2005, *LJN* AT8611.

153. CRvB 21 december 2004, *LJN* AR8552; CRvB 13 juli 2005, *LJN* AU0935; CRvB 3 januari 2006, *LJN* AU9235.

154. ABRvS 26 januari 2005, *AB* 2005, 374 m.nt. R.H. de Bock; ABRvS 27 juli 2005, *JB* 2005, 277; CRvB 21 december 2004, *LJN* AR8552; CRvB 3 januari 2006, *LJN* AU9235.

155. CRvB 9 maart 2004, *LJN* AO5322.

156. CRvB 9 maart 2004, *LJN* AO5322; CRvB 21 december 2004, *LJN* AR8552; CRvB 6 april 2004, *LJN* AO7943.

157. ABRvS 10 september 2003, *AB* 2004, 70 m.nt. OJ; CRvB 3 januari 2006, 04/2782 (*AU*9235).

158. Zie voor een uitzondering ABRvS 20 mei 2005, *JV* 2005, 284 m.nt. Y.E. Schuurmans.

uitspraak hoeft te verwoorden. Andere grote verschillen betreffen het antwoord op de vraag of de rechter een prognose mag maken van de bewijskracht van het aangeboden getuigenbewijs en of de mogelijkheid dat de getuige ook al in de bezwaarfase had kunnen worden gehoord een passering van het bewijsaanbod in beroep rechtvaardigt.

## **2.4 DE BEVOEGDHEID VAN DE BESTUURSRECHTER OM DE FEITEN AAN TE VULLEN**

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat in eerste instantie het bestuursorgaan genoodzaakt is om de feiten waarop het zijn besluit (op bezwaar) fundeert, vast te stellen. Gedurende de gerechtelijke procedure dient het bestuursorgaan de op de zaak betrekking hebbende stukken in te zenden en hebben alle partijen de mogelijkheid om zelfstandig en spontaan bewijs te leveren van de door hen tegen het besluit aangevoerde (feitelijke) gronden. De rechter dient de feitenvaststelling door het bestuur te beoordelen. De kern van de wijze waarop de bestuursrechter besluiten dient te beoordelen, is neergelegd in artikel 8:69 Awb. Voor dit onderzoek is in het bijzonder relevant dat de bestuursrechter op grond van het derde lid van deze bepaling de bevoegdheid heeft om – binnen de omvang van het geschil – de feiten aan te vullen.

*Artikel 8:69, derde lid, Awb*

1. De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.
2. De rechtbank vult ambtshalve de rechtsgronden aan.
3. De rechtbank kan ambtshalve de feiten aanvullen.

### **2.4.1 Parlementaire geschiedenis**

Inzicht in de betekenis van bovenstaande bepaling is onontbeerlijk teneinde de taak van de bestuursrechter in het algemeen goed te begrijpen en dus ook om in te zien over welke aspecten van de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen het onderhavige onderzoek niet gaat.

Aan het huidige algemene systeem van bestuursprocesrecht is vrijwel inherent dat een door een bestuursorgaan in het verleden genomen besluit voorwerp van geschil is. De door de belanghebbende geëntameerde procedure is telkens gericht op de vernietiging van dat besluit. De heersende consensus op grond van de parlementaire geschiedenis van artikel 8:69, eerste lid, Awb is echter dat de bestuursrechter niet geroepen is om het gehele besluit te toetsen aan het gehele objectieve recht. De omvang van het geschil dat door de bestuursrechter moet worden beslecht, is geregeld in artikel 8:69, eerste lid, Awb, waarin is neergelegd dat de bestuursrechter zijn uitspraak dient te baseren op het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Hoewel deze bepaling ook bepaalt op welke feiten de bestuurs-

rechter zijn oordeel kan en mag baseren, wordt daaruit in eerste instantie afgeleid wat de omvang van het geschil is dat de bestuursrechter moet beslechten.

Ondanks dat over het bepalen van de omvang van het geschil geen volstrekte zekerheid kan worden gegeven, moet inmiddels – op grond van de tweede evaluatie van de Awb inzake het hoger beroep en de parlementaire geschiedenis van het nieuwe artikel 6:13 Awb<sup>159</sup> – gelden dat alleen die onderdelen van het bestreden besluit waartegen gronden zijn aangevoerd, vallen binnen de omvang van het geschil. Als gronden worden gezien de (feitelijke) redenen waarom de belanghebbende zich niet met het besluit kan verenigen. Het tweede en derde lid van artikel 8:69 Awb verplichten de rechter om binnen de omvang van het geschil de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen en geven hem de bevoegdheid om binnen de omvang van het geschil de feiten aan te vullen, ofwel onderzoek te (laten) verrichten. Laatstgenoemde bevoegdheid kan worden gezien als de grondslag, maar vooral ook als de – hoewel vrijwel afwezige – begrenzing voor de bestuursrechter om gebruik te maken van de hem in afdeling 8.2.2 Awb bij wet verleende bevoegdheden om geschillen over de feitenvaststelling door het bestuur te beoordelen.<sup>160</sup> Artikel 8:69, derde lid, Awb is daarom in ieder geval bewijsrechtelijk van aard.<sup>161</sup> Mede daarom is het van belang om op deze plaats te benadrukken dat, wat er ook zij van de onduidelijkheid over de omvang van het geschil, het onderzoek van de feiten door de bestuursrechter daarbinnen plaatsvindt.

Een en ander laat overigens onverlet dat de bestuursrechter geacht wordt het bestreden besluit tevens te toetsen aan de rechtsregels van openbare orde, waartoe in elk geval de regels met betrekking tot de bevoegdheid van rechter en bestuursorgaan en de ontvankelijkheid van de eiser behoren. De vraag naar het verband tussen deze verplichting en artikel 8:69 Awb wordt niet steeds op gelijke wijze beantwoord en de parlementaire geschiedenis is bij beantwoording van die vraag niet bijzonder behulpzaam. Duidelijk is evenwel dat de bestuursrechter verplicht is om het bestreden besluit ambtshalve te toetsen aan de rechtsregels van openbare orde,<sup>162</sup> ook al behoren die redenen om het besluit te vernietigen of om het beroep niet-ontvankelijk te verklaren strikt genomen niet tot de omvang van het geschil zoals dat wordt afgebakend door de partijen. De verplichting om het besluit aan deze rechtsregels te toetsen betekent tevens de verplichting voor de bestuursrechter om de feiten, waaraan de regels van openbare orde rechtsgevolgen verbinden, voldoende helder te krijgen. Zijn de feiten waarop die rechtsregels

159. *Widdershoven e.a.*, 2001; *Kamerstukken II 2004-2005*, 29 241, nr. II; zie ook ABRvS 12 januari 2005, *AB 2005*, 75 m.nt. *Widdershoven*.

160. De grondslag om gebruik te maken van de verschillende onderzoeksbevoegdheden kan ook worden gevonden in de redactie van de verschillende bepalingen in afdeling 8.2.2 Awb, maar daarin is niet de grens te vinden.

161. Gezien PG Awb II, p. 463 kan de bevoegdheid ook worden gezien als een mogelijkheid voor de bestuursrechter om sturing te geven aan de omvang van het geschil door – zonder daarbij het verdedigingsbeginsel te schenden – feitelijke gronden aan te vullen. Strikt genomen gaat het normatieve deel van het onderhavige onderzoek echter niet over de afbakening van de omvang van het geschil, maar over het formele en materiële bewijsrecht dat is opgenomen in de Awb en is ontwikkeld in de jurisprudentie.

162. Waaronder in elk geval de rechtsregels die de ontvankelijkheid van de belanghebbende betreffen en die de bevoegdheid van het bestuursorgaan en de rechter regelen.

moeten worden toegepast, onvoldoende helder, dan dient de bestuursrechter daarnaar – nader – onderzoek te verrichten. Aldus kan het toch voorkomen dat feiten door de bestuursrechter onderzocht moeten worden, terwijl deze in beginsel buiten de omvang van het geschil, zoals afgebakend door artikel 8:69, eerste lid, Awb, zijn gelegen.<sup>163</sup>

Artikel 8:69, derde lid, Awb bepaalt dat de bestuursrechter ambtshalve – binnen de omvang van het door partijen afgebakende geschil – de feiten *kan* aanvullen. Letterlijke lezing van deze bepaling maakt reeds duidelijk dat de bestuursrechter daarin de – buitengewoon ruime – discretionaire bevoegdheid heeft gekregen om op eigen initiatief en uit kracht van zijn functie feiten in het proces te brengen, of niet. De regering stelt expliciet dat de rechter *bevoegd* is om de feiten aan te vullen, maar daartoe niet *verplicht* is. De rechter kan feiten aanvullen bij de door het bestuur of een burger gestelde feiten.<sup>164</sup> De bevoegdheid wordt blijkens de heersende interpretatie wettelijk slechts begrensd doordat deze moet worden uitgeoefend *binnen* de door partijen afgebakende omvang van het geschil (artikel 8:69, eerste lid, Awb). De memorie van toelichting stelt immers dat de bevoegdheid de regel uit het eerste lid van artikel 8:69 Awb onverlet laat.<sup>165</sup> Mede uit artikel 8:69, derde lid, Awb is af te leiden dat het aan de discretie van de bestuursrechter is overgelaten of hij gebruikmaakt van de hem toegekende onderzoeksbevoegdheden in afdeling 8.2.2 Awb. Een beperking is ook gelegen in het volgende. ‘De bevoegdheid de feitelijke gronden aan te vullen gaat niet zover, dat de rechter feiten aan zijn uitspraak ten grondslag kan leggen waarover partijen zich in de procedure niet hebben kunnen uitlaten.’<sup>166</sup>

In de parlementaire geschiedenis van de Awb is, zoals in het voorgaande aan de orde is geweest, in algemene bewoordingen tot uitdrukking gebracht dat de bestuursrechter, daar waar het zijn discretionaire bevoegdheid betreft om feiten aan te vullen, een actieve houding zou moeten aannemen. Sterker, een actieve houding ten aanzien van de bevoegdheid in artikel 8:69, derde lid, Awb, werd aangemerkt als eigen aan het uniforme bestuursprocesrecht. Volgens de memorie van toelichting bij dit artikel ligt de betekenis van het voorschrift dan ook ‘vooral hierin, dat anders dan in het burgerlijk proces de rechter zich in beginsel niet hoeft neer te leggen bij de feiten zoals deze door partijen zijn gepresenteerd. De rechter kan doorvragen.’<sup>167</sup> Juist deze bevoegdheid leidde de regering ertoe te stellen dat in een procesrechtelijke regeling, waarin de rechter bevoegd is om de feiten binnen de gehele omvang van het geschil aan te vullen, niet of nauwelijks

163. Zie ABRvS 18 juni 1998, AB 1999, 116 m.nt. Schreuder-Vlasblom. Zo stelt Verheij in zijn noot onder ABRvS 29 september 2004, AB 2004, 415: ‘Tenslotte mag de rechter ambtshalve feiten in het geding brengen voorzover deze relevant zijn voor kwesties waarover hij ambtshalve moet oordelen. Dat zijn er naar hedendaags inzicht echter maar weinig: de rechtsmacht van de rechter zelf, de bevoegdheid van het bestuursorgaan en – voor de appèlrechter – de vraag of het proces bij de eerste rechter behoorlijk is geweest’. In belangrijke mate anders: HR 1 april 2005, AB 2005, 246 m.nt. Widdershoven.

164. PG Awb II, p. 464.

165. PG Awb II, p. 463.

166. PG Awb II, p. 463.

167. PG Awb II, p. 463.



behoefte bestaat aan een wettelijke regeling van materieel bewijsrecht. Het uniforme bestuursprocesrecht moet het op dat punt stellen met artikel 8:69, eerste lid, Awb waarin de rechter dwingend wordt voorgeschreven waarop hij zijn uitspraak moet baseren.<sup>168</sup> De bevoegdheid van de bestuursrechter om ambtshalve de feiten aan te vullen, wordt in verband gebracht met ten minste twee belangrijke uitgangspunten van het uniforme bestuursprocesrecht: het – gerelativeerde – beginsel van ongelijkheidscompensatie en het zoeken naar de materiële waarheid. De in artikel 8:69, derde lid, Awb neergelegde discretionaire vrijheid, die het de rechter ook mogelijk maakt zich lijdelijk op te stellen ten aanzien van de feiten, is bewust facultatief geformuleerd. ‘Zij biedt de rechter de mogelijkheid zijn attitude aan te passen aan de feitelijke verhouding tussen partijen in het concrete geval. Naarmate de ‘ongelijkheid’ tussen partijen groter is, zou er voor de rechter meer aanleiding moeten zijn om van de hier bedoelde bevoegdheid gebruik te maken.’<sup>169</sup> Met artikel 8:69, derde lid, Awb wordt dus expliciet aansluiting gezocht bij de eerder genoemde – enigszins gerelativeerde – gedachte van ongelijkheidscompensatie. Daarnaast is duidelijk dat een bestuursrechter die actief onderzoek doet naar de feiten en naar de feitelijke geschilpunten waarover partijen verdeeld zijn, tevens bijdraagt aan bestuursrechtspraak op basis van de materiële waarheid.<sup>170</sup>

De activiteit van de bestuursrechter kan tot uitdrukking komen gedurende de mondelinge behandeling ter zitting (afdeling 8.2.5 Awb) door het stellen van vragen aan de partijen omtrent de (feitelijke) redenen waarom zij het besluit (on)rechtmatig achten. Ook kan de bestuursrechter gebruikmaken van de aan hem bij wet verleende onderzoeksbevoegdheden, die hij kan inzetten gedurende het vooronderzoek voorafgaand aan de zitting of na afloop daarvan indien hij het onderzoek heropent (afdeling 8.2.2, artikelen 8:64, eerste lid, en 8:68, eerste lid, Awb). De in artikel 8:69, derde lid, Awb neergelegde bevoegdheid is verder niet wettelijk genormeerd. De bestuursrechter kan enerzijds achterover leunen tot een van de partijen hem – eventueel door middel van het spontaan aanvoeren van bewijsmiddelen – overtuigt van haar gelijk, maar hij kan ook, en dat komt getuige de parlementaire geschiedenis meer overeen met de oorspronkelijke bedoeling van de wet, zelfstandig onderzoek (laten) verrichten naar de materiële waarheid door gebruik te maken van de hem toegekende onderzoeksbevoegdheden. Duidelijk is dat de bestuursrechter zich tussen deze twee uitgangspunten moet bewegen en dat de wettekst geen uitsluitel biedt over de te kiezen houding ten opzichte van de feitenvaststelling door het bestuur in een concreet geval. Ook de parlementaire geschiedenis van de bepaling biedt geen uitsluitel, maar geeft wel een aanwijzing waaraan reeds werd gememoreerd. Het vrijwel ontbreken van materieel bewijsrecht neemt niet weg dat de bestuursrechter, afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in

168. PG Awb II, p. 175, zie ook paragraaf 2.2.

169. PG Awb II, p. 464.

170. Vgl. paragraaf 2.2.

geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen heeft te verdelen.<sup>171</sup>

#### 2.4.2 *Jurisprudentie*

In gepubliceerde jurisprudentie wordt weinig expliciet gewezen op het derde lid van artikel 8:69 Awb. Als tamelijk uniek voorbeeld kan gelden de verwijzing naar dit artikellid door de rechtbank Rotterdam in verband met een telefonische vraag van de griffier naar de voortgang van een strafrechtelijk geding.<sup>172</sup> Uit de jurisprudentie en het bovenstaande kan wel het volgende worden afgeleid. De constatering dat de bestuursrechter op grond van artikel 8:69, derde lid, Awb een – in beginsel buitengewoon vrije – bevoegdheid heeft om de hem bij wet toegekende onderzoeksbevoegdheden te gebruiken, is van belang omdat daarmee ook de zogenoemde bewijsomvang wordt bepaald. Tot de bewijsomvang behoren de feiten waarvan de bestuursrechter nog – nader – bewijs zou kunnen verlangen. De in artikel 8:69, derde lid, Awb neergelegde regeling maakt duidelijk dat de bewijsomvang in het uniforme bestuursprocesrecht in beginsel gelijk is aan de omvang van het geschil zoals dat is afgebakend door het bepaalde in artikel 8:69, eerste lid, Awb.<sup>173</sup> Deze bepaling houdt in dat de bestuursrechter, anders dan de burgerlijke rechter, zich in beginsel niet hoeft neer te leggen bij de feiten zoals deze door partijen zijn gepresenteerd. Hij heeft hierin een eigen verantwoordelijkheid. Dat betekent dat de bestuursrechter niet als vaststaand hoeft te beschouwen hetgeen onvoldoende is weersproken.<sup>174</sup> Niet alleen verschilt deze aanpak van die van de civiele rechter op grond van artikel 149 Rv, maar ook de HR lijkt het bestuursrechtelijke bewijsrecht in belastingzaken anders toe te passen. Geen onderzoek door de belastingrechter is aangewezen naar feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere niet worden weersproken. De Hoge Raad redeneert dat, na onderzoek door de rechter, feiten die onvoldoende zijn weersproken als vaststaand moeten worden beschouwd. Blijkens het betreffende arrest gaat die redenering zelfs op indien het de toepassing van rechtsregels van openbare orde betreft.<sup>175</sup>

Van groot belang voor de vraag wanneer de bestuursrechter geroepen is om de feiten aan te vullen, lijkt de uitspraak van de CRvB van 1 juni 2005, waarin daarover – in schijnbaar principiële bewoordingen – uitspraken worden gedaan. Hoewel in deze uitspraak niet expliciet wordt gewezen op het derde lid van artikel 8:69 Awb, lijkt met de volgende overweging toch de huidige uitgangspositie van de bestuursrechter op dit punt te worden verwoord: ‘Nog afgezien van de omstandigheid dat gelet op het beschikbare bewijsmateriaal de uitspraak van de recht-

171. PG Awb II, p. 175; zie ook paragraaf 2.2.

172. Rb. Rotterdam 28 juni 2005, AB 2006, 24 m.nt. Jansen.

173. Overigens kan ook te allen tijde ambtshalve onderzoek verricht worden naar de feiten waaraan rechtsregels van openbare orde gevolgen verbinden, zie ABRvS 18 juni 1998, AB 1999, 116 m.nt. Schreuder-Vlasblom. Zie ook paragraaf 1.3 van dit rapport.

174. Zie ook ABRvS 29 december 2004, LJN AR8384.

175. HR 1 april 2005, AB 2005, 246 m.nt. Widdershoven, nr. 39 689, V-N 2005, 18.7; HR 29 april 2005, BNB 2005, 202.

bank voor appellant niet als een verrassing kan zijn gekomen, kent het bestuursprocesrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruikmaken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden. Nu appellant zijn stellingen niet met enig bewijsmateriaal heeft onderbouwd, was er voor de rechter geen aanleiding om van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken.<sup>176</sup> De uitgangspositie van de bestuursrechter lijkt daarom te zijn dat in eerste instantie de belanghebbende genoodzaakt is om spontaan bewijsmiddelen aan te dragen. Alleen als dat het geval is, kan de bestuursrechter overwegen van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken en al doende de feiten aan te vullen.

De bevoegdheid van de bestuursrechter om zelf de feiten aan te vullen wordt in een uitspraak van 22 april 2003 op grond van de Vreemdelingenwet nader gespecificeerd door de Afdeling. 'Ingevolge artikel 8:1, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 8:69 van de Awb, is het de taak van de rechtbank het bestreden besluit – de motivering, waarop dit berust daaronder begrepen – op basis van de processtukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting te toetsen aan de hand van de tegen dat besluit aangevoerde beroepsgronden. Appellant heeft bij zijn gehoren, zo blijkt uit de stukken, verklaard dat hij in het bezit was van diamanten afkomstig uit Sierra Leone, waarvan een deel door hem buiten dat land is verkocht. Verder staat het de rechter vrij feiten van algemene bekendheid bij zijn oordeel te betrekken. Hieruit volgt dat de rechtbank niet buiten de in artikel 8:69, derde lid, van de Awb gegeven bevoegdheid tot ambtshalve aanvullen van feiten is getreden, door aan haar uitspraak eigen verklaringen van appellant en een feit van algemene bekendheid ten grondslag te leggen.' Uit deze overweging blijkt dat de in het derde lid gegeven bevoegdheid inderdaad moet worden uitgeoefend binnen de door het eerste lid bepaalde omvang van het geschil. Bovendien wordt duidelijk dat de rechter feiten van algemene bekendheid aan zijn uitspraak ten grondslag mag leggen,<sup>177</sup> mits partijen zich daarover in rechte hebben kunnen uitlaten. Ook in het belastingrecht geldt dat feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels geen bewijs behoeven en dus aan de uitspraak ten grondslag kunnen worden gelegd.

### 2.4.3 Conclusie

Artikel 8:69, derde lid, Awb is bij uitstek relevant voor het onderhavige onderzoek. Het codificeert de gedachte dat de bestuursrechter de mogelijkheid moet hebben om zich actief met de feitelijke omstandigheden van het geschil te bemoeien en daardoor de eventuele ongelijkheid tussen partijen kan compenseren. De mate waarin de bestuursrechter zich in een concreet geval actief opstelt,

176. CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005, 237 m.nt. Wenders, *USZ* 2005, 285.

177. ABRvS 22 april 2003, *JV* 2003, 256; ABRvS 17 juli 2003, *JV* 2003, 395; verondersteld kan worden dat dit uitgangspunt, gezien de regeling in het burgerlijk procesrecht (art. 149, tweede lid, Rv), ook geldt voor algemene ervaringsregels.

is overgelaten aan de discretie en de beoordeling van de bestuursrechter zelf. Uit de jurisprudentie blijkt dat het in eerste instantie aan partijen is om zelfstandig, en zonder daartoe expliciet een bewijsopdracht van de bestuursrechter te hebben gekregen, met bewijsmiddelen te komen ter onderbouwing van de aangevoerde gronden.

## 2.5 DE ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN VAN DE BESTUURSRECHTER

In deze paragraaf worden de bevoegdheden van de bestuursrechter met betrekking tot de feitenvaststelling besproken. Deze bevoegdheden komen toe aan de bestuursrechtelijke instantie die is belast met de behandeling van het geschil. Onderzoeksbevoegdheden kunnen worden uitgeoefend in het vooronderzoek voorafgaand aan het onderzoek ter zitting of ter zitting.<sup>178</sup> De bij de bevoegde instantie binnengekomen zaken worden aan verschillende rechters toebedeeld teneinde – eventueel na het inzetten van de onderzoeksbevoegdheden – een uitspraak in het geschil te doen. Een tot oordelen bevoegde rechter kan de hem *in het vooronderzoek* toekomende onderzoeksbevoegdheden op grond van artikel 8:12 Awb uit handen geven aan een zogenoemde rechter-commissaris:

### *Artikel 8:12 Awb*

De rechtbank kan aan een rechter-commissaris opdragen het vooronderzoek of een gedeelte daarvan te verrichten.

Het uniforme bestuursprocesrecht neemt als uitgangspunt dat de rechter die de onderzoeksbevoegdheden gebruikt uiteindelijk ook de uitspraak zal doen in het geschil. Op grond van de Awb bestaat echter de mogelijkheid dat de meervoudige kamer één rechter (van die kamer) opdraagt om als rechter-commissaris een gedeelte van het vooronderzoek te verrichten. Ook biedt de Awb de mogelijkheid dat een enkelvoudige kamer het vooronderzoek (voor een deel) aan een rechter-commissaris overlaat. Daarmee bestaat de mogelijkheid tot het uiteen trekken van de oordelende en de onderzoekende functie van de rechter. De in het onderstaande besproken onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter *in het vooronderzoek* kunnen dus in voorkomend geval worden uitgeoefend door een rechter-commissaris die de uitspraak in het geschil niet of met anderen zal doen.<sup>179</sup>

### 2.5.1 **Mondelinge inlichtingen door partijen (artt. 8:44 en 8:56 jo. 8:59 Awb)**

#### *Artikel 8:44 Awb*

1. De rechtbank kan partijen oproepen om in persoon dan wel in persoon of bij gemachtigde te verschijnen om te worden gehoord, al dan niet voor het geven van inlichtingen. Indien niet alle partijen worden opgeroepen, worden de niet opgeroe-

<sup>178</sup>. Overigens kan na het onderzoek ter zitting het (voor)onderzoek heropend worden, art. 8:64 Awb.

<sup>179</sup>. Er is geen voor dit onderzoek relevante jurisprudentie bekend over het gebruik van onderzoeksbevoegdheden door een rechter-commissaris.

pen partijen in de gelegenheid gesteld het horen bij te wonen en een uiteenzetting over de zaak te geven.

2. Van het geven van inlichtingen wordt door de griffier een proces-verbaal opge-  
maakt.
3. Het wordt door de voorzitter van de meervoudige kamer en de griffier onderte-  
kend. Bij verhindering van de voorzitter of de griffier wordt dit in het proces-ver-  
baal vermeld.

*Artikel 8:56 Awb*

Na afloop van het vooronderzoek worden partijen ten minste drie weken tevoren uitge-  
nodigd om op een in de uitnodiging te vermelden plaats en tijdstip op een zitting van  
de rechtbank te verschijnen.

*Artikel 8:59 Awb*

De rechtbank kan een partij oproepen om in persoon dan wel in persoon of bij  
gemachtigde te verschijnen, al dan niet voor het geven van inlichtingen.

2.5.1.1 *Parlementaire geschiedenis*

De rechter heeft gedurende de gerechtelijke procedure de mogelijkheid om par-  
tijten te verzoeken mondeling inlichtingen te verstrekken. Enerzijds kan de rech-  
ter een comparitie gelasten tijdens het vooronderzoek ter voorbereiding op de zit-  
ting (artikel 8:44 Awb). Anderzijds kan de rechter op de zitting zelf mondeling  
inlichtingen verlangen (artikel 8:56 Awb). Indien een partij daartoe wordt opge-  
roepen, is zij verplicht te verschijnen en de inlichtingen te verschaffen (artikelen  
8:59 en 8:27 Awb).

Gedurende het vooronderzoek (afdeling 8.2.2 Awb) heeft de bestuursrechter op  
grond van artikel 8:44 Awb de discretionaire bevoegdheid om (een of meer) par-  
tijten op te roepen om te verschijnen op een zogenoemde comparitie, al dan niet  
om inlichtingen te verschaffen. De rechter heeft op elk door hem gewenst  
moment en in alle soorten geschillen de mogelijkheid om de bevoegdheid van  
artikel 8:44 Awb te gebruiken. Aan de discretionaire bevoegdheid doet daarom  
ook niet af dat bijvoorbeeld sprake is van een procedure waarin de uitoefening  
van een voor het bestuursorgaan gebonden bevoegdheid centraal staat of waarin  
rechten aan de orde zijn die niet ter vrije beschikking van partijen staan of waarin  
partijen hebben verzocht om al dan niet een comparitie te gelasten. Ook bestaat  
de bevoegdheid om ten tweede male een comparitie te gelasten in dezelfde proce-  
dure. De ruime bevoegdheid van de bestuursrechter komt ook tot uitdrukking  
doordat een comparitie alleen wordt gehouden wanneer de rechter dat gelast.  
Deze vrijheid is een van de redenen waarom de wetgever de rechter kenschetst  
als *dominus litis*.<sup>180</sup> Door een comparitie te gelasten, verschaft de rechter zichzelf  
de kans mondeling inlichtingen te verkrijgen van de opgeroepen partijen opdat  
het geschil voor hem helder wordt en meer duidelijkheid kan ontstaan over de

<sup>180</sup>. PG Awb II, p. 176.

door die partijen naar voren gebrachte (feitelijke) gronden. De uitoefening van de bevoegdheid kan op deze wijze bijdragen aan de verduidelijking van de omvang van het geschil, maar ook aan het zoeken naar de materiële waarheid. Het tweede lid van artikel 8:44 Awb bepaalt dat, wanneer de comparitie wordt gebruikt om partijen mondeling inlichtingen te laten verstrekken (inlichtingencomparitie), een proces-verbaal wordt opgemaakt dat in een later stadium van de procedure onder andere als bewijsmiddel kan dienen.

De bevoegdheid om mondeling inlichtingen van partijen te verkrijgen, bestond ook onder de Beroepswet (art. 102a), de Wet Arbo (artikel 46a) en de Ambtenarenwet 1929 (artikel 79). Mede daarom werd in de parlementaire geschiedenis van artikel 8:44 Awb veel aandacht besteed aan de nieuwe – bij het burgerlijk procesrecht aansluitende<sup>181</sup> – mogelijkheid om partijen op te roepen voor een comparitie teneinde een schikking te beproeven. Deze mogelijkheid speelt in dit onderzoek echter geen grote rol van betekenis.

Het is in beginsel aan de rechter om te beslissen in welke gevallen en op welk moment het van belang is om van (een of meer) partijen mondeling inlichtingen te verkrijgen. Hij kan die partijen oproepen te verschijnen op de comparitie. Een oproeping verplicht een partij op grond van artikel 8:27 Awb om te verschijnen en de gevraagde inlichtingen mondeling te verstrekken. De wet stelt geen termijn die moet liggen tussen de datum van de oproeping en die waarop de comparitie wordt gehouden. In tegenstelling tot eerdere, afzonderlijke procesregelingen van de hoogste bestuursrechters, waarin veelal in een termijn van vier weken was voorzien, schrijft de voor deze hoogste bestuursrechters geldende Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006 evenmin een termijn voor.<sup>182</sup> Ook in de landelijke Procesregeling bestuursrecht, waaraan de rechtbanken zich hebben gebonden, wordt dienaangaande geen termijn gegeven. Over de comparitie zelf is nog van belang te constateren dat het artikel expliciet bepaalt dat elke partij die niet wordt opgeroepen, daarvoor wel moet worden uitgenodigd opdat zij – in verband met het verdedigingsbeginsel en het beginsel van hoor en wederhoor – in de gelegenheid wordt gesteld om aanwezig te zijn op de comparitie.<sup>183</sup> In de parlementaire geschiedenis blijkt dat die regeling noodzakelijk is omdat geen sprake is van een zitting in de zin van artikel 8:56 Awb. De uitnodiging verplicht niet tot verschijnen.

De discretionaire bevoegdheid om op grond van artikel 8:44 Awb een comparitie te gelasten is in de Awb niet verder genormeerd. De rechtbanken hebben zich echter in de landelijke Procesregeling bestuursrecht verbonden tot het houden van zogenoemde straf- of stukkencomparities.<sup>184</sup> Het gelasten van een comparitie ingevolge het eerste lid van artikel 8:44 Awb kan door de rechtbank in het vooronderzoek worden gebruikt als pressiemiddel om de opgeroepen partij te bewegen een processuele verplichting – alsnog – na te komen, bijvoorbeeld het inzenden

181. PG Awb II, p. 441.

182. *Stcr.* 2005, 250.

183. PG Awb II, p. 442.

184. *Stcr.* 2005, 53.

van de op de zaak betrekking hebbende stukken (artikel 8:42 Awb) of het beantwoorden van schriftelijke vragen (artikel 8:45 jo. artikel 8:28 Awb). In artikel 6, eerste lid, van de Procesregeling bestuursrecht is bepaald dat de rechtbank gebruik kan maken van de bevoegdheid van artikel 8:44 Awb indien de op de zaak betrekking hebbende stukken niet binnen de termijn van artikel 8:42, eerste lid, Awb zijn ontvangen. De rechtbank kan dit doen tot uiterlijk twee weken na het verstrijken van de termijn van artikel 8:42 Awb. Achterliggende gedachte is dat de opgeroepen partij er uit praktische overwegingen de voorkeur aan zal geven alsnog aan het oorspronkelijke verlangen van de rechtbank te voldoen, in plaats van bij de rechtbank te verschijnen om uit te leggen waarom daaraan nog niet is voldaan. In de toelichting bij de Procesregeling bestuursrecht wordt overigens expliciet overwogen dat er in de uitnodiging aan de andere partij(en) op zal worden gewezen dat het slechts gaat om het alsnog inzenden van de gedingstukken en niet (ook) om een mondelinge behandeling van het beroep ten gronde. De straf of stukkencomparitie lijkt dus in eerste instantie niet ook bedoeld om de rechter de gelegenheid te bieden om mondeling inlichtingen te verlangen. In tegenstelling tot eerdere, afzonderlijke procesregelingen van de hoogste bestuursrechters, waarin veelal een vergelijkbare bepaling was opgenomen, kent de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006 niet een dergelijke bepaling.

Het gebruik van de bevoegdheid in artikel 8:44 Awb is in het verleden voorwerp van onderzoek geweest. Uit het eerste Awb-evaluatieonderzoek in 1996 bleek dat de bestuursrechter doorgaans weinig gebruikmaakt van de in artikel 8:44 Awb neergelegde bevoegdheid. Ook meer recent onderzoek toont dat aan. Men kan stellen dat de comparitie in de praktijk concurrentie ondervindt van het openbare onderzoek ter zitting. In reguliere zaken wordt praktisch altijd een zitting gehouden en daarmee kunnen dezelfde doelen worden nagestreefd. Een comparitie wordt al snel ervaren als 'dubbel-op'. Op een inlichtingencomparitie moet de rechter de gelegenheid hebben om doelgericht een vraag te stellen en daarop ook doelgericht antwoord te verlangen. De bestuursrechter heeft de mogelijkheid om partijen, indien een comparitie is gehouden en zij zich voldoende hebben kunnen uitlaten over het geschil, te vragen of zij allen kunnen instemmen met het achterwege laten van een zitting op grond van artikel 8:57 Awb.

Het onderzoek ter zitting is geregeld in afdeling 8.2.5 Awb. Anders dan voor de comparitie geldt, is de bestuursrechter in beginsel gehouden een zitting te houden. Uitzonderingen gelden onder andere op grond van artikel 8:57 (afzien van de zitting met instemming van alle partijen) en afdeling 8.2.4 Awb (vereenvoudigde behandeling van het beroep). In de memorie van toelichting op de Awb is expliciet overwogen dat de nadruk die in het bestuursprocesrecht ligt op de mondelinge behandeling van de zaak op een (terecht)zitting, kenmerk is van het uniforme bestuursprocesrecht. In eerdere onderzoeken worden doorgaans drie functies van de zitting onderscheiden: de informatieve, de confronterende en de corrigerende functie.<sup>185</sup> Het belang van die mondelinge behandeling sluit aan bij karakteristieken als de actieve houding van de bestuursrechter en het zoeken

185. Ten Berge e.a. 1996, p. 156; Van Galen & Maarseveen 1978, p. 89.

naar de materiële waarheid. Eveneens wordt het belang van de zitting benadrukt in verband met de karakteristiek van ongelijkheidscompensatie in het uniforme bestuursprocesrecht. De bestuursrechter dient met name op de zitting in de gaten te houden dat het recht op hoor en wederhoor (het verdedigingsbeginsel) niet geschonden wordt. Gedurende het onderzoek ter zitting hebben partijen het recht om het woord te voeren en kan de rechter vragen stellen teneinde zowel de omvang van het geschil duidelijk te krijgen als te zoeken naar de materiële waarheid. Partijen kunnen eventueel ter zitting het beroepschrift onderbouwen met nadere argumenten en reageren op schriftelijke stukken die in het geding zijn gebracht en waarover zij zich nog niet hebben kunnen uitlaten. De rechter kan de ene partij confronteren met het tegenstrijdige standpunt van de andere partij, waardoor niet alleen de omvang van het geschil nog eens verduidelijkt kan worden, maar een partij ook kan worden uitgelokt in te gaan op het standpunt van de wederpartij. Van belang is dat in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat indien de zitting slechts op een bepaald onderdeel van het beroep betrekking zal hebben, dat in de uitnodiging voor de zitting kan worden vermeld.<sup>186</sup>

De wet regelt in artikel 8:56 Awb dat partijen ten minste drie weken voorafgaand aan de zitting worden uitgenodigd om op die zitting te verschijnen. Alle partijen worden in elk geval uitgenodigd voor de zitting. Deze uitnodiging wordt door de rechtbanken ingevolge artikel 14 van de landelijke Procesregeling bestuursrecht zo mogelijk ten minste zes weken tevoren verzonden.<sup>187</sup> Artikel 16 van de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006 voegt daar voor die colleges aan toe dat die uitnodiging – ook al op grond van artikel 8:37 Awb – per aangetekende brief verzonden zal worden.<sup>188</sup> Relevant is dat de uitnodiging op grond van de wet de mededelingen dient te bevatten dat partijen tot tien dagen voor de zitting stukken kunnen indienen (artikel 8:58 Awb), dat partijen in de gelegenheid zijn om getuigen en deskundigen mee te brengen en dat partijen bevoegd zijn om getuigen of deskundigen op te roepen (artikel 8:60, vierde lid, Awb).<sup>189</sup>

Partijen zijn niet verplicht om aan de uitnodiging gevolg te geven. De memorie van toelichting stelt daarover: ‘Niettemin lijkt het ons bepaald in het belang van partijen om wel te verschijnen, gelet op de meerwaarde die een mondelinge uitwisseling van standpunten kan hebben naast de schriftelijke wisseling van stukken, zeker nu de bestuursrechtelijke procedure [...] geen procedure is die in de regel door professionals wordt gevoerd.’<sup>190</sup> Om de rechter de gelegenheid te bieden om, in verband met onduidelijkheid over de gestelde (feitelijke) gronden, vragen te stellen aan een bepaalde partij, heeft hij in artikel 8:59 Awb de discretionaire bevoegdheid om (een of meer) partijen op te roepen om ter zitting te verschijnen indien hij meent dat de aanwezigheid of de verklaring van een partij gedurende het onderzoek ter zitting noodzakelijk is voor een goede beoordeling

186. PG Awb II, p. 455.

187. *Stcr.* 2005, 53.

188. *Stcr.* 2005, 250.

189. Deze twee mogelijkheden worden in paragraaf 2.3.5 behandeld.

190. PG Awb II, p. 455.



van het geschil. Hoewel de werkwijze van rechtbanken verschilt, blijkt het geven van een aanwijzing over de reden van de oproeping in de praktijk niet onwaarschijnlijk. 'Sommige rechtbanken plegen bij het oproepformulier te vermelden welke vragen (in ieder geval) ter zitting aan de opgeroepen partij zullen worden gesteld. [...] Indien de rechtbank op het oproepformulier tevens de vragen vermeldt welke ter zitting aan de opgeroepene worden gesteld, verdient het aanbeveling dat ook de wederpartij bij de uitnodiging voor de zitting daarvan in kennis wordt gesteld.'<sup>191</sup> Verschijnt een daartoe opgeroepen partij niet ter comparitie of ter zitting, dan biedt artikel 8:31 Awb de rechtbank de bevoegdheid om daaruit de gevolgtrekkingen te maken die haar geraden voorkomen.<sup>192</sup> In de praktijk worden partijen doorgaans alleen uitgenodigd om ter zitting te verschijnen.<sup>193</sup>

Van het verhandelde ter zitting wordt aantekening gehouden. De griffier maakt daarvan op grond van artikel 8:61 Awb proces-verbaal op indien de rechtbank dit ambtshalve of op verzoek van een partij bepaalt en indien hoger beroep wordt ingesteld. Op deze wijze kan een tastbaar bewijs totstandkomen van hetgeen door partijen ter zitting is verklaard. In een later stadium van het geschil kan het proces-verbaal als bewijsmiddel dienen.

#### 2.5.1.2 *Jurisprudentie*

Er is weinig jurisprudentie ten aanzien van artikel 8:44 Awb waar het gaat om de situatie dat de bestuursrechter een partij oproept om te worden gehoord. Die observatie komt overeen met de genoemde resultaten van empirisch onderzoek naar het gebruik van de bevoegdheid. De meeste gepubliceerde jurisprudentie betreft het gelasten van straf- of stukkencomparities opdat het bestuursorgaan de op de zaak betrekking hebbende stukken alsnog overlegt. De bevoegdheid lijkt te worden gebruikt teneinde überhaupt helder te krijgen waarover het geschil nu eigenlijk gaat. Zonder de op de zaak betrekking hebbende stukken, die moeten worden ingestuurd door het bestuursorgaan, kan de rechter onvoldoende duidelijk krijgen waarover het geschil daadwerkelijk gaat. In dat opzicht kan artikel 8:44 Awb een belangrijke rol vervullen. De jurisprudentie op dit punt lijkt echter slechts interessant waar het gaat om de consequenties die de rechter op grond van artikel 8:31 Awb verbindt aan het niet voldoen aan die verplichting.<sup>194</sup>

Ook de zitting kan van groot belang zijn voor een juiste beoordeling van het geschil. De zitting biedt enerzijds de partijen nog eens de gelegenheid om hun geschil voor het voetlicht te brengen en te reageren op elkaar, maar het geeft de bestuursrechter bij uitstek de mogelijkheid om zich actief op te stellen. In de jurisprudentie is in een aantal gevallen goed te zien dat het houden van een zitting kan bijdragen aan de beoordeling van het geschil. Zo kan naar aanleiding van het verhandelde ter zitting worden vastgesteld dat degene die procedeerde

191. Van Bommel & Groenheide.

192. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 15 december 1998, *JSV* 1999, 114; Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1997, *JB* 1997, 230; Rb. Amsterdam 5 maart 1996, *JB* 1996, 146; CRvB 28 augustus 1995, *JB* 1995, 268 m.nt. JMED; Rb. Rotterdam 17 maart 1995, *JB* 1995, 130). Zie ook CRvB 5 juli 1995, *NA* 1995, 256.

193. Zie Marseille 2004, p. 92-93.

194. Zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 4 juli 1997, *AB* 1997, 322 m.nt. Bröring; zie ook paragraaf 2.3.4.

tegen een kapvergunning, maar geen zicht heeft op de te kappen boom, geen belanghebbende is.<sup>195</sup> Bovendien, en dat betreft het merendeel van de jurisprudentie over de zitting, kan in hoger beroep worden vastgesteld dat uit het procesverbaal blijkt dat een partij voldoende gelegenheid heeft gehad om haar standpunt naar voren te brengen.<sup>196</sup> Dat het bestuursorgaan een redelijke kans moet krijgen om te reageren op hetgeen ter zitting naar voren is gebracht, blijkt onder andere uit een uitspraak waarin de rechtbank te 's-Gravenhage van het bestuur ter zitting verlangde dat terstond – op straffe van gegrondverklaring van het beroep – duidelijkheid werd verschaft over de ter zitting gerezen twijfel over de feiten waarop het bestreden besluit was gebaseerd. De ABRvS achtte deze werkwijze van de rechtbank in ieder geval in strijd met de goede procesorde.<sup>197</sup>

#### 2.5.1.3 *Conclusie*

De bestuursrechter heeft gedurende de gerechtelijke procedure de bevoegdheid om te verlangen dat partijen mondeling inlichtingen verschaffen over de feitelijke omstandigheden van het geschil waarover de rechter een oordeel dient te geven. Het gelasten van een comparitie gedurende het vooronderzoek is het eerste instrument dat daarvoor kan worden gebruikt. De comparitie wordt echter voornamelijk ingezet om het bestuursorgaan alsnog te bewegen de op de zaak betrekking hebbende stukken in te zenden. De bestuursrechter maakt mondjesmaat gebruik van de mogelijkheid een comparitie te gelasten teneinde partijen te horen. Dat gebruik wordt gerechtvaardigd door de stelling dat het horen van partijen eveneens kan geschieden op de zitting, die in beginsel gehouden moet worden. Het belang van de zitting voor het onderzoek naar de feiten door de bestuursrechter komt niet onmiddellijk naar voren bij de bestudering van de jurisprudentie. Dat van het verhandelde ter zitting aantekening wordt gehouden, betekent dat op een later moment in de procedure of in een hogere instantie eenvoudig kan worden vastgesteld wat ter zitting aan de orde is geweest en of de partijen voldoende gelegenheid hebben gehad om een standpunt naar voren te brengen.

#### 2.5.2 *Schriftelijke inlichtingen door partijen (art. 8:45 Awb)*

##### *Artikel 8:45 Awb*

1. De rechtbank kan partijen en anderen verzoeken binnen een door haar te bepalen termijn schriftelijk inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken in te zenden.
2. Bestuursorganen zijn, ook als zij geen partij zijn, verplicht aan het verzoek, bedoeld in het eerste lid, te voldoen. Artikel 8:29 is van overeenkomstige toepassing.
3. Werkgevers van partijen zijn, ook als zij geen partij zijn, verplicht aan het verzoek bedoeld in het eerste lid, te voldoen. Artikel 8:29 is van overeenkomstige toepassing.

195. ABRvS 6 juli 2005, AB 2005, 380 m.nt. Marseille.

196. ABRvS 26 januari 2005, AB 2005, 374 m.nt. De Bock; ABRvS 9 februari 2005, AB 2005, 300 m.nt. Vermeer.

197. ABRvS 23 oktober 2003, JV 2003, 553.

### 2.5.2.1 *Parlementaire geschiedenis*

Een van de belangrijkste onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter is neergelegd in artikel 8:45 Awb. Het artikel biedt de rechter gedurende het vooronderzoek (afdeling 8.2.2 Awb) de discretionaire bevoegdheid om schriftelijke informatie te verzamelen ten behoeve van een goede beoordeling van het geschil. In beginsel heeft de bestuursrechter de bevoegdheid om op elk moment gedurende het vooronderzoek, een ieder (partijen en anderen) te verzoeken om schriftelijke inlichtingen. Bovendien kan een ieder verzocht worden om de onder hem berustende stukken in te zenden. De reikwijdte van artikel 8:45 Awb is niet alleen ruim vanwege de mogelijkheid om anderen dan partijen om schriftelijke inlichtingen te verzoeken. Ook de term schriftelijke inlichtingen kan ruim worden opgevat. De rechter heeft de bevoegdheid om iedere vraag waarvan hij de beantwoording noodzakelijk acht voor een goede beoordeling van het geschil, schriftelijk te stellen en kan bovendien verzoeken om ieder stuk. Op deze wijze kan artikel 8:45 Awb ook worden gezien als aanvullend ten opzichte van artikel 8:42 Awb. Immers, het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen kan, net als de overige partijen, verplicht worden om stukken in te zenden. Dat kan zowel de nog ontbrekende, op de zaak betrekking hebbende stukken (zie artikel 8:42 Awb) betreffen,<sup>198</sup> als ook bijvoorbeeld interne, als vertrouwelijk beschouwde notities. De bestuursrechter kan door gebruik te maken van de in artikel 8:45 Awb neergelegde bevoegdheid, duidelijkheid verkrijgen over de tussen partijen bestaande geschilpunten, de feitelijke omstandigheden van het geschil verhelderen en zoeken naar de materiële waarheid.

Een wettelijke beperking van de in artikel 8:45 Awb neergelegde mogelijkheid voor de rechter om bij partijen en anderen om schriftelijke inlichtingen of de onder hen berustende stukken te verzoeken, is gelegen in de mogelijkheid van een partij om beroep te doen op artikel 8:29 Awb. Daarnaast wordt de reikwijdte van artikel 8:45 beperkt doordat alleen partijen, werkgevers van partijen en bestuursorganen gehouden zijn om te voldoen aan het verzoek van de bestuursrechter. De verplichting van partijen – waaronder het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen en de belanghebbenden die als partij deelnemen aan de gerechtelijke procedure – om de gewenste inlichtingen te verschaffen, is niet neergelegd in artikel 8:45 Awb zelf maar in artikel 8:28 Awb. De sanctie op het niet naleven van de verplichting, moet in eerste instantie worden gezocht in artikel 8:31 Awb,<sup>199</sup> maar kan ook worden gevonden in de mogelijkheid om de betreffende partij op te roepen als getuige in de zin van artikel 8:46 Awb. De verplichtingen van overige bestuursorganen en de werkgevers van partijen, ook als zij geen partij zijn, is geregeld in artikel 8:45 Awb zelf, namelijk in het tweede en derde lid. Een sanctie op deze verplichting kan alleen worden gevonden in de mogelijkheid om deze personen op te roepen als getuige (artikel 8:46 Awb). Hoewel anderen op grond van de Awb niet onmiddellijk verplicht zijn om

198. Uit eerder empirisch onderzoek blijkt niet alleen dat frequent gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid, maar ook dat deze vooral wordt ingezet met als doel het achterhalen van ontbrekende stukken, zie Ten Berge e.a. 1996, p. 120-121.

199. Zie daarover paragraaf 2.3.4.

te voldoen aan het verzoek van de bestuursrechter, bestaat wel degelijk de mogelijkheid om die personen op te roepen als getuige.<sup>200</sup>

De bestuursrechter moet op grond van het eerste lid van artikel 8:45 Awb aan de partij die inlichtingen dient te verschaffen, een termijn bieden om aan het verzoek te voldoen. Ook op dit punt kan gesproken worden van een discretionaire bevoegdheid van de bestuursrechter. Het bepalen van een redelijke termijn om aan een verzoek te voldoen, kan afhankelijk zijn van de soort te verschaffen inlichtingen of de in te zenden stukken. In de Algemene wet bestuursrecht zelf noch in de diverse procesregelingen voor de verschillende bestuursrechtelijke procedures is een termijn neergelegd als bedoeld in artikel 8:45 Awb.

#### 2.5.2.2 *Jurisprudentie*

Op de vraag onder welke omstandigheden de bestuursrechter gebruik zou moeten maken van zijn in artikel 8:45 Awb neergelegde bevoegdheid, vindt men niet eenvoudig een antwoord in de jurisprudentie. In het algemeen worden geen overwegingen gewijd aan de vraag of de bestuursrechter wellicht ten onrechte (g)een verzoek om schriftelijke inlichtingen heeft gedaan. De bevoegdheid van artikel 8:45 Awb wordt doorgaans gebruikt om de ontbrekende, op de zaak betrekking hebbende stukken van het bestuursorgaan te verlangen. In een uitspraak van de CRvB wordt overwogen dat 'de rechter een volledig en onbeperkt onderzoek moet kunnen instellen naar de zaak, zowel wat de feiten als wat het recht betreft. Bovendien vloeit uit het verdedigingsbeginsel voort, dat de rechter bij dat onderzoek en de vaststelling van de feiten zich in beginsel alleen op gegevens van feitelijke aard mag baseren waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en in het proces ter discussie hebben kunnen stellen.' De grote reikwijdte van de bevoegdheid van de bestuursrechter om op grond van artikel 8:45 Awb schriftelijke inlichtingen te verzoeken, blijkt uit de mogelijkheid om een onbeperkt en volledig onderzoek naar de feiten te verrichten. Slechts de toepassing van artikel 8:29 Awb kan de verplichting om schriftelijke inlichtingen in het proces te brengen enigszins relativeren.<sup>201</sup> Een ander punt van belang is de constatering dat de door de rechter verlangde schriftelijke inlichtingen niet snel op grond van de goede procesorde of vanwege strijd met het bepaalde in artikel 8:58 Awb buiten beschouwing kunnen worden gelaten, indien de inlichtingen binnen de gestelde termijn worden verstrekt.<sup>202</sup> Kiest de rechter ervoor om schriftelijke inlichtingen te verlangen en heeft hij voor het aanleveren van die stukken een termijn gesteld, dan dient de rechter de op grond van zijn verzoek binnen de gestelde termijn ingediende stukken en/of inlichtingen mee te nemen in de beoordeling van het geschil. Dat geldt volgens de aangehaalde uitspraak evenzeer indien de stukken later dan tien dagen voor de zitting worden ontvangen (vgl. artikel 8:58 Awb).

200. PG Awb II, p. 442.

201. CRvB 27 november 1998, AB 1999, 66 m.nt. Pennings. Vgl. ook ABRvS 14 november 2001, AB 2002, 19 m.nt. Sewandono.

202. ABRvS 31 mei 2005, JV 2005, 288.

### 2.5.2.3 *Conclusie*

Een belangrijk instrument voor de bestuursrechter om inlichtingen te verkrijgen is de mogelijkheid om van partijen (en anderen) te verlangen dat zij op grond van artikel 8:45 Awb schriftelijk inlichtingen verschaffen. Op grond van deze bepaling heeft de bestuursrechter de bevoegdheid om een onbeperkt en volledig onderzoek naar de feiten te verrichten. De door de rechter gevraagde schriftelijke inlichtingen moeten binnen een door hem te bepalen termijn verschaft worden. Niet alleen dient de rechter binnen de termijn ingestuurde schriftelijke inlichtingen mee te nemen in de beoordeling van het geschil, maar ook dient het verdedigingsbeginsel gerespecteerd te worden in die zin dat partijen de gelegenheid moeten hebben gehad om te reageren op de ingestuurde inlichtingen.

### 2.5.3 **Inlichtingen door getuigen (artt. 8:46, 8:60 en 8:63 Awb)**

#### *Artikel 8:46 Awb*

1. De rechtbank kan getuigen oproepen.
2. De rechtbank deelt de namen en woonplaatsen van de getuigen, de plaats en het tijdstip waarop dezen zullen worden gehoord en de feiten waarop het horen betrekking zal hebben, ten minste een week tevoren aan partijen mee.
3. De artikelen 179, eerste, tweede en derde lid, eerste volzin, en 180, eerste tot en met derde en vijfde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

#### *Artikel 8:60 Awb*

1. De rechtbank kan getuigen oproepen en deskundigen en tolken benoemen.
2. De opgeroepen getuige en de deskundige of de tolk die zijn benoeming heeft aanvaard en door de rechtbank wordt opgeroepen, zijn verplicht aan de oproeping gevolg te geven. De artikelen 172 en 178 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing. In de oproeping van de deskundige worden vermeld de opdracht die moet worden vervuld, de plaats en het tijdstip waarop de opdracht moet worden vervuld en de gevolgen die zijn verbonden aan het niet verschijnen.
3. Namen en woonplaatsen van de opgeroepen getuigen en deskundigen en de feiten waarop het horen betrekking zal hebben onderscheidenlijk de opdracht die moet worden vervuld, worden bij de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56, aan partijen zoveel mogelijk medegedeeld.
4. [...].

#### *Artikel 8:63, eerste lid, Awb*

1. Op het horen van getuigen en deskundigen is artikel 179, tweede en derde lid, eerste volzin, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing. Op het horen van getuigen is artikel 179, eerste lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing.

### 2.5.3.1 *Parlementaire geschiedenis*

De bestuursrechter heeft de mogelijkheid om getuigen te horen. Enerzijds kan de rechter getuigen oproepen tijdens het vooronderzoek ter voorbereiding op de zitting (artikel 8:46 Awb). Anderzijds kan de rechter getuigen oproepen om ter zitting te worden gehoord (artikel 8:60 Awb). Ingevolge artikel 8:33 (en 8:60, tweede lid) Awb zijn de opgeroepen getuigen verplicht aan de oproeping gevolg te geven. Bovendien regelt artikel 8:33, vierde lid, Awb dat de rechter kan bepalen dat getuigen niet zullen worden gehoord dan na het afleggen van de eed of de belofte. Het steeds beëdigen van alle getuigen is dus niet verplicht. Ook bepaalt artikel 8:33, derde lid, Awb dat de artikelen 165, tweede en derde lid, 172, 173, eerste lid, eerste volzin, tweede en derde lid, 174, eerste lid, 175, 176, eerste en derde lid, 177, eerste lid, en 178 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) van overeenkomstige toepassing zijn in het bestuursprocesrecht. In artikel 8:63, eerste lid, Awb wordt ook artikel 179, eerste, tweede lid en de eerste volzin van het derde lid, Rv van overeenkomstige toepassing verklaard op het horen van getuigen.

Naast deze bevoegdheden van de bestuursrechter bestaat de mogelijkheid voor partijen om zelfstandig een getuige in het geding brengen (artikel 8:60, vierde lid, en artikel 8:63, tweede en derde lid, Awb). Die mogelijkheid kwam reeds aan de orde in paragraaf 2.3.5 en staat hier niet centraal.

Artikel 8:46 Awb regelt dat de rechter de discretionaire bevoegdheid heeft om getuigen op te roepen. Wanneer de rechter daartoe beslist, is hij gehouden om de namen en woonplaatsen van de getuigen, de plaats en het tijdstip waarop de getuigen zullen worden gehoord en de feiten waarop het horen betrekking zal hebben, ten minste een week van tevoren aan partijen mee te delen. Partijen hebben op die manier kennis van hetgeen in de procedure geschiedt. De verschillende procesregelingen bevatten geen nadere invulling van het bepaalde in artikel 8:46 Awb. Het derde lid van artikel 8:46 Awb bepaalt dat, naast de in artikel 8:33 Awb van overeenkomstige toepassing verklaarde artikelen, de artikelen 179, eerste, tweede en derde lid, eerste volzin, en 180, eerste tot en met vijfde lid, Rv van overeenkomstige toepassing zijn. Met de toepasselijkheid van deze bepalingen worden enkele vormvereisten voor het verhoor van getuigen vastgelegd. Zo dient de rechter ieder van de getuigen te horen buiten tegenwoordigheid van andere getuigen die nog niet zijn gehoord, tenzij die getuigen tevens partij zijn. Gewaarborgd wordt dat partijen en hun gemachtigden aan de getuigen vragen kunnen stellen. De rechter kan beantwoording van bepaalde vragen beletten. De rechter heeft de bevoegdheid om naar aanleiding van het horen van de getuigen aan partijen vragen te stellen. In verband met de vrij-bewijsleer is niet van overeenkomstige toepassing verklaard dat een verklaring over door een partij te bewijzen feiten, geen bewijs in haar voordeel kan opleveren indien zij zelf de verklaring aflegde.

De parlementaire geschiedenis stelt dat het voor een goed verloop van het vooronderzoek wenselijk kan zijn om getuigen te horen. Van belang is dat de wetgever aangeeft dat een goede procesorde eist dat partijen in de gelegenheid worden

gesteld om bij het verhoor van de getuige aanwezig te zijn.<sup>203</sup> De verplichting om partijen deze gelegenheid te bieden volgt niet direct uit artikel 8:46 Awb. Uit het van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 179, tweede lid, Rv zal moeten volgen dat partijen aanwezig kunnen zijn bij het verhoor. De memorie van toelichting stelt tevens dat de rechter partijen kan oproepen indien hij van mening is dat de aanwezigheid van partijen bij het verhoor noodzakelijk is. Die oproeping zal dan moeten geschieden krachtens artikel 8:44 Awb. Het verhoor van de getuige zal dan geschieden ter comparitie.

De bevoegdheid die artikel 8:46 Awb de bestuursrechter toekent gedurende het vooronderzoek, kent artikel 8:60 Awb hem toe als het het onderzoek ter zitting betreft. De bestuursrechter heeft de discretionaire bevoegdheid om getuigen op te roepen om te verschijnen op de zitting om te worden gehoord. Het tweede lid van artikel 8:60 Awb bepaalt dat de getuige verplicht is gevolg te geven aan de oproep. Wanneer de rechter beslist tot het oproepen van getuigen, is hij gehouden om aan partijen de namen en woonplaatsen van de getuigen en de feiten waarop het horen betrekking zal hebben, zoveel mogelijk mede te delen in de uitnodiging in de zin van artikel 8:56 Awb die ten minste drie weken tevoren aan partijen wordt toegestuurd. Partijen kunnen zich daardoor – langer dan als de rechtbank een getuige in het vooronderzoek oproept – voorbereiden op het verhoor van de getuige ter zitting. Partijen hebben, vanwege de uitnodiging voor de zitting, in alle gevallen de gelegenheid het horen van de getuige bij te wonen. In artikel 8:60 Awb worden de artikelen 172 en 178 Rv van overeenkomstige toepassing verklaard, waardoor de bestuursrechter over sancties beschikt tegen de oproepen getuige die niet verschijnt.

In de memorie van toelichting op artikel 8:60, eerste, tweede en derde lid, Awb komt slechts naar voren dat de bestuursrechter door deze bepaling ook in deze fase, namelijk het onderzoek ter zitting, over de bevoegdheid beschikt om getuigen op te roepen. Bovendien stelt de memorie van toelichting dat partijen in dit artikel twee mogelijkheden hebben om het horen van getuigen te bewerkstelligen. Zij kunnen daartoe een verzoek doen aan de bestuursrechter, die vervolgens over het oproepen van een getuige moet beslissen, of zij kunnen op grond van het vierde lid zelfstandig een getuige meebrengen of oproepen.<sup>204</sup> Hoewel de parlementaire geschiedenis de mogelijkheid van een verzoek aan de rechter noemt, is onduidelijk op welke wijze de rechter zal reageren op een dergelijk verzoek. De wet lijkt de discretie van de rechter bij de beslissing omtrent het al dan niet oproepen van een getuige, voorop te stellen.

#### 2.5.3.2 *Jurisprudentie*

Jurisprudentie ten aanzien van het oproepen van getuigen door de bestuursrechter op grond van artikel 8:46 Awb, is nauwelijks te vinden. Ook in het rapport van de eerste evaluatie van de Awb in 1996 kwam naar voren dat de onderzoekers

203. PG Awb II, p. 443.

204. PG Awb II, p. 456-457.

geen uitspraken bekend waren waarin expliciet de toepassing van artikel 8:46 Awb aan de orde was.<sup>205</sup> In een uitspraak van 24 april 2002 stelde de Afdeling,<sup>206</sup> overigens zonder nadere motivering, dat de rechtbank in hetgeen appellante naar voren had gebracht aanleiding had behoren te zien artikel 8:46 van de Awb toe te passen. In een uitspraak van 20 december 2005 geeft de CRvB een ietwat uitgebreidere overweging.<sup>207</sup> Hij overwoog: 'De artikelen 8:46, eerste lid, en 8:60, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geven de rechtbank de bevoegdheid om een getuige op te roepen. De rechtbank is daartoe niet verplicht. De Raad is niet gebleken dat de rechtbank er in het onderhavige geval niet in redelijkheid van heeft kunnen afzien om [...] als getuige op te roepen. De Raad heeft daarbij in het bijzonder acht geslagen op de reeds in het procesdossier aanwezige gegevens. Voorts heeft de Raad in aanmerking genomen dat door appellante niet is aangegeven in welk opzicht de verklaring van de getuige nog iets zou kunnen toevoegen aan zijn op schrift gestelde verklaring.' Uit deze overweging blijkt dat in eerste instantie van appellante wordt verwacht dat hij niet alleen aangeeft dat er een getuige is, maar ook op welke wijze deze getuige iets zou kunnen toevoegen aan de reeds aanwezige gegevens. Overigens vervolgt de CRvB met de volgende overweging: 'De Raad merkt hierbij op dat het appellante vrij stond getuigen ter zitting van de Raad mee te brengen, dan wel op te roepen, doch dat zij daarvan kennelijk om haar moverende redenen heeft afgezien.' Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de CRvB niet snel geneigd is ofwel op grond van artikel 8:46 Awb ofwel op grond van artikel 8:60 Awb getuigen op eigen initiatief op te roepen om te horen ofwel het oordeel van de rechtbank daaromtrent te verbeteren.

Of en onder welke omstandigheden de bestuursrechter gebruikmaakt van de bevoegdheid ex artikel 8:60 Awb om getuigen op te roepen om ter zitting te worden gehoord, is nauwelijks jurisprudentie voorhanden. Die conclusie is vergelijkbaar met de conclusie over jurisprudentie op grond van artikel 8:46 Awb in het rapport van de eerste evaluatie van de Awb in 1996, waarin werd geconcludeerd dat geen uitspraken bekend waren waarin expliciet de toepassing van artikel 8:60, eerste lid, Awb aan de orde was.<sup>208</sup> Ook in de evaluatie van het nieuwe fiscale procesrecht komen de onderzoekers tot de conclusie dat de belastingrechter vrijwel nooit een getuige oproept.<sup>209</sup> De in het bovenstaande geciteerde overweging van de CRvB en de daaraan verbonden conclusies ten aanzien van de bevoegdheid voor de bestuursrechter om getuigen op te roepen gedurende het vooronderzoek of om te verschijnen ter zitting, zijn ook hier van toepassing. De gepubliceerde jurisprudentie over artikel 8:60 Awb betreft stevast de door par-

205. Men wees daarom op Vz. ABRvS 31 maart 1994, AB 1994, 479 m.nt. Van Buuren, welke uitspraak niet alleen nog altijd als enige is geclassificeerd onder art. 8:46 Awb in de databank van de AB Rechtspraak bestuursrecht, maar ook niet het oproepen van getuigen door de rechter betreft. Ten Berge e.a. 1996, p. 133.

206. ABRvS 24 april 2002, LjN AEr853.

207. CRvB 20 december 2005, LjN AU8842; vgl. CRvB 25 januari 2005, LjN AS7071.

208. Ten Berge e.a. 1996, p. 172.

209. Pechler en Feteris 2004, p. 75 e.v.



tijen – al dan niet in overeenstemming met artikel 8:60, vierde lid, Awb – meegebrachte getuigen.<sup>210</sup>

#### 2.5.3.3 *Conclusie*

Hoewel bij de invoering van de Awb in de memorie van toelichting is opgemerkt dat het voor een goed verloop van het vooronderzoek wenselijk kan zijn om getuigen te horen, is daarvan in de praktijk niet veel te merken. Er zijn weinig uitspraken gepubliceerd waarin naar voren komt dat de bestuursrechter – zonder daartoe te zijn verzocht door een van de partijen – beslist dat een getuige zal worden gehoord. Ook zal een beslissing die de rechtbank ten aanzien van het horen van een getuige op grond van artikel 8:46 of 8:60 Awb heeft genomen, doorgaans in hoger beroep in stand kunnen blijven. Niet alleen speelt daarin mee dat de rechtbank bij die beslissing een discretionaire ruimte heeft, maar ook moet als uitgangspunt gelden dat het in eerste instantie aan partijen is om zelfstandig op grond van artikel 8:60, vierde lid, Awb getuigen mee te brengen. Of de meegebrachte getuigen moeten worden gehoord, is besproken in paragraaf 2.3.5.

#### 2.5.4 **Benoeming deskundige (artt. 8:47 en 8:60 Awb)**

##### *Artikel 8:47 Awb*

1. De rechtbank kan een deskundige benoemen voor het instellen van een onderzoek.
2. Bij de benoeming worden vermeld de opdracht die moet worden vervuld en de termijn, bedoeld in het vierde lid.
3. Van het voornemen tot het benoemen van een deskundige als bedoeld in het eerste lid wordt aan partijen mededeling gedaan. De rechtbank kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent het onderzoek binnen een door haar te bepalen termijn schriftelijk aan haar kenbaar te maken.
4. De rechtbank stelt een termijn binnen welke de deskundige aan haar een schriftelijk verslag van het onderzoek uitbrengt.
5. Partijen kunnen binnen vier weken na de dag van verzending van het verslag aan hen schriftelijk hun zienswijze met betrekking tot het verslag naar voren brengen.
6. De rechtbank kan de in het vijfde lid bedoelde termijn verlengen.

##### *Artikel 8:60 Awb*

1. De rechtbank kan getuigen oproepen en deskundigen en tolken benoemen.
2. De opgeroepen getuige en de deskundige of de tolk die zijn benoeming heeft aanvaard en door de rechtbank wordt opgeroepen, zijn verplicht aan de oproeping gevolg te geven. De artikelen 172 en 178 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing. In de oproeping van de deskundige worden vermeld de opdracht die moet worden vervuld, de plaats en het tijdstip waarop de opdracht moet worden vervuld en de gevolgen die zijn verbonden aan het niet verschijnen.
3. Namen en woonplaatsen van de opgeroepen getuigen en deskundigen en de feiten waarop het horen betrekking zal hebben onderscheidenlijk de opdracht die moet

<sup>210</sup>. Zie daarover paragraaf 2.3.5.

worden vervuld, worden bij de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56, aan partijen zoveel mogelijk medegedeeld.

4. (...)

#### 2.5.4.1 *Parlementaire geschiedenis*

Artikel 8:47 Awb regelt de bevoegdheid van de rechter om in het vooronderzoek een deskundige te benoemen. Artikel 8:60 Awb legt vast dat de rechter een dergelijke bevoegdheid ook op de zitting toekomt en dat hij een deskundige kan oproepen om op de zitting te verschijnen. De toelichting bij laatstgenoemd artikel is zeer beperkt en geeft voor dit onderzoek geen relevante specifieke informatie.

Bij de behandeling van artikel 8:47 Awb richtte de discussie zich op het derde lid. Daarin is vastgelegd dat partijen hun wensen omtrent de onderzoeksopdracht kenbaar kunnen maken aan de rechter. In de huidige tekst van het artikel is voor de rechter de bevoegdheid opgenomen om naar de wens van partijen te vragen. Aanvankelijk koos de regering echter voor een rechterlijke plicht daartoe. Zij benadrukte dat een deskundigenonderzoek veelal grote invloed heeft op de uitkomst van het geding. Daarom is het belangrijk dat partijen niet enkel op de uitkomsten van het onderzoek kunnen reageren, maar dat zij ook vooraf hun visie kunnen geven op de juiste onderzoeksvraag. Daarbij komt dat partijen veelal het best van de feitelijke situatie op de hoogte zijn en de vraagstelling kunnen specificeren. Dat voorkomt dat partijen later in het geding zelf met een deskundige komen of dat de rechter zich gehouden voelt om een tweede deskundigenonderzoek uit te laten voeren.<sup>211</sup> Deze redenering kon de Raad van State en de D66-fractie niet overtuigen. Het artikellid zou de proceseconomie, anders dan de regering bepleitte, geen dienst bewijzen. Partijen zullen van hun inspraakbevoegdheid ook gebruikmaken wanneer de onderzoeksopdracht niet voor discussie vatbaar is. Maken partijen desondanks gebruik van hun bevoegdheid, dan leidt dat tot een nodeloze verlenging van de procedure. De Raad van State wijst er nog op dat de beperking die het derde lid aanbrengt op het beginsel van de rechter als dominus litis, niet voorkomt in het civiele bewijsrecht.<sup>212</sup> De regering weerspreekt dat met een verwijzing naar artikel 223 lid 5 Rv (thans 194 lid 5 Rv). In dat artikel is neergelegd dat de rechter na overleg met partijen een deskundige benoemt. Het vijfde lid voegt daaraan toe dat de rechter op verzoek van een partij de deskundige kan vragen om een nadere toelichting of aanvulling, alsmede dat hij in overleg met partijen een andere deskundige kan benoemen. Toch komt de regering terug op haar eerdere standpunt. In de memorie van antwoord overweegt zij dat de rechterlijke plicht om een reactie van partijen te vragen inderdaad te rigide is en dat zij vanuit proceseconomische overwegingen de plicht omzet in een bevoegdheid.<sup>213</sup>

Naast de achterliggende gedachte van het derde lid besteedt de regering in de memorie van toelichting nog enige aandacht aan de plicht van een partij om mee

211. PG Awb II, p. 444.

212. PG Awb II, p. 443.

213. PG Awb II, p. 444.

te werken aan het deskundigenonderzoek. De rechter kan na een verzaking van die plicht, op grond van artikel 8:31 Awb, de gevolgtrekkingen maken die hij gerdendacht.<sup>214</sup>

#### 2.5.4.2 *Jurisprudentie*

Artikel 8:47 Awb geeft aan hoe de procedure verloopt wanneer de rechter een deskundige benoemt; het geeft niet aan wanneer de rechter tot een dergelijke benoeming over zou moeten gaan.<sup>215</sup> Toch verschaft de jurisprudentie rond artikel 8:47 enig inzicht in die vraag. Vooraf zij opgemerkt dat de appèlcolleges vrijwel nooit overwegen dat de rechtbank in eerste aanleg ten onrechte een deskundige heeft benoemd.<sup>216</sup> De situatie is veeleer dat appellant erover klaagt dat ten onrechte géén deskundige door de rechter is ingeschakeld.

De vraag of de rechter een deskundige moet benoemen, dringt op de voorgrond wanneer zowel eiser als verweerder een deskundigenrapport overlegt en deze twee rapporten met elkaar conflicteren. Van een dergelijk conflict is sprake wanneer de contra-expertise de inhoud van het door het bestuursorgaan gehanteerde advies weerlegt, dan wel de ondeugdelijkheid of onzorgvuldigheid van het uitgevoerde onderzoek aannemelijk maakt.<sup>217</sup> Acht de rechter de contra-expertise ontoereikend, dan wordt de reden daarvoor niet steeds duidelijk uit de uitspraak.<sup>218</sup> Staan twee zorgvuldig voorbereide deskundigenrapporten tegenover elkaar, dan zou de rechter daarin een aanleiding kunnen zien om een deskundige te benoemen.<sup>219</sup> Toch zal niet steeds voldoende zijn dat de deskundigenberichten tegenover elkaar staan. In zaken waarin schadevergoeding wordt gevorderd op grond van artikel 49 WRO en het bestuursorgaan gebruik heeft gemaakt van een advies van de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken (SAOZ), worden hoge eisen gesteld. Wil een contra-expertise effect hebben, dan moet het deskundigenrapport niet een zelfstandige beoordeling bevatten die tot een andere uitkomst leidt, maar moet het aannemelijk maken dat het advies van de SAOZ zodanige gebreken bevat dat het bestuursorgaan zijn besluit daarop niet in redelijkheid kon baseren.<sup>220</sup> Hoe hoger de eisen zijn die worden gesteld aan de contra-expertise, hoe minder snel de rechter op grond van artikel 8:47 Awb zal overgaan tot het benoemen van een eigen deskundige.

Een andere situatie waarin enige duidelijkheid bestaat over de noodzaak tot benoeming van een deskundige, doet zich voor wanneer het bestuursorgaan geen toereikend onderzoek heeft gedaan. Ingevolge artikel 3:2 en 3:9 Awb dient het bestuursorgaan in te staan voor een zorgvuldig en deugdelijk uitgevoerd onderzoek. Heeft het deze plicht geschonden, dan ligt het voor de hand dat het

214. PG Awb II, p. 444.

215. Zie nader over de (rol van de) deskundige, Van den Berg 1999 en specifiek over de StAB, Freriks & Robbe 2001.

216. Zie CRvB 8 januari 1996, RSV 1996, 142 voor een uitzondering.

217. ABRvS 22 juni 2005, AB 2005, 298 m.nt. ATM.

218. Zie de kritische annotatie van Marseille bij ABRvS 22 juni 2005, AB 2005, 298.

219. ABRvS 5 oktober 1999, AB 2001, 21 m.nt. JSt; Vzng. Rb. 's-Gravenhage zp Haarlem 24 december 2002, JV 2003, 145.

220. ABRvS 28 april 2004, LJN AO8488; ABRvS 1 september 2004, BR 2005, 43 m.nt. Van Zundert.

bestuursorgaan het onderzoek opnieuw laat uitvoeren.<sup>221</sup> Gebreken in de besluitvorming dienen in beginsel door het bestuursorgaan te worden hersteld, en niet door de rechter. Overwegingen van efficiëntie zouden er echter voor kunnen pleiten dat de rechter een deskundige benoemt. Er bestaat geen kennis over de vraag of een in naam van het bestuursorgaan uitgevoerd deskundigenonderzoek langzamer of sneller verloopt dan een door de rechter geëntameerd onderzoek.<sup>222</sup> Een efficiëntieafweging is daardoor lastig in zijn algemeenheid te maken. Wel kan worden gekeken naar de vraag of een door de rechter in te winnen deskundigenrapport kan leiden tot definitieve geschilbeslechting. Daarbij moet een inschatting worden gemaakt of na dit deskundigenrapport de rechter zelf in de zaak kan voorzien op grond van artikel 8:72 lid 4 Awb. Is dat op voorhand verre van zeker, dan zal de rechter niet snel geneigd zijn om op basis van artikel 8:47 Awb zelf een deskundige te benoemen.<sup>223</sup> Heeft de rechter daadwerkelijk een deskundige benoemd en is op basis van het rapport niet duidelijk dat slechts één beslissing mogelijk is, dan mag niet zelf in de zaak worden voorzien. Dat het geschil al lang voortduurt en dat het bestuursorgaan al eerder in de gelegenheid is gesteld om nader onderzoek te doen, maakt dat niet anders.<sup>224</sup>

Naast deze algemene situaties die zich in de verschillende rechtsgebieden voor kunnen doen, is in het asielrecht een specifieke regel ontstaan. De Afdeling oordeelde dat artikel 31 lid 1 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) in de weg kan staan aan een benoeming van een deskundige door de rechter. Genoemd artikel bepaalt dat een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd wordt afgewezen indien de vreemdeling niet aannemelijk maakt dat er een rechtsgrond voor verlening is. De Afdeling kent het wetsartikel de betekenis toe dat de vreemdeling bij zijn aanvraag de daaraan ten grondslag gelegde feiten aannemelijk moet maken, en dat in beroep in beginsel niet voor het eerst deze bewijslast kan worden vervuld.<sup>225</sup> In het geval dat de minister een taalanalyse had laten uitvoeren, ten behoeve van de vaststelling van de nationaliteit en identiteit van de vreemdeling, mocht de rechtbank niet zelf een deskundige benoemen teneinde een contra-expertise te laten verrichten. De vreemdeling moet bij de aanvraag tegenover de minister het bewijs leveren van zijn nationaliteit en identiteit, dus had hij in die fase een contra-expertise moeten laten uitvoeren. De rechtbank mag niet langs de weg van artikel 8:47 Awb het onderzoek doen verrichten dat de vreemdeling had behoren te doen.<sup>226</sup>

Naast jurisprudentie over de vraag óf een deskundige moet worden benoemd, bestaat jurisprudentie over de vraag *hoe* het deskundigenonderzoek moet worden uitgevoerd. De discussie over de invloed van de belanghebbende op het onderzoek, zoals in de parlementaire geschiedenis gevoerd, keert ook hier terug. Interessant is de uitspraak waarin appellanten aanvoerden dat het conform artikel

221. ABRvS 26 maart 2003, *LJN AF6361*; CRvB 8 januari 1996, *RSV 1996, 142*; Rb. Alkmaar 18 maart 2004, *LJN AO5976*.

222. Zie hierover ook de annotatie van Marseille bij ABRvS 12 december 2001, *AB 2002, 126*.

223. ABRvS 5 oktober 2005, *AB 2006, 49 m.nt. De Waard*.

224. ABRvS 6 oktober 2004, *AB 2004, 390 m.nt. TN*.

225. Zie ook paragraaf 3.2.2.2.

226. ABRvS 28 december 2005, *AB 2006, 86 m.nt. Sewandono en JV 2006, 60*.

8:47 Awb verrichte onderzoek in strijd zou zijn met de eisen van artikel 6 EVRM, zoals uitgewerkt in het Mantovanelli-arrest van het EHRM.<sup>227</sup> Kort gezegd stelt dat arrest de eis dat, in het geval dat de onderzoeksvraag grote overeenkomst vertoont met de door de rechter te beantwoorden vraag, partijen vooraf invloed moeten kunnen uitoefenen op de uitvoering van het onderzoek. De Afdeling acht strijd met deze eisen niet aanwezig. Partijen zijn ingelicht over de door de deskundige te volgen werkwijze, zij hebben hun standpunt vóór het uitbrengen van het deskundigenverslag kunnen toelichten en tevens achteraf hun zienswijze kunnen geven. De vraag of partijen ook hadden moeten kunnen reageren op de formulering van de onderzoeksopdracht, wordt niet besproken.<sup>228</sup> Ook in overige jurisprudentie komt men deze eis niet tegen.<sup>229</sup>

Het derde lid van artikel 8:47 Awb stelt de eis dat partijen op de hoogte worden gesteld van het voornemen een deskundige te benoemen. Is er een grote kans dat op een later moment discussie ontstaat over de persoon van de deskundige, dan kan het verstandig zijn wanneer de rechtbank niet alleen informeert, maar ook een comparitie belegt waarbij partijen op de benoeming kunnen reageren.<sup>230</sup> Zijn partijen niet van de benoeming op de hoogte gesteld, dan kán dat hun procespositie aantasten. Heeft een partij een proceshandeling verricht die zij na had gelaten wanneer zij van het lopende deskundigenonderzoek op de hoogte was geweest, dan is zij benadeeld. In het geval dat een partij haar beroep had ingetrokken, werd deze handeling als vervallen beschouwd wegens dwaling.<sup>231</sup> Is een partij niet in haar belangen geschaad door het verzuim van de aankondiging van het onderzoek, dan kan de rechter het deskundigenrapport in zijn beoordeling betrekken.<sup>232</sup> Na afronding van het deskundigenrapport krijgen partijen op grond van het vijfde lid van artikel 8:47 Awb de mogelijkheid om binnen vier weken hun zienswijze op het rapport naar voren te brengen. Aan deze bepaling ligt mede het beginsel van 'fair trial' ten grondslag. Dat heeft onder meer tot gevolg dat alle partijen het rapport moeten kunnen inzien. De vraagstelling aan de deskundige en het deskundigenverslag dienen zodanig te worden geformuleerd dat het verslag zonder bezwaar (in verband met vertrouwelijke informatie) aan partijen kan worden toegezonden.<sup>233</sup> De termijn van vier weken mag de rechtbank niet bekorten.<sup>234</sup> Verschijnt het deskundigenbericht kort voor de zitting, dan kan partijen

227. Zie over deze uitspraak nader paragraaf 3.3.2.2.

228. ABRvS 31 januari 2000, *JB* 2000, 113 m.nt. MAH.

229. Ook in CRvB 10 januari 2006, *LJN* AU9631 slaagt een beroep op het Mantovanelli-arrest niet. De bevindingen van de door de belanghebbende ingeschakelde deskundige waren vooraf bekend, zodat de door de rechtbank benoemde deskundige daar rekening mee heeft kunnen houden. De reactie van de deskundige van de belanghebbende op het rapport bevat geen nieuw medisch commentaar, zodat daar geen uitvoerige inhoudelijke reactie op hoeft te worden gegeven.

230. ABRvS 28 juni 1999, *JB* 1999, 219 m.nt. MAH.

231. CRvB 10 januari 2001, *AB* 2001, 96 m.nt. FP en *JB* 2001, 74.

232. ABRvS 16 februari 2005, *AB* 2005, 337 m.nt. JSt. Vgl. CRvB 28 mei 2002, *JB* 2002, 253 waarin een partij niet in de gelegenheid is gesteld om achteraf een zienswijze in te dienen en daardoor niet is benadeeld.

233. ABRvS 14 augustus 2002, *JB* 2002, 96 m.nt. MP.

234. ABRvS 15 juni 2000, *JB* 2000, 219; CRvB 17 november 1998, *JB* 1999, 17. Art. 8:47 Awb is niet van toepassing in een voorlopige voorzieningsprocedure, zodat daar wel een kortere termijn kan worden gesteld, Vz. ABRvS 2 juli 2004, *LJN* AP8083.

niet worden tegengeworpen dat de termijn van tien dagen van artikel 8:58 Awb nog niet is verstreken.<sup>235</sup> Het ligt dan voor de hand de zitting uit te stellen. Maakt een partij geen gebruik van de mogelijkheid om een zienswijze in te dienen, dan kan dat van invloed zijn op haar latere mogelijkheden. De rechter zal in dat geval bijvoorbeeld niet snel geneigd zijn andere deskundigen op de zitting te horen.<sup>236</sup> Werkt een belanghebbende niet mee aan het onderzoek van de door de rechter benoemde deskundige, dan kan de rechtbank daaraan de gevolgen verbinden die zij geraden acht, artikel 8:31 Awb. Een mogelijk gevolg is dat de belanghebbende niet-ontvankelijk wordt verklaard of dat de rechter de zaak afdoet op de reeds beschikbare deskundigeninformatie.<sup>237</sup>

#### 2.5.4.3 Conclusie

Uit de jurisprudentie valt vrijwel niet af te leiden in welke gevallen de rechtbank een deskundige zou moeten benoemen. Alleen de omstandigheid dat zowel eiser als verweerder een deskundigenrapport heeft overgelegd en deze twee rapporten met elkaar conflicteren, vormt een aanwijzing. Meer duidelijkheid bestaat ten aanzien van de situatie waarin de rechtbank géén deskundige hoeft te benoemen. Bevat het door het bestuursorgaan uitgevoerde onderzoek hiaten, dan ligt een vernietiging en terugwijzing van de zaak naar het bestuursorgaan in de rede. Is verre van zeker dat de uitkomst van een deskundigenonderzoek kan leiden tot de situatie dat de rechtbank zelf in de zaak kan voorzien, dan is evenmin een benoeming van een deskundige aangewezen.

Het is belangrijk dat partijen voldoende kunnen reageren op het deskundigenonderzoek. De eis dat partijen ook invloed moeten hebben op de vraagstelling aan de deskundige, wordt echter niet door de rechter gesteld.

#### 2.5.5 Onderzoek ter plaatse (artt. 8:50 en 8:51)

##### Artikel 8:50 Awb

1. De rechtbank kan een onderzoek ter plaatse instellen. Zij heeft daarbij toegang tot elke plaats voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van haar taak nodig is.
2. Bestuursorganen verlenen de medewerking die in het belang van het onderzoek is vereist.
3. Van plaats en tijdstip van het onderzoek wordt aan partijen mededeling gedaan. Zij kunnen bij het onderzoek aanwezig zijn.
4. Van het onderzoek wordt door de griffier een proces-verbaal opgemaakt.
5. Het wordt door de voorzitter van de meervoudige kamer en de griffier ondertekend. Bij verhindering van de voorzitter of de griffier wordt dit in het proces-verbaal vermeld.

235. CRvB 17 november 1998, *JB* 1999, 17.

236. CRvB 17 december 2002, *LJN* AF3239.

237. CRvB 29 mei 1997, *AB* 1997, 308 m.nt. HH; CRvB 18 maart 1998, *AB* 1998, 303 m.nt. FP.

*Artikel 8:51 Awb*

1. De rechtbank kan aan een door haar aangewezen gerechtsauditeur of aan de griffier opdragen een onderzoek ter plaatse in te stellen. Deze heeft daarbij toegang tot elke plaats voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de hem opgedragen taak nodig is. De rechtbank is bevoegd tot het geven van een machtiging tot binnentreden.
2. Artikel 8:50, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.
3. Van het onderzoek wordt door de gerechtsauditeur of de griffier een proces-verbaal opgemaakt, dat door hem wordt ondertekend.

*2.5.5.1 Parlementaire geschiedenis*

De regering onderkent dat de bezichtiging ter plaatse geen veel gebruikt middel is, maar acht het toch nuttig om daarvoor in de Awb een regeling te treffen. In het aanvankelijke wetsontwerp was alleen de rechter bevoegd om onderzoek ter plaatse uit te voeren. Dat paste binnen de opzet waarin het vooronderzoek geheel in de handen van de rechter is gelegd.<sup>238</sup> In de nota van wijziging is de mogelijkheid ingevoerd dat de griffier met het onderzoek wordt belast.

*2.5.5.2 Jurisprudentie*

Jurisprudentie met betrekking tot de artikelen 8:50 en 8:51 Awb is bijzonder schaars. Er bestaan geen uitspraken waarin het appèlcollege de rechtbank verwijt dat zij geen onderzoek ter plaatse heeft ingesteld. De Afdeling heeft herhaaldelijk benadrukt dat de rechtbank over een discretionaire bevoegdheid beschikt. Wordt door geen van de partijen om een descende verzocht, dan bestaat er weinig aanleiding om tot het onderzoek over te gaan.<sup>239</sup> In de zaken waarin een partij wel om een descende verzocht, achtte de Afdeling geen grond aanwezig voor het oordeel dat de rechtbank op het verzoek in had moeten gaan.<sup>240</sup> Dat oordeel ligt voor de hand indien de beslissing op bezwaar wordt vernietigd op basis van formele gronden en de rechter niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak,<sup>241</sup> alsmede wanneer een vernietiging plaatsvindt omdat het bestuursorgaan onvoldoende onderzoek heeft gedaan.<sup>242</sup> In beide gevallen acht de rechter het niet zijn taak om zelfstandig een onderzoek naar de feiten in te stellen.

Een bezichtiging ter plaatse zal hoofdzakelijk plaatsvinden wanneer partijen twisten over een feitelijke situatie en het voor de beslechting van het geschil nodig is dat de rechter of de griffier de feitelijke situatie zelf aanschouwt.<sup>243</sup> Daartoe kan aanleiding bestaan wanneer een object niet naar de rechtszaal kan worden verplaatst en de feitelijke situatie niet deugdelijk aan de hand van bijvoorbeeld foto's kan worden getoond. Zo stelde de bestuursrechter bijvoorbeeld een onderzoek in naar de functie en inrichting van een gebouw, naar de verstoring van de woonfunctie door een

238. PG Awb II, p. 445.

239. ABRvS 3 december 1999, AB 2000, 153 m.nt. AvH.

240. ABRvS 14 december 2005, LJN AU7986; ABRvS 25 januari 2006, LJN AV0278.

241. ABRvS 13 november 2002, LJN AF0277.

242. Rb. Rotterdam 10 september 2001, LJN AD4033.

243. Zie ook de annotatie van Van Hilten bij HR 7 november 2003, BNB 2004, 66.

inrichting, naar de verblijfomstandigheden op een detentieboot en naar de vraag of een antennemast onevenredig bezwarend is voor omwonenden.<sup>244</sup>

### 2.5.5.3 Conclusie

De rechter kan een onderzoek ter plaatse instellen wanneer een bezichtiging van de feitelijke situatie de beslechting van het geschil bevordert. Uit de jurisprudentie volgt niet dat de rechter onder omstandigheden verplicht kan zijn om van deze onderzoeksbevoegdheid gebruik te maken. Een descente ligt niet in de rede wanneer het onderzoek van het bestuursorgaan ontoereikend is geweest.

## 2.6 CONCLUSIE

De Awb bevat verschillende regels over de feitenvaststelling in beroep. Zo kent de wet regels voor de inbreng van bewijsstukken door partijen, voor de aanvulling van feiten door de rechter en voor het rechterlijk onderzoek naar de feiten. Uit de parlementaire stukken van de regering komt een zekere visie naar voren. De actieve bestuursrechter die op zoek is naar de materiële waarheid, draagt een grote verantwoordelijkheid voor een juiste vaststelling van de feiten. Uit een jurisprudentieanalyse komt echter naar voren dat op veel punten door de bestuursrechter als uitgangspunt wordt genomen dat het in eerste instantie aan partijen is om met bewijs(middelen) te komen ter onderbouwing van hun stellingen. Deze opstelling is niet strijdig met de letterlijke wettelijke bepalingen in de Awb, maar wel met de in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking komende wens van de wetgever van een actief onderzoekende rechter.

De bewijslevering door partijen is in beperkte mate gereguleerd. De Awb bevat geen regel voor de bewijslastverdeling tussen partijen. In de jurisprudentie wordt, bij de beoordeling op wiens weg het ligt om gedurende de gerechtelijke procedure gegevens te verschaffen, echter regelmatig teruggegrepen op de Awb, namelijk op de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb. De bepalingen die expliciet zien op de verantwoordelijkheid van partijen voor de feitenverzameling in beroep, richten zich hoofdzakelijk tot het bestuursorgaan. Artikel 8:42 Awb kent het bestuursorgaan een bijzonder grote verantwoordelijkheid toe door het te verplichten het gehele dossier toe te sturen. Ook de artikelen 8:29 en 8:31 Awb richten zich in hun uitwerking tot het bestuursorgaan. De procespositie van eiser is ondergereguleerd, waardoor zijn verantwoordelijkheid voor de feitenverzameling onduidelijk blijft. Noch de wet noch de rechter spreekt hem aan om benodigde gegevens in beroep te verstrekken.

De artikelen 8:42 en 8:58 Awb staan in het licht van het beginsel dat partijen in gelijke mate kunnen beschikken over alle gedingstukken. Artikel 8:29 Awb maakt daar voor een beperkte categorie gegevens een inbreuk op, waardoor eiser informatie kan worden onthouden. Partijen mogen getuigen en deskundigen meenemen naar de zitting, maar dat heeft niet zonder meer tot gevolg dat deze

244. Zie o.a. ABRvS 19 december 1996, AB 1997, 260 m.nt. ChB; ABRvS 29 oktober 1998, LJV AE1979; Rb. Arnhem 9 april 2003, LJV AF7656; Pres. Rb. 's-Gravenhage 4 mei 1994, JB 1994, 139; Rb. 's-Gravenhage zp Amsterdam 18 maart 2005, LJV AT5162 voor situaties waarin de rechter een onderzoek ter plaatse instelde.



worden gehoord. Tussen de verschillende appèlcolleges bestaan aanzienlijke verschillen tussen de wijze waarop zij met (de passering door de rechtbank van) een bewijsaanbod omgaan.

De rechtspraak geeft niet veel houvast voor de beantwoording van de vraag in welke gevallen de rechtbank al dan niet een onderzoeksbevoegdheid zou moeten gebruiken. De beoordeling of onderzoek nodig is, wordt overgelaten aan de individuele rechter(s). De jurisprudentie biedt maar weinig aanknopingspunten om te kunnen vaststellen wanneer de rechter gehouden is gebruik te maken van zijn onderzoeksbevoegdheden. De appèlrechter accepteert vrijwel altijd de keuze die de rechter in eerste aanleg in dat kader heeft gemaakt. De regering heeft destijds verschillende middelen genoemd die een compensatie zouden kunnen bieden voor de grote mate van vrijheid die de rechter heeft bij de beslissing om al dan niet gebruik te maken van zijn onderzoeksbevoegdheden.<sup>245</sup> Geen van deze middelen is tot nu toe effectief ingezet: in de procesregelingen zijn geen bepalingen opgenomen die aangeven onder welke omstandigheden een onderzoeksbevoegdheid wordt ingezet, de appèlcolleges geven deze duidelijkheid evenmin en een rechtseenheidvoorziening is niet van de grond gekomen.

Op basis van de jurisprudentie kan het volgende over de verschillende rechterlijke onderzoeksbevoegdheden worden gezegd. Het gelasten van een comparitie lijkt op basis van de jurisprudentie weinig te worden toegepast als een instrument om de feiten vast te stellen. Regelmatig heeft de comparitie als doel een partij aan te spreken op haar nalatigheid gevraagde stukken in te sturen, en niet zozeer het doel om aanvullende inlichtingen van partijen te verkrijgen. Er bestaat weinig jurisprudentie met betrekking tot de bevoegdheid van de rechter om getuigen te horen. De rechtspraak biedt geen inzicht in de redenen om deze bevoegdheid al dan niet aan te wenden. Met betrekking tot de bevoegdheid een deskundige te benoemen geldt dat, als het bestuursorgaan bij de besluitvorming geen zorgvuldig onderzoek heeft verricht, het duidelijk is dat een benoeming van een deskundige niet in de rede ligt. De rechter heeft niet de taak om een gebrek onderzoek naar de feiten door het bestuursorgaan zelf te herstellen. Voorts kan bij de beslissing om onderzoek in te stellen een rol spelen of de rechter verwacht dat hij, na afronding van dat onderzoek, zelf in de zaak zal kunnen voorzien. Zowel de wettelijke regeling als de jurisprudentie hecht er belang aan dat partijen voldoende kunnen reageren op het deskundigenonderzoek. De eis dat partijen ook invloed moeten hebben op de vraagstelling aan de deskundige, wordt echter niet door de rechter gesteld. Bij de invoering van de artikelen 8:50 en 8:51 Awb is onderkend dat de bevoegdheid om een bezichtiging ter plaatse te houden, weinig zal worden aangewend. Wederom kan van onderzoek worden afgezien wanneer de bestuurlijke besluitvorming gebreken vertoont.

De aanwending van het in dit hoofdstuk beschreven arsenaal aan onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter is aan de orde indien partijen zelfstandig en met kracht van argumenten en bewijsmiddelen (een begin van een) bewijs leve-

---

245. Zie paragraaf 2.2.

ren dat het bestuursorgaan de feiten niet juist heeft vastgesteld. Uit de jurisprudentie blijkt dat het in eerste instantie aan partijen is om uit eigen beweging bewijsmiddelen te verzamelen en aan te voeren. Dat de eigen verantwoordelijkheid van partijen voorop staat, is niet in overeenstemming met de bij de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht in de Awb gekozen uitgangspunten van de wetgever ten aanzien van de feitenvaststelling door de bestuursrechter.

## 3 Normatief kader voor de feitenvaststelling

### 3.1 INLEIDING

Nadat in het vorige hoofdstuk de regels over de feitenvaststelling in de Awb zijn verkend, zal in dit hoofdstuk worden gewerkt aan een normatief kader voor de feitenvaststelling door de bestuursrechter. Daartoe zal in paragraaf 3.2 eerst worden ingegaan op (de wetsgeschiedenis van) nationale regelgeving, waaruit bepaalde normatieve keuzen blijken die door de wetgever ten aanzien van de feitenvaststelling door de rechter zijn gemaakt. Aan de hand van de jurisprudentie wordt vervolgens bekeken hoe verschillende bestuursrechtelijke colleges invulling geven aan die rechterlijke taak. Waar het de Awb betreft zal voor beide onderdelen – wetsgeschiedenis en jurisprudentie – worden teruggegrepen op de onderzoeksresultaten van hoofdstuk 2. Daarna volgt een weergave van de uiteenlopende standpunten in de literatuur ten aanzien van de taak van de rechter bij de feitenvaststelling. Zo wordt bezien wat de taakverdeling tussen bestuur en rechter behoort te zijn en in welke gevallen de rechter zijn onderzoeksbevoegdheden zou moeten aanwenden. De problematiek rond de zogenoemde ‘bewijsfuik’ wordt in het literatuuroverzicht kort behandeld, maar komt in het overige deel van het onderzoek alleen voor bij de bespreking van de invloed van het beginsel van de goede procesorde op de bewijslevering in beroep. Aan een bredere behandeling van dit onderwerp bestaat ons inziens geen behoefte, omdat deze bij de vorige evaluatie van de Awb heeft plaatsgevonden,<sup>246</sup> en de regering dienaangaande een standpunt heeft ingenomen. Vervolgens zal worden bezien welke regels van bewijs en feitenvaststelling uit bijzondere wetgeving kunnen voortvloeien en welke consequenties daaruit door de rechter worden afgeleid ten aanzien van zijn taken. Met name de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) en de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) komen in dat kader aan bod. Jurisprudentie over de toepassing van deze wetten illustreert dat de bijzondere aard van de betreffende wet of het rechtsgebied, invloed heeft op de opstelling van de rechter ten aanzien van zijn taak tot feitenvaststelling. Ten slotte wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan algemene rechtsbeginselen als onderdeel van het normatief kader: verlangen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, waaronder het verdedigingsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het openbaarheidsbeginsel en de goede procesorde bepaalde bewijsregels of een bepaalde inrichting van de procedure, opdat de feiten zorgvuldig door de rechter kunnen worden vastgesteld? In paragraaf 3.3 wordt ingegaan op de normatieve vereisten ten aanzien van feitenvaststelling die voortvloeien uit het Europese en internationale recht. De Nederlandse wetgever is gehouden de wettelijke normering van feitenvaststelling door de rechter in overeenstemming met deze vereisten vorm te geven. Hetzelfde

<sup>246</sup> Widdershoven e.a. 2001.

geldt voor de concrete invulling die de bestuursrechter geeft aan zijn taak tot feitenvaststelling. Eerst wordt, vanwege het relatief grote belang daarvan, uitgebreider ingegaan op het EVRM, in welk verband ook – kort – de relevante VN-verdragen aan de orde worden gesteld. Centraal zal staan welke normen ten aanzien van feitenvaststelling voortvloeien uit artikel 6 EVRM en het daarin vastgelegde recht op toegang tot een rechter en een eerlijk proces. Daarna komt het EU-recht aan bod, waarbij de aandacht vooral zal zijn gericht op de vraag of uit het door het Hof van Justitie EG geformuleerde effectiviteitsvereiste consequenties voortvloeien voor nationale regels van bewijsrecht en de rechterlijke toetsing van feitenvaststelling door het bestuur.

Paragraaf 3.4 bevat een rechtsvergelijkend uitstapje naar het Duitse recht. Uit een verkennend onderzoek is namelijk gebleken dat daarin voor het onderwerp van dit onderzoek mogelijk relevante normatieve uitgangspunten liggen besloten. Via een blik op het Duitse recht kan een scherpere kijk worden verkregen op de normatieve uitgangspunten zoals die in ons bestuursrecht gelden. Mogelijk kan het Duitse recht verder ook tot voorbeeld dienen bij het oplossen van eventuele nog te constateren knelpunten bij de feitenvaststelling door de Nederlandse rechter.

Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 3.5. In deze paragraaf wordt getracht de in de voorgaande paragrafen geformuleerde normatieve eisen voor feitenvaststelling door de bestuursrechter samen te vatten. Deze samenvatting is, in lijn met de lengte van dit hoofdstuk, vrij uitgebreid van karakter.

## **3.2      NATIONAAL KADER**

### **3.2.1    Inleiding**

Zoals vermeld zal in deze paragraaf worden ingegaan op normatieve keuzen van de wetgever ten aanzien van de feitenvaststelling door de rechter blijkend uit (de wetsgeschiedenis van) nationale regelgeving. Aan de hand van de jurisprudentie wordt de rechterlijke opvatting van deze taak bestudeerd. Tot slot wordt aandacht besteed aan de algemene rechtsbeginselen als onderdeel van het normatief kader voor feitenvaststelling.

### **3.2.2    Wetgeving**

#### *3.2.2.1    De Awb*

In hoofdstuk 2 van dit rapport zijn de regels van feitenvaststelling beschreven die in de Awb voorkomen. Uit de keuze om bepaalde regels op een bepaalde wijze op te nemen en uit de bij die regels behorende parlementaire geschiedenis, kan in zekere mate worden afgeleid welke normatieve keuzes de wetgever heeft gemaakt bij het opstellen van de Awb. Vervolgens hebben de verschillende bestuursrechtelijke colleges invulling gegeven aan de wettelijke regels. Ook daarin kunnen normatieve keuzes naar voren komen. In deze paragraaf zullen de verschillende normatieve keuzes, zonder de stof van hoofdstuk 2 uitgebreid te herhalen, kort worden weergegeven.

### *Wetgever*

In de memorie van toelichting bij de Awb wordt de materiële waarheidsvinding genoemd als een van de vier karakteristieken van het bestuursprocesrecht. In de algemene toelichting worden geen concessies gedaan aan dit uitgangspunt. Met deze karakteristiek hangt samen dat de bestuursrechter een actieve rechter is, die over vele onderzoeksbevoegdheden beschikt en die zelf de feiten mag aanvullen. Bewijsregels die de verplichtingen van partijen weergeven, werden daarbij niet nodig geacht. De wetgever hechtte een groot belang aan een vrije feitenvaststelling door de rechter, die op waarheid berust.

Dat uitgangspunt speelde ook een rol bij de overweging of een bewijslastverdeling in de Awb moest worden opgenomen. Naast het belang van de waarheidsvinding kan ook het beginsel van ongelijkheidscompensatie zich tegen een regeling van de bewijslastverdeling verzetten. Vaste bewijsregels zouden ertoe kunnen leiden dat de waarheid niet wordt achterhaald, bijvoorbeeld doordat de last op een partij wordt gelegd die daar onmogelijk aan kan voldoen, terwijl de wederpartij wél de gegevens kan bemachtigen. Is een bewijslastverdeling aangewezen, dan zouden regels van redelijkheid en billijkheid een uitkomst moeten bieden. Uit deze overweging blijkt ten aanzien van bewijsregels een voorkeur voor individuele regels van rechtvaardigheid, in plaats van algemene regels.

Uit de memorie van toelichting blijkt ook dat aan de proceseconomie in toenemende mate belang moet worden gehecht. Bestuursrechtelijke geschillen moeten spoedig worden afgedaan. Dit uitgangspunt kan op gespannen voet staan met het streven naar materiële waarheidsvinding, maar in de toelichting op de Awb worden deze verschillende tendensen niet met elkaar geconfronteerd. Een uitzondering zou men artikel 8:63, tweede lid, Awb kunnen noemen. De rechter kan afzien van het horen van een meegebrachte getuige wanneer hij van oordeel is dat het redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Echter, de regering heeft op het belang van de materiële waarheidsvinding de grootste nadruk gelegd.

Een ander normatief, en in de wetenschap omstreden,<sup>247</sup> element in de parlementaire geschiedenis betreft de idee van de wederkerige rechtsbetrekking. Uit de idee van de wederkerige rechtsbetrekking vloeit voort dat het bestuursorgaan en de belanghebbende een eigen verantwoordelijkheid hebben voor het behartigen van hun procespositie en dat zij met het belang van de ander rekening dienen te houden. Deze verantwoordelijkheid van partijen strekt zich uit tot de gegevensverzameling. Voor de uitvoering van bestuurstaken kan het noodzakelijk zijn dat de belanghebbende gegevens ten aanzien van zijn eigen positie verschaft. De wetgever heeft derhalve niet alleen de rechter een verantwoordelijkheid toegedicht om de feiten te achterhalen, maar deelt deze verantwoordelijkheid ook toe aan de belanghebbende en het bestuursorgaan. Bekijkt men de wetsartikelen in de Awb, dan komt die verantwoordelijkheid met name naar voren bij de voorbereiding van het besluit. Hoe de verantwoordelijkheid van partijen voor de feiten in de besluitvormingsfase zich doorzet in beroep en zich verhoudt tot de taak van de rechter, is door de wetgever niet nader doordacht.

247. In de literatuur bestaat veel kritiek op het uitgangspunt van de wederkerige rechtsbetrekking, zie o.a. de Maastrichtse bundel van Van der Linden & Tak 1995.

Concluderend kan worden gezegd dat de wetgever enkele normatieve standpunten inneemt ten aanzien van de feitenvaststelling, maar dat niet duidelijk is in welke verhouding deze verschillende normatieve uitgangspunten staan. De materiële waarheidsvinding wordt in de parlementaire geschiedenis het sterkst benadrukt. Op dat normatieve uitgangspunt werken de normatieve keuzes ten aanzien van de proceseconomie en de wederkerige rechtsbetrekking in. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet duidelijk tot welke balans dit moet leiden.

### *Jurisprudentie*

In de jurisprudentie wordt veel belang gehecht aan de processuele gelijkheid van partijen, in de zin dat beide partijen in gelijke mate en tijdig over de relevante stukken kunnen beschikken. De Centrale Raad van Beroep heeft expliciet uitgesproken dit een fundamenteel beginsel van procesrecht te achten. Dit belang van de gelijke beschikbaarheid van stukken is betrokken bij de onverkorte plicht van het bestuursorgaan om het gehele besluitvormingsdossier in te sturen op grond van artikel 8:42 Awb. Ook de strikte hantering van de tiendagtermijn van artikel 8:58 Awb onderstreept dat elke partij zich moet kunnen bezinnen op de relevante stukken. Alleen artikel 8:29 Awb maakt een forse inbreuk op dit beginsel, maar dat vloeit veeleer voort uit de wet dan uit de rechtspraak.

Opvallend aan de jurisprudentie is de uitwerking van afdeling 8.1.5 Awb, welke bepalingen bevat over de verplichtingen van partijen. De Awb maakt het mogelijk dat zowel aan de belanghebbende als het bestuursorgaan inlichtingen en nadere stukken worden gevraagd. Voldoet een partij niet aan dit verzoek, dan kunnen daar op grond van artikel 8:31 Awb al dan niet consequenties aan worden verbonden. De jurisprudentie met betrekking tot dit artikel richt zich vrij eenzijdig op de plichten van het bestuursorgaan. Daaruit zou men kunnen afleiden dat de rechter hoofdzakelijk een inspanning van het bestuursorgaan verwacht. Dat leidt tot het normatieve uitgangspunt dat primair het bestuursorgaan moet worden aangesproken op een verstrekking van de benodigde gegevens. Dat is een voorzichtige conclusie, die door het empirische onderzoek zou moeten worden bevestigd. Men zou evenwel ook tot de conclusie kunnen komen dat de rechter het bestuursorgaan de meeste gelegenheid biedt om ontbrekende informatie alsnog in te dienen en zodoende een gebrekkige onderbouwing van feitelijke stellingen te herstellen. In ieder geval is de conclusie gerechtvaardigd dat de aandacht van de bestuursrechter in de jurisprudentie zich hoofdzakelijk richt op de procespositie van het bestuursorgaan.

De onderzoeksbevoegdheden van de rechter betreffen bijzonder ruime discretionaire bevoegdheden. De jurisprudentie heeft weinig invulling gegeven aan de redenen voor inzet van de verschillende bevoegdheden. Desalniettemin komen wel enige normatieve keuzes in de rechtspraak naar voren. In het algemeen wordt het niet de taak van de rechter geacht om onderzoek naar de feiten te doen, wanneer vaststaat dat het bestuursorgaan geen zorgvuldig onderzoek naar de feiten heeft verricht in de besluitvormingsfase.<sup>248</sup> De taak die de rechter, volgens de wetgever, heeft om de materiële waarheid te vinden, wordt dus in de rechtspraak

248. Paragraaf 2.5.4 en 2.5.5.

beperkt. Eerst dient het bestuursorgaan volledig zijn verantwoordelijkheid te nemen ten aanzien van de feitenvaststelling, daarna komt de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter in zicht. De rechter moet met name dan op zoek naar de materiële waarheid, wanneer het onderzoek van het bestuursorgaan zorgvuldig was, maar door de stellingen van eiser twijfel bestaat over de deugdelijkheid van de feitenvaststelling.

Daarnaast is in de jurisprudentie een afweging terug te vinden tussen het belang van de waarheidsvinding en het belang van de proceseconomie. In de beslissing om een onderzoeksbevoegdheid te gaan gebruiken, kan een rol spelen in welke mate definitieve geschilbeslechting daarmee in zicht komt. Is de kans vrij klein dat na de uitkomst van het onderzoek de rechter zelf in de zaak kan voorzien, dan kan dat een reden zijn om van het onderzoek af te zien.<sup>249</sup>

In het jurisprudentieonderzoek kwam voorts een verschil naar voren in de eisen die de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges stellen aan de passering van een bewijsaanbod.<sup>250</sup> De Hoge Raad verlangt dat de rechter in eerste aanleg duidelijk motiveert waarom hij een partij, die een bewijsaanbod heeft gedaan, niet in de gelegenheid stelt om het aanbod uit te voeren. Uit de motivering mag niet blijken dat de rechter een prognose heeft gemaakt van het te leveren bewijs. De overige bestuursrechtelijke appèlcolleges stellen een dergelijke eis niet. De Afdeling stelt zich zelfs op het standpunt dat de beslissing om af te zien van het horen van een getuige, niet uit de uitspraak hoeft te blijken. Op basis hiervan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de Hoge Raad grotere waarde hecht aan de motivering van het feitelijk oordeel van de rechter in eerste aanleg en het inzichtelijk maken van de bewijsbeslissingen die hij neemt. De conclusie is echter een voorzichtige. De Hoge Raad oordeelt als cassatierechter. Dat heeft tot gevolgen dat partijen de feiten, zoals vastgesteld in de bestreden uitspraak, niet direct aan de orde kunnen stellen. Wel kunnen partijen klagen over de motivering van de rechter ten aanzien van de feitenvaststelling. Uit de cassatierechtspraak volgen als vanzelf de eisen die moeten worden gesteld aan de motivering van de rechterlijke beslissingen ten aanzien van de feiten. De cassatierechtspraak leidt tot een andere blik op de feitenvaststelling, dan die de appèlcolleges hebben die wél zelf over de feiten mogen oordelen. Bovendien kan een rol hebben gespeeld dat ten tijde van het wijzen van de uitspraken van de Hoge Raad de belastingrechtspraak maar één feitelijke instantie kende. De vrij strenge eisen die de Hoge Raad stelde aan de rechterlijke motivering van de passering van het bewijsaanbod, hielden daarmee verband. Desalniettemin lijkt men in het belastingrecht niet te verwachten dat de Hoge Raad de eisen zal matigen. 'Wij verwachten echter niet dat de Hoge Raad de teugels zal laten vieren, omdat dat niet in het belang zou zijn van de rechtsbescherming van belanghebbenden.'<sup>251</sup>

249. Paragraaf 2.5.4 en 2.5.5.

250. Paragraaf 2.3.5.

251. Happé, Van Loon & Slijpen 2005, p. 184. Zie ook p. 213.

### *Literatuur*

Tot zover is alleen ingegaan op de normatieve keuzes van de wetgever en de normatieve keuzes die in de jurisprudentie zijn gemaakt. De wettelijke regels van feitenvaststelling in de Awb en de toepassing daarvan in de rechtspraak zijn vervolgens in de literatuur becommentarieerd. Verschillende wetenschappers hebben mede vanuit normatieve standpunten bepleit dat de regels van feitenvaststelling op een bepaalde wijze moeten worden gehanteerd. Hieronder worden kort enkele standpunten weergegeven. Het onderstaande biedt geen gedetailleerd overzicht van de afzonderlijke bepalingen die in hoofdstuk 2 zijn besproken. Twee kernvragen worden hier uitgelicht. De eerste betreft de vraag hoe de taak van het bestuursorgaan en de taak van de rechter om de feiten vast te stellen zich tot elkaar verhouden. Het logisch vervolg daarvan is de vraag met welke intensiteit de rechter de feitenvaststelling door het bestuursorgaan dient te toetsen. De tweede kernvraag betreft de kwestie wanneer de rechter zelf een onderzoek naar de feiten moet instellen door aanwending van zijn onderzoeksbevoegdheden.

### *Taakverdeling*

De vraag naar de taakverdeling tussen bestuur en rechter bij de feitenvaststelling is met name naar voren gekomen in de discussie over de aanvaardbaarheid van de zogenoemde bewijsfuik.<sup>252</sup> Deze bewijsfuik heeft tot gevolg dat een belanghebbende bij de rechter niet nieuw bewijsmateriaal mag indienen, wanneer hij heeft nagelaten dat materiaal in de bestuurlijke fase te overleggen. Het bestuursorgaan heeft met het nieuwe bewijsmateriaal geen rekening kunnen houden bij de besluitvorming. Zolang het bestuursorgaan niet kan worden verweten dit bewijsmateriaal niet zelf te hebben vergaard, kan het geen onzorgvuldige besluitvorming worden aangerekend. Accepteert men de bewijsfuik, dan onderschrijft men in beginsel dat de rechter geen zelfstandige taak heeft om de feiten vast te stellen. In de literatuur is bepleit dat de rechter enkel de taak heeft om de feitenvaststelling in het besluit te toetsen op rechtmatigheid, niet om een geheel eigen oordeel te geven over de feiten. Het bestuursorgaan verricht de rechtscheppende handeling door een besluit te nemen en de rechter mag die taak niet overnemen. Bewijsmateriaal dat noodzakelijk was om de rechtscheppende handeling te verrichten, kan niet bij de rechter worden ingebracht om te bewerkstelligen dat *de rechter* alsnog het gevraagde recht toekent. Dit standpunt is met name door Schreuder-Vlasblom verwoord en onder de aandacht gebracht in het veelbesproken artikel 'Balanceren boven nul', dat zij met Daalder schreef.<sup>253</sup> In haar monografie geeft zij de taak van de rechter bij de feitenvaststelling als volgt weer, wanneer zij de jurisprudentie over de bewijsfuik bespreekt:

'De rechtspraak vloeit voort uit de taak van de rechter. Die strekt tot het toetsen op rechtmatigheid ex tunc van met openbaar gezag genomen besluiten, niet tot het overdoen van de besluitvorming, als had ze nog niet plaatsgevonden, ook niet wat betreft

252. Zie voor de verschillende opvattingen in de literatuur ten aanzien van de bewijsfuik Widdershoven e.a. 2001, p. 69 e.v.

253. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000.



de feitenvaststelling. Tijdens de besluitvorming moeten bepaalde kwesties door belanghebbenden aan de orde worden gesteld en moeten bepaalde gegevens door hen worden ingebracht, willen de door hen beoogde aanspraken constitutief door het bestuur bij besluit worden vastgesteld. Die aanspraken zijn het rechtsgevolg van het besluit; ze bestaan niet a-priori (...). Het verlenen van de vereiste medewerking is noodzakelijk voor hun ontstaan. Blijft die uit, dan doen het beperkte bereik of de onvolledige grondslag van het besluit slechts af aan de rechtmatigheid er van, als het bestuur onzorgvuldigheid valt te verwijten.<sup>254</sup>

In deze opvatting is de taak van de rechter een beperkte, maar dat wordt gecompenseerd door de grote verantwoordelijkheid voor een deugdelijke feitenvaststelling die op het bestuur rust. Zowel het bestuursorgaan als de belanghebbende heeft een eigen bewijsdomein. Het bestuursorgaan moet de gegevens uit zijn eigen domein aannemelijk maken. Naast de verantwoordelijkheid voor de juiste vaststelling van deze feiten (materiële zorgvuldigheid), moet het besluit formeel zorgvuldig totstandkomen. Het formele zorgvuldigheidsbeginsel stelt diverse eisen aan het bestuursorgaan wanneer het de feiten vaststelt die in het domein van de belanghebbende liggen. Schreuder-Vlasblom verwoordt dat als volgt:

‘De keerzijde van de medaille is dat het bestuur – voor zover het daar zicht op heeft – ingevolge het deels in art. 3:2 Awb verankerde zorgvuldigheidsbeginsel gehouden is kritisch te beoordelen welke medewerking moet worden geboden en welke gegevens noodzakelijk zijn, duidelijk en tijdig aan te geven dat en wanneer die worden verwacht of tegen welke bevindingen de burger zich te weer moet stellen, daartoe gelegenheid te bieden, dus redelijke termijnen te stellen, aan te geven hoe de burger zijn fouten kan herstellen, te waarschuwen voor de gevolgen als men dat niet doet en te onderzoeken of verzuim verschoonbaar was. Ook mag het bestuur kennelijk relevante informatie en betogen niet zwijgend passeren, zonder noodzakelijke onderbouwing te vragen. Verwezen zij naar art. 4:5 Awb en bijzondere bepalingen als 47 Wow. Schending van deze formele plichten kan m.i. steeds in rechte worden tegengeworpen. Krijgt de burger gelijk dan leidt dat tot herstel in rechte of bij opnieuw voorzien.<sup>255</sup>

Leeft het bestuursorgaan daadwerkelijk al deze formele zorgvuldigheidsplichten na, dan is de kans klein dat de belanghebbende niet in zijn bewijslast slaagt, terwijl hij wel al het relevante bewijsmateriaal zou kunnen bemachtigen. Alleen bewijsnood en een passieve opstelling van de belanghebbende zouden ertoe leiden dat het gevraagde bewijs niet wordt geleverd. Deze zorgvuldigheidsplichten verkleinen de kans dat het besluit komt te berusten op een ondeugdelijke feitelijke grondslag. De rechtscheppende taak van het bestuur stelt hoge eisen aan het bestuur.

Heldeweg onderschrijft dat het bestuur een beslissingsprimaat toekomt bij het vaststellen van de feiten. Hij richt zich daarbij hoofdzakelijk op de gevallen

254. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 171. Zie ook p. 181.

255. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 178.

waarin de feiten lastig te duiden zijn. Het bestuur maakt bij een complexe feitenvaststelling diverse normatieve keuzes. De beoordelingsopportunity van het bestuur is gelegen in de beoordeling van de juistheid en volledigheid van het feitenonderzoek, van de redelijkerwijs in beschouwing te nemen alternatieven en van de vraag of voldoende zekerheid is verkregen voor de bevoegdheidsuitoefening. De rechter moet dat primaat volgens Heldeweg respecteren en aan de hand van artikel 3:2 Awb de feitenvaststelling door het bestuur op redelijkheid toetsen. De rechter zou zeer terughoudend moeten zijn bij het ingrijpen in de bestuurlijke feitenvaststelling. De bestuurlijke fase acht hij meer geschikt om een open debat over de feiten te voeren en bovendien beschikt het bestuursorgaan veelal over meer deskundigheid dienaangaande.

‘De vraag rijst echter of, met name bij complexe feiten, de rechter er niet goed aan doet om te volstaan met de vraag of het bestuur in redelijkheid kon menen dat het feitenonderzoek juist en volledig is geweest. Deze formulering impliceert een marginale redelijkheidstoetsing van het bestuurlijk handelen: het blijft echter zo dat het bestuur zich op dit punt niet in subjectieve, dat wil zeggen politiek gemotiveerde keuzes mag begeven. De rechter zal bestuurlijke subjectiviteit (een belangenafweging) bij de feitenvaststelling moeten afwijzen. Daarnaast zal hij een objectieve doch afstandelijke toets moeten uitvoeren: “kon een redelijk denkend persoon of orgaan in redelijkheid tot de conclusie komen dat ...” Deze norm, ik zou willen spreken van een “objectieve redelijkheidstoets”, is een relatieve norm: de rechter laat een marge voor “normale” verschillen in appreciatie.’<sup>256</sup>

‘Mocht de rechter tot de conclusie komen dat het bestuur een onjuiste taxatie heeft gemaakt en daarmee een onjuiste beslissing heeft gegeven, dan zal hij zich terdege moeten afvragen of het niet wijs is om de hernieuwde feitenvaststelling zich opnieuw in de non-contentieuze sfeer te laten voltrekken. Het is immers maar zeer de vraag of ten overstaan van de rechter een open debat over de feiten, vergelijkbaar met het non-contentieuze debat, gevoerd kan worden. Ik denk daarbij onder meer aan overwegingen inzake de laagdrempeligheid van inspraak en het vooruitzicht van een definitieve beslechting van de zaak.

In het verlengde hiervan is nog een tweede punt in het geding: de geëquipeerdheid van het bestuur. (...) Terwijl het bestuur aan zijn oordeel een minimale dosis inhoudsdeskundigheid ten grondslag legt, zal de rechter – in meer complexe gevallen – toch een terughoudender, meer formeel oordeel moeten aanleggen. Hij zal moeten oordelen als het onafhankelijke forum: kon het bestuur “in redelijkheid tot de conclusie komen dat...”<sup>257</sup>

‘Bezien we de eisen die de Awb stelt ten aanzien van de feitenvaststelling, dan komen we allereerst uit bij de regel over *kennisvergaring*, te weten art. 3:2 Awb. Mij dunkt dat de open of vage formulering van de hoofdbestanddelen van dit artikel – “de *nodige* ken-

256. Heldeweg 1993, p. 298-299.

257. Heldeweg 1993, p. 301-302.

nis omtrent de *relevante feiten*” – wel degelijk een bepaalde mate van beoordelings-opportuniteit laat. Dat daarin het bestuur het primaat heeft valt daarin echter niet expliciet te lezen. Gelet op het voorstaande zal duidelijk zijn dat ik die stelling niettemin zou willen verdedigen. Ik zou menen dat de rechter er mee zou moeten volstaan na te gaan of het bestuur in redelijkheid heeft kunnen menen dat aan de vereisten van art. 3:2 Awb is voldaan.<sup>258</sup>

Dat de rechter een meer terughoudende toets aanlegt wanneer de feiten lastig objectief kunnen worden vastgesteld, wordt ook door Schreuder-Vlasblom en Schuurmans onderschreven. Schreuder-Vlasblom voert daarvoor als argument aan dat de feitenvaststelling mede door beleidsmatige aspecten wordt ingegeven.

‘Naar de mate waarin de feiten ongewis blijven en een niet zeer harde mate van aanne-melijkheid wordt gevergd, is niet zozeer sprake van objectieve vaststelling van feiten, als wel van een weging van stellingen en daarbij betrokken belangen en de mate waarin het aangewezen is van de juistheid daarvan uit te gaan in het licht van een mogelijke precedentwerking en de gevolgen daarvan. Naar die mate betracht de rechter terughoudendheid bij de toetsing van die bestuurlijke weging.’<sup>259</sup>

Schuurmans wijst een marginale toetsing van de feitenvaststelling van de hand, maar accepteert vanuit praktische argumenten dat de rechter zich terughoudend opstelt bij een gespecialiseerde feitenvaststelling. Ontbreekt een eenduidige methode waarmee de feiten objectief het best kunnen worden vastgesteld, dan zal de rechter de bestuurlijke feitenvaststelling niet snel kunnen corrigeren. In dat geval leiden verschillende onderzoeksmethodes tot uiteenlopende feitenvaststel-lingen, zonder dat men kan zeggen dat de een de materiële waarheid dichter benadert dan de ander. De rechter kan dan niet afdoende motiveren waarom de feitenvaststelling anders zou moeten luiden en dus accepteert Schuurmans in een dergelijk geval dat de rechter enkel toetst of het bestuursorgaan in redelijk-heid tot de bestreden feitenvaststelling heeft kunnen komen.<sup>260</sup>

Tegenover de opvatting dat de rechter het beslissingprimaat van het bestuur moet respecteren, staat het standpunt dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid draagt voor een feitenvaststelling die zoveel mogelijk met de materiële waarheid overeenkomt. Laatstgenoemd standpunt kent verschillende pleitbezorgers, die in aantal de aanhangers van de eerste visie overtreffen.

Een eerste argument dat wordt aangevoerd, houdt verband met de eigen taak van de rechter om het besluit op rechtmatigheid te toetsen. De Commissie Rechtsbe-scherming van de VAR onderschrijft dat in het bestuursproces de materiële waarheidsvinding voorop staat. Daarbij past dat de rechter zelfstandig kan beoordelen wat volgens hem de materiële waarheid is. Blijkt in beroep dat de feiten in werke-lijkheid anders liggen dan in het besluit is vastgesteld, dan zou het besluit

258. Heldeweg 1993, p. 302.

259. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 172.

260. Schuurmans 2005, par. 6.4.

onrechtmatig zijn. Dat het bestuur geen schending van een zorgvuldigheidsplicht in de bestuurlijke fase kan worden verweten, staat niet aan die kwalificatie in de weg. Blijkt uit later verstrekt bewijsmateriaal dat het besluit materieel onjuist is, dan oordeelt de commissie dit besluit onrechtmatig, mede vanwege het *erga omnes*-karakter van besluiten.<sup>261</sup> Ook De Bock bepleit dat een rechtmatigheidstoetsing tevens een toetsing van de feiten op waarheid impliceert:

‘Om op adequate wijze rechtsbescherming te kunnen bieden, is het noodzakelijk dat de bestuursrechter zich ook een oordeel over de feiten vormt, op zijn minst wanneer de burger daarom vraagt. Binnen wiens ‘bewijsdomein’ die feiten liggen, is van belang voor de vraag wie het risico dient te dragen indien bepaalde feiten niet komen vast te staan. Het antwoord op die vraag kan echter niet beslissend zijn voor de vraag of de bestuursrechter zich al dan niet een oordeel dient te vormen over de juistheid van die feiten. Rechtmatigheidstoetsing kan niet zonder een toetsing van feiten, rechtmatigheidstoetsing kan niet zonder waarheidsvinding. Een rechtsoordeel dat niet berust op een juiste feitenvaststelling, ontbeert de noodzakelijke legitimiteit.’<sup>262</sup>

Voor het standpunt dat de rechter de feiten zelf mag vaststellen, voeren Nicolaï en Schuurmans nog een argument aan in verband met de beslissingsopportunity. Het standpunt dat de gegevensverzameling primair in de bestuurlijke fase plaatsvindt en daar ook behoort plaats te vinden, laat onverlet dat de rechter een eigen taak heeft ten aanzien van de feitenvaststelling en dat hij zijn eigen feitelijk oordeel in de plaats mag stellen van het bestuurlijk oordeel. Het bestuurorgaan heeft ten aanzien van de feitenvaststelling in beginsel geen beslissingsprimaat dat de rechter dient te respecteren. Beschikt het bestuursorgaan over beoordelingsvrijheid, dan strekt die zich uit tot de vraag hoe feiten moeten worden gekwalificeerd in het licht van een wettelijke bepaling. De vrijheid omvat echter niet de vraag of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan.<sup>263</sup> ‘Er bestaat niet een zekere marge waarbinnen een feit al dan niet waar is en het bestuur vrij kan kiezen. De feitenvaststelling moet geobjectiveerd kunnen worden en bestuur en rechter zouden tot hetzelfde oordeel moeten komen.’<sup>264</sup>

Zou de rechter bepaald bewijs van partijen niet meer in de procedure mogen betrekken, dan kan dat het vertrouwen van burgers in de rechter aantasten. Zo prefereert N. Verheij dat, met het oog op de overtuigingskracht van rechterlijke uitspraken en het gezag van de rechter, de rechter bewijsmiddelen uitdrukkelijk bespreekt en een oordeel daarover geeft. Bewijs buiten de procedure laten bevordert weliswaar de proceseconomie, maar een inhoudelijke behandeling bevordert het gezag van de rechter.<sup>265</sup> De Bock vraagt er in dat kader aandacht voor dat het bestuur in de rechterlijke fase als een partij moet worden gezien. Sluit men bewijs uit dat de onjuistheid van zijn besluit zou kunnen aantonen, dan wordt de visie van een van de partijen – het bestuur – leidinggevend. Bovendien moet vol-

261. Polak e.a. 2004, p. 112 e.v.

262. De Bock 2001, p. 44.

263. Nicolaï 1990, p. 294 e.v.; Schuurmans 2005, p. 264 e.v.

264. Schuurmans 2005, p. 265-266.

265. Zie zijn annotatie bij ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29.

gens haar niet uit het oog worden verloren dat ook het bestuur een eigen belang kan hebben, naast de behartiging van het algemeen belang.<sup>266</sup>

Simon betreft de eisen van artikel 6 EVRM in zijn pleidooi voor een zelfstandige taak van de rechter ten aanzien van de feiten.<sup>267</sup> Volgens artikel 6 EVRM heeft de belanghebbende recht op een effectieve toegang tot de rechter en stelt de rechter in laatste instantie de burgerlijke rechtsbetrekking vast. Dat uitgangspunt verzet zich ertegen dat de vaststelling van de rechtsbetrekking door het bestuur in rechte deels onaantastbaar is. In zijn visie moet de rechter al het relevante bewijsmateriaal in zijn beoordeling kunnen betrekken. Wordt de belanghebbende in beroep afgerekend op verantwoordelijkheden die hij in de bestuurlijke voorprocedure heeft verzaakt, dan doet dat afbreuk aan de effectieve toegang tot de rechter. Daarbij hecht hij er belang aan dat de voorprocedure verplicht moet worden gevolgd voordat men naar een rechter kan, dat men in die voorprocedure geen aanspraak kan maken op (gratis) rechtsbijstand en dat proceskosten in de regel niet worden vergoed.<sup>268</sup>

Het karakter van de bestuurlijke voorprocedure vormt een ander argument dat herhaaldelijk in de discussie een rol speelt. De Commissie Rechtsbescherming van de VAR acht vergaande verplichtingen van de belanghebbende en het bestuursorgaan voor de gegevensverzameling problematisch voor het karakter van de besluitvormingsfase. De bezwaarschriftprocedure zou een tamelijk lichte procedure moeten vormen, waarin partijen proberen het geschil op informele wijze te beslechten. De bewijsfuik zou leiden tot een ongewenste polarisering van de verhoudingen.<sup>269</sup> Bij een aanzetting van de plichten van de belanghebbende dringt voorts volgens De Bock en Damen de vraag op de voorgrond of belanghebbenden het nog steeds kunnen stellen zonder professionele rechtsbijstand. Zonder die bijstand zal de belanghebbende veelal pas ná de beslissing op bezwaar duidelijk voor ogen hebben waar het geschil om gaat. Is het dan reëel om van de belanghebbende te verwachten dat hij zijn bijdrage aan de gegevensverzameling volledig inlost?<sup>270</sup> Verheij stelt dat dit uiteindelijk een rechtspolitiek vraagstuk betreft. Wil men handhaven dat in het bestuursrecht een ieder zonder rechtsbijstand kan procederen, dan moet worden bezien in welke gevallen het aanvaardbaar is dat een leek bewijsmateriaal niet meer aan de rechter kan voorleggen.<sup>271</sup>

#### *Activiteit*

In de literatuur is, naast de taakverdeling, tevens aandacht besteed aan de vraag in welke gevallen de rechter een eigen onderzoek naar de feiten dient in te stellen. In de toelichting bij het derde lid van artikel 8:69 Awb is heel in het algemeen gezegd dat de rechter zich met name actief zal opstellen wanneer de belanghebbende in een ongelijke positie met het bestuur verkeert en geen professionele rechtsbijstand geniet.<sup>272</sup> Ook in de literatuur wordt veelal bepleit dat de

266. De Bock 2001, p. 45.

267. Simon 1999, p. 32 en 2003.

268. Simon 1999, p. 32.

269. Polak e.a. 2004, p. 112 e.v.

270. De Bock 2001, p. 45; Damen 2000, p. 68; Damen 2006.

271. Zie de annotatie van N. Verheij bij ABRvS 20 februari 2001, AB 2002, 29.

272. Paragraaf 2.2 van dit rapport.

rechter zijn onderzoeksbevoegdheden zou moeten aanwenden in het licht van de ongelijkheidscompensatie.<sup>273</sup> Dat betekent niet dat bewijslevering niet in eerste instantie aan partijen mag worden overgelaten. Is de belanghebbende echter niet in staat om het benodigde (tegen)bewijsmateriaal te bemachtigen, dan kan er voor de rechter een plicht ontstaan om ambtshalve een onderzoek in te stellen. Deze situatie kan zich voordoen indien de belanghebbende geen inzicht heeft in de stukken van het bestuursorgaan of indien hem de middelen ontbreken om het dure of moeilijk verkrijgbare bewijsmateriaal te bemachtigen.<sup>274</sup>

Ter afbakening van de taak van de rechter om een eigen onderzoek naar de feiten in te stellen, zoekt Schuurmans aansluiting bij de onderzoekspllicht van het bestuursorgaan.<sup>275</sup> In de jurisprudentie met betrekking tot de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb komt naar voren dat het bestuursorgaan niet steeds een onderzoek hoeft in te stellen wanneer de belanghebbende in bewijsnood verkeert. Heel in het algemeen kan men stellen dat de belanghebbende zich tot het uiterste moet hebben ingespannen om de voor hem relevante gegevens te verkrijgen. Die inspanning moet bovendien een voldoende concreet resultaat hebben opgeleverd, zodat er aanknopingspunten voorhanden zijn om een vervolgonderzoek in te kunnen stellen. Voorts speelt een rol of het bestuursorgaan relatief gemakkelijk de ontbrekende gegevens alsnog kan achterhalen en of de strekking van de wet een actieve opstelling van het bestuursorgaan verlangt. Deze criteria zouden als inspiratiebron kunnen worden gebruikt om te bepalen wanneer de rechter de belanghebbende te hulp moet schieten in het licht van de ongelijkheidscompensatie. Aangezien de verantwoordelijkheid voor een deugdelijk onderzoek naar de feiten in eerste instantie bij het bestuursorgaan rust, ligt het voor de hand om de gehoudenheid van de rechter om de feiten zelf te achterhalen, niet groter te achten dan de plicht van het bestuursorgaan.

Het uitgangspunt dat alleen ongelijkheidscompensatie een reden vormt om ambtshalve onderzoek te doen, leidt tot de conclusie dat de rechter zich niet zou moeten inspannen ten behoeve van de procespositie van het bestuursorgaan. Heeft het bestuursorgaan in de bestuurlijke fase onvoldoende of onzorgvuldig onderzoek gedaan, dan zou de rechter het gebrek aan kennis niet moeten oplossen door zelf een onderzoek in te stellen.<sup>276</sup>

Simon voegt daaraan toe dat de rechter wel actief op zoek moet naar mogelijke fouten die het bestuur heeft gemaakt bij de feitenvaststelling. Zijn de rechter omissies bekend, dan zou de rechter dat ambtshalve aan de orde mogen stellen. Simon hecht er een groot belang aan dat de belanghebbende een aanspraak heeft op een besluit dat in overeenstemming is met doel en strekking van de wet. De rechter neemt volgens hem een andere positie in wanneer de belanghebbende fouten maakt bij het verzamelen van de gegevens. De rechter zou deze omissies niet zelf hoeven te herstellen, maar moet wel de belanghebbende een herstelmogelijkheid bieden.

273. Vgl. Verheij 1992, p. 147, 148; Wulffraat-van Dijk 1995, p.355 e.v.

274. Wulffraat-van Dijk 1995, p.355.

275. Schuurmans 2005, p. 237.

276. Verheij 1992, p. 148 en Wulffraat-van Dijk 1995, p. 354.

'De positie van de rechter is hier echter een andere dan in de hiervoor geschetste situatie. Hij is minder actief. Hij zal in de regel niet weten wat betrokkene heeft gemist en hoeft daar, gezien de eigen verantwoordelijkheid van deze, mijns inziens ook niet actief achterheen. Het verschil met de hiervoor geschilderde positie van het bestuursorgaan is dat het bestuursorgaan verplicht is tot optimaal handelen conform de wettelijke regeling. De burger die aan een wettelijke regeling een aanspraak kan ontlenuen is echter tot niets verplicht. De inspanning die hij wenst te leveren ter realisering van die aanspraak is zijn privé-aangelegenheid.'<sup>277</sup>

Naast de ongelijkheidscompensatie wordt in de literatuur ook aandacht besteed aan het belang van definitieve geschilbeslechting. Met name Schueler plaatst de gewenste activiteit van de rechter in dat licht. Vormen de feiten het centrale twistpunt van partijen, dan kan de rechter gehouden zijn om onderzoek te doen. Deze activiteit hoeft volgens hem dan ook niet enkel te worden ingezet om de bewijslast van de belanghebbende te verlichten. Ook in het geval dat het bestuursorgaan steken heeft laten vallen in zijn eigen onderzoek, kunnen belanghebbenden erbij gebaat zijn wanneer de rechter zelf het onderzoek verricht. In dat geval zijn zij niet langer afhankelijk van het bestuursorgaan, waarmee zij in een ongelijke verhouding staan. Voor een onderzoek door de rechter bestaat temeer aanleiding wanneer gegevens van derden benodigd zijn en het bestuursorgaan zich onvoldoende inspant om deze gegevens te verkrijgen.<sup>278</sup> Men zou erover kunnen denken om de rechter ook de feiten te laten aanvullen wanneer hij daarmee kan voorkomen dat het besluit moet worden vernietigd. Het belang van definitieve geschilbeslechting zou daarmee gediend zijn. Een behoorlijke rechtsbescherming van de burger zou dan echter wel vergen dat de kosten die hij ten behoeve van de procedure heeft moeten maken, worden vergoed.<sup>279</sup>

Zowel Wulffraat-van Dijk als Schueler zien in beginsel geen taak voor de rechter om een eigen onderzoek in te stellen indien een besluit in geschil is dat op basis van een discretionaire bevoegdheid is genomen. De toetsing van een dergelijk besluit richt zich doorgaans op formele aspecten en volgens Wulffraat-van Dijk zou een onderzoek naar de feiten daar niet goed op aansluiten.<sup>280</sup> Ook volgens Schueler moet de rechter partijen het feitenonderzoek laten verrichten wanneer een bevoegdheid met beoordelingsvrijheid bij het kwalificeren van de feiten in het geding is. Dat leidt hem echter niet tot de conclusie dat benodigd nader feitenonderzoek dan maar in de bestuurlijke fase moet worden uitgevoerd. Definitieve geschilbeslechting is niet alleen gebaat bij een rechter die zelf onderzoek doet, maar ook bij een rechter die strakker de regie voert over de bewijslevering door partijen.<sup>281</sup>

277. Simon 2003, p. 179 en 180.

278. Schueler 1994, p. 204 en 205.

279. Zie de annotatie van N. Verheij bij ABRvS 29 september 2004, AB 2004, 415.

280. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 357.

281. Schueler 1994, p. 203.

De rechter stelt niet enkel onderzoek in om ofwel het belang van de burger ofwel het belang van het bestuursorgaan te dienen. Een eigen onderzoek naar de feiten kan ook benodigd zijn om de rechterlijke taak uit te oefenen. Zo wordt bijvoorbeeld bepleit dat de rechter onderzoek moet doen in het geval een lacune in zijn kennis het onmogelijk maakt om zelf het feitenmateriaal te beoordelen. Die situatie zal zich met name dan voordoen wanneer een gespecialiseerde feitenvaststelling in geschil is.<sup>282</sup>

Onderzoek ten behoeve van de rechterlijke taakuitoefening kan ook benodigd zijn wanneer de rechter over bepalingen van openbare orde oordeelt. Dergelijke bepalingen worden noodzakelijk geacht voor het goed functioneren van de rechtsorde, waardoor de rechter altijd toetst of de bepalingen zijn nageleefd. De feiten die ten grondslag liggen aan een bepaling van openbare orde mogen dan ook niet in strijd met de materiële waarheid worden vastgesteld. Bij enige twijfel over de juistheid van een vastgesteld feit dient de rechter dan zelf een onderzoek in te stellen, althans te zorgen dat hij over al het benodigde bewijsmateriaal de beschikking krijgt.<sup>283</sup>

Steeds wanneer de rechter zelf een beslissing neemt, en niet enkel het besluit van het bestuur toetst, zal de rechter de feiten zelf moeten vaststellen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer hij zelf in de zaak voorziet, de rechtsgevolgen van een besluit in stand laat of een boete matigt.<sup>284</sup> Ook dan kan het nodig zijn dat de rechter een aanvullend onderzoek naar de feiten instelt.

### 3.2.2.2 *Bijzondere wetgeving*

In het vorige hoofdstuk heeft de regeling van de feitenvaststelling in de Awb centraal gestaan. Naast deze algemene bepalingen is het mogelijk dat ook de toepasselijke bijzondere wetgeving invloed uitoefent op de feitenvaststelling. Zo zal de bijzondere wet door de omschrijving van het rechtsfeit bepalen welke gegevens relevant zijn. Voorts is het mogelijk dat de bijzondere wet zelf specifieke regels van feitenvaststelling bevat. In deze paragraaf wordt ingegaan op de verhouding tussen de regels van de bijzondere wet en de regels van feitenvaststelling in de Awb.

De bijzondere wetgeving kan uiteenlopende voorschriften van feitenvaststelling bevatten. Mogelijk wordt voorgeschreven welke partij gegevens naar voren moet brengen, welke concrete gegevens benodigd zijn of welke onderzoeksmethode door het bestuursorgaan wordt gevolgd. Veelal zullen de regels betrekking hebben op de gegevensverzameling bij de voorbereiding van een besluit. Zo bevat bijvoorbeeld de Wet uitkeringen vervolgingslachtoffers 1940-1945 in artikel 7 een regeling van de bewijslastverdeling doordat de wet een vermoeden bevat (de wet vermoedt dat ziekten en gebreken door de vervolging zijn ontstaan). Staat in de bijzondere wetgeving een dergelijk vermoeden, dan is degene die het vermoeden weerspreekt, tot bewijslevering gehouden. De Regeling tegemoetkoming schade bij extreem zware regenval 1998 biedt een voorbeeld waarin de onderzoeksme-

282. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 355.

283. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 170 en Schuurmans 2005, p. 238 e.v.

284. Zie de annotatie van N. Verheij bij ABRvS 29 september 2004, AB 2004, 415 en Wulffraat-van Dijk 1995, p. 358.



thode wordt voorgeschreven. Zo wordt de omvang van de schade opgenomen door een door de Minister van Binnenlandse Zaken aan te wijzen schade-expert. Ook kan zijn bepaald welke gegevens door een belanghebbende moeten worden verstrekt. Artikel 34a WAO schrijft bijvoorbeeld voor dat de aanvraag vergezeld moet gaan van een re-integratieverslag. Deze voorbeelden illustreren dat de concrete plichten van de belanghebbende en het bestuursorgaan ten aanzien van de gegevensverzameling niet steeds uit de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb hoeven te worden afgeleid, maar dat deze regelmatig uit de bijzondere wet voortvloeien. Maakt de bijzondere wet een uitdrukkelijke uitzondering op de algemene regels van de Awb, dan zijn laatstgenoemde uiteraard niet meer relevant. Veelal echter bevat de bijzondere regelgeving een specifieke uitwerking van de Awb. De regels van feitenvaststelling in de Awb kunnen dan een aanvullende normering geven, met name het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb. Wat de omvang en aard van die aanvullende werking is, zal sterk afhangen van de gedetailleerdheid van de bijzondere regelgeving.

Ontbreken specifieke regels van feitenvaststelling in de bijzondere wetgeving, dan nog kunnen de aard van de regeling en de vraag welke rechtsfeiten deze regeling van belang acht, van invloed zijn op de gegevensverzameling. De normen die de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb bevatten, zijn bijzonder ruim. Wat een zorgvuldige voorbereiding is, welke gegevens voor de besluitvorming noodzakelijk zijn en in welke mate een belanghebbende redelijkerwijs over gegevens kan beschikken, zijn vragen die slechts beantwoord kunnen worden met inachtneming van de context waarin de bijzondere wetgeving wordt toegepast.<sup>285</sup> De aard van de bijzondere regelgeving zal in vergaande mate bepalen welk type bewijsmateriaal geschikt is en welke onderzoeksmethode voldoet. De strekking van de wet zal voorts de taak van het bestuursorgaan bepalen en de inspanning die het zelf moet verrichten om een volledig zicht te krijgen op de feiten. Strekt de wet bijvoorbeeld tot de bescherming van een zwakke groep burgers, dan zal het bestuursorgaan zich eerder actief dienen op te stellen in het feitenonderzoek.<sup>286</sup> Ook de regeling van de discretionaire onderzoeksbevoegdheden van de rechter biedt ruimte voor een dergelijke redenering. De (strekking van de) bijzondere regelgeving kan een invloed uitoefenen op de toepassing van de algemene regels van feitenvaststelling in de Awb, met name wanneer deze open normen bevatten.

De strekking van de (bewijsbepalingen in de) bijzondere wet kan soms tot verder gaande consequenties leiden. Niet alleen de concrete bewijsverplichtingen van partijen worden dan gedictieerd door of ontleend aan de wet, maar uit de wet worden ook meer algemene regels van bewijs en feitenvaststelling afgeleid. De Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) en de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) bieden daarvan twee duidelijke voorbeelden. De belastingrechter en de vreemdelingenrechter dichten zich allebei een specifieke en een van elkaar zeer verschillende taak toe bij de feitenvaststelling. De bijzondere aard van de wet en

285. Schuurmans 2005, p. 149 e.v.

286. Schuurmans 2005, p. 180.

de traditie in het rechtsgebied leiden tot een andere opstelling van de rechter ten aanzien van de feiten.

*De Hoge Raad in het belastingrecht*

De AWR bevat meerdere regels over de gegevensverzameling bij de voorbereiding van besluiten. Zo bevat de wet verschillende bepalingen inzake de bevoegdheid van de inspecteur om bepaalde gegevens en bescheiden te verlangen en de verplichting van de belanghebbende om aan het verzoek te voldoen. Ten aanzien van het bezwaar en beroep kent de AWR de mogelijkheid dat de bewijslast wordt omgekeerd in het geval dat de belastingplichtige geen of onjuiste gegevens heeft verstrekt, terwijl hij daartoe was verplicht.<sup>287</sup> Het overgrote deel van het bewijsrecht is echter ongereguleerd. Ook het belastingrecht wordt gekenmerkt door de zogenaamde vrij-bewijsleer.<sup>288</sup>

Uit bovenstaande specifieke regels van feitenvaststelling volgt niet zonder meer een bepaalde taakopvatting van de rechter ten aanzien van de feiten. Toch heeft de aard van het materiële rechtsgebied geleid tot een van het algemene bestuursrecht afwijkend systeem van bewijs en feitenvaststelling. Het belastingrecht wordt in het algemeen gekenmerkt door gebonden bestuursbevoegdheden. De hoogte van een belastingschuld vloeit direct voort uit de wet en niet zozeer uit een bestuursbesluit. Het besluitbegrip en de hoofdstukken 3 en 4 van de Awb passen lastig op de fiscale kernbegrippen als de aangifte, de aanslag en de afdracht op aangifte.<sup>289</sup> De constatering dat het bestuursbesluit maar in zeer beperkte mate rechtschepend van aard is,<sup>290</sup> heeft ook belangrijke gevolgen voor de taak en bevoegdheden van de rechter die het besluit beoordeelt. Deze hoeft zich minder te bekommeren om een rechtsvormingsprimaat van het bestuur en kan daardoor vrijwel steeds zijn eigen oordeel in de plaats stellen van het oordeel van het bestuur.

In het belastingrecht heerste lange tijd de leer van de devolutieve werking van het beroep. Volgens deze leer moet de belastingrechter doen wat het bestuur had behoren te doen en vernietigt of wijzigt hij zelf de belastingbeschikking.<sup>291</sup> Bij dat uitgangspunt heeft de rechter een zelfstandige taak om de feiten vast te stellen. Bestaat tussen partijen discussie over de feiten, dan geeft de rechter het uiteindelijke feitelijke oordeel. Om tot dat oordeel te kunnen komen, is een rechterlijk bewijsrecht tot ontwikkeling gekomen.<sup>292</sup> Het bewijsrecht in het belastingrecht concentreert zich rond de bewijslevering in beroep en het oordeel van de rechter ten aanzien van de feiten. Door de zogenoemde devolutieve werking van het

287. Zie art. 25, lid 6 en 27e AWR. Overigens is de term 'bewijslastomkering' bij de toepassing van dit artikel niet helemaal zuiver. Het is mogelijk dat de bewijslast steeds bij de belanghebbende heeft gelegen.

288. Aardema 2005, p. 147 e.v.; Happé, Van Loon & Slijpen 2005, p. 333 e.v.

289. Happé, Van Loon & Slijpen 2005, p. 2.

290. De hoogte van de belastingschuld vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Het constitutieve element van het bestuursbesluit is er in beginsel in gelegen dat de verplichting om te betalen afdwingbaar wordt, Hofstra/Niessen 2002, p. 238-241.

291. Happé, Van Loon & Slijpen 2005, p. 31 en Van Amersfoort 2005, p. 144 e.v.

292. De vrijheid van de vrij-bewijsleer is er met name in gelegen dat de wet geen regeling ten principale kent met betrekking tot de bewijslevering. In de rechtspraak zijn wel degelijk regels totstandgekomen, zie Happé, Van Loon & Slijpen 2005, p. 333.

beroep betreft de rechter de voorafgaande procedure van besluitvorming nauwelijks in zijn oordeel. Het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel zijn in het belastingrecht dan ook weinig tot ontwikkeling gekomen.<sup>293</sup> Anders dan in paragraaf 2.3.2 besproken, richt het oordeel van de belastingrechter zich dus niet zozeer op de verplichtingen van partijen bij de gegevensverzameling bij de voorbereiding van een besluit. Wat is voorgevallen tijdens de aanslag- of bezwaarfase kan weliswaar van invloed zijn op de bewijslast in beroep,<sup>294</sup> maar veeleer richt de blik zich de andere kant op. Bij bewijsproblemen zal de inspecteur in de regel proberen aan te sluiten bij de rechterlijke bewijsregels.<sup>295</sup> De bewijslevering in beroep staat in het belastingrecht centraal. Het oordeel van de belastinginspecteur ten aanzien van de feiten heeft weinig normerende waarde. 'In de directe samenwerkende relatie tussen inspecteur en belastingplichtige is geen plaats voor bewijsrecht in de strikte, juridische, zin van het woord. Er is daar geen onafhankelijke derde die knopen moet doorhakken en in verband daarmee moet beslissen voor wiens risico het onopgehelderd blijven van een bepaald feit moet komen.'<sup>296</sup> Het primaat van de feitenvaststelling berust in beginsel bij de rechter en niet bij de inspecteur.

De leer van de devolutieve werking van het beroep heeft als theorie afgedaan sinds de Awb van toepassing is op het fiscale recht. Artikel 8:72 Awb geeft de rechter de bevoegdheid om het besluit te vernietigen, zonder zelf in de zaak te voorzien. Desalniettemin wordt de leer nog steeds als beleid in het belastingrecht toegepast. Bij hoge uitzondering ziet de rechter af van het zelf in de zaak voorzien en laat hij de nadere besluitvorming aan het bestuursorgaan over.<sup>297</sup> Deze uitzonderingsmogelijkheid kan verband houden met de feitenvaststelling. Zo zou sporadisch worden teruggewezen in het geval dat de feiten, op het moment dat de rechter uitspraak doet, nog volstrekt onvoldoende zijn onderzocht.<sup>298</sup> Toch heeft deze mogelijkheid de taakopvatting van de belastingrechter ten aanzien van de feiten niet wezenlijk veranderd.

Binnen de zelfstandige taak van de rechter om de feiten vast te stellen, past de fiscale jurisprudentie rond artikel 8:58 Awb: op de zitting mogen partijen met nieuwe feitelijke stellingen komen. Feteris vraagt zich af of de soepele houding van de Hoge Raad nog verandering zal ondergaan naar aanleiding van de striktere jurisprudentie van de overige bestuursrechtelijke rechtscolleges. Hij verwacht dat niet. 'Men dient daarbij te bedenken dat de procedure ook gevoerd moet kunnen worden door de belastingplichtige zelf, die zich mondeling vaak beter kan uitdrukken dan schriftelijk. De argumenten van deze belanghebbenden komen veelal op de zitting pas behoorlijk uit de verf. Een ander aspect is dat het weigeren van nadere stukken tot gevolg kan hebben dat de rechter zijn beslissing niet baseert op de werkelijkheid.'<sup>299</sup> De onderzoekers die het nieuwe fiscale pro-

293. Happé, Van Loon & Slijpen 2005, p. 31 e.v.

294. Koopman 1996, p. 40 e.v.

295. Koopman 1996, p. 37 e.v.

296. Koopman 1996, p. 38.

297. Van Amersfoort 2005, p. 145; Pechler en Feteris 2004, p. 93 e.v.

298. Pechler en Feteris 2004, p. 93 e.v.

299. Feteris 2005, p. 152.

cesrecht evalueerden, slaan deze voordelen hoger aan dan het nadeel dat soms een extra zitting nodig is als nieuwe feitelijke stellingen op de zitting worden aanvaard.<sup>300</sup> De belastingrechter hecht kennelijk veel belang aan het recht doen op basis van de juiste feiten. Dat belang van materiële waarheidsvinding dringt zich hier nadrukkelijk op de voorgrond, omdat de belastingrechter in de regel zelf in de zaak voorziet. Voorts kan het weinig zin hebben om in deze fase nadere bewijsvoering uit te sluiten wanneer in hoger beroep de volledige rechtsstrijd weer herleeft.<sup>301</sup>

De belastingrechter heeft dus traditioneel de taak om de feiten en het recht zelf vast te stellen. Die taak paste in de leer van de devolutieve werking van het beroep, waarbij de rechter de gehele oordeelsvorming van de inspecteur overnam. Die lijn wordt nog steeds als beleid gevolgd. De eigen taak van de belastingrechter om de feiten vast te stellen, schept ruime mogelijkheden om in het geding bewijsmateriaal naar voren te brengen, ook nog op de zitting. De zitting vormt geen sluitstuk, waarin de rechtmatigheid van de bestuurlijke besluitvorming wordt beoordeeld.

#### *De Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State in het asielrecht*

Ook de Vreemdelingenwet 2000 biedt een voorbeeld van een bijzondere wet waaruit de rechter voor zichzelf een specifieke taak afleidt ten aanzien van de feitenvaststelling. De wet kent wederom enkele bepalingen ten aanzien van de gegevensverzameling, bijvoorbeeld over de bewijslastverdeling. De vreemdeling die in aanmerking wil komen voor een verblijfsvergunning asiel, dient op grond van de artikelen 29 en 31 Vw 2000 aannemelijk te maken dat zijn aanvraag is gegrond op omstandigheden die een rechtsgrond voor verlening vormen. De bewijslast ligt daardoor primair op de vreemdeling.<sup>302</sup> Uit de jurisprudentie blijkt dat de vreemdelingenrechter zich een beperkte taak toedeelt ten aanzien van de feitenvaststelling en dat de mogelijkheden voor bewijsvoering in beroep beperkt zijn.

Bij de beantwoording van de vraag of de vreemdeling recht heeft op een verblijfsvergunning asiel, moet worden beoordeeld of de vreemdeling in de hierboven genoemde bewijslast is geslaagd. Die beoordeling kan lastig zijn, omdat vreemdelingen veelal niet over bewijsmateriaal beschikken dat van een objectieve bron afkomstig is en gemakkelijk valt te verifiëren. Bij de beoordeling staat dan ook veelal de vraag centraal of het asielrelaas van de vreemdeling geloofwaardig is. In de besluitvormingsfase wordt dat oordeel door de minister gegeven, waarbij hij de gestelde feiten in beginsel voor waar houdt indien het relaas consistent is en strookt met wat in het algemeen bekend is over het land van herkomst. Uit de jurisprudentie van de Afdeling is duidelijk geworden dat de vreemdelingenrechter deze beoordeling niet mag overdoen. De beoordeling van de geloofwaardigheid van de in het asielrelaas naar voren gebrachte feiten, en het realiteitsgehalte van de aan die gestelde feiten ontleende vermoedens, behoren tot de verantwoordelijkheid van de minister. De rechter mag die beoordeling van de feitelijke stel-

300. Pechler en Feteris 2004, p. 73.

301. Zie ook Pechler en Feteris 2004, p. 72 e.v.

302. Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 147 en 265.

lingen slechts terughoudend toetsen. Zijn de gestelde feiten door de minister geloofwaardig bevonden, dan mag de rechter vervolgens wel zelf een oordeel geven over de zwaarwegendheid van het relaas en bezien of het feitencomplex een basis biedt voor vergunningverlening.<sup>303</sup>

De Afdeling acht de taak van de rechter ten aanzien van de feiten in het asielrecht dus beperkt. De reden daarvoor is dat de minister beter dan de rechter in staat zou zijn om de feiten vast te stellen. De minister beschikt over veel informatie, zowel wat betreft de individuele omstandigheden op basis van de verhoren, als algemene informatie over het land van herkomst. Voorts kan hij de informatie afzetten tegen hetgeen hij in andere procedures heeft onderzocht en overwogen. Dit stelt de minister in staat om het asielrelaas vergelijkenderwijs en geobjectiverd te beoordelen, in tegenstelling tot de rechter. De rechter dient enkel te toetsen of de minister al dan niet in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen. Hij toetst of de besluitvorming zorgvuldig is geweest en of het besluit door een kenbare motivering wordt gedragen.<sup>304</sup>

Bovengenoemde toetsingsintensiteit geeft de vreemdeling in beroep weinig mogelijkheden om de feitenvaststelling door de minister aan te tasten. Daarnaast zijn de mogelijkheden van de vreemdeling beperkt, omdat hij in beroep niet zonder meer nieuw bewijsmateriaal kan verstrekken. De Afdeling heeft herhaaldelijk overwogen dat artikel 31 Vw 2000 op de vreemdeling de plicht legt om de toepassing van de verleningsgrond tegenover de minister aannemelijk te maken. Daaruit leidt de Afdeling af dat relevante bewijsstukken bij de aanvraag dienen te worden overgelegd en niet pas in beroep.<sup>305</sup> Alleen wanneer de vreemdeling aannemelijk maakt dat hij onmogelijk de documenten eerder had kunnen overleggen, wordt het nieuwe bewijsmateriaal betrokken in de beoordeling van het beroep. Zo kan de vreemdeling niet op de hoogte zijn geweest van het bestaan van relevante stukken, of kan hij de overlegging van de documenten hebben aangekondigd, terwijl de tijd te kort was om de stukken daadwerkelijk te bemachtigen. Enige nadere onderbouwing van bij de besluitvorming ingenomen feitelijke stellingen wordt dus mogelijk geacht,<sup>306</sup> maar de ruimte is zeer beperkt om geheel nieuw bewijsmateriaal te presenteren met betrekking tot feiten die reeds voor de bestreden beslissing zijn voorgevallen.<sup>307</sup>

De vreemdelingenrechter vat dus in het asielrecht zijn taak ten aanzien van de feiten beperkt op. Hij mag niet zelf beoordelen welke feiten hij aannemelijk acht, omdat het bestuursorgaan daar meer geschikt voor is. Deze beperkte taak van de rechter is niet direct af te leiden uit de Vw 2000 en de daarbij behorende parlementaire stukken, maar is in de rechtspraak naar voren gekomen. Deze invulling

303. ABRS 27 januari 2003, AB 2003, 286 m.nt. BPV en JV 2003, 103 m.nt. BKO. Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 281 e.v.

304. ABRS 27 januari 2003, AB 2003, 286 m.nt. BPV en JV 2003, 103 m.nt. BKO.

305. Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 mei 2003, JV 2003, 294; ABRvS 31 oktober 2003, JV 2004, 11 m.nt. Koers; ABRvS 15 maart 2005, JV 2005, 185 en Bolt 2005, p. 176 e.v.; Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 297 e.v.

306. ABRvS 20 mei 2005, JV 2005, 284 m.nt. Schuurmans.

307. De mogelijkheden om bewijs te leveren van feiten die na het besluit zijn opgekomen, zijn eveneens beperkt. Bij de uitleg van art. 83 Vw 2000, waarin de ex nunc-toetsing is neergelegd, sluit de Afdeling aan bij de uitleg van art. 4:6 Awb. Zie nader Bolt 2005, p. 189 e.v.

van de rechterlijke taak, gecombineerd met een strikte plicht voor de vreemdeling om alle relevante documenten bij de aanvraag te verstrekken, maken de mogelijkheden om in het geding bewijsmateriaal naar voren te brengen beperkt. De controle van de zorgvuldigheid van de besluitvormingsprocedure en de motivering van het besluit staan in beroep centraal.

De AWR en de Vw 2000 bevatten allebei regels ten aanzien van de gegevensverzameling, maar geven geen expliciete regeling van de taak van de rechter om de feiten vast te stellen. In de praktijk is wel op basis van beide wetten een specifieke taakopvatting ontstaan. In het belastingrecht heeft de rechter steeds de taak gehad om zelf de feiten vast te stellen en de Awb heeft geen verandering gebracht in die praktijk. In het vreemdelingenrecht heeft de rechter uit de Vw 2000 een beperkte taak voor zichzelf afgeleid, waarbij hij de feiten niet zelf mag beoordelen. De twee bijzondere wetten bevatten geen uitdrukkelijke regeling van de rechterlijke taak bij de feitenvaststelling, de Awb kent dergelijke regels evenmin, maar in de praktijk van de bestuursrechtspraak zijn twee uiterste interpretaties van de rechterlijke taak ontstaan. De voorbeelden illustreren dat één algemeen concept van feitenvaststelling in beroep niet ontstaat zonder vastlegging van dat concept in de Awb. Zo lang dat niet gebeurt, leidt de bijzondere wet, in samenhang met de heersende cultuur in het rechtsgebied, tot een per rechtsgebied variërende opstelling van de rechter ten aanzien van de feiten.

### 3.2.3 *Rechtsbeginselen*

De eisen die worden gesteld aan de feitenvaststelling in beroep, worden niet enkel bepaald door wetgeving; ook rechtsbeginselen kunnen relevant zijn. Onderzocht dient te worden of de beginselen van behoorlijke rechtspraak bepaalde bewijsregels of een bepaalde inrichting van de procedure verlangen, opdat de feiten zorgvuldig kunnen worden vastgesteld. De beschrijving van de beginselen van behoorlijke rechtspraak is in de Nederlandse literatuur sterk gericht op de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan een *fair trial*.<sup>308</sup> Zo worden veelal onderscheiden het verdedigingsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het openbaarheidsbeginsel. Voor een uiteenzetting van de waarborgen die art. 6 EVRM brengt, zij verwezen naar paragraaf 3.3.2. Deze eisen worden hier niet herhaald. In deze paragraaf wordt gezien hoe de toepassing van de regels van feitenvaststelling uit de Awb, bepleit is vanuit beginselen.

#### *Beginselen van behoorlijke rechtspraak*

In de dissertatie van Wulffraat-van Dijk wordt uitdrukkelijk gezien welke normering uitgaat van de verschillende beginselen van behoorlijke rechtspraak, bij de

---

308. Zie bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom 2006, p. 42, Tak 2005, p. 196 e.v.; Wulffraat-van Dijk 1995, p. 49.

beslissingen die de bestuursrechter neemt in het kader van het feitenonderzoek.<sup>309</sup>

De rechtsbeginselen kunnen een rol spelen bij de beslissing van de rechter om al dan niet van zijn onderzoeksbevoegdheden in de Awb gebruik te maken.<sup>310</sup> Het verdedigingsbeginsel heeft de strekking partijen gelijke kansen te geven in het proces. Kan de belanghebbende niet zonder hulp van de rechter de beschikking krijgen over het benodigde bewijsmateriaal, dan kan de rechter op basis van het verdedigingsbeginsel gehouden zijn ambtshalve een onderzoek in te stellen. Aan de andere kant wijst Wulffraat-van Dijk erop dat een ambtshalve onderzoek om deze reden bij de tegenpartij de indruk van partijdigheid kan wekken. Zij denkt dat de onderzoeksmethodiek deze schijn weg kan nemen. Stelt de rechter vragen aan slechts één partij, dan acht zij de schijn van partijdigheid eerder gewekt dan in het geval dat de rechter een onafhankelijke deskundige om advies vraagt. Ook het motiveringsbeginsel en het openbaarheidsbeginsel kunnen een invloed uitoefenen. Het motiveringsbeginsel verlangt dat de beslissing van de rechter voldoende feitelijk is onderbouwd. Bestaan er lacunes in de feitelijke onderbouwing, dan zou de rechter nader onderzoek moeten doen. Het openbaarheidsbeginsel kan een rol spelen bij de afweging of de rechter in het vooronderzoek of tijdens de zitting zijn bevoegdheden moet aanwenden. Het beginsel kan een reden vormen om het vooronderzoek te beperken, omdat de uitoefening van het onderzoek voor rechtsgenoten dan slecht controleerbaar is.<sup>311</sup>

De beginselen kunnen ook betrekking hebben op andere rechterlijke beslissingen in het kader van het feitenonderzoek. Zo stelt het verdedigingsbeginsel eisen aan de mate waarin partijen hun feitelijke standpunten naar voren kunnen brengen en op elkaar kunnen reageren.<sup>312</sup> Het motiveringsbeginsel heeft voorts betrekking op de feitelijke overwegingen die uit de uitspraak moeten blijken. De motivering strekt ertoe belanghebbenden en derden inzicht te geven in de beslissingen van de rechter:

‘Omdat hij moet beslissen over een concreet geval en slechts daartoe tot rechtsoordelen komt, moet duidelijk zijn wat de relevante feiten zijn en of en hoe die zijn komen vast te staan en op basis van welke op die feiten toepasselijke rechtsnormen het oordeel is gevormd. Dat vergt een duidelijke scheidslijn tussen de vaststelling van de feiten, dus het oordeel over de bewijsvoering en de rechtsoverwegingen en vermelding van de rechtsnormen waarop het oordeel is gebaseerd.’<sup>313</sup>

309. Wulffraat-van Dijk 1995. Dit onderzoek is afgesloten in 1995. Dat betekent dat de bestudeerde bevoegdheden van de rechter wel al zijn gebaseerd op de Awb, maar dat in de bevindingen vrijwel geen jurisprudentie is betrokken die op basis van de Awb is gewezen.

310. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 110-112.

311. Wulffraat-van Dijk 1995, p. 112, 148, 211.

312. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 37; De Waard 1987, p. 302 e.v., Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 547-549.

313. Schreuder-Vlasblom 2006, p. 38.

*Goede procesorde*

Een ander beginsel dat behandeling behoeft, is het beginsel van een goede procesorde. Dit beginsel is voornamelijk in de jurisprudentie ontwikkeld en kan het aanvoeren van (nieuw) bewijs in een bestuursrechtelijke procedure beperken. Toepassing van het beginsel kan leiden tot uitsluiting van bewijs en daarmee het zoeken naar de materiële waarheid frustreren. In de wettelijke bepalingen van de Awb kan de goede procesorde worden ingelezen in artikel 8:58 Awb.<sup>314</sup> Die bepaling beoogt immers een behoorlijk en ordelijk verloop van de bestuursrechtelijke procedure te garanderen. In elke procedure moet echter op een bepaald moment een einde zijn aan de mogelijkheid om met nieuwe bewijsmiddelen te komen. Het aanvoeren van nieuw bewijs wordt op deze wijze genormeerd door overwegingen inzake de proceseconomie en de mogelijkheden voor de wederpartij om zich voldoende voor te bereiden op de verdediging. Artikel 8:58 Awb codificeert dat partijen tot tien dagen voor de zitting met nieuwe stukken kunnen komen. In het verleden is gebleken dat deze norm echter niet de enige is die het aanvoeren van bewijsmiddelen reguleert. Het beginsel van de goede procesorde heeft een aanvullende werking. Die aanvullende werking is wel bekritiseerd vanwege het weinig verklarende vermogen van het containerbegrip 'goede procesorde' en werd daarom vaak aangeduid met de pejoratief gebruikte term *fuik*.<sup>315</sup> Vooral in aanloop naar en na afloop van (het onderzoek naar het hoger beroep in) de tweede evaluatie van de Awb in 2001, is daarover veel discussie geweest.<sup>316</sup> In het eindrapport van de Commissie Evaluatie Awb II werd in verband met het hoger beroep terzake een aanbeveling geformuleerd waarin tot uitdrukking kwam dat binnen de omvang van het geschil, in hoger beroep nieuwe bewijsmiddelen kunnen worden aangevoerd, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet.

'De inhoud van het begrip 'goede procesorde' wordt daarbij mede bepaald door de aard van het geschil, in het bijzonder het al dan niet betrokken zijn van derden. Met het oog op de kenbaarheid voor (potentiële) procespartijen is van belang, dat de rechtspraak meer stelselmatig motiveert, welke kenmerken van een geschil nopen tot een restrictief of juist tot een ruim beleid bij het toelaten van nieuwe gronden of argumenten.'<sup>317</sup>

Het is in ruime mate aan de rechtspraak overgelaten of en op welke wijze het de aanbeveling wilde implementeren. Meer houvast is echter geboden in de parlementaire geschiedenis van de wijziging van artikel 6:13 Awb in het kader van de aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Bij brief van de Minister van Justitie van 29 oktober 2004 ventileerde de regering het volgende standpunt aangaande het aanvoeren van bewijs in beroep.

314. Zie over die bepaling paragraaf 2.3.3.2.

315. Zie voor de betekenis van de goede procesorde De Waard 2001, p. 148 e.v.; zie over de term *fuik* Damen 1999, Damen 2000.

316. Zie voor een overzicht van de discussie *Widdershoven e.a.* 2001, p. 139 e.v. Vgl. *De Bock* 2000, p. 66 e.v., *Daalder & Schreuder-Vlasblom* 2000, p. 214 e.v., *Polak e.a.* 2004, p. 111 e.v.

317. *Commissie Evaluatie Awb II* 2001, p. 84 (aanbeveling 32, maar zie ook aanbeveling 28).



‘Voorts heeft de Commissie Evaluatie Awb II (de Commissie-Boukema) de volgende lijn aanbevolen: in beroep bij de bestuursrechter kan een belanghebbende geen onderdelen van een besluit aanvechten, die hij niet reeds in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, tenzij dit laatste hem redelijkerwijs niet kan worden verweten. Tegen de onderdelen van het besluit die hij wel in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, kan een belanghebbende in de fase van het beroep bij de rechter echter wel nieuwe beroepsgronden of nieuw bewijs aanvoeren. [...] Zo kan uit de aard van een besluit voortvloeien dat na een bepaald tijdstip ingebrachte gegevens buiten beschouwing moeten blijven. [...] Voorts zal er in het algemeen in tweepartijverhoudingen minder reden zijn om het inbrengen van nieuwe gegevens te beperken dan in driepartijenrelaties. Een en ander is echter sterk afhankelijk van de aard en inhoud van het besluit en moet derhalve noodzakelijkerwijs aan de rechtspraak worden overgelaten.’<sup>318</sup>

Hieruit vloeit voort dat de goede procesorde niet snel aan het aanvoeren van nieuwe gronden en bewijsmiddelen bij de bestuursrechter in eerste aanleg in de weg staat. In de jurisprudentie is die lijn ook wel waar te nemen als het gaat om het aanvoeren van gronden.<sup>319</sup> Het is aannemelijk dat de bestuursrechter op basis van de uitlatingen van de Minister van Justitie de fuiken – ook wat betreft het aanvoeren van bewijsmiddelen – heeft gerelativeerd, waardoor aan de goede procesorde een minder belangrijke rol zal toekomen.<sup>320</sup> Gezien de redenering van de regering zal de jurisprudentie over de goede procesorde in eerste aanleg casuïstisch zijn en is bovendien de aard van het besluit en de vraag of er derden bij het geschil betrokken zijn, van belang. Het blijft natuurlijk de vraag wanneer een belanghebbende redelijkerwijs kan worden verweten niet eerder bewijsmiddelen over te leggen.<sup>321</sup> De overwegingen van de regering bieden overigens geen expliciet standpunt over de mogelijkheid om in hoger beroep met nieuwe bewijsmiddelen te komen. Tot op zekere hoogte is het daarom de vraag of nieuw bewijs ook voor het eerst in hoger beroep kan worden aangevoerd en in welke mate de rol van de goede procesorde in die procedure nog altijd de mogelijkheid om bewijs aan te voeren, beperkt. De jurisprudentie zal zich op beide punten moeten uitkristalliseren.

#### *Beginselen van behoorlijk bestuur*

Naast de beginselen van behoorlijke rechtspraak zijn ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van belang voor de feitenvaststelling in een bestuursrechtelijke procedure. De relevante gegevens worden primair vergaard in de besluitvormingsfase, zodat ook de beginselen die de besluitvorming normeren, eisen kunnen stellen aan het feitenonderzoek. Nicolai heeft de verschillende normen

318. Kamerstukken II, 29 421, nr. II, p. 2-3.

319. Op grond van ABRvS 12 januari 2005, AB 2005, 75 m.nt. Widdershoven, ABRvS 20 april 2005, JB 2005/171, ABRvS 7 december 2005, LJN AU7544, ABRvS 15 februari 2006, AB 2006, 118 m.nt. Widdershoven blijkt de fuik met betrekking tot het aanvoeren van gronden op grond van de invoering van art. 6:13 Awb gerelativeerd.

320. Deze conclusie laat de normerende werking van art. 8:58 Awb onverlet.

321. Fuiken blijven immers geoorloofd voor zover ze worden gebaseerd op een redelijk verwijt aan de burger, vgl. Schreuder-Vlasblom 2005, p. 31.

die uit het zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeien uitgebreid uiteengezet.<sup>322</sup> De Waard heeft erop gewezen dat er een grote mate van overlapping bestaat tussen de beginselen van behoorlijk bestuur en van rechtspraak.<sup>323</sup> Beide bieden toetsingsnormen voor een besluit, met in het algemeen een hoog procedureel karakter. De ontwikkeling van het ene type beginselen kan de ontwikkeling van het andere type beginselen beïnvloeden.

Bij de voorbereiding van een besluit dient het bestuursorgaan te waarborgen dat de besluitvorming voldoet aan de eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het rechtszekerheidsbeginsel verlangt onder meer dat de belanghebbende in voldoende mate kan voorspellen hoe de procedure gaat verlopen en welke handelingen hij dient te verrichten om zijn belang veilig te stellen. Rechtsgelijkheid brengt mee dat belanghebbenden in gelijke mate de kans krijgen om hun feitelijke stellingen naar voren te brengen en dat op hen dezelfde bewijsregels worden toegepast. Het bestuursorgaan dient in gelijke gevallen gelijke eisen te stellen aan de benodigde bewijslevering. In de vrij-bewijsleer bestaat er een aanzienlijk gevaar dat deze twee beginselen worden geschonden. De vrij-bewijsleer gaat uit van individuele regels van rechtvaardigheid en niet van algemene regels. Daardoor kunnen belanghebbenden slecht voorspellen of en hoe zij bewijs moeten leveren voor hun stellingen. Bovendien is het lastig om in een stelsel van individuele regels te waarborgen dat belanghebbenden gelijk worden behandeld.

In het algemeen zijn rechtszekerheid en rechtsgelijkheid waarden die gemakkelijker te dienen zijn wanneer heldere algemene regels voorhanden zijn. Dat geldt zeker voor regels van feitenvaststelling. Feiten zijn niet steeds even eenduidig vast te stellen. Het volgende voorbeeld kan als illustratie dienen.<sup>324</sup>

Bij de heffing van loonpremie is het relevant of de werkgever de juiste hoogte van het loon heeft opgegeven. Vergoedt hij een bedrag aan reiskosten van de werknemer, dan dient te worden bezien of de vergoeding past bij de afgelegde route. Is de vergoeding bovenmatig, dan wordt een gedeelte aangemerkt als loon waarover premie moet worden afgedragen. Het Uitkeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) dient vast te stellen of door werknemers de meest gebruikelijke weg is afgelegd. Hoe doet men dat? Daar bestaan verschillende methodes voor. Het UWV heeft de keuze uit een veelheid aan routeplanners, of het kan een enquête houden onder werknemers die dagelijks hetzelfde traject afleggen tussen woon- en werkstad. Ook is het mogelijk dat het de verkeersdrukke meet op wegen binnen het traject. De ene methode brengt de minste bestuurslasten met zich, de andere methode biedt voor de burger het meest gunstige resultaat en weer een andere methode is het best te verifiëren.

Deze verschillende onderzoeksmethoden leiden mogelijk tot een uiteenlopende berekening van de lengte van de meest gebruikelijke weg. Men kan echter niet één methode aanwijzen die structureel dichterbij de waarheid ligt dan de ander. De verschillende methoden geven allemaal de werkelijkheid vereenvoudigd weer.

322. Nicolai 1990, p. 288 e.v.

323. De Waard 1987, m.n. p. 119 e.v.

324. Dit voorbeeld is ontleend aan Schuurmans 2006.

Vaste regels van feitenvaststelling lossen dit probleem niet op, maar zorgen er wel voor dat voor belanghebbenden de waarheid op dezelfde wijze wordt benaderd. Het rechtsgelijkheidsbeginsel verlangt dan dat het bestuursorgaan een vaste onderzoeksmethode kiest. Het rechtszekerheidsbeginsel eist vervolgens dat de te volgen onderzoeksmethode bekend wordt gemaakt. Deze beginselen zullen met name dan vaste regels van feitenvaststelling verlangen indien men de feiten lastig objectief kan vaststellen.

In beroep kunnen vergelijkbare problemen spelen. Rechtszekerheid hebben partijen wanneer zij in voldoende mate kunnen voorspellen of nadere bewijslevering nodig is en of de rechter in beginsel ambtshalve een onderzoek zal instellen. Het rechtsgelijkheidsbeginsel verlangt vervolgens dat rechters in gelijke mate gelegenheid bieden voor nadere bewijsvoering en in gelijke mate ambtshalve onderzoek verrichten. Zouden deze mogelijkheden per rechter of rechtbank verschillen, dan hebben partijen geen gelijke procespositie.

Voorts wordt de bestuurlijke feitenvaststelling sterk genormeerd door het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Uit artikel 3:2 Awb, waarin het zorgvuldigheidsbeginsel deels is gecodificeerd, worden verschillende normen afgeleid. Deze zijn in paragraaf 2.3.2 beschreven. Daar is tevens de vraag opgeworpen of vergelijkbare eisen aan de feitenvaststelling door de rechter kunnen worden gesteld. Moet ook de rechter aan partijen duidelijk maken dat een van hen de bewijslast draagt? Wanneer partijen ontoereikend bewijsmateriaal hebben overgelegd, moet de rechter hen daar dan op wijzen? Moet hij hen de gelegenheid bieden om het ontbrekende bewijsmateriaal alsnog te vergaren en in te dienen? Moet de rechter motiveren waarom hij overgelegd bewijsmateriaal niet accepteert?

Accepteert men dat de rechter een taak heeft om ingebracht bewijsmateriaal te beoordelen en een oordeel te vellen over de aannemelijkheid van de gestelde feiten, dan is niet goed voor te stellen dat aan de beslissing van de rechter terzake lagere zorgvuldigheids- en motiveringseisen kunnen worden gesteld dan aan de beslissing van het bestuursorgaan.<sup>325</sup>

### 3.3 EUROPEES EN INTERNATIONAAL KADER

#### 3.3.1 Inleiding

Ook uit het Europese en internationale recht vloeien normatieve vereisten voort ten aanzien van de feitenvaststelling. Het Nederlandse bestuur en de rechter dienen daaraan te voldoen. Voorts is de Nederlandse wetgever ook gehouden het wettelijk kader in overeenstemming met deze vereisten vorm te geven. In deze paragraaf wordt een schets gegeven van het relevante Europese en internationale kader. Eerst wordt, vanwege het relatief grote belang daarvan, uitgebreider ingegaan op het EVRM, in welk verband ook – kort – de relevante VN-verdragen aan de orde worden gesteld. Daarna komt het EU-recht aan bod. Deze paragraaf wordt afgesloten met een conclusie.

<sup>325</sup> Vgl. De Waard 1987, hoofdstuk 9.

### 3.3.2 EVRM en VN-verdragen

#### 3.3.2.1 *Introductie*

In deze paragraaf wordt primair onderzocht welk normatief kader ten aanzien van de feitenvaststelling voortvloeit uit het EVRM. Daarbij wordt met name jurisprudentie van het EHRM betrokken nu deze uiteindelijk maatgevend is. Incidenteel zal ook worden gezien op welke wijze de Nederlandse bestuursrechter de EVRM-normen interpreteert en toepast. Waar nodig zal daarbij ook literatuur worden betrokken.

Om een compleet beeld te geven zal achtereenvolgens worden ingegaan op artikel 6 EVRM, artikel 13 EVRM en procedurele eisen uit materiële EVRM-bepalingen en, ten slotte, op de betekenis van de wijze van toetsing door het EHRM.

Rechtsnormen uit de meest relevante VN-mensenrechtenverdragen (IVBPR, IVRD en VN-Antifolteringverdrag) komen alleen aan de orde in de spaarzame gevallen waarin zij iets toevoegen aan het reeds uit het EVRM voortvloeiende normatieve kader.<sup>326</sup> Het IVDV en het IVRK worden verder niet behandeld, maar daarover kan wel worden opgemerkt dat deze verdragen staten verplichten om ook in het kader van de vormgeving van het procesrecht rekening te houden met de bijzondere positie van vrouwen en kinderen en te waarborgen dat zij in zaken die hun rechten raken effectieve rechtsbescherming genieten.<sup>327</sup>

#### 3.3.2.2 *Artikel 6 EVRM*<sup>328</sup>

##### *Hoofdilijnen en toepassingsbereik*

Artikel 6 lid 1 EVRM bepaalt dat een ieder bij geschillen over het vaststellen van 'civil rights and obligations' en bij het bepalen van de gegrondheid van een 'criminal charge' recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Verder volgt uit de bepaling dat de uitspraak in beginsel in het openbaar wordt gedaan. Wanneer sprake is van een 'criminal charge' gelden op grond van artikel 6 lid 3 EVRM bovendien nog aanvullende eisen voor een adequate verdediging. In een dergelijke situatie geldt op grond van artikel 6 lid 2 EVRM ook de onschuldpresumptie.

Het EHRM heeft het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM uitgebreid via een ruime en autonome interpretatie van het begrip 'civil rights and obligations', waarbij niet doorslaggevend is of een geschil naar nationaal recht als civielrechtelijk wordt gezien.<sup>329</sup> Als gevolg daarvan vallen ook vrijwel alle bestuursrechtelijke

326. Onder deze verdragen gaat de bepaling die de meeste bescherming biedt namelijk voor. Vgl. art. 53 EVRM en art. 5 lid 2 IVBPR.

327. Vgl. Bayefsky 2003 en de daarin genoemde literatuur.

328. Zie over het EVRM en het Nederlandse bestuurs(proces)recht Alkema 1996, p. 18-24; Overkleeft-Verburg 1999, p. 129-153; Simon 1999a, p. 155-192; Simon 1999b, p. 1187-1197; Alkema 1999, p. 35-55; Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 327-408; Simon 2001, p. 109-139; Verhey 2001, p. 141-154; Simon 2003, p. 170-181 (deel I) en 2004, p. 2-14 (deel II); Jansen 2004; Barkhuysen 2004, p. 1-113.

329. EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, par. 32.

geschillen onder het toepassingsbereik, met uitzondering van geschillen inzake de rechtspositie van ambtenaren die typisch publiek(e)(rechtelijke) taken verrichten,<sup>330</sup> geschillen over politieke rechten als het kiesrecht,<sup>331</sup> geschillen met betrekking tot de toelating en uitzetting van vreemdelingen<sup>332</sup> en fiscale procedures.<sup>333</sup> Op deze beperkingen wordt kritiek uitgeoefend omdat ook in de uitgezonderde zaken de rechtspositie van een particulier aan de orde is en niet duidelijk is waarom daar niet eveneens het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM zou moeten gelden.<sup>334</sup> Overigens is er in het bestuursrecht niet pas sprake van een 'geschil' en daarmee van toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 EVRM vanaf het moment dat beroep is ingesteld bij de rechter. Dat moment ligt eerder, namelijk wanneer een bezwaarschrift is ingediend tegen het bestreden besluit.<sup>335</sup> Dat betekent onder meer dat het geschil vanaf deze fase binnen een redelijke termijn moet worden afgehandeld, waarbij geldt dat ook de nafase (nadat de rechter een besluit heeft vernietigd en het bestuur een nieuw besluit moet nemen) daarvoor meetelt.<sup>336</sup>

Daarnaast heeft het Hof ook het begrip 'criminal charge' op ruime en autonome wijze uitgelegd, waardoor daaronder in beginsel ook bestuurlijke (en dus ook fiscale) sancties vallen tenzij deze, zoals bestuursdwang, de last onder dwangsom en in bepaalde gevallen de intrekking van een vergunning, een zuiver reparatoir karakter hebben en niet zijn gericht op afschrikking en leedtoevoeging.<sup>337</sup> Het Hof heeft daarmee voorkomen dat staten zich door het overhevelen van sancties van het strafrecht naar het bestuursrecht zouden kunnen onttrekken aan de (extra) vereisten van artikel 6 EVRM ten aanzien van 'criminal charges'. Er bestaat discussie over de vraag of ook lichte boetes onder de bescherming van artikel 6 EVRM zouden moeten vallen.<sup>338</sup> Het Hof heeft deze tot nu toe niet principieel buiten het bereik van artikel 6 EVRM gebracht en volgt een casuïstische koers. De aard en zwaarte van de sanctie is naast de aard van de overtreding één van de criteria die het Hof – meestal alternatief,<sup>339</sup> maar soms ook cumulatief<sup>340</sup> – hanteert om te bepalen of er sprake is van een 'criminal charge' in zaken waarin een sanctie naar nationaal recht niet reeds als strafrechtelijk kan worden gekwalificeerd.<sup>341</sup> In het kader van dit onderzoek wordt verder aangenomen dat punitieve besluiten steeds een 'criminal charge' inhouden in de zin van artikel 6 EVRM. Onder een 'charge' wordt verstaan de officiële mededeling dat iemand wordt ver-

330. EHRM 8 december 1999, Pellegrin t. Frankrijk, par. 64-67.

331. EHRM 21 oktober 1997, Pierre-Bloch t. Frankrijk, par. 50-52.

332. EHRM 5 oktober 2000, Maaouia t. Frankrijk, par. 36-40.

333. EHRM 12 juli 2001, Ferrazzini t. Italië, par. 25-31.

334. Vgl. Van Dijk 2003, p. 945-961.

335. EHRM 9 december 1994, Schouten en Meldrum t. Nederland.

336. EHRM 19 maart 1997, Hornsby t. Griekenland. Vgl. Jansen 2001, p. 50-60.

337. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-53. Vgl. EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden, par. 46 (intrekking drankvergunning i.c. geen 'criminal charge').

338. Een tegenstander daarvan is Wattel 1995, p. 212-221.

339. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-53; EHRM 24 september 1994, Garyfallou t. Griekenland.

340. EHRM 3 juni 2003, Morel t. Frankrijk (ontv. besl.).

341. Vgl. EHRM 9 oktober 2003, Ezech & Connors t. Verenigd Koninkrijk, par. 86 (daarin wordt aangegeven dat het gaat om 'alternatieve en niet noodzakelijkerwijze cumulatieve criteria').

dacht van een overtreding of een andere maatregel waaruit blijkt dat op de betrokkene een verdenking rust.<sup>342</sup> Vanaf het moment dat er sprake is van een 'charge', is artikel 6 EVRM van toepassing. Artikel 6 EVRM verzet zich niet tegen het opleggen van sancties die een 'criminal charge' inhouden door het bestuur, maar wel moet daartegen rechterlijk beroep open staan conform artikel 6 lid 1 en ook dienen de eisen van artikel 6 lid 2 en 3 in acht te worden genomen.<sup>343</sup>

Verder vereist artikel 6 EVRM een daadwerkelijke en effectieve toegang tot de rechter, een vereiste dat mede – zoals hierna zal blijken – invloed kan hebben op de bemoeienis van de rechter met de feitenvaststelling en de aan bewijs(levering) gestelde eisen. De financiële positie van een staat is op zich geen reden voor een beperking van dit recht op toegang tot de rechter.<sup>344</sup> Waar nodig moet, bijvoorbeeld, zijn voorzien in een systeem van gefinancierde rechtsbijstand<sup>345</sup> en griffierechten of andere kosten mogen niet zo hoog zijn dat zij feitelijk een effectief gebruik van een rechtsgang blokkeren.<sup>346</sup> Verder dient het systeem van toegang tot de rechter voldoende duidelijk te zijn. Indien dit stelsel van rechtsbescherming zo ondoorgrondelijk is, dat de rechtszoekende er geen touw aan kan vastknopen en daardoor fouten maakt die leiden tot niet-ontvankelijkheid, is het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 lid 1 EVRM geschonden.<sup>347</sup> Een effectieve toegang tot de rechter betekent eveneens dat er *geen* onnodige (procesrechtelijke) drempels mogen worden opgeworpen. Zo kan er bij de hantering van termijnen sprake zijn van 'excessief formalisme', waardoor het recht op toegang tot de rechter onnodig wordt belemmerd. Zo acht het Hof artikel 6 lid 1 EVRM geschonden in de zaak *Zednik tegen Tsjechië*. In casu had de advocaat van klager op de laatste dag van een door de rechter gestelde termijn om aanvullende gegevens te verstrekken, deze gegevens per fax toegestuurd, terwijl de bijlagen diezelfde dag per post werden bezorgd. Om deze reden verklaarde de nationale rechter Zednik niet-ontvankelijk in zijn vordering. Het EHRM keurt deze handelswijze af, nu het Tsjechische recht geen duidelijkheid verschafte over het aflopen van een door de rechter gestelde termijn, terwijl de rechter had kunnen aansluiten bij wel in de wet opgenomen bepalingen over termijnen, die voor de klager een gunstigere regeling inhielden (op grond waarvan de termijn eindigt op de dag dat de stukken ter post werden bezorgd).<sup>348</sup> Beperkingen van het recht op

342. EHRM 10 december 1982, Foti e.a. Italië, par. 52; EHRM 22 mei 1998, Hozee t. Nederland, par. 44.

343. Vgl. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-53.

344. EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk.

345. EHRM 9 oktober 1997, Airey t. Ierland.

346. EHRM 19 juni 2001, Kreuz t. Polen.

347. Zie bijv. EHRM 16 december 1992, De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk; EHRM 12 november 2002, Beles e.a. t. Tsjechië; EHRM 24 februari 2004, Vodarenska Akciova Spolecnost, A.S. t. Tsjechië.

348. EHRM 28 juni 2005, Zednik t. Tsjechië; zie verder bijv. EHRM 20 april 2004, Bulena t. Tsjechië; EHRM 25 mei 2004, Kadlec e.a. t. Tsjechië; EHRM 19 mei 2005, Kaufmann t. Italië. Vgl. EHRM 10 juli 2001, Tricard t. Frankrijk, waarin het Hof een absolute belemmering van het recht op toegang tot de rechter uit art. 6 lid 1 EVRM aannam, aangezien de klager, woonachtig in Polynesië, de beslissing waarvan beroep eerst na afloop van de cassatietermijn van vijf dagen ontving.

toegang tot de rechter via formaliteiten en ontvankelijkheidsvoorwaarden moeten volgens het Hof een legitiem doel dienen en er moet sprake zijn van evenredigheid tussen doel en middel. Te ver doorslaand formalisme kan volgens het Hof de kern van het recht op toegang tot de rechter aantasten. Zo had het Griekse Hof van Cassatie een klacht inzake een onteigeningsprocedure niet-ontvankelijk verklaard omdat een partij in haar cassatiemiddelen geen bewijs had aangedragen inzake de fout van een gerechtsdeurwaarder. Het EHRM is van mening dat dit oordeel in de gegeven omstandigheden getuigt van een te rigide formalisme. Er wordt strijd met artikel 6 lid 1 EVRM geconstateerd aangezien de betrokken partij in haar beroep wel melding had gemaakt van de fout van de gerechtsdeurwaarder en tevens bij haar conclusies een verklaring van de deurwaarder had overgelegd waarin deze zijn fout erkende.<sup>349</sup>

De equivalent van artikel 6 EVRM op VN-niveau is artikel 14 IVBPR. Deze bepaling biedt niet meer waarborgen dan artikel 6 EVRM, zij het dat het toezichthoudend comité nog in het midden heeft gelaten of het zich al dan niet aansluit bij de uitzonderingen die het EHRM heeft gemaakt op het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM in geval van geschillen over 'civil rights and obligations'. Anders dan in artikel 6 EVRM is in artikel 14 lid 3 onder g IVBPR wel expliciet het recht opgenomen dat een ieder die wordt vervolgd voor een strafbaar feit, het recht heeft niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Zoals hierna zal blijken, heeft het EHRM een dergelijk recht echter wel ingelezen in artikel 6 EVRM.<sup>350</sup>

#### *Eisen artikel 6 lid 1 EVRM*

##### 'Geen bewijsregels'

Artikel 6 lid 1 EVRM schrijft geen bewijsrechtelijke regels voor met betrekking tot geschillen over 'civil rights and obligations' (dat ligt anders ten aanzien van de 'criminal charge', maar daarop wordt hierna apart ingegaan). Het EHRM laat de regeling daarvan grotendeels aan de verdragsstaten over.<sup>351</sup> In de zaak *Barberá e.a. t. Spanje* formuleert het Hof het zo:

'68. As a general rule, it is for the national courts, and in particular the court of first instance, to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence (...)'<sup>352</sup>

Uit artikel 6 lid 1 EVRM volgt geen bewijslastverdeling en ook geen regeling met betrekking tot de toelaatbaarheid van bewijs. Dat is volgens het EHRM een zaak van nationaal recht. Het Hof zal dus ook niet toetsen of de nationale rechter de juiste bewijsbeslissingen heeft genomen of een juist oordeel heeft gegeven over een bewijsbeslissing van het bestuur.<sup>353</sup> In de woorden van het Hof:

349. EHRM 11 januari 2001, Platakou t. Griekenland.

350. Vgl. Nowak 2005, p. 302-357.

351. Jansen 2004, p. 82-83.

352. EHRM 6 december 1988, Barberá e.a. t. Spanje, par. 68.

353. Schuurmans 2005, p. 284-286.

‘While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law (...). It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair.’<sup>354</sup>

Het voorgaande betekent echter niet dat uit artikel 6 lid 1 EVRM geen normen voortvloeien ten aanzien van de feitenvaststelling. Het artikel eist namelijk wel toegang tot een rechter en garandeert een eerlijk proces. In het navolgende zal blijken dat deze vereisten – zoals uitgelegd in de jurisprudentie van het EHRM – wel degelijk normen impliceren ten aanzien van de feitenvaststelling.<sup>355</sup>

#### ‘Full jurisdiction’

Van belang is om te beginnen dat artikel 6 lid 1 EVRM niet alleen toegang tot een rechter garandeert maar ook eisen stelt aan de rechterlijke toetsing van overheids-optreden. In het kader van een procedure moet op grond van vaste jurisprudentie ten minste één rechterlijke instantie met volledige rechtsmacht (‘full jurisdiction’) de betreffende besluiten kunnen controleren:

‘decisions of administrative authorities which do not themselves satisfy the requirements of Article 6 should be subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction.’<sup>356</sup>

De eis van ‘full jurisdiction’ houdt in dat de betreffende rechter de bevoegdheid moet hebben: ‘to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it.’<sup>357</sup>

De rechter moet op grond van artikel 6 lid 1 EVRM dus alle voor het betreffende geschil relevante vragen van juridische en feitelijke aard kunnen onderzoeken. Het is belangrijk om expliciet te constateren dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen rechtsvragen en feitelijke vragen:

354. EHRM 12 mei 2000, Kahn t. Verenigd Koninkrijk, par. 34; EHRM 5 november 2002, Allan t. Verenigd Koninkrijk, par. 42.

355. Vgl. voor een basaal overzicht ook Recommendation Rec(2004)20 ‘The judicial review of administrative acts’ van het Comité van Ministers van de Raad van Europa d.d. 15 december 2004 met toelichting. Daarin worden de aanbevelingen gedaan die mede zijn gebaseerd op de art. 6 EVRM-jurisprudentie van het EHRM.

356. EHRM 10 februari 1983, Albert & Le Compte t. België, par. 29. Zie nadien ook EHRM 21 september 1993, Zumtobel t. Oostenrijk, par. 29; EHRM 25 november 1994, Ortenberg t. Oostenrijk, par. 31; EHRM 26 april 1995, Fischer t. Oostenrijk, par. 28.

357. EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België, par. 51; EHRM 10 februari 1983, Albert & Le Compte t. België, par. 29. Zie nader Kuipers 1996, p. 97-III.



‘Both categories of question are equally crucial for the outcome of proceedings relating to ‘civil rights and obligations’. Hence the ‘right to a court’ (...) and the right to a judicial determination of the dispute (...) covers questions of fact as much as questions of law.’<sup>358</sup>

De rechter is niet verplicht tot een ambthalfve toetsing maar moet wel serieus ingaan op hetgeen een betrokkene aanvoert, ook als het gaat om bewijs. De rechter is verplicht:

‘...to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessment of whether they are relevant to its decision.’<sup>359</sup>

Verder geldt een motiveringsverplichting, hetgeen echter niet betekent dat op elk argument gedetailleerd moet worden ingegaan:

‘Article 6 para. 1 (art. 6-1) obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met.’<sup>360</sup>

Uit het voorgaande volgt dat de rechter om te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM dus ook moet kunnen oordelen over de vaststelling van de feiten als deze relevant zijn in het geschil. Daarmee is van belang wat wordt bedoeld met ‘facts relevant to the dispute’. Immers alleen met betrekking tot deze feiten geldt het vereiste van ‘full jurisdiction’. Daalder & Schreuder-Vlasblom hebben betoogd dat die relevantie bepaald moet worden naar nationaal recht. Daarin geldt dat feiten die behoren tot het bewijsdomein van de burger waarop het bestuur deze ook uitdrukkelijk heeft gewezen en die pas na het nemen van het bestreden besluit in de rechterlijke fase naar voren worden gebracht, niet meer relevant zijn. Dit omdat een geschil naar Nederlands recht geen betrekking heeft op de aanvraag zelf, maar op het besluit en de vraag of dat al dan niet rechtmatig is.<sup>361</sup> Met Widdershoven e.a. kan worden ingestemd dat het niet waarschijnlijk is dat het EHRM een dergelijke louter nationale invulling zal kiezen. Dat zou namelijk de mogelijkheid creëren het nationale procesrecht zo in te richten dat rechterlijk feitenonderzoek (vrijwel) uitgesloten is, hetgeen niet aansluit bij het uitgangspunt van daadwerkelijke, effectieve rechtsbescherming.<sup>362</sup> Bovendien past een dergelijke terughoudende uitleg niet in de lijn van de hiervoor geschetste jurisprudentie op basis waarvan de rechter in beginsel juist steeds serieus moet ingaan op hetgeen een betrokkene aanvoert.

358. EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*, par. 51.

359. EHRM 19 april 1994, *Van de Hurk t. Nederland*, par. 59.

360. EHRM 19 april 1994, *Van de Hurk t. Nederland*, par. 61; Vgl. EHRM 9 december 1994, *Ruiz Torija t. Spanje*, par. 29.

361. *Daalder & Schreuder-Vlasblom* 2000, p. 214-221.

362. *Widdershoven e.a.* 2001, p. 218.

Daarmee is de vraag aan de orde hoe intensief de rechter terzake moet kunnen toetsen. Uitgangspunt van de jurisprudentie van het EHRM lijkt<sup>363</sup> te zijn dat de rechter een eigen oordeel over de feiten moet geven hetgeen impliceert dat hij de bestuurlijke feitenvaststelling vol moet kunnen toetsen. Gewezen kan hier worden op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Terra Woningen t. Nederland*. Daarin werd een schending van artikel 6 lid 1 EVRM aangenomen omdat de kantonrechter bij het vaststellen van een huurprijs niet zelfstandig wilde onderzoeken of er sprake was van bodemverontreiniging (een factor bij het bepalen van de huurprijs) en het standpunt van Gedeputeerde Staten daarover zonder meer overnam. Dit ondanks het feit dat partijen van mening verschilden over de vraag of er inderdaad sprake was van bodemverontreiniging. In de woorden van het Hof:

‘54. In so doing the Schiedam District Court, a “tribunal” satisfying the requirements of Article 6 para. 1 (...) (as was not contested), deprived itself of jurisdiction to examine facts which were crucial for the determination of the dispute.

55. In these circumstances the applicant company cannot be considered to have had access to a tribunal invested with sufficient jurisdiction to decide the case before it. There has accordingly been a violation of Article 6 para. 1 (...).<sup>364</sup>

Uit het voorgaande zou kunnen worden afgeleid dat een meer terughoudende – marginale – toetsing van de feitenvaststelling nooit door de beugel zou kunnen,<sup>365</sup> maar uit de zaak *Bryan t. Verenigd Koninkrijk* blijkt dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden daarmee wel genoeg neemt.<sup>366</sup> Deze zaak betrof een handhavingsbesluit op grond waarvan de heer Bryan twee huizen moest slopen en bouw materiaal moest verwijderen. Daartegen kwam hij vergeefs op bij het bestuursorgaan dat het besluit nam, waarna er beroep werd ingesteld bij de rechter. Daar kon echter de juistheid van de vastgestelde feiten die de basis vormden van het besluit niet meer direct worden betwist. De rechter was alleen bevoegd ten aanzien van rechtsvragen en kon geen nader bewijs ontvangen. Wel had de rechter de bevoegdheid om te beoordelen of de procedure waarin de feiten waren vastgesteld rechtmatig was en of de feitenvaststelling ‘perverse or irrational’ was. De klacht van de heer Bryan dat de beperkte omvang van de rechterlijke toets in casu

363. Enige voorzichtigheid is geboden aangezien er nog niet sprake is van een duidelijke, vaste jurisprudentielijn. Vgl. de kritische opmerkingen daarover van de toenmalige Nederlandse rechter in het EHRM, Martens, over de weinig consistente rechtspraak van het Hof op dit punt terzake van bestuursrechtelijke geschillen. Tevens uit hij kritiek op het feit dat op grond van art. 6 lid 1 met betrekking tot geschillen over een ‘criminal charge’ veel duidelijkere en scherpere eisen worden gesteld. Zie zijn ‘separate opinions’ bij EHRM 26 april 1995, Fischer t. Oostenrijk en EHRM 23 oktober 1995, Schmutz t. Oostenrijk.

364. EHRM 17 december 1996, *Terra Woningen t. Nederland*, par. 54-55. Vgl. ook EHRM 26 april 1995, Fischer t. Oostenrijk (daarin was geklaagd over schending van de eis van ‘full jurisdiction’ maar deze klacht werd afgewezen omdat niet was gebleken van beperkte mogelijkheden om kwesties ten aanzien van de feiten te onderzoeken en nieuw bewijs mee te nemen).

365. In die zin bijv. De Bock 2000, p. 66-77 op p. 76.

366. EHRM 22 november 1995, *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*.

een schending van artikel 6 lid 1 EVRM inhield, werd echter unaniem door het EHRM afgewezen:

‘44. The Court notes that the appeal to the High Court, being on “points of law”, was not capable of embracing all aspects of the inspector’s decision concerning the enforcement notice served on Mr Bryan. In particular, as is not infrequently the case in relation to administrative-law appeals in the Council of Europe member States, there was no rehearing as such of the original complaints submitted to the inspector; the High Court could not substitute its own decision on the merits for that of the inspector; and its jurisdiction over the facts was limited (...).

However, apart from the classic grounds of unlawfulness under English law (going to such issues as fairness, procedural propriety, independence and impartiality), the inspector’s decision could have been quashed by the High Court if it had been made by reference to irrelevant factors or without regard to relevant factors; or if the evidence relied on by the inspector was not capable of supporting a finding of fact; or if the decision was based on an inference from facts which was perverse or irrational in the sense that no inspector properly directing himself would have drawn such an inference (...).

45. Furthermore, in assessing the sufficiency of the review available to Mr Bryan on appeal to the High Court, it is necessary to have regard to matters such as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at, and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal.

46. In this connection the Court would once more refer to the uncontested safeguards attending the procedure before the inspector: the quasi-judicial character of the decision-making process; the duty incumbent on each inspector to exercise independent judgment; the requirement that inspectors must not be subject to any improper influence; the stated mission of the Inspectorate to uphold the principles of openness, fairness and impartiality (...). Further, any alleged shortcoming in relation to these safeguards could have been subject to review by the High Court.

47. In the present case there was no dispute as to the primary facts. Nor was any challenge made at the hearing in the High Court to the factual inferences drawn by the inspector, following the abandonment by the applicant of his objection to the inspector’s reasoning under ground (b) (...). The High Court had jurisdiction to entertain the remaining grounds of the applicant’s appeal, and his submissions were adequately dealt with point by point (see paragraph 12 above). These submissions, as the Commission noted, went essentially to questions involving “a panoply of policy matters such as development plans, and the fact that the property was situated in a green belt and a conservation area”.

Furthermore, even if the applicant had sought to pursue his appeal under ground (b), the Court notes that, while the High Court could not have substituted its own findings of fact for those of the inspector, it would have had the power to satisfy itself that the

inspector's findings of fact or the inferences based on them were neither perverse nor irrational (...).

Such an approach by an appeal tribunal on questions of fact can reasonably be expected in specialised areas of the law such as the one at issue, particularly where the facts have already been established in the course of a quasi-judicial procedure governed by many of the safeguards required by Article 6 para. 1 (art. 6-1). It is also frequently a feature in the systems of judicial control of administrative decisions found throughout the Council of Europe member States. Indeed, in the instant case, the subject-matter of the contested decision by the inspector was a typical example of the exercise of discretionary judgment in the regulation of citizens' conduct in the sphere of town and country planning.

The scope of review of the High Court was therefore sufficient to comply with Article 6 para. 1 (art. 6-1).<sup>367</sup>

Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling bevinden zich dus 'in de gevarezone van artikel 6 EVRM',<sup>368</sup> maar zijn gelet op de zaak *Bryan* niet zonder meer ongeoorloofd.<sup>369</sup> Voor dergelijke beperkingen moet wel een overtuigende rechtvaardigingsgrond bestaan, zoals de aard van het materiële rechtsgebied en de daaraan verbonden bestuurlijke vrijheid en het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling. Daarbij is van belang dat de bestuurlijke feitenvaststelling in een met voldoende waarborgen omklede – quasi-rechterlijke – gespecialiseerde administratieve voorprocedure heeft plaatsgevonden.<sup>370</sup> Hieruit lijkt voort te vloeien dat het in dergelijke gevallen in het licht van artikel 6 EVRM ook mogelijk is grenzen te stellen aan het inbrengen van bepaald nieuw bewijsmateriaal in de rechterlijke procedure. Sommig bewijsmateriaal vergt immers een geheel nieuwe beoordeling door de rechter, iets waartoe hij echter juist niet in staat is gelet op, bijvoorbeeld, de daartoe vereiste specialisatie. Met *Widdershoven e.a.* kan worden ingestemd dat een dergelijke beperking echter alleen lijkt te zijn toegestaan onder artikel 6 EVRM indien de betrokkene (in de bestuurlijke fase) goed is voorgelicht over zijn bewijslast en weet dat hij daar bepaalde gegevens dient in te brengen.<sup>371</sup> Is daarvan geen sprake, dan wordt ook niet voldaan aan het vereiste van de semi-rechterlijke waarborgen.<sup>372</sup>

De beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling mogen in ieder geval nooit zo ver gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Dat zou immers feitelijk betekenen dat de betrokkene op

367. EHRM 22 november 1995, *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*, par. 44-47.

368. *Widdershoven e.a.* 2001, p. 37.

369. Zie voor een bevestiging van de *Bryan*-lijn: EHRM 18 januari 2001 *Chapman t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 4 oktober 2001 *Potocka e.a. t. Polen*; EHRM 28 mei 2002, *Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*.

370. EHRM 22 november 1995, *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*, par. 30-47. *Widdershoven* 2001, p. 34-38.

371. *Widdershoven e.a.* 2001, p. 218-219.

372. *Polak e.a.* 2004, p. 112.

dat punt geen toegang heeft tot de rechter. Er moet in het kader van de rechterlijke procedure een debat kunnen worden gevoerd over de juistheid van het bestuurlijke feitenoordeel en de wijze waarop dat tot stand is gekomen. Het geheel uitsluiten daarvan kan blijkens de jurisprudentie van het EHRM niet door de beugel.<sup>373</sup> Gewezen kan worden op de al genoemde zaak *Terra Woningen t. Nederland* en op de meer recente zaak *Chevrol t. Frankrijk*.<sup>374</sup> Deze laatste zaak werd aan het EHRM voorgelegd nadat de Franse Raad van State (*Conseil d'Etat*) het beroep van verzoekster tegen de weigering haar Algerijnse artsexamen te erkennen had afgewezen. Daarbij heeft de Raad van State zijn eigen jurisprudentie gevolgd, waarbij hij, bij de beantwoording van de vraag of de betreffende verdragen toepasselijk waren, zich geheel heeft verlaten op het oordeel van een bestuursorgaan, ook waar dat de feitenvaststelling betrof. Het EHRM is daarover kritisch: ook al lijkt raadpleging van de minister door de Raad van State over de beoordeling van de voorwaarde van wederkerigheid bij de erkenning van diploma's noodzakelijk, door deze wijze van werken verplicht de Raad van State zich het oordeel te volgen van de minister, dat wil zeggen van een buiten de Raad staande en tot de uitvoerende macht behorende autoriteit, zonder het oordeel van die autoriteit aan kritiek of aan een contradictoir debat te onderwerpen. Het Hof is verder van oordeel dat met betrekking tot het inwinnen van het oordeel van de minister, dat bepalend zou zijn voor hetgeen in het geschil ter beslissing stond, voor appellante geen enkele voorziening openstond. Zij heeft geen enkele gelegenheid gekregen zich uit te spreken over het gebruik van het ministerieel oordeel, of over de formulering van de aan de minister gestelde vraag, of over de elementen van de beantwoording van die vraag. Appellante heeft aan de Raad van State verscheidene stukken overgelegd om aan te tonen dat de Algerijnse overheid de betreffende regelingen feitelijk wel degelijk toepaste. Deze stukken zijn zelfs niet onderzocht door de Raad, die derhalve niet heeft willen onderzoeken of zij een goede grondslag voor het betoog van appellante vormden. Aldus heeft de Raad zich gebonden geacht aan het oordeel van de minister, en zichzelf de bevoegdheid ontzegd om feitelijke gegevens die beslissend konden zijn voor het aan hem voorgelegde geschil in zijn beoordelingen te betrekken. Onder deze omstandigheden kan volgens het EHRM niet worden gezegd dat appellante toegang heeft gehad tot een rechterlijke instantie die een toereikende bevoegdheid had, dan wel erkende dat zij een dergelijke bevoegdheid had, om zich te buigen over alle feitelijke en juridische kwesties die relevant waren om het geschil te beoordelen.

De hiervoor geschetste lijn in de jurisprudentie is ook terug te vinden in een aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa met betrekking tot 'judicial review'.<sup>375</sup> Onder punt 4.e wordt daarin aangegeven dat:

'The tribunal should be in a position to examine all of the legal and factual issues relevant to the case presented by the parties.'

373. Vgl. Schuurmans 2005, p. 290-292.

374. EHRM 13 februari 2003, *Chevrol t. Frankrijk*, par. 81-83.

375. Recommendation Rec(2004)20 'The judicial review of administrative acts' van het Comité van Ministers van de Raad van Europa d.d. 15 december 2004 met toelichting.

In de toelichting bij deze aanbeveling wordt dit punt nader uitgewerkt:

‘70. Regarding the facts, the court must be competent to ascertain these (*Fischer* judgment, 1995) or at least to correct errors of fact (*Albert and Le Compte* judgment, 1983). One possibility is that the court should be able to ascertain the relevant facts itself by rehearing the case. However, Article 6.1 of the ECHR apparently does not preclude a system whereby the court must rely on the facts ascertained by the administrative authority. In that case it is nonetheless vital that the procedure before the administrative authority should offer guarantees concerning the decision-making process and also that the court should be able to ascertain, firstly, that the administration’s findings of fact were based on sufficiently sound evidence and, secondly, that the administrative act did not result from a conclusion which no administrative authority, acting rightly, would have drawn from the facts (*Potocka* judgment, 2001).’

#### ‘Eerlijk proces’

Ook vereist artikel 6 EVRM een *eerlijk proces*, ofwel een ‘fair trial’. Over wat dit eerlijke proces precies inhoudt, zwijgt het artikel echter. Uit de jurisprudentie blijkt dat het hier onder meer gaat om de volgende beginselen: het recht op hoor en wederhoor, het recht op een procedure op tegenspraak (‘adversarial proceedings’), de processuele gelijkwaardigheid van partijen (‘equality of arms’), de rechtmatigheid van het gebruikte bewijs en de motivering van het vonnis.<sup>376</sup> Deze beginselen zijn niet altijd even strak van elkaar te scheiden, maar hebben in ieder geval gemeen dat ze vallen onder het recht op een eerlijk proces. Voor het Hof is uitgangspunt dat de ‘procedure as a whole’ aan de eisen van een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM moet voldoen.<sup>377</sup> Dit betekent dat strijdigheden met artikel 6 EVRM in de loop van de nationale procedure kunnen worden hersteld.<sup>378</sup> Al deze elementen van een ‘fair trial’ kunnen in het bestuursrechtelijke proces met betrekking tot de feitenvaststelling een rol spelen.

Sommige elementen van het recht op een eerlijk proces die in het kader van het normatieve kader voor de feitenvaststelling in het bijzonder van belang zijn, worden hierna iets nader uitgewerkt.

Om te beginnen kan erop worden gewezen dat partijen in beginsel het recht hebben om in rechte te worden gehoord, zeker wanneer het niet (alleen) om rechtsvragen gaat.<sup>379</sup> Partijen kunnen echter afstand doen van dit recht in welk geval geen hoorzitting hoeft plaats te vinden, tenzij het algemeen belang daartoe wel zou nopen.<sup>380</sup> Deze afstand kan ook stilzwijgend plaatsvinden wanneer in een situatie waarin het de praktijk is dat er een verzoek moet worden gedaan om een hoorzitting, dit verzoek niet wordt gedaan.<sup>381</sup>

376. Vgl. Alkema, 1999, p. 46.

377. Zie bijv. EHRM 18 maart 1997, Mantovanelli t. Frankrijk.

378. Zie bijv. EHRM 20 mei 1998, Gautrin e.a. t. Frankrijk, inzake een medische tuchtprocedure.

379. Vgl. EHRM 19 december 1997, Helle t. Finland; EHRM 8 december 1983, Axen t. Duitsland.

380. Vgl. EHRM 21 september 1993, Zumbel t. Oostenrijk, par. 34.

381. EHRM 21 februari 1990, Hakansson en Sturesson t. Zweden.

Daarnaast is van belang het recht op een procedure op tegenspraak. Dit recht houdt in dat partijen in een procedure de mogelijkheid moeten hebben kennis te nemen van en commentaar te leveren op al de bewijsmiddelen (ook getuigenbewijs) en opmerkingen die naar voren worden gebracht met het oog op beïnvloeding van de beslissing van de rechter.<sup>382</sup> Daaronder valt ook het recht op een contra-expertise dat door het betreffende bestuursorgaan niet illusoir mag worden gemaakt.<sup>383</sup>

Normaal gesproken is het in dit kader voldoende wanneer *in rechte* commentaar kan worden geleverd op een deskundigenrapport, bijvoorbeeld door het indienen van een tegenrapport.<sup>384</sup> Zoals het Hof het formuleert in de zaak *Mantovanelli t. Frankrijk*:

‘33. The Court notes that one of the elements of a fair hearing within the meaning of Article 6 para. 1 (art. 6-1) is the right to adversarial proceedings; each party must in principle have the opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court’s decision (...).

In this connection, the Court makes it clear at the outset that, just like observance of the other procedural safeguards enshrined in Article 6 para. 1 (art. 6-1), compliance with the adversarial principle relates to proceedings in a “tribunal”; no general, abstract principle may therefore be inferred from this provision (art. 6-1) that, where an expert has been appointed by a court, the parties must in all instances be able to attend the interviews held by him or to be shown the documents he has taken into account. What is essential is that the parties should be able to participate properly in the proceedings before the “tribunal” (...).’<sup>385</sup>

Soms kan dit echter anders liggen en moeten partijen reeds in de voorprocedure – voordat de zaak bij de rechter aanhangig is – bij de opstelling van een rapport betrokken worden. Zo ging het in de zaak *Mantovanelli* om een procedure die klagers voerden na het overlijden van hun dochter ten gevolge van een medische fout. De klagers waren niet betrokken bij de opstelling van een medisch deskundigenrapport dat grote invloed had op de rechterlijke uitspraak. De rechter was weliswaar juridisch niet gebonden aan dit rapport, maar het had naar alle waar-

382. Zie bijv. EHRM 27 maart 1998, K.D.B. t. Nederland en J.J. t. Nederland. Vgl. EHRM 3 maart 2000, Krcmár t. Tsjechische Republiek, par. 39-43; EHRM 27 april 2000, Kuopila t. Finland, par. 35-38.

383. Vgl. CBB 8 november 2005, *LJN AU7017* (het bieden van de mogelijkheid om hetzelfde monster ten tweede male te laten onderzoeken is volgens het CBB toereikend in het kader van art. 6 EVRM). Vgl. ook CRvB 18 oktober 2005, *AB 2006, 179*, m.nt. B.W.N. de Waard (hoge kosten van medische contra-expertise zijn in casu geen onaanvaardbare drempel i.v.m. art. 6 EVRM omdat betrokkene de verklaring van zijn eigen behandelend arts had kunnen inbrengen, waaraan doorgaans geen of weinig kosten zijn verbonden; in geschil was echter of deze verklaring betrokkene van nut had kunnen zijn).

384. EHRM 29 mei 1986, *Feldbrugge t. Nederland* (waarin in strijd met art. 6 EVRM geen gelegenheid werd geboden te reageren op een deskundigenrapport dat de basis vormde voor een rechterlijke beslissing).

385. EHRM 18 maart 1997, *Mantovanelli t. Frankrijk*, par. 33.

schijnlijkheid wel een doorslaggevende invloed op de waardering van de feiten door de rechter, nu het een technisch onderwerp betrof waarvan de rechter weinig kennis droeg. De klagers werden pas in kennis gesteld van het rapport na afronding ervan en waren derhalve volgens het EHRM niet in staat effectief commentaar te leveren op het meest cruciale bewijsstuk. Het Hof was van mening dat niet voldaan was aan de eis van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM:

'36. However, while Mr and Mrs Mantovanelli could have made submissions to the administrative court on the content and findings of the report after receiving it, the Court is not convinced that this afforded them a real opportunity to comment effectively on it. The question the expert was instructed to answer was identical with the one that the court had to determine, namely whether the circumstances in which halothane had been administered to the applicants' daughter disclosed negligence on the part of the CHRN. It pertained to a technical field that was not within the judges' knowledge. Thus although the administrative court was not in law bound by the expert's findings, his report was likely to have a preponderant influence on the assessment of the facts by that court.

Under such circumstances, and in the light also of the administrative courts' refusal of their application for a fresh expert report at first instance and on appeal (...), Mr and Mrs Mantovanelli could only have expressed their views effectively before the expert report was lodged. No practical difficulty stood in the way of their being associated in the process of producing the report, as it consisted in interviewing witnesses and examining documents. Yet they were prevented from participating in the interviews, although the five people interviewed by the expert were employed by the CHRN and included the surgeon who had performed the last operation on Miss Mantovanelli, and the anaesthetist. The applicants were therefore not able to cross-examine these five people who could reasonably have been expected to give evidence along the same lines as the CHRN, the opposing side in the proceedings. As to the documents taken into consideration by the expert, the applicants only became aware of them once the report had been completed and transmitted.

Mr and Mrs Mantovanelli were thus not able to comment effectively on the main piece of evidence.'<sup>386</sup>

Een en ander hoeft echter niet te leiden tot een eindeloos debat. Het EHRM accepteert de praktijk dat een rechter na hoor en wederhoor tot conclusies komt en geen nieuwe feitelijke gegevens meer in overweging neemt.<sup>387</sup> Verder volgt uit het recht op een eerlijk proces ook niet dat de rechter elk verzoek om nader deskundigenbewijs of onderzoek moet honoreren. Het is aan de rechter om te beoordelen of dat noodzakelijk is.<sup>388</sup>

386. EHRM 18 maart 1997, Mantovanelli t. Frankrijk, par. 36.

387. EHRM 19 april 1994, Van de Hurk t. Nederland, par. 60.

388. EHRM 24 oktober 1989, H. t. Frankrijk, par. 60-61.



Het EHRM laat staten een grote vrijheid wat betreft de regeling met betrekking tot (getuigen)bewijs. De gelijke behandeling van partijen en het recht op een proces op tegenspraak mogen echter niet in het gedrang komen. Het Hof oordeelt steeds in concreto of al dan niet aan deze eisen is voldaan.<sup>389</sup> Benoemt de rechter een deskundige, dan moet deze over deskundigheid, maar ook over de vereiste neutraliteit beschikken.<sup>390</sup> De Centrale Raad van Beroep haakt hierbij aan in een uitspraak waarin wordt geoordeeld dat artikel 6 EVRM niet verplicht tot het verstrekken van een bewijsopdracht aan een partij. Daarbij speelt voor de Raad een rol dat appellants stellingen in het geheel niet met bewijsmateriaal had onderbouwd en de uitspraak van de rechtbank gelet op het wel beschikbare bewijsmateriaal niet als een verrassing kon zijn gekomen.<sup>391</sup>

Verder volgt uit de jurisprudentie van het EHRM dat de rechter zelf (nader) deskundigen(bewijs) moet vragen wanneer dat nodig is om een oordeel te kunnen geven over een zaak en de rechter zelf de benodigde expertise niet bezit, dan wel op zijn minst moet komen tot een vernietiging om zo het bestuur te dwingen tot een nadere beoordeling met eventuele inschakeling van een deskundige. In de zaak *Van Kück t. Duitsland* nam het Hof een schending van artikel 6 lid 1 EVRM aan omdat de Duitse rechter had aangenomen dat er geen medische noodzaak – en daarmee geen vergoedingsplicht voor de verzekering – bestond voor een geslachtsveranderende operatie terwijl het voorliggende deskundigenbewijs wat betreft deze vraag volgens het EHRM geen duidelijk (negatief) antwoord gaf:

‘54. The Court, bearing in mind the complexity of assessing the applicant’s transsexuality and the need for medical treatment, finds that the Regional Court rightly decided to obtain an expert medical opinion on these questions. However, notwithstanding the expert’s unequivocal recommendation of gender reassignment measures in the applicant’s situation, the German courts concluded that she had failed to prove the medical necessity of these measures. In their understanding, the expert’s finding that gender reassignment measures would improve the applicant’s social situation did not clearly assert the necessity of such measures from a medical point of view. The Court considers that determining the medical necessity of gender reassignment measures by their curative effects on a transsexual is not a matter of legal definition. (...)

55. In the present case, the German courts’ evaluation of the expert opinion and their assessment that improving the applicant’s social situation as part of psychological treatment did not meet the requisite condition of medical necessity does not seem to coincide with the above findings of the Court (...). In any case, it would have required special medical knowledge and expertise in the field of transsexualism. In this situa-

389. EHRM 27 oktober 1993, *Dombo Beheer t. Nederland*, par 34-35.

390. EHRM 28 augustus 1991, *Brandstetter t. Oostenrijk* (hetgeen echter niet impliceert dat nooit een deskundige door de rechter mag worden gevraagd die al eerder in de betreffende zaak een opinie heeft gegeven; anders zou volgens het Hof de praktische ruimte voor rechters om deskundigen in te schakelen te zeer worden beperkt).

391. CRvB 1 juni 2005, *JB 2005, 237*, m.nt. D.W.M. Wenders.

tion, the German courts should have sought further, written or oral, clarification from the expert Dr H. or from any other medical specialist.

56. Furthermore, considering recent developments (see *I. v. the United Kingdom and Christine Goodwin...*), gender identity is one of the most intimate areas of a person's private life. The burden placed on a person in such a situation to prove the medical necessity of treatment, including irreversible surgery, appears therefore disproportionate.

57. In these circumstances, the Court finds that the interpretation of the term "medical necessity" and the evaluation of the evidence in this respect were not reasonable.<sup>392</sup>

Interessant aan deze zaak is ook – zoals volgt uit het citaat (par. 56) – dat het Hof aangeeft het in deze zeer gevoelige zaak waarin het gaat om de meest intieme privésfeer, onredelijk te vinden om de bewijslast van de medische noodzaak bij de betrokken persoon te leggen. Daarmee wordt geïllustreerd hetgeen hiervoor is opgemerkt, namelijk dat het Hof geen abstracte regels omtrent bewijs afleidt uit artikel 6 EVRM, maar dat via het recht op een eerlijk proces, al dan niet in combinatie met materiële rechten, zoals het recht op privéleven van artikel 8 EVRM, toch eisen worden gesteld aan de feitenvaststelling. Een omkering van de bewijslast kan – vanwege de zwaarwegende belangen en het feit dat discriminatie vaak moeilijk is aan te tonen – onder bepaalde omstandigheden ook aan de orde zijn bij discriminatie op grond van ras:

166. The Court has held on many occasions that the standard of proof it applies is that of "proof beyond reasonable doubt", but it has made it clear that that standard should not be interpreted as requiring such a high degree of probability as in criminal trials. It has ruled that proof may follow from the co-existence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. It has been the Court's practice to allow flexibility, taking into consideration the nature of the substantive right at stake and any evidentiary difficulties involved. It has resisted suggestions to establish rigid evidentiary rules and has adhered to the principle of free assessment of all evidence. (...)

167. The Court has already recognised that specific approaches to the issue of proof may be needed in cases of alleged discriminatory acts of violence. In one such case, it held that it is not excluded that a measure may be considered as discriminatory on the basis of evidence of its impact (disproportionately prejudicial effects on a particular group), notwithstanding that the measure is not specifically aimed or directed at that group (...).

168. In addition, it has become an established view in Europe that effective implementation of the prohibition of discrimination requires the use of specific measures that take into account the difficulties involved in proving discrimination (...).

392. EHRM 12 juni 2003, Van Kück t. Duitsland, par. 54-57.

169. In the light of the above, the Court considers that in cases where the authorities have not pursued lines of inquiry that were clearly warranted in their investigation into acts of violence by State agents and have disregarded evidence of possible discrimination, it may, when examining complaints under Article 14 of the Convention, draw negative inferences or shift the burden of proof to the respondent Government, as it has previously done in situations involving evidential difficulties (...).<sup>393</sup>

Uit dit citaat blijkt dat het Hof oog heeft voor de bewijsnood die in discriminatiezaken kan ontstaan en om een effectieve bestrijding van discriminatie mogelijk te maken opteert voor een flexibele omgang met bewijs en soms zelfs een omkering van de bewijslast.

Voorts moeten partijen toegang krijgen tot alle relevante stukken van het dossier. Dat geldt zelfs wanneer deze mogelijk inbreuk maken op het privéleven van een betrokkene maar de stukken wel de beslissing kunnen beïnvloeden.<sup>394</sup> Op de betrokken rechter rust, als partijen procederen zonder bijstand van een advocaat, zelfs de positieve verplichting om stukken aan partijen over te leggen dan wel partijen op zijn minst te wijzen op het bestaan van bepaalde stukken, dus ook wanneer daar niet over is geklaagd.<sup>395</sup> De rechter moet de ontvangst van elk stuk dat zijn oordeel kan beïnvloeden aan partijen melden.<sup>396</sup> Ook staatsgeheimen moeten wijken wanneer dat nodig is om een eerlijk proces te waarborgen.<sup>397</sup> Het gaat echter niet om een absoluut recht, zodat het wanneer dat duidelijk noodzakelijk is kan worden beperkt, zij het alleen onder de voorwaarde van strenge rechterlijke controle:

‘However, as the applicant recognised (...), the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (...). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under

- 
393. EHRM 26 februari 2004, *Nachova e.a. t. Bulgarije*, par. 166-169. Terughoudender t.a.v. de verschuiving van de bewijslast zijn echter EHRM 13 december 2005, *Bekos en Koutropoulos t. Griekenland* en EHRM 7 februari 2006, *D.H. e.a. t. Tsjechische Republiek* (betreffende indirecte discriminatie).
394. EHRM 24 februari 1995, *McMichael t. Verenigd Koninkrijk*, par. 80.
395. EHRM 19 juli 1995, *Kerojärvi t. Finland*, par. 42. Uit art. 6 EVRM vloeit echter niet een zelfstandig recht op openbaarmaking van stukken voort los van een geschil als bedoeld in art. 6 EVRM. Vgl. ABRvS 16 december 1997, *JB* 1998, 12. Volgens Gerechtshof Leeuwarden 2 april 2003, *LJN AF8909* (WAHV-zaak) is het vragen van een vergoeding voor het verkrijgen van stukken niet in strijd met art. 6 EVRM.
396. EHRM 18 februari 1997, *Nideröst-Huber t. Zwitserland*.
397. EHRM 9 juni 1998, *McGinley & Egan t. Verenigd Koninkrijk* (in casu was er een nationale procedure beschikbaar om de bewuste documenten te verkrijgen zodat geen schending van art. 6 lid 1 EVRM werd aangenomen).

Article 6 § 1 (...). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (...).<sup>398</sup>

De regeling van artikel 8:29 Awb inzake de geheimhouding van informatie in de rechterlijke procedure lijkt dus op zichzelf niet in strijd met het recht op een 'fair trial' van artikel 6 EVRM, nu lid 5 van dit Awb-artikel bepaalt dat de rechter deze geheime stukken alleen mag gebruiken indien alle partijen daarmee instemmen.<sup>399</sup> Niet uitgesloten moet echter worden dat de betrokken burger zich onder druk gezet voelt om deze instemming te verlenen.<sup>400</sup> Hierdoor zou het recht op een eerlijk proces wel in het gedrang kunnen komen. De Afdeling is van mening dat de regeling geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM.<sup>401</sup> De Centrale Raad van Beroep heeft op zijn beurt geoordeeld dat de regeling omtrent de beperkte kennisname van artikel 8:32 Awb door een gemachtigde die zijn kennis niet met zijn cliënt mag delen, evenmin in strijd is met artikel 6 EVRM.<sup>402</sup>

Het EHRM wijst het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs volgens vaste jurisprudentie niet bij voorbaat af. Het hangt – zelfs in 'criminal charge'-zaken – van de omstandigheden van het geval af of het gebruik van in strijd met artikel 8 EVRM verkregen materiaal ertoe leidt dat het proces als geheel 'unfair' en daarmee in strijd met artikel 6 EVRM moet worden beschouwd.<sup>403</sup> Kritischer is het Hof als het gaat om materiaal dat is verkregen in strijd met artikel 6 EVRM of het nationale recht terzake.<sup>404</sup> Het Hof gaat nooit zover dat het direct aangeeft dat bepaald bewijsmateriaal niet mag worden gebruikt.<sup>405</sup> De Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie tendert in dezelfde richting maar is nog niet uitgekristalliseerd. De Centrale Raad van Beroep laat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal toe wanneer dit materiaal ook langs rechtmatige weg had kunnen worden verkregen en hanteert ten aanzien van het eventueel niet meenemen van bepaald onrechtmatig verkregen materiaal wel de eis dat het moet gaan om bewijsverkrijging die jegens de betrokkene onrechtmatig is.<sup>406</sup> De Afdeling bestuursrecht spraak hanteert een afwijkend criterium. Onder verwijzing naar de vrij-bewijsleer in het bestuursprocesrecht stelt zij dat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs alleen dan niet is toegestaan wanneer het is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag wor-

398. EHRM 16 februari 2000, *Fitt t. Verenigd Koninkrijk*, par. 45. Vgl. ook EHRM 27 oktober 2004, *Edwards en Lewis t. Verenigd Koninkrijk*.

399. Simon 1999, p. 182.

400. *Overkleef-Verburg* 1999, p. 149-150. Zie ook paragraaf 2.3.3.3.

401. ABRvS 30 juni 2000, *JV* 2000, 189; ABRvS 7 juli 2000, *JB* 2000, 226, m.nt. CLGFHA.

402. CRvB 20 juli 2001, *RSV* 2001, 205; CRvB 20 april 2004, *USZ* 2004, 185 (Pemba).

403. EHRM 12 juli 1988, *Schenk t. Zwitserland*, par. 46; EHRM 12 mei 2000, *Kahn t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 25 september 2001 *P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*.

404. Zie *Feteris* 2002, p. 358-360 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

405. EHRM 26 maart 1996, *Doorson t. Nederland*. Vgl. in kritische zin *Embregts* 2003.

406. CRvB 30 januari 1996, *JABW* 1996, 62.

den verwacht, dat het gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.<sup>407</sup>

Ten slotte kan nog worden gewezen op de motiveringsplicht van de rechter die ex artikel 6 EVRM ook geldt ten aanzien van diens oordelen omtrent de feiten van een zaak, zij het dat deze plicht weer niet impliceert dat op elk argument van partijen gedetailleerd moet worden ingegaan.<sup>408</sup> De omvang van de motiveringsplicht blijkt erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>409</sup> In ieder geval moet de rechter motiveren waarom hij bepaald materiaal niet als bewijs wenst te accepteren.<sup>410</sup>

*Bijzondere, aanvullende eisen in geval van een 'criminal charge'*

Indien er sprake is van een 'criminal charge' dan wel punitieve besluiten, gelden op grond van artikel 6 EVRM bijzondere, aanvullende vereisten, ook ten aanzien van de feitenvaststelling.<sup>411</sup> Daarnaast is reeds uitvoerig onderzoek gedaan, waaraan het navolgende overzicht op hoofdlijnen mede is ontleend.<sup>412</sup> Een aantal van deze waarborgen heeft een plaats gekregen in het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb in het kader van de regeling van de bestuurlijke boete.<sup>413</sup> Een aparte regeling daarin voor bewijs acht de regering niet nodig. Daarvoor wordt de volgende argumentatie aangevoerd:

'Anders dan in de literatuur (zie met name A.R. Hartmann, Bewijs in het bestuursstrafrecht, diss. EUR 1998, Arnhem 1998) en op onderdelen ook door de Raad van State (zie punt 15 van het advies) wel is bepleit, bevat dit wetsvoorstel geen afzonderlijke regeling voor het bewijs in zaken waarin een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Hoewel voor bestuurlijke boeten enige specifieke bewijsregels gelden, kunnen die niet los worden gezien van het bestuursrechtelijk bewijsrecht als geheel. Codificatie van bewijsregels voor bestuurlijke boeten zou daarom slechts goed mogelijk zijn in de context van een meeromvattende codificatie van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Dat zou een omvangrijke wetgevingsoperatie vergen, waaraan naar ons oordeel thans geen behoefte bestaat.

- 
407. ABRvS 4 februari 2000, AB 2000, 242, m.nt LD. Vgl. Rechtbank Rotterdam 21 november 2005, AB 2006, 47, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
408. EHRM 19 april 1994, Van de Hurk t. Nederland.
409. Jansen 2004, p. 65-70 (met verwijzingen naar jurisprudentie van het EHRM). Zie echter HR 21 september 1999, NJ 2000, 380 waarin de strafkamer van de Hoge Raad tot het oordeel komt dat motivering van de selectie en waardering van bewijs in beginsel niet is vereist.
410. EHRM 1 juli 2003, Suominen t. Finland, par. 35-38.
411. Vgl. ook de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa d.d. 13 februari 1991 R(91)1 inzake bestuurlijke sancties.
412. Zie over de diverse waarborgen van artikel 6 EVRM voor het bestuursstrafrecht nader Albers 2002; Blomberg 2004, p. 115-191; Bröring 2005; Feteris 2002; Hartmann 1998; Hartmann & Van Russen Groen 1998; Lenos 1998.
413. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nrs. 1-3. Het gaat o.a. om het beginsel van bescherming tegen samenloop en cumulatie van sancties, evenredigheid, geen straf zonder schuld, zwijgrecht, cautieplicht. Zie over de verhouding van deze voorgestelde regeling tot de waarborgen in het EVRM, Alkema 2002, p. 111-124.

Uit art. 3:46 Awb volgt reeds, dat een besluit – dus ook een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete – dient te berusten op een deugdelijke motivering. Deze eis van een deugdelijke motivering omvat onder meer de eis van een juiste feitelijke grondslag. Het bestuursorgaan mag dus geen bestuurlijke boete opleggen, zolang het niet de overtuiging heeft dat de overtreding daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Het bestuursorgaan zal zich er dus steeds, maar in ieder geval bij gemotiveerde betwisting, terdege van moeten vergewissen dat daarvoor voldoende bewijs bestaat.

Indien beroep wordt ingesteld, zal het bestuur zo nodig de rechter van de juistheid van de aan de boetebeschikking ten grondslag gelegde feiten moeten overtuigen. Dit volgt uit het gegeven, dat in het Nederlandse bestuursproces in beginsel de materiële waarheid centraal staat, met het oog waar op de bestuursrechter de feitelijke grondslag van het bestreden besluit volledig kan toetsen. Een en ander betekent, dat reeds toepassing van het algemene bestuurs(proces)recht er in overeenstemming met art. 6, tweede lid, EVRM toe leidt, dat geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd als de overtreding niet, zo nodig ten genoegen van de rechter, is bewezen. Afzonderlijke bepalingen zijn daarvoor niet nodig. Uit art. 3:2 Awb volgt voorts reeds, dat het onderzoek naar de feiten op een zorgvuldige wijze moet plaatsvinden. Gelet daarop zijn nadere regels omtrent de bewijsgaring en de keuze en de waardering van de bewijsmiddelen niet nodig. Ook in beroep is er geen reden voor bestuurlijke boeten een inbreuk te maken op de traditioneel in het bestuursprocesrecht geldende vrij-bewijs-leer. De beoordeling van de toereikendheid van het bewijs kan aan de rechter worden overgelaten.

Ditzelfde geldt voor de vraag of het bewijs rechtmatig is verkregen. De vrijheid van de bestuursrechter ten aanzien van de bewijswaardering brengt mee dat het aan de rechter is te beoordelen in hoeverre bewijsmateriaal bij de vergaring waarvan enig voorschrift is geschonden, aan het bewijs van de overtreding kan bijdragen, aldus HR 1 juli 1992, BNB 1992, 306. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat het enkele feit dat bewijs strafrechtelijk gezien onrechtmatig is verkregen, niet zonder meer meebrengt dat dit bewijs ook in een bestuursrechtelijke procedure niet mag worden gebruikt. De eigen aard van bestuursrecht en strafrecht verzetten zich tegen een dergelijk eenvoudige gelijkstelling. Daarbij is bijvoorbeeld van belang dat in het bestuursrecht relatief veel fouten bij de bewijsgaring – bijvoorbeeld het niet horen van de overtreder – in de bezwaarschriftprocedure kunnen worden hersteld (aldus ook Hartmann, a.w., blz. 196), terwijl vormfouten met toepassing van art. 6:22 Awb ook door de rechter kunnen worden gepasseerd.

Een en ander neemt vanzelfsprekend niet weg, dat het ook in het bestuursrecht kan voorkomen dat bij de bewijsgaring zodanig fundamentele normen – te denken valt aan de essentiële normen van art. 6 EVRM zijn geschonden en de overtreder daardoor zozeer in zijn belangen is geschaad, dat het verkregen bewijs niet kan worden gebruikt om een boete op te leggen.<sup>414</sup>

414. Memorie van Toelichting, Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 131-132.

Terug naar het EVRM. Uit de in artikel 6 lid 2 EVRM neergelegde onschuldpresumptie vloeit voort dat de bewijslast terzake van dit soort besluiten bij het bestuursorgaan ligt. Dit volgt onder meer uit de uitspraak van het EHRM in de zaak *Barberà e.a. t. Spanje* waarin het volgende wordt overwogen:

‘77. Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.’<sup>415</sup>

De Nederlandse bestuursrechter lijkt het EHRM hierin te volgen. Zo overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak:

‘2.3.1. Juist omdat het gaat om een punitieve sanctie, dienen aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen te worden gesteld.’<sup>416</sup>

En in een eerdere zaak:

‘2.6.1 Uit de onschuldpresumptie neergelegd in het tweede lid van art. 6 van het EVRM vloeit voort dat de bewijslast voor wat betreft de (rechts)feiten, welke de overtreding constitueren, ligt bij het bestuursorgaan dat de bestuurlijke boete heeft opgelegd. Dit brengt met zich mee dat de Afdeling het bestreden besluit ook in dat licht ten volle moet beoordelen.’<sup>417</sup>

De Centrale Raad van Beroep sluit zich wat de bewijslast aan bij de Afdeling en stelt ten aanzien van de feitenvaststelling het volgende:

‘Gelet op het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 6, eerste lid van het EVRM en de daaraan in de jurisprudentie ontleende rechten voor de verdediging, is de rechtbank van oordeel dat de aan het bestreden besluit ten grondslag liggende feiten

415. EHRM 6 december 1988, *Barberà e.a. t. Spanje*, par. 77.

416. ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001, 88, m.nt. CLGFHA. Vgl. ook ABRvS 22 mei 2002, *AB* 2003, 117, m.nt. OJ, *JB* 2002, 190 waarin de Afdeling toepassing geeft aan de mede uit art. 6 (lid 2) EVRM voortvloeiende regel dat één getuige van een strafbaar feit onvoldoende is voor het bewijs van een overtreding. Dat is anders wanneer het gaat om een ambtsedige verklaring van een verbaalisant. Deze is toereikend tenzij de betrokkene specifieke feiten en omstandigheden aanvoert dan wel dat deze uit het dossier blijken, die aanleiding geven tot twijfel over de juistheid van de verklaring. Zie bijv. Gerechtshof Leeuwarden 2 april 2003, *LJN* AF8909 (WAHV-zaak). Een dergelijk proces-verbaal moet gelet op de vereisten wel voldoende precies de geconstateerde feiten omschrijven. Daarvan was geen sprake in Rechtbank Rotterdam 28 november 2005, *LJN* AU7727 (boete o.g.v. Tabakswet wegens verkoop aan beneden zestienjarige). Vgl. CBB 29 april 2004, *LJN* AO9910.

417. ABRvS 15 april 1999, *JB* 1999, 150, m.nt. Albers.

en omstandigheden in de onderhavige procedure opnieuw door de rechtbank dienen te worden beoordeeld en vastgesteld.<sup>418</sup>

Ook vloeit uit de onschuldpresumptie voort dat een betrokkene in beginsel niet hoeft mee te werken met het bestraffende bestuursorgaan. In artikel 6 EVRM worden geacht ook het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel besloten te liggen.<sup>419</sup> Dit betekent dat betrokkene een zwijgrecht toekomt, zij het dat uit het zwijgen van de betrokkene de schuld kan worden afgeleid wanneer er voldoende ander bewijsmateriaal beschikbaar is waaruit deze schuld mede blijkt.<sup>420</sup> Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de bescherming van artikel 6 EVRM zich hier echter beperkt tot materiaal dat ‘niet onafhankelijk’ (dat is dus afhankelijk) van de wil van de betrokkene bestaat. Daarbij moet met name aan afdwongen mondelinge en schriftelijke verklaringen worden gedacht.<sup>421</sup> Overig materiaal valt in beginsel buiten het beschermingsbereik. Gaat het echter om documenten als bankafschriften, waarvan eigenlijk gezegd kan worden dat ze onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaan maar waarvan de sanctieopleggende instantie niet met zekerheid weet of ze bestaan en, zo ja, waar deze zich bevinden, dan lijkt afgifte daarvan ook geweigerd te kunnen worden met een beroep op het *nemo tenetur*-beginsel.<sup>422</sup> Een en ander impliceert dat zodra er sprake is van een ‘charge’ de cautie moet worden gegeven. Verder mag materiaal dat in de toezichtfase eventueel op basis van een inlichtingenplicht is verkregen voordat er sprake was van een ‘charge’, in beginsel niet gebruikt worden voor de boeteoplegging, voor zover dat materiaal althans niet onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat.<sup>423</sup>

Verder moet de betrokkene op grond van artikel 6 lid 2 EVRM in staat worden gesteld het aangedragen bewijs te weerleggen en tegenbewijs te leveren.<sup>424</sup> In de zojuist aangehaalde zaak *Barberà e.a. t. Spanje* geeft het Hof daarenboven aan dat de betrokkene het recht heeft om gehoord te worden door een rechter en dat hij daar ook moet kunnen reageren op het voorliggende bewijs:

‘In addition, the object and purpose of Article 6, and the wording of some of the subparagraphs in paragraph 3, show that a person charged with a criminal offence “is entitled to take part in the hearing and to have his case heard” in his presence by a “tribunal” (see the Colozza judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 14, para. 27, and p. 16, para. 32). The Court infers, as the Commission did, that all the evidence

418. CRvB 16 mei 2003, *LJN AF9001*. Zie ook CRvB 1 november 2001, JB 2001, 329. Vgl. ook HR 15 juli 1988, AB 1988, 531, m.nt. FHvdB.

419. EHRM 25 februari 1993, Funke t. Frankrijk, par. 44; EHRM 8 februari 1996, John Murray t. Verenigd Koninkrijk, par. 45-47. Vgl. HR 8 maart 2002, JB 2002, 112 (de gronden van het beroep mogen summier zijn omdat een nadere motivering niet mogelijk is zonder zelf-incriminatie).

420. EHRM 8 februari 1996, John Murray t. Verenigd Koninkrijk, par. 51-54.

421. EHRM 17 december 1996, Saunders t. Verenigd Koninkrijk, par. 68-74.

422. EHRM 3 mei 2001, J.B. t. Zwitserland, par. 65-71.

423. EHRM 17 december 1996, Saunders t. Verenigd Koninkrijk, par. 74.

424. Vgl. CRvB 7 november 2002, AB 2003, 100, m.nt. HBr, waarin de Raad aannam dat er onvoldoende gelegenheid was voor een weerlegging van het bewijs.



must in principle be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument.<sup>425</sup>

Het voorgaande impliceert echter niet dat het bestaan van feitelijke of wettelijke schuldvermoedens terzake van punitieve besluiten in strijd is met artikel 6 (lid 2) EVRM.<sup>426</sup> Een probleem op dit punt ontstaat pas wanneer er op de toepassing daarvan geen serieuze rechterlijke controle zou plaatsvinden. Verder mogen de vermoedens niet onweerlegbaar zijn.<sup>427</sup>

Voor wat betreft punitieve besluiten kan uit het hiervoor behandelde ‘full jurisdiction’-vereiste worden afgeleid dat een rechter ook moet kunnen toetsen of een opgelegde sanctie evenredig is wanneer daarover wordt geklaagd (er bestaat op grond van het EVRM dus geen verplichting tot een ambtshalve toetsing) hetgeen ook een oordeel over de feitenvaststelling lijkt te impliceren. Het Hof lijkt verder een evenredigheidsnorm ten aanzien van sancties uit artikel 6 lid 1 EVRM af te leiden. Een en ander sluit blijkens de jurisprudentie van het Hof een systeem van wettelijk gefixeerde boetes echter niet uit, mits de wetgever zelf het vereiste van evenredigheid in acht heeft genomen en de rechter kan toetsen of die wettelijke regeling juist is toegepast. Daarbij zij aangetekend dat de jurisprudentie op dit punt nog niet uitgekristalliseerd lijkt.<sup>428</sup> De jurisprudentie van het EHRM maakt niet duidelijk of in geval van een ‘criminal charge’ ten aanzien van de (toetsing van de) feitenvaststelling op grond van het vereiste van ‘full jurisdiction’ ook bijzondere, aanvullende eisen gelden.<sup>429</sup> In ieder geval zou kunnen worden betoogd dat het Hof in het geval van een ‘criminal charge’ waarschijnlijk kritischer is met het aanvaarden van een rechtvaardiging van het deels overlaten daarvan aan het bestuur conform de *Bryan*-doctrine. Daarvoor pleit ook dat het EHRM de oplegging van sancties door het bestuur nadrukkelijk alleen aanvaard heeft als uitzondering en onder de voorwaarde van een adequate rechterlijke controle.<sup>430</sup> Verder lijkt een serieuze evenredigheidstoetsing als gezegd ook de mogelijkheid van een oordeel over de feiten(vaststelling) te impliceren. De Nederlandse bestuursrechter lijkt in dit soort zaken de feitenvaststelling door het bestuur evenwel vol te toetsen.<sup>431</sup> Ook in de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb wordt daarvan uitgegaan:

425. EHRM 6 december 1988, Barberà e.a. t. Spanje, par. 78.

426. EHRM 7 oktober 1988, Salabiaku t. Frankrijk, par. 28-30. Zie in die zin ook HR 20 februari 2004, AB 2004, 164, m.nt. BdeW, RSV 2004, 127; CRvB 29 januari 2002, RSV 2002, 118 (vermoeden gezamenlijke huishouding ABW).

427. EHRM 25 september 1992, Pham Hoang t. Frankrijk, par. 34.

428. EHRM 23 september 1998, Malige t. Frankrijk, par. 43-50; EHRM 2 juli 2002, Göktaş t. Frankrijk, par. 58; Feteris 2002, p. 148-149.

429. Vgl. Albers 2002, p. 416-417. Zij leidt echter uit EHRM 14 november 2000, T. t. Oostenrijk af dat art. 6 lid 1-3 zich in dit soort zaken mogelijk wel verzet tegen toepassing van het hiervoor reeds behandelde ‘trechtermodel’; Feteris 2002, p. 357-379.

430. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-53.

431. Vgl. de al aangehaalde uitspraken ABRvS 15 april 1999, JB 1999, 150, m.nt. Albers; CRvB 16 mei 2003, L/JN AF9001.

‘De rechter laat dan zijn in het algemeen terughoudende opstelling bij de toetsing van bestuursbesluiten varen (...). Bij deze evenredigheidstoets dient ook de verwijtbaarheid van het beboetbare feit te worden betrokken (...). Naast de hoogte van de boete dient ook een volle toetsing plaats te vinden ten aanzien van het bewijs van de feiten die de overtreding constitueren. De onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM kan meebrengen dat de rechter bij de beoordeling ook feiten meeneemt die het bestuursorgaan niet kon kennen op het moment van het nemen van het boetebesluit. De bewijslast ten aanzien van deze feiten rust op het bestuur (...).’<sup>432</sup>

Uit dit citaat kan ook worden afgeleid dat de regering van mening is dat de rechter in zaken met betrekking tot punitieve besluiten *ex nunc* moet toetsen en daarbij ook feiten moet betrekken die het bestuur niet kon kennen ten tijde van het nemen van het besluit.

Ten slotte zij er nog op gewezen dat in artikel 6 lid 3 enkele verdedigingsrechten specifiek met het oog op geschillen ten aanzien van ‘criminal charges’ zijn uitgewerkt. Voor wat betreft de feitenvaststelling kan in het bijzonder worden gewezen op:

- het recht te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten om de verdediging voor te bereiden;
- het recht zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman;
- het recht getuigen à charge te ondervragen of doen ondervragen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als ten aanzien van getuigen à charge; en
- het recht op bijstand van een tolk.

Het voert in het kader van dit onderzoek te ver om uitvoerig op al deze aspecten in te gaan.<sup>433</sup> Het is wel van belang hier te constateren dat door het uitsluiten van nieuw bewijs in beroep bij de rechter het in artikel 6 lid 3 EVRM besloten liggende recht op adequate verdediging geschonden kan worden indien er sprake is van een ‘criminal charge’.<sup>434</sup> Anderzijds eist artikel 6 lid 3 ook niet dat elke door de betrokkene gesuggereerde getuige wordt gehoord:

‘(...) this provision does not require the attendance and examination of every witness on the accused’s behalf. Its essential aim, as is indicated by the words “under the same conditions”, is a full “equality of arms” in the matter. With this proviso, it leaves it to the competent national authorities to decide upon the relevance of proposed evidence insofar as is compatible with the concept of a fair trial which dominates the whole of Article 6 (...).’<sup>435</sup>

432. Memorie van Toelichting, Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 128.

433. Zie nader Albers 2002; Feteris 2002.

434. Albers 2002, p. 218-220. Vgl. EHRM 14 november 2000, T. t. Oostenrijk.

435. EHRM 8 juni 1976, Engel e.a. t. Nederland, par. 91.

### 3.3.2.3 Artikel 13 EVRM en procedurele eisen uit materiële EVRM-bepalingen

#### *Hoofdlijnen en toepassingsbereik*

Behalve in artikel 6 EVRM, is ook in artikel 13 EVRM een rechtsbeschermingsgarantie opgenomen. De bepaling garandeert effectieve nationale rechtsbescherming met betrekking tot de rechten neergelegd in het EVRM en heeft daarmee – net als artikel 14 EVRM – een accessoir (afhankelijk) karakter. Samen met artikel 1 EVRM (de algemene verzekeringsplicht) en artikel 35 EVRM (de verplichting effectieve nationale rechtsmiddelen uit te putten alvorens bij het EHRM te klagen) garandeert artikel 13 EVRM het subsidiaire karakter van het Straatsburgse toezicht.<sup>436</sup> Equivalenten van artikel 13 EVRM zijn te vinden in artikel 2 lid 3 IVBPR, artikel 6 IVRD en artikel 13 en 14 VN-Antifolteringverdrag. Deze bepalingen bieden echter niet meer waarborgen dan artikel 13 EVRM zoals uitgelegd door het EHRM, zodat zij verder buiten beschouwing zullen blijven.

Anders dan de letterlijke verdragstekst suggereert, is voor de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM niet vereist dat al een schending van het samen ermee ingeroepen verdragsrecht is geconstateerd.<sup>437</sup> Voldoende is een verdedigbare bewering ('arguable claim') dat sprake is van een schending van verdragsrechten.<sup>438</sup> In de Straatsburgse jurisprudentie is een aanzienlijk pakket aan de nationale rechtsbescherming te stellen eisen tot ontwikkeling gekomen.<sup>439</sup> In grote lijnen komen deze erop neer dat er een procedure voor een nationale instantie beschikbaar moet zijn waarbinnen, om te beginnen, een klacht over schending van rechten kan worden onderzocht. Daarbij moet getoetst kunnen worden aan de EVRM-rechten of vergelijkbare nationale normen. Als de klacht gegrond is, moet de betreffende instantie verder door middel van een bindende beslissing in staat zijn te zorgen voor volledig rechtsherstel (*restitutio in integrum*). Indien dat niet meer mogelijk is, moet een schadevergoeding toegekend kunnen worden. Het hoeft daarbij niet per se om een rechterlijke instantie te gaan. Een niet-rechterlijke instantie moet echter wat betreft de belangrijkste bevoegdheden en procedurele waarborgen (waaronder onafhankelijkheid, openbaarheid en effectiviteit) wel min of meer vergelijkbaar zijn met een rechterlijke instantie om te voldoen aan de (effectiviteits)vereisten van artikel 13 EVRM. Bij de inrichting van de rechtsbescherming hebben staten een ruime 'margin of appreciation'. Beperking van het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel met het oog op de staatsveiligheid is toegestaan.

Hoewel artikel 6 lid 1 in de Straatsburgse jurisprudentie op een ruime, dynamische wijze is uitgelegd en een brede toepassing vindt, terwijl een dergelijke uitleg en toepassing bij artikel 13 EVRM tot nu toe veelal achterwege is gebleven, is dat laatste artikel ook voor de Nederlandse rechtsorde van belang. Niet alle situaties waarin wordt geklaagd over schending van EVRM-rechten vallen immers onder het toepassingsbereik van artikel 6 lid 1 EVRM. Zoals hiervoor geschetst, is arti-

436. EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen, par. 152.

437. EHRM 6 september 1978, Klass e.a. t. Duitsland.

438. EHRM 25 maart 1983, Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk.

439. Zie uitgebreid met vindplaatsen van de besproken jurisprudentie Barkhuysen 1998, hfdst. 3 t/m 7.

kel 6 lid 1 niet van toepassing bij geschillen op het terrein van het ambtenarenrecht, het vreemdelingenrecht, het fiscale recht (boetes uitgezonderd) en terzake van politieke rechten. Verder zullen klachten over, bijvoorbeeld, schending van artikel 3 (folterverbod), artikel 8 (privacy), artikel 9 (vrijheid van godsdienst) en artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) niet altijd of slechts moeizaam onder het toepassingsbereik van artikel 6 lid 1 EVRM kunnen worden gebracht. In deze gevallen kan – zo nodig – een beroep op artikel 13 EVRM worden gedaan teneinde rechtsbescherming te verkrijgen of om te voorkomen dat deze wordt beperkt. Een en ander neemt niet weg dat op goede grond kan worden betoogd dat de waarborgen van artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM in Nederland zouden moeten worden gerespecteerd in alle geschillen tussen de burger en de overheid, ongeacht of er al dan niet sprake is van ‘civil rights and obligations’ of een ‘criminal charge’.<sup>440</sup>

#### *De invloed van de aard van het betrokken materiële recht*

Wat er van dat laatste ook zij, het loont in ieder geval de moeite te bezien welke eisen artikel 13 EVRM stelt ten aanzien van de feitenvaststelling. Daarbij valt op dat deze eisen kunnen variëren al naar gelang het recht dat in het geding is. Bij zeer fundamentele rechten (zoals het recht op leven en het folterverbod) worden zwaardere eisen gesteld aan de rechtsbescherming. Zo wordt er in zaken waarin het gaat om vermeende schendingen van artikel 2 (recht op leven) en artikel 3 (folterverbod) EVRM aangenomen dat uit deze artikelen al dan niet in combinatie met artikel 13 EVRM een (positieve) verplichting voor de nationale autoriteiten voortvloeit tot een grondig en effectief (feiten)onderzoek dat kan leiden tot het aanwijzen en mogelijk bestraffen van de verantwoordelijken en het bij dat onderzoek betrekken van de slachtoffers.<sup>441</sup> Procedurele vereisten worden door het EHRM trouwens ook wel zelfstandig afgeleid uit materiële bepalingen. Een voorbeeld daarvan biedt de hiervoor behandelde omkering van de bewijslast in zaken over transseksualiteit (artikel 8 EVRM) en discriminatie (artikel 14 EVRM).

#### *De vereiste toetsing(s-intensiteit)*

In het kader van artikel 13 EVRM volgt een ondergrens voor de rechterlijke toetsing uit de uitspraak in de zaak *Chahal t. Verenigd Koninkrijk*. In deze zaak was een uitzetting van een vreemdeling op grond van het nationale veiligheidsbelang aan de orde als gevolg waarvan de betrokken rechter slechts een zeer beperkte toetsing kon verrichten. Hij had onvoldoende beschikking over de relevante feiten en het bewijsmateriaal. Ook kon hij niet zelfstandig toetsen of de betreffende persoon bij uitlevering het risico liep op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM (folterverbod). Volgens het Hof werd daarmee niet voldaan aan de vereisten van artikel 13 EVRM:

440. In die zin ook Polak e.a. 2004/VAR Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 52. In Rechtbank Amsterdam 8 juli 1997, *JB* 1997, 207, m.nt. HJS, wordt geoordeeld dat veel van de in art. 6 gepositieerde ‘fundamentele beginselen van procesrecht’ ook kunnen worden beschouwd als algemeen erkende beginselen van het Nederlandse bestuursprocesrecht. Aldus zouden deze dus ook gelden in gevallen waarin art. 6 EVRM strikt genomen niet van toepassing is.

441. Vgl. EHRM 19 februari 1998, *Kaya t. Turkije*, par. 107; EHRM 18 december 1996, *Aksoy t. Turkije*, par. 98; EHRM 30 november 2004, *Öneryıldiz t. Turkije*.

'153. In the present case, neither the advisory panel nor the courts could review the decision of the Home Secretary to deport Mr Chahal to India with reference solely to the question of risk, leaving aside national security considerations. On the contrary, the courts' approach was one of satisfying themselves that the Home Secretary had balanced the risk to Mr Chahal against the danger to national security (...). It follows from the above considerations that these cannot be considered effective remedies in respect of Mr Chahal's Article 3 complaint for the purposes of Article 13 of the Convention.'<sup>442</sup>

De uitspraak van het EHRM in de zaak *Jabari t. Turkije* maakt duidelijk dat verdragsstaten en de betrokken nationale rechters indringend ('independent and rigorous') moeten toetsen of de uitzetting van een vreemdeling leidt tot het ontstaan van een risico van een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM:

'50. In the Court's opinion, given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the importance which it attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the possibility of suspending the implementation of the measure impugned. Since the Ankara Administrative Court failed in the circumstances to provide any of these safeguards, the Court is led to conclude that the judicial review proceedings relied on by the Government did not satisfy the requirements of Article 13.'<sup>443</sup>

Een marginale (willekeur) toets aan 'illegality', 'irrationality' en 'perverseness' van de feitenvaststelling door het bestuur kan – ook in artikel 3 EVRM-zaken – door de beugel, mits deze een effectieve beoordeling van de kern van een zaak inhoudt zodanig dat naleving van de betrokken EVRM-rechten (in materiële zin) kan worden afgedwongen. In de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *T.I. t. Verenigd Koninkrijk* geeft het Hof een bruikbare samenvatting van zijn jurisprudentie terzake:

'The Court recalls that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. (...) The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nor does the effectiveness of a remedy for the purposes of Article 13 depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant (...).

Assuming that the applicant's complaints disclosed an "arguable" claim for the purposes of Article 13 of the Convention, the Court notes that in previous cases it has found judicial review proceedings to be an effective remedy in relation to complaints raised under Article 3 in the contexts of deportation and extradition (...). In those cases, it was satisfied that English courts could effectively control the legality of executive dis-

442. EHRM 15 november 1996, *Chahal t. Verenigd Koninkrijk*, par. 153.

443. EHRM 11 juli 2000, *Jabari t. Turkije*, par. 50 (zie ook par. 39).

cretion on substantive and procedural grounds and quash decisions as appropriate. It was also accepted that a court in the exercise of its powers of judicial review would have power to quash a decision to expel or deport an individual to a country where it was established that there was a serious risk of inhuman or degrading treatment on the ground that in all the circumstances of the case the decision was one that no reasonable Secretary of State could take.

The Court finds no reason to differ in the present case. The applicant was able to challenge in judicial review proceedings the reasonableness of the Secretary of State's decision to issue a certificate to remove him to Germany pursuant to the arrangements reached under the Dublin Convention. His arguments concerning, *inter alia*, whether Germany could be regarded as a safe third country due to the authorities' approach to the burden of proof were considered by the Court of Appeal but rejected as unfounded. The recent case of *Adnan, Subaskaran and Aitseguer* also indicates that the English courts will take into account the way in which allegedly safe third countries comply with their obligations under the Geneva Convention in assessing whether the Secretary of State is entitled to order removal to such countries. In this respect, the examination of the English courts will go further than this Court, since under domestic law an applicant may claim a right to asylum which is not guaranteed by the European Convention of Human Rights. While the applicant relies on the Smith and Grady judgment, this concerned an area of discretionary policy in the armed forces where the threshold at which the courts could find the policy irrational was placed so high as to exclude any effective consideration of the key issues in the case. The Court is satisfied that in the present case the substance of the applicant's complaint under the Convention – whether the Secretary of State could order his removal to Germany – did fall within the scope of examination of the courts, which had the power to afford him the relief which he sought.<sup>444</sup>

Uit deze jurisprudentie op grond van artikel 13 juncto 3 EVRM volgt dus niet precies hoe 'indringend' de rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling moet zijn. Een bepaalde mate van terughoudendheid lijkt aanvaardbaar, zij het dat een zorgvuldige beoordeling moet plaatsvinden van het beroep op artikel 3 EVRM inclusief de weging en beoordeling van de aan de beslissing van het bestuursorgaan ten grondslag gelegde feiten.<sup>445</sup> Het EHRM nam immers geen schending van de genoemde artikelen aan in een zaak tegen het Verenigd Koninkrijk waarin de regering zelf had aangegeven dat de nationale rechter 'would not form its own independent view of the facts which would then necessarily prevail over whatever view had been formed by the Secretary of State'. Het Hof hierover:

'78. While the applicant argued that in judicial review applications, the courts will not reach findings of fact for themselves on disputed issues, the Court is satisfied that the domestic courts give careful scrutiny to claims that an expulsion would expose an

444. EHRM 7 maart 2000, T.I. t. Verenigd Koninkrijk (ontv. besl.). Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 291-295.

445. In deze zin ook Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 294-295.

applicant to the risk of inhuman or degrading treatment. The Court is not convinced that the fact that this scrutiny takes place against the background of the criteria applied in judicial review of administrative decisions, namely, rationality and perverseness, deprives the procedure of its effectiveness. The substance of the applicant's complaint was examined by the Court of Appeal, and it had the power to afford him the relief he sought. The fact that it did not do so is not a material consideration since the effectiveness of a remedy for the purposes of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant (...).<sup>446</sup>

Spijkerboer & Vermeulen werpen de vraag op of de rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling in het Nederlandse vreemdelingenrecht aan deze vereisten voldoet. Zij geven aan daaraan te twijfelen omdat de Nederlandse rechter een toetsing verricht die terughoudender is dan de toetsing van de rechter in de hiervoor aangehaalde Britse zaken. Tegelijkertijd geven zij terecht aan dat het Hof op dit punt tot nu toe geen schending heeft aangenomen van artikel 13 (juncto artikel 3) EVRM.<sup>447</sup>

De jurisprudentie met betrekking tot artikel 13 EVRM geeft ook geen duidelijk antwoord op de vraag hoe moet worden geoordeeld over procesrechtelijke regels – zoals die ook worden toegepast in het Nederlandse vreemdelingenrecht<sup>448</sup> – die inhouden dat de rechter geen rekening kan houden met verklaringen of bewijsmiddelen die pas na het nemen van het bestreden besluit worden ingebracht terwijl dat strikt genomen wel mogelijk was geweest. In algemene zin kan wel worden vastgesteld dat artikel 13 EVRM zich niet verzet tegen dergelijke uit procedureregels voortvloeiende beperkingen, zij het dat het moet gaan om voorzienbare, proportionele beperkingen die de kern van het recht op effectieve rechtsbescherming niet aantasten.<sup>449</sup> Het EHRM heeft de genoemde beperkingen in het Nederlandse vreemdelingenrecht (nog) niet in strijd met artikel 13 EVRM geacht.<sup>450</sup> Dit betekent niet dat er geen kritiek daarop mogelijk is. Een deel van deze kritiek vloeit voort uit het gegeven dat het EHRM bereid is gebleken Nederlandse zaken waarin deze beperkingen zijn toegepast in behandeling te nemen en daarin ook rekening te houden met het nadien ingebrachte materiaal.

Een en ander roept de vraag op of de nationale rechter niet op zijn minst op dezelfde wijze moet kunnen toetsen als het EHRM, nu dat zou passen bij de achtergrond van artikel 13 EVRM, dat immers mede is gericht op het waarborgen van

446. EHRM 6 maart 2001, Hilal t. Verenigd Koninkrijk, par. 78 (citaat opvatting regering in par. 74). Vgl. ook EHRM 6 februari 2001, Bensaid t. Verenigd Koninkrijk.

447. Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 295-296 (met nadere verwijzingen). In EHRM 17 september 2002, Said t. Nederland (ontv. besl.), werd de klacht over schending van art. 13 EVRM niet-ontvankelijk verklaard.

448. Vgl. Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 297-313.

449. Vgl. Barkhuysen 1998, p. 159-160 en de daar genoemde jurisprudentie. De Afdeling heeft echter mede op grond van art. 13 EVRM geoordeeld dat de zogenoemde grondenfuik tussen beroep en hoger beroep niet mag worden toegepast ten aanzien van aan het EVRM ontleende gronden. Zie ABRvS 28 april 2004, JB 2004, 239, m.nt. NV.

450. Vgl. EHRM 17 september 2002, Said t. Nederland (ontv. besl.).

het subsidiaire karakter van het Straatsburgse toezicht.<sup>451</sup> Daarop wordt in de navolgende paragraaf ingegaan.

### 3.3.2.4 De betekenis van de wijze van toetsing door het EHRM

#### *Algemeen*

Bij de vraag welke normatieve eisen op grond van het EVRM aan de feitenvaststelling door de rechter worden gesteld, kan ten slotte ook relevant zijn op welke wijze het EHRM toetst in zaken die na uitputting van de nationale rechtsmiddelen aan hem worden voorgelegd. Indien tussen de nationale en de EHRM-toetsing grote verschillen bestaan, kan dat leiden tot een aanzuigende werking richting Straatsburg. Dan zou het dus verstandig zijn indien de nationale rechter rekening houdt met de toetsing door het EHRM.

Het uitgangspunt van het EHRM is dat het bij zijn toetsing geen zogenoemde ‘vierde instantie’<sup>452</sup> wil zijn die het werk van de nationale rechter gaat overdoen:

‘(...) it is in no way the Court’s task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation (...)’<sup>453</sup>

Ook overwoog het Hof met betrekking tot een klacht over schending van artikel 6 EVRM:

‘(...) it is not normally in the province of the European Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts, and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them. The Court’s task is to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken, were fair (...)’<sup>454</sup>

Het Hof is terughoudend als het gaat om een beoordeling van reeds door de nationale rechter in een – volgens het Hof gelet op de vereisten van artikel 6 EVRM – eerlijke procedure vastgestelde feiten en de waardering daarvan. Datzelfde geldt ook voor de vraag of in een concreet geval het nationale recht goed is toegepast. Deze terughoudendheid wordt ingegeven door het in de artikelen 1, 13 en 35 EVRM vastgelegde uitgangspunt dat het Straatsburgse toezicht subsidiair is en door het feit dat nationale autoriteiten vaak in een betere positie verkeren voor

451. Vgl. Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 297-313 (met nadere verwijzingen).

452. Deze term is door het Hof geïntroduceerd om tot uitdrukking te brengen dat de Straatsburgse procedure niet kan worden gezien als een normaal rechtsmiddel dat volgt op, respectievelijk, beroep, hoger beroep en cassatie op grond van het nationale recht. Het feit dat in het Nederlandse bestuursprocesrecht (nog) niet is voorzien in de behandeling van een zaak in drie rechterlijke instanties, maakt de desbetreffende jurisprudentie van het EHRM daarvoor echter niet minder relevant.

453. EHRM 7 december 1976, Handyside t. Verenigd Koninkrijk, par. 50.

454. EHRM 16 december 1992, Edwards t. Verenigd Koninkrijk, par. 34.



een beoordeling van de feiten en het nationale recht.<sup>455</sup> Het Hof heeft in de praktijk ook geen uitgebreide mogelijkheden voor een eigen feitenvaststelling en verlaat zich daarom meestal op de feitenvaststelling van de nationale rechter, tenzij de klager materiaal aandraagt waarmee een andere lezing kan worden gerechtvaardigd.<sup>456</sup> Het Hof toetst het gewraakte nationale optreden in beginsel *ex tunc*. De omstandigheden zoals die waren ten tijde van het definitief worden van de nationale (eind)beslissing vormen het referentiekader voor de toets of het verdrag is geschonden, zij het dat in beginsel in het kader van deze toets al het daarvoor relevante bewijsmateriaal wordt toegelaten en zelf door het Hof mag worden verzameld. Hierbij lijkt niet relevant of dit materiaal al dan niet ook al in de nationale procedure naar voren is dan wel kon worden gebracht.<sup>457</sup>

Vanwege zijn taak toe te zien op de naleving van het EVRM en individuele rechtsbescherming te verlenen, ontkomt het Hof er tegelijkertijd echter niet in alle gevallen aan om toch als een soort vierde instantie op te treden. Immers, als uit artikel 6 EVRM een verplichting wordt afgeleid voor de nationale rechter om uitspraken te motiveren, zal het Hof in een concrete zaak toch moeten nagaan of aan dit vereiste is voldaan.<sup>458</sup> Ook ten aanzien van het vereiste dat het handelen in overeenstemming met het nationale recht moet zijn, ontkomt het Hof niet altijd aan een eigen beoordeling.<sup>459</sup> Op dat punt 'laveert' het Hof tussen zijn wens om geen vierde instantie te zijn en zijn verplichting om toe te zien op de naleving van de wet door de nationale autoriteiten. Deze spanning doet zich – ondanks het bestaan van de 'margin-doctrine' – ook voor in het kader van de toetsing of een bepaalde inmenging in een verdragsrecht proportioneel is. Deze toetsing geeft ook vaak aanleiding tot uitvoerige analyses van de feiten van het geval en specifieke oordelen.<sup>460</sup>

#### *Vreemdelingenzaken*

Opvallend is dat het EHRM in asielzaken ten aanzien van vreemdelingen die op het moment van de Straatsburgse beoordeling nog niet zijn uitgezet, het uitzettingsbesluit op een andere wijze toetst dan de hoogste Nederlandse bestuursrechter in dit soort zaken, de Afdeling bestuursrechtspraak. Daarbij gaat het om zaken waarin wordt gesteld dat uitzetting zou kunnen leiden tot een behandeling

455. Vgl. R.A. Lawson, *De internationale rechter en de Nederlandse rechtsorde*, *Preadvies NJV, Handelingen NJV* 1999-I, Deventer 1999, p. 49-61.

456. EHRM 4 december 1995, Ribitsch t. Oostenrijk, par. 34.

457. Bijv. EHRM 8 juli 1986, Lithgow t. Verenigd Koninkrijk, par. 130; EHRM 31 oktober 2002, Yildiz t. Turkije. Zie voor het bewijs ook art. 38 EVRM (nader eigen onderzoek EHRM) en art. 54 van het Procesreglement van het EHRM (inbrengen nadere stukken tijdens Straatsburgse procedure). Vgl. bijv. ook EHRM 3 mei 2001, Smits, Kleyn e.a. t. Nederland (ontv. besl.), waar een rapport van de Nederlandse Rekenkamer in de beoordeling werd betrokken dat in de nationale procedure niet aan de orde was.

458. Bijv. EHRM 9 december 1994, Ruiz Torija & Hiro Balani t. Spanje, par. 27.

459. Bijv. EHRM 21 februari 1990, Van der Leer t. Nederland, par. 23.

460. Lawson 1999, p. 56-60.

in strijd met artikel 2 (recht op leven) of 3 (verbod van foltering en onmenselijke behandeling).<sup>461</sup>

Blijkens onderzoek van Spijkerboer & Vermeulen toetst de Afdeling in deze zaken – mede op basis van het bijzondere procesrechtelijke regime van de Vreemdelingenwet 2000 – kort gezegd marginaal of de feitenvaststelling door het bestuur (de Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie) door de beugel kan. Daarbij gaat het met name om de geloofwaardigheid van het vluchtrelaas. Deze toets heeft een *ex tunc*-karakter, hetgeen wil zeggen een onderzoek naar de feitelijke omstandigheden zoals deze waren ten tijde van de uitspraak van de rechtbank. Verder houdt de Afdeling geen rekening met bewijsmateriaal dat voor het eerst daar wordt ingebracht maar waarvan kan worden vastgesteld dat de vreemdeling dat in een eerdere fase van de procedure ook had kunnen doen. Achterliggend idee bij deze terughoudende toetsing is dat de rechter – anders dan het bestuur – niet goed in staat is zelf de feiten vast te stellen. Daarnaast wordt beoogd te voorkomen dat zaken niet snel genoeg tot een definitieve afhandeling komen, een gevaar dat aanwezig zou zijn wanneer een ruimhartigere regeling zou gelden ten aanzien van het inbrengen van (bewijs)materiaal.<sup>462</sup>

Het EHRM toetst in ‘normale’ zaken als gezegd op een enigszins vergelijkbare wijze, maar nu het gaat om zeer fundamentele rechten toetst het onder artikel 2 en 3 EVRM veel strenger.<sup>463</sup> In dit soort zaken vindt een volle toetsing van de feitenvaststelling plaats. Verder is er sprake van een toetsing *ex nunc*, zodat ook feitelijke omstandigheden van na de uitspraak van de rechtbank en Afdeling kunnen worden meegenomen. Ten slotte schroomt het Hof – maar dat geldt als gezegd ook voor zaken buiten het bereik van artikel 2 en 3 EVRM – niet om kennis te nemen van diverse vormen van bewijsmateriaal ongeacht of deze al dan niet eerder in de nationale procedure hadden kunnen worden ingebracht. In de recente zaak *N. tegen Finland* reisde zelfs een delegatie van het EHRM naar Finland om de betrokken asielzoeker nader te horen.<sup>464</sup> Een vergelijkbare *ex nunc*-toetsing hanteert het EHRM trouwens ook ten aanzien van vermeende voortdurende schendingen, zoals een voortdurende confiscatie<sup>465</sup> of een voortdurend publicatieverbod.<sup>466</sup>

Het niet-naleven van nationale procesrechtelijke regels inhoudende dat dergelijk bewijs alleen in de voorfase kan worden ingebracht, wordt klagers dus niet tegenovergenomen in het kader van het Straatsburgse ontvankelijkheidsvereiste van artikel 35 lid 1 EVRM (dat de beschikbare nationale rechtsmiddelen conform de nationale procesrechtelijke regels moeten worden uitgeput). De verklaring daar-

461. Vgl. EHRM 1 oktober 2001, Tekdemir t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 9 juli 2002, Venkadajalasarma t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 17 september 2002, Said t. Nederland (ontv. besl.).

462. Zie daarover met uitgebreide verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 203-313. Zie bijv. ABRvS 27 januari 2003, AB 2003, 286, m.nt. BPV.

463. Vgl. Barkhuysen 2004, p. 44-45 en p. 101. Zie bijv. ook EHRM 15 november 1996, Chahal t. Verenigd Koninkrijk, par. 86.

464. EHRM 26 juli 2005, N. t. Finland.

465. EHRM 24 mei 1988, Müller e.a. t. Zwitserland, par. 43.

466. EHRM 26 november 1991, Observer & Guardian t. Verenigd Koninkrijk, par. 61-71.

voor ligt in het feit dat het Hof in zaken waarin zeer fundamentele belangen op het spel staan deze regel met een zekere mate van flexibiliteit en zonder excessief formalisme toepast.<sup>467</sup>

Dit verschil in wijze van toetsing kan leiden tot (extra) verschillen in de oordelen van de Afdeling bestuursrechtspraak en het EHRM en lijkt bovendien een aanzuigende werking te hebben in de richting van Straatsburg. In de praktijk doet dit effect zich ook voor. In de zaak *Said* is Nederland veroordeeld wegens een schending van artikel 3 EVRM. Het betrof de voorgenomen uitzetting van een asielzoeker naar Eritrea.<sup>468</sup> Naar verluidt liggen er nog meer vergelijkbare zaken bij het EHRM en het ligt voor de hand dat vreemdelingenadvocaten nu in grote getalen kiezen voor het doorprocederen in Straatsburg nu het Hof aldaar strenger voor de overheid (en dus soepeler ten aanzien van de betrokken asielzoeker) lijkt te zijn dan de Nederlandse rechter.

Opmerkelijk is dat het EHRM in de zaak *Said* geen schending van artikel 13 EVRM constateerde, waarmee het eigenlijk het signaal afgeeft dat de nationale rechtsbescherming adequaat is. Een en ander doet – zoals onder andere Battjes en Vermeulen ook terecht constateren – afbreuk aan het subsidiaire karakter van de Straatsburgse procedure en het Hof loopt daarmee risico op een aanzienlijke verhoging van de werklast.<sup>469</sup>

De opstelling van het EHRM is vanuit de aard van de betrokken rechtsbelangen goed te verdedigen, maar roept toch vragen op. Om te beginnen leidt een en ander tot een aantasting van de eenheid en coherentie van de rechtsbescherming.<sup>470</sup> Vanuit dat oogpunt ligt het namelijk juist voor de hand ervoor te zorgen dat op het nationale niveau op zijn minst hetzelfde niveau van rechtsbescherming wordt geboden als in Straatsburg. Dit betekent dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar overigens mede door de Vreemdelingenwet 2000 ingegeven toetsing moet aanpassen aan de wijze waarop Straatsburg toetst of omgekeerd.<sup>471</sup> In dat kader is voorts de vraag van belang of het Straatsburgse Hof zijn eigen mogelijkheden om de feiten vast te stellen niet overschat, zeker wanneer het net

467. Vgl. EHRM 19 februari 1998, Bahaddar t. Nederland, par. 44-48 (waarin geen bijzondere rechtvaardiging werd gevonden voor een flexibele toepassing van de eis omdat er elementaire procesrechtelijke fouten waren gemaakt door of namens de betrokkene en een toetsing op nationaal niveau nog steeds mogelijk was); EHRM 11 juli 2000, Jabari t. Turkije (waar wel een rechtvaardiging aanwezig werd geacht om het niet respecteren van een termijn niet tegen te werpen).

468. EHRM 5 juli 2005, Said t. Nederland, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV, JV 2005, 304, m.nt. TS, NJCM-Bulletin 2005, p. 831 e.v., m.nt. Van Bennekom. Vgl. ook EHRM 31 januari 2006, Sezen t. Nederland (par. 46).

469. Zie de reeds aangehaalde noot van Vermeulen en Battjes in AB 2005, 369.

470. Zie nader Barkhuysen 2006, waaraan een deel van het hier behandelde mede is ontleend.

471. De hiervoor aangehaalde annotatoren wijzen daar ook op in hun noten onder de uitspraak van het EHRM inzake Said, zij het dat geen van hen lijkt te kiezen voor een bijstelling van het Straatsburgse niveau van rechtsbescherming aan het huidige Nederlandse niveau. Bolt 2005, p. 213-250, pleit voor een aanpassing in de richting van Straatsburg waar het betreft de ex nunc-toetsing.

als de nationale rechter jaarlijks vele duizenden zaken inhoudelijk moet gaan afhandelen.

#### *Betere afstemming met procesrecht EHRM*

Mocht het EHRM vasthouden aan de huidige koers, dan kan op grond van artikel 13 EVRM en de mede daarin besloten liggende subsidiariteitsgedachte, goed worden verdedigd dat de nationale rechter ten minste hetzelfde niveau van rechtsbescherming moet kunnen bieden als het EHRM, hetgeen tot een wijziging van de Nederlandse aanpak zou moeten leiden. Positief is ook dat daarmee de kans wordt verkleind dat Nederland vanwege de uiteenlopende rechtsbescherming tegen Straatsburgse veroordelingen op grond van met name artikel 3 EVRM aanloopt. Meer in het algemeen impliceert dit dat de vormgeving van het nationale procesrecht en de toetsing van de feitenvaststelling in dat kader mede moeten worden afgestemd op het hiervoor geschetste Straatsburgse 'procesrecht' nu ook buiten het vreemdelingenrecht het EHRM soepeler lijkt met het accepteren van bewijsmateriaal.<sup>472</sup>

### **3.3.3 EU**

#### *3.3.3.1 Introductie*

Over communautaire rechtsregels en jurisprudentie die de feitenvaststelling door en bewijsvoering voor de Nederlandse bestuursrechter (kunnen) beïnvloeden kan veel worden geschreven. Er zijn op nogal wat materiële (Europese) rechtsgebieden verordeningen en richtlijnen vastgesteld die het bewijsrecht raken. Verordeningen en richtlijnen schrijven regelmatig voor hoe de bewijslast onder partijen moet worden verdeeld of in welke vorm bepaald bewijs moet worden geleverd. Ook is er veel jurisprudentie van Europese rechters waarin de betekenis van deze regels nader wordt gepreciseerd en aanvullende regels worden geformuleerd. Deze (secundaire) communautaire rechtsregels en jurisprudentie kunnen van belang zijn voor Nederlandse bestuursrechters en bestuursorganen, namelijk daar waar zij het betreffende secundaire gemeenschapsrecht moeten toepassen. Een compleet overzicht geven is binnen het kader van dit onderzoek echter niet doenlijk.<sup>473</sup> Enkele bijzondere communautaire regels met betrekking tot feitenvaststelling en bewijsvoering komen ter illustratie aan bod in paragraaf 3.3.3.2.

Voor zover het communautaire recht geen specifieke communautaire voorschriften rond feitenvaststelling geeft die moeten worden toegepast in een geschil waarin het gemeenschapsrecht een rol speelt, geldt, op grond van het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten, dat het nationale recht op dit punt van toepassing is. Wel gelden de bekende eisen van non-discriminatie en doeltreffendheid.<sup>474</sup> Met name het doeltreffendheidsbeginsel (ook wel effectiviteitsbeginsel genoemd) heeft in enkele prejudiciële beslissingen van het Hof, op verschillende materiële rechtsterreinen, een zeer concrete invulling gekregen.

472. Vgl. Amarasinghe 2005; Kokott 1998.

473. Zie voor voorbeelden van het bewijsrecht binnen verschillende communautaire beleidsterreinen: Prechal & Hancher 2001.

474. HvJ 16 december 1976, zaak 33/76 (Rewe).

Daaruit kunnen concrete consequenties worden afgeleid voor de toepassing van nationale bewijsregels bijvoorbeeld met betrekking tot bewijsvermoedens, bewijslastverdeling, de bewijskracht van documenten, toelaatbare vormen van bewijs en de bewijsbeoordeling door de nationale rechter. Deze jurisprudentie wordt besproken in paragraaf 3.3.3.3. In paragraaf 3.3.3.4 komt aan de orde in hoeverre de rechterlijke toetsing van bestuurlijke feitenvaststelling door het Europese recht kan worden beïnvloed. Daarbij wordt ingegaan op de vraag of het communautaire effectiviteitsbeginsel grenzen kan stellen aan de in Nederland veel voorkomende rechterlijke methode van toetsing aan formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij de bestuursrechter een aangevochten besluit vernietigt omdat het bestuursorgaan niet heeft onderzocht of niet heeft gemotiveerd hoe het besluit zich verhoudt tot Europeesrechtelijke bepalingen.

Aan het feit dat ook in het EG-recht fundamentele rechten bescherming vinden, die van invloed kunnen zijn op de feitenvaststelling door de Nederlandse bestuursrechter, wordt in deze paragraaf slechts zijdelings aandacht besteed. Hier zij in het algemeen alleen opgemerkt dat de grondrechtenbescherming in EU-verband – waarin een bindende catalogus met fundamentele rechten ontbreekt – door het HvJ EG is ontwikkeld met betrekking tot het EG-recht. Het HvJ EG ontleent grondrechten onder meer aan het EVRM, waarbij deze worden geacht als algemene beginselen deel uit te maken van het gemeenschapsrecht.<sup>475</sup> De instellingen van de EG en de lidstaten indien en voorzover zij uitvoering geven aan EG-recht, zijn daaraan gebonden. Artikel 6 lid 2 EU-verdrag codificeert deze jurisprudentie en breidt de binding aan grondrechten als algemene beginselen van gemeenschapsrecht uit tot de hele Europese Unie:

‘De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.’

Het HvJ EG laat zich bij de uitleg en toepassing van deze grondrechtelijke algemene beginselen van gemeenschapsrecht veelal leiden door de rechtspraak van het EHRM.<sup>476</sup> Deze jurisprudentie is, voor zover voor de feitenvaststelling relevant, al aan de orde gekomen in de vorige paragraaf, zodat een aparte behandeling van de jurisprudentie met betrekking tot grondrechtelijke algemene beginselen van gemeenschapsrecht in deze paragraaf niet nodig is. Wel moet tot slot

475. HvJ 28 oktober 1975, zaak C-36/75 (Rutili), HvJ EG 21 september 1989, zaak C-46/87 en 227/88 (Hoechst). Zie over de ontwikkeling van de grondrechtenbescherming in de EG o.a. Rengeling 1993 en Lawson 1999.

476. Hoewel het nooit heeft uitgesproken daartoe strikt gehouden te zijn. De EG is geen partij bij het EVRM en daarmee ook niet onderworpen aan de rechtsmacht van het EHRM. Daardoor ontstaat het gevaar van een uiteenlopend Straatsburgs en Luxemburgs beschermingsniveau. Zie daarover o.m. Lawson 1999 en Viering 1998. Zie voor een recent voorbeeld op het gebied van toelaatbaarheid van (onregelmatig verkregen) bewijs in het licht van art. 6 EVRM de in paragraaf 3.3.3.3 uitgebreider besproken zaak C-276/01 (Bockwürostchen).

worden opgemerkt dat eventuele ontwikkelingen rond het ontwerp van de Europese Grondwet, als aangenomen door de Europese Conventie op 13 juni en 10 juli 2003, relevantie kunnen hebben voor de grondrechtelijke algemene beginselen van gemeenschapsrecht<sup>477</sup> en daarmee uiteindelijk ook voor de feitenvaststelling door de Nederlandse bestuursrechter.

### 3.3.3.2 *Specifieke communautaire regels m.b.t. feitenvaststelling en bewijsvoering*

Als gezegd bevat het secundaire EG-recht een veelheid aan bepalingen die direct of indirect bewijsrechtelijke consequenties hebben. Het gaat vaak om zeer specifieke en technische bepalingen. Om dit te illustreren kan bijvoorbeeld worden gewezen op de onlangs vastgestelde Verordening 423/2006/EG houdende afwijking van Verordening (EG) nr. 800/1999, wat betreft het bewijs dat de douaneformaliteiten voor de invoer van melk en zuivelproducten in derde landen zijn vervuld. In artikel 1 van de Verordening is bepaald dat:

‘In het geval van uitvoer van producten van de GN-codes 0401 tot en met 0405 in het kader van artikel 31 van Verordening (EG) nr. 1255/1999 waarvoor de exporteur het in artikel 16, lid 1, van Verordening (EG) nr. 800/1999 bedoelde bewijs niet kan leveren, wordt aangenomen dat de betrokken producten zijn ingevoerd in een derde land, indien een kopie van het vervoersdocument en één van de in artikel 16, lid 2, van Verordening (EG) nr. 800/1999 genoemde documenten worden overgelegd.’<sup>478</sup>

Aan het bewijs dat met exportsubsidies (uitvoerrestituties) gesteunde producten de markt van bestemming daadwerkelijk hebben bereikt en aldaar in de handel zijn gebracht, wordt in Europese regelgeving veel belang gehecht. Vaak wordt in verordeningen bepaald dat als bewijs daarvoor douanedocumenten moeten worden overgelegd aan de met de uitvoering van de restitutieregelingen belaste nationale autoriteiten. In dat verband komt regelmatig de vraag op of een douanedocument als bewijs van export moet worden geaccepteerd, of dat dergelijke documenten slechts een weerlegbare aanwijzing vormen dat het doel van de uitvoerrestituties is bereikt. Het Hof van Justitie heeft als antwoord op prejudiciële vragen in relatie tot meerdere ‘bewijsbepalingen’ in verschillende restitutieverordeningen overwogen dat de normaal aan douanedocumenten klevende bewijskracht kan komen te vervallen, wanneer er goede gronden zijn om te betwijfelen of de goederen op de plaats van bestemming zijn aangekomen en in de handel

477. In dat ontwerp wordt aan het formeel niet-bindende EU-Handvest van grondrechten dat in 2000 tot stand is gebracht een bindende status toegekend en wordt het als deel II daarin geïntegreerd. Het ontwerp van de Europese Grondwet creëert met art. 7 lid 2 tevens de juridische mogelijkheid voor de Europese Unie (EU) om toe te treden tot het EVRM. Zie daarover o.m. Sap 2003 en Van Bijsterveld & Hirsch Ballin 2003.

478. Vgl. bijv. Verordening (EG) 2255/2004 betreffende het in art. 16 van Verordening (EG) nr. 800/1999 bedoelde bewijs dat de douaneformaliteiten voor de invoer van suiker in een derde land zijn vervuld is bepaald en Verordening (EG) nr. 1369/2002 van de Commissie van 26 juli 2002 houdende afwijking van art. 31, lid 10, van Verordening (EG) nr. 1255/1999 van de Raad wat betreft het bewijs van de aankomst ter bestemming in het geval van gedifferentieerde restituties en houdende vaststelling van bepalingen betreffende de toepassing van het laagste eenheidsbedrag van de restitutie bij uitvoer voor bepaalde zuivelproducten.

zijn gebracht. In dat geval mag de nationale autoriteit de bewijslast van de exporteur verzwaren en om aanvullende bewijzen vragen,<sup>479</sup> echter in andere gevallen mocht weer geen overlegging van aanvullende bewijzen worden geëist,<sup>480</sup> of mocht dat slechts voor een bepaald tijdstip worden verlangd.<sup>481</sup>

Ook aan de hand van het communautaire asielrecht kan worden geïllustreerd dat het secundaire EG-recht veel bepalingen bevat die direct of indirect bewijsrechtelijke consequenties hebben. Zo bevat artikel 18 van de Dublinverordening (Vo 343/2003), op basis waarvan wordt bepaald welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek, uitgebreide regels met betrekking tot 'bewijsmiddelen en indirect bewijs'. Deze bewijsmiddelen en indirecte bewijzen worden bovendien uitgewerkt in bijlagen bij de verordening. De bewijsregels van de Dublinverordening kunnen voor de Nederlandse bestuursrechter relevant zijn, bijvoorbeeld wanneer een andere lidstaat verantwoordelijkheid voor een bepaalde asielzoeker heeft aanvaard, maar de laatste in beroep tegen de toepassing van artikel 30a Vreemdelingenwet 2000, stelt dat die lidstaat dat ten onrechte heeft gedaan. De rechter zal het genoemde communautaire bewijsrecht in zo'n geval moeten toepassen.<sup>482</sup> Ook de Definitierichtlijn (2004/83/EG), waarin minimumnormen zijn neergelegd voor de interpretatie van de vluchtelingdefinitie waaraan de lidstaten zich moeten houden, geeft aanleiding tot vragen rond feitenvaststelling en bewijs.<sup>483</sup>

Hoewel deze voorbeelden beperkt in aantal zijn gehouden, kan wel worden geconcludeerd dat communautaire bewijsregels opgenomen in of voortvloeiend uit secundair gemeenschapsrecht sterk samenhangen met de context van het betreffende beleidsterrein.<sup>484</sup>

### 3.3.3.3 *Algemene communautaire invloed op het Nederlandse bewijsrecht*<sup>485</sup>

Nationale rechters vragen via de prejudiciële procedure regelmatig aan het HvJ EG of bepaalde nationale regels met betrekking tot de feitenvaststelling aanvaardbaar zijn in gevallen waarin een partij stelt in aan het gemeenschapsrecht ontleende of daardoor beschermde rechten te worden geraakt. Deze vragen hebben meestal betrekking op de vraag welk bewijsrecht moet worden toegepast. Zo vroeg het Duitse Amtsgericht Schleswig of een nationale rechter de resultaten van de analyses van monsters van producten van een fabrikant moet uitsluiten als bewijsmiddel voor overtreding van de nationale levensmiddelenwetgeving van een lidstaat door die fabrikant, wanneer deze zijn uit een communautaire richtlijn volgende recht op een tegenexpertise niet heeft kunnen uitoefenen. In zijn

479. Zie bijv. HvJ EG 11 juli 1984, zaak 89/83 (Dimex), HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-27/92 (Moellmann-Fleisch), HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-347/93 (Boterlux) en HvJ EG 21 januari 1999, zaak C-54/95 (Bondsrepubliek Duitsland/Cie).

480. Bijvoorbeeld HvJ EG 17 oktober 2000, zaak C-114/99 (Roquette Frères).

481. Bijvoorbeeld HvJ EG 14 december 2000, C-110/99 (Emsland-Stärke).

482. Vgl. Spijkerboer & Vermeulen 2005, p. 182.

483. Daarover uitgebreid: Noll 2006, p. 295-315.

484. Vgl. Prechal 2001, p. 188.

485. Zie daarover Jans e.a. 2002, p. 353 e.v.

antwoord wijst het Hof eerst op (de grenzen van) het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten:

‘Zoals de Duitse regering heeft opgemerkt, is het volgens vaste rechtspraak van het Hof bij gebreke van een communautaire regelgeving ter zake een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingesteld ter bescherming van rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontnemen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (...).’<sup>486</sup>

Nu het gemeenschapsrecht voor dit geschil geen regels gaf over de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, was de inbreng van de analyseresultaten een aangelegenheid die viel onder het Duitse procesrecht.<sup>487</sup> Dat gaf in casu geen algemeen verbod op het gebruik van bewijs dat in een onregelmatige administratieve procedure was verkregen. Resultaten van onregelmatige analyses konden wel worden betwist op basis van Duitse beginselen van procesrecht, met name de beginselen van ambtshalve instructie en vrije beoordeling van bewijzen. Het Hof herinnert eraan dat de Duitse rechter – wanneer hij in het kader van het doeltreffendheidsbeginsel onderzoekt of een nationale procedureregule de toepassing van het gemeenschapsrecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakte – hij dit onderzoekt:

‘ (...) met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure en van het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure voor de verschillende nationale instanties, en dat daartoe in voorkomend geval rekening moet worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtsbescherming ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure (zie arrest van 14 december 1995, Peterbroeck, C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 14).’

Nu de Duitse regering stelde dat Duitse procedureregels inzake bewijs verkregen middels een onregelmatige procedure samenhangen met fundamentele beginselen van Duits recht zoals de ambtshalve instructie en de vrije beoordeling van bewijs, diende de Duitse rechter in het kader van het doeltreffendheidsbeginsel te onderzoeken of de Duitse regeling van bewijsvoering werkelijk de mogelijkheid bood rekening te houden met de schending van het recht op een contra-expertise:

‘In het hoofdgeding moet de verwijzende rechter onderzoeken of, gelet op alle beschikbare gegevens feitelijk en rechtens, de Duitse regeling van de bewijsvoering daadwerkelijk de mogelijkheid biedt rekening te houden met schending van het recht op een

486. HvJ EG 10 april 2003, zaak C-276/01 (Bockwurstchen), AB 2003, 310, m.nt. AdMvV, r.o. 60.

487. Vgl. HvJ EG 23 maart 2000, gevoegde zaken C-310 en 406/98 (Leszek Labis).



tegenexpertise, zodat toepassing ervan in het hoofdgeding niet kan worden geacht het beroep op de door het recht op een tegenexpertise verleende waarborgen onmogelijk of uiterst moeilijk te maken.'

Deze nadruk op feitelijke gevolgen van regels rond de bewijsvoering is ook duidelijk aanwezig in de jurisprudentie rond het recht op terugbetaling van heffingen die lidstaten in strijd met het gemeenschapsrecht hebben geïnd. Nadat het Hof in de zaak *Just*<sup>488</sup> had vastgesteld dat het effectiviteitsvereiste niet zo ver strekt dat in strijd met het gemeenschapsrecht geheven belastingen moeten worden terugbetaald wanneer dat ongerechtvaardigde verrijking van de belastingbetaler met zich mee zou brengen, is uitgebreide jurisprudentie ontstaan met betrekking tot bewijsregels op dit vlak. De eerste uitspraak daarover wordt gedaan in de vaak aangehaalde zaak *San Giorgio*.<sup>489</sup> Daarin stelt het Hof dat, hoewel ongerechtvaardigde verrijking mag worden tegengegaan:

'14. Bewijsregels die tot gevolg hebben dat het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt om terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen te verkrijgen, (...) daarentegen (...) met het gemeenschapsrecht onverenigbaar zijn. Dit geldt met name voor vermoedens of bewijsregels die de bewijslast dat de onverschuldigd betaalde heffingen niet op anderen zijn afgewenteld, bij de contribuabele leggen, of voor bijzondere beperkingen met betrekking tot de vorm van het te leveren bewijs, zoals de uitsluiting van alle niet-schriftelijke bewijsmiddelen. Is de onverenigbaarheid van de heffing met het gemeenschapsrecht eenmaal vastgesteld, dan moet de rechter vrij zijn in zijn beoordeling van de vraag of de fiscale last geheel of gedeeltelijk op anderen is afgewenteld.'

In ieder geval op fiscaal gebied geldt derhalve dat het communautaire effectiviteitsbeginsel in de weg kan staan aan toepassing van bepaalde nationale regels rond bewijsvermoedens en bewijslevering. Bovendien moet de rechter op grond van dit beginsel bij terugvordering van beweerdelijk in strijd met het gemeenschapsrecht geheven heffingen, vrij zijn in zijn bewijsbeoordeling. Dat is niet anders wanneer voor puur nationale vorderingen dezelfde (voor de contribuabele nadelige) bewijsregels gelden:

'18. Mitsdien moet op de eerste vraag worden geantwoord, dat een lidstaat de terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste nationale heffingen niet afhankelijk mag stellen van het bewijs dat die heffingen niet op anderen zijn afgewenteld, indien dat bewijs moet worden geleverd volgens regels die de uitoefening van het recht praktisch onmogelijk maken; dit geldt ook wanneer voor de terugbetaling van andere, in strijd met het nationale recht geheven belastingen, rechten of heffingen dezelfde restrictieve voorwaarden gelden.'

488. HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79.

489. HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82.

Dat bij de toepassing van bewijsregels aan het gelijkheidsbeginsel wordt voldaan is derhalve niet voldoende, het doeltreffendheidsvereiste prevaleert.<sup>490</sup>

In de zaak *Bianco en Girard*<sup>491</sup> worden deze regels nader uitgewerkt. Eerst stelt het Hof vast dat de daadwerkelijke afwenteling van indirecte belastingen in de handel afhankelijk is van allerlei, per handelstransactie verschillende factoren en daarna merkt het op:

‘17. Bijgevolg is de vraag, of een indirecte belasting in een bepaald geval al dan niet is afgewenteld, een feitelijke vraag die behoort tot de kennisneming van de nationale rechter, die de aangebrachte bewijzen vrij mag beoordelen. Het is evenwel niet zo, dat er bij indirecte belastingen een vermoeden bestaat dat zij zijn afgewenteld en dat de contribuabele het negatieve bewijs van het tegendeel moet leveren. (...)’

Ook voor de bewijslastverdeling door de nationale rechter kan deze jurisprudentielijn derhalve gevolgen hebben. In de zaak *Comateb*<sup>492</sup> beperkt het Hof de mogelijkheid om bewijsvermoedens te hanteren die de uitoefening van zijn aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten voor de contribuabele lastig maken nog meer:

‘26 Dit geldt eveneens, wanneer de belastingplichtige volgens de toepasselijke wetgeving verplicht is, de heffing door te berekenen in de kostprijs van het desbetreffende product. Een dergelijke wettelijke verplichting wettigt niet het vermoeden, dat de last van de heffing geheel is afgewenteld, ook niet wanneer er een sanctie staat op niet-nakoming van die verplichting.’

Uit de zaak *Weber's Wine World Handels-GmbH*,<sup>493</sup> wordt vervolgens duidelijk dat de nationale rechter niet alleen bedacht moet zijn op wettelijke regelingen rond bewijsvermoedens die in strijd komen met het effectiviteitsvereiste, maar ook op bestuurspraktijken die daarmee feitelijk op gespannen voet staan:

‘114. De nationale rechter dient te bepalen of de praktijk van de belastingdienst, bij het ontbreken van een wettelijk vermoeden, niet tot gevolg heeft dat in feite een dergelijk vermoeden van ongerechtvaardigde verrijking wordt gecreëerd.’

Geconcludeerd kan worden dat wetgever, bestuur en rechter ten aanzien van de terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde heffingen geen

490. Jans e.a. 2002, p. 354.

491. HvJ EG 25 februari 1988, gevoegde zaken C-331-376-378/85.

492. HvJ EG 14 januari 1997, gevoegde zaken C192-218/95. Vgl. ook HvJ EG 9 februari 1999, zaak C 343/1996 (Dilexport), waarin in r.o. 52 wordt overwogen: ‘Indien er, zoals de nationale rechter meent, een vermoeden bestaat dat afwenteling van onwettig opgeëiste of ten onrechte toegepaste rechten en heffingen op derden heeft plaatsgevonden, en de aanvrager dit vermoeden moet weerleggen om teruggaaf van de heffing te verkrijgen, moeten de betrokken bepalingen in strijd met het gemeenschapsrecht worden geacht.’

493. HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-147/01.

bewijsregels mogen ontwerpen, ongewijzigd laten<sup>494</sup> of toepassen die in strijd komen met het effectiviteitsbeginsel. Bij voorbaat valt niet in te zien waarom deze regel niet ook zou gelden buiten dit materiële rechtsterrein. Uit de zaak *GT-Links A/S*<sup>495</sup> kan ook worden afgeleid dat het Hof de San Giorgio-lijn breder toepasbaar acht:

‘25. Overeenkomstig deze beginselen heeft het Hof reeds overwogen dat, met betrekking tot de terugbetaling van door een Lid-Staat in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffingen, bewijsregels die tot gevolg hebben dat het nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk wordt om deze terugbetaling te verkrijgen, met het gemeenschapsrecht onverenigbaar zijn (zie in die zin, arrest van 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, Jurispr. 1983, blz. 3595, r.o. 14).

26. Deze beginselen zijn ook van toepassing wanneer het bewijs moet worden geleverd dat een bepaling van gemeenschapsrecht is geschonden die, zoals artikel 86 van het Verdrag, rechtstreekse werking kan hebben.’

Uit deze formulering lijkt te volgen dat wanneer een belanghebbende stelt geschonden te worden in rechten die hij ontleent aan rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht, het voor de bestuursrechter zaak is bij bewijsbeslissingen rekening te houden met het effectiviteitsbeginsel en de uitwerking daarvan voor toepassing van nationaal bewijsrecht zoals neergelegd in de hiervoor beschreven jurisprudentie.<sup>496</sup>

Ook op andere (mede) door communautaire regels beheerste rechtsterreinen vinden we jurisprudentie van het HvJ EG op het gebied van bewijsregels die de nationale rechter moet hanteren. Bijvoorbeeld in de gelijkebehandelingsrecht-spraak komt de bewijslastverdeling vaak uitdrukkelijk aan de orde.<sup>497</sup> Dit geldt vooral waar het de gelijke beloning van mannen en vrouwen betreft. Zo stelde het Hof in de zaak *Danfoss*<sup>498</sup> (in r.o. 13) vast dat:

‘Wanneer een stelsel van individuele loontoeslagen volstrekt ondoorzichtig is, (...) vrouwelijke werknemers slechts (kunnen) bewijzen dat er een verschil bestaat tussen de gemiddelde beloningen. Zij zouden over geen enkel doeltreffend middel beschikken om de inachtneming van het beginsel van gelijke beloning voor de nationale rechter af te dwingen, indien dat bewijs voor de werkgever niet de verplichting meebracht

494. Vgl. HvJ EG 9 december 2003, zaak C-129/00, waarin het Hof in een infractieprocedure vaststelt dat Italië, door bepaalde wettelijke bewijsbepalingen niet te wijzigen, de uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen.

495. HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-242/1995.

496. Vgl. Prechal 2001, p. 176.

497. Daarover o.m. Gerards & Heringa 2003, p. 177 e.v., Jans e.a. 2002, p. 354 e.v., Goldschmidt 2001, p. 983-990 en Leenders 1997.

498. Zaak 109/88. Deze aanpak wordt gevolgd door de Commissie Gelijke Behandeling. Zie bijv. Oordeel 2000-22.

om op zijn beurt te bewijzen, dat zijn beloningspraktijk in werkelijkheid niet discriminerend is.'

Nu de communautaire regelgeving inzake gelijke beloning erop is gericht de lidstaten te verplichten doeltreffende maatregelen te treffen, zodat toepassing van het beginsel van gelijke beloning wordt gewaarborgd, moeten:

'de nationale bewijslastregels (...) worden gewijzigd in de bijzondere situaties waarin zulks voor een doeltreffende toepassing van het gelijkheidsbeginsel noodzakelijk is.'

In de zaak *Enderby*<sup>499</sup> stelt het Hof uitdrukkelijk dat, hoewel in beginsel degene die in beroep een feit aanvoert, dat feit ook moet bewijzen, die bewijslast kan worden verlegd wanneer dat noodzakelijk is om kennelijk gediscrimineerde werknemers rechtsbescherming te kunnen bieden. Of er sprake is van 'schijnbare discriminatie' dient de nationale rechter te beoordelen:

'16 Indien echter de beloning van logopedisten aanmerkelijk lager is dan die van apothekers en indien het bij de eerstgenoemden nagenoeg uitsluitend om vrouwen gaat en bij de laatstgenoemden hoofdzakelijk om mannen, heeft het er alle schijn van, dat het een geval van discriminatie op grond van geslacht betreft, ten minste wanneer de twee functies gelijkwaardig en de statistische gegevens die de situatie kenmerken, geldig zijn.

17 De nationale rechter dient te beoordelen, of hij die statistische gegevens in aanmerking kan nemen, dat wil zeggen of zij betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen, of er niet zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen in tot uitdrukking komen, en of zij in het algemeen significant lijken.'

Onder verwijzing naar de *Danfoss*-zaak stelt het Hof vervolgens dat wanneer zo vast komt te staan dat er inderdaad schijnbaar sprake is van discriminatie, de bewijslast ten aanzien van objectieve redenen voor verschillen in beloning op de werkgever moet worden gelegd.

In de zaak *Brunnhof*<sup>500</sup> werkt het Hof het begrip 'schijn van discriminatie' verder uit:

'58 Het staat derhalve aan verzoekster in het hoofdgeding om met alle middelen rechtens aan te tonen dat zij een lagere beloning ontvangt dan de Bank aan de met haar vergeleken mannelijke collega betaalt, en dat zij in werkelijkheid gelijke of gelijkwaardige arbeid verricht, vergelijkbaar met de arbeid die bedoelde collega verricht, zodat zij op het eerste gezicht slachtoffer is van een discriminatie die zich slechts door het verschil in geslacht laat verklaren.

499. HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92.

500. HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-381/99.

6o Wanneer verzoekster in het hoofdgeding zou bewijzen dat in casu is voldaan aan de criteria om te kunnen spreken van een verschil in beloning tussen een vrouwelijke en een mannelijke werknemer en van vergelijkbare arbeid, is er een schijn van discriminatie en staat het aan de werkgever te bewijzen dat er geen inbreuk is gemaakt op het beginsel van gelijke beloning.'

Wanneer in beroep bij de rechter door degene die stelt in zijn recht op een gelijke beloning te worden geschonden de schijn van discriminatie kan worden aangetoond, moet daarmee de bewijslast verschuiven naar de werkgever, die moet bewijzen dat er geen inbreuk op dit recht wordt gemaakt, of dat de inbreuk kan worden gerechtvaardigd.

Een vergelijkbare bewijslastverschuiving geldt ook bij indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Om aannemelijk te maken dat indirecte discriminatie op grond van nationaliteit plaatsvindt, hoeft een justitiabele geen statistisch bewijs aan te voeren, zo blijkt uit de zaak *O'Flynn*:<sup>501</sup>

'20. Uit al deze rechtspraak volgt dat een bepaling van nationaal recht als indirect discriminerend moet worden beschouwd, wanneer zij door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen, tenzij zij objectief is gerechtvaardigd en evenredig is aan het nagestreefde doel.

21. Dienaangaande behoeft niet te worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft, doch het volstaat om vast te stellen, dat die bepaling een dergelijk effect kan hebben.'

De bewijslast zal in dergelijke gevallen dus nog eerder verschuiven dan bij (gestelde) discriminatie op grond van geslacht.<sup>502</sup> Deze bewijslastverschuivingen op basis van de gedachte dat Europese regelgeving inzake gelijke behandeling doelmatig moet kunnen worden toegepast<sup>503</sup> is in navolging van de jurisprudentie vastgelegd in de Richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht (97/80/EG), de Richtlijn tegen rassendiscriminatie (2000/43/EG) en de Kaderrichtlijn algemene discriminatiebestrijding in de werksfeer (2000/78/EG).

Discriminatie naar nationaliteit was ook aan de orde in de zaak *Dafeki*.<sup>504</sup> Daarin speelde de vraag of de nationale rechter onderscheid mag maken in de bewijskracht die hij toekent aan documenten van de burgerlijke stand naargelang het om nationale (in dit geval Duitse), of om buitenlandse akten gaat. In het Duitse recht gold het vermoeden van juistheid slechts voor akten van de Duitse burgerlijke stand en niet voor akten die in een ander land werden opgemaakt. De Duitse

501. HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94.

502. Vgl. Gerards 2002, p. 259 e.v. en Tobler 2005.

503. Daarom ook geplaatst onder het beginsel van effectieve rechtsbescherming, vgl. Jans e.a. 2002, p. 354 e.v.

504. HvJ EG 2 december 1997, zaak C-336/1994. Vgl. Prechal 2001, p. 182.

rechter aan wie zulke akten werden overgelegd diende deze te onderzoeken volgens het beginsel van de vrije waardering van het bewijs. Bij dit onderzoek paste hij de volgende, in de rechtspraak geformuleerde bewijsregel toe: wanneer verschillende, na elkaar opgemaakte documenten met elkaar in tegenspraak zijn, wordt in het algemeen, bij gebreke van ander afdoende bewijs, de chronologisch het dichtst bij de gebeurtenis gelegen akte geacht de juiste gegevens te bevatten. In deze zaak had toepassing van die regel tot gevolg dat Dafeki niet in aanmerking kwam voor een vervroegd ouderdomspensioen, nu zij volgens een eerder overlegde akte de leeftijd van 60 nog niet had bereikt en van een nieuw uittreksel uit het Griekse geboorteregister, waaruit zou moeten blijken dat zij die ouderdom wel had, niet mocht worden uitgegaan. De Duitse regering betoogde dat een dergelijke bewijsregel noodzakelijk was omdat akten uit andere landen niet altijd even betrouwbaar zijn. Het bevoegde Duitse verzekeringsorgaan kreeg in honderden gevallen te maken met verbeteringen van geboortedata van buitenlandse werknemers in het voordeel van die werknemers.

In dat verband overwoog het Hof dat, nu de voorwaarden waaronder verbetering van akten mogelijk is van lidstaat tot lidstaat sterk verschilt, bestuursorganen en rechterlijke instanties van de lidstaten uit hoofde van het gemeenschapsrecht niet verplicht zijn alle verbeteringen gelijkwaardig te waarderen. Dat neemt echter niet weg dat:

‘de uit het vrije verkeer van werknemers voortvloeiende rechten niet kunnen worden uitgeoefend zonder overlegging van akten van de burgerlijke stand, welke akten in het algemeen door de staat van herkomst van de werknemer worden uitgereikt. Hieruit volgt dat de bestuursorganen en rechterlijke instanties van een Lid-Staat gebonden zijn aan de door de bevoegde instanties van andere Lid-Staten uitgereikte akten en soortgelijke documenten van de burgerlijke stand, tenzij concrete aanwijzingen, die verband houden met het betrokken individuele geval, ernstige twijfel omtrent de juistheid daarvan doen rijzen.

In die omstandigheden kan een in het nationale recht geldende algemene, abstracte bewijsregel volgens welke ingeval verschillende, na elkaar opgemaakte akten met elkaar in tegenspraak zijn, het document dat chronologisch het dichtst bij de te bewijzen gebeurtenis is gelegen, bij gebreke van ander afdoende bewijs wordt geacht de juiste gegevens te bevatten, de weigering, een door een rechterlijke instantie van een andere Lid-Staat aangebrachte verbetering in aanmerking te nemen, niet rechtvaardigen.<sup>505</sup>

Deze evenredigheidstoets werd ook al toegepast in de veelbesproken zaak *De Peypers*,<sup>506</sup> waaruit volgt dat een onevenredig zware bewijslast opgelegd aan een particulier een ongerechtvaardigde inbreuk op het vrij verkeer van goederen kan inhouden. Uit de uitspraak van het Hof volgt dat het niet gerechtvaardigd is een

505. Zie voor een herhaling van dit uitgangspunt bijv. HvJ EG 14 maart 2000, gevoegde zaken C-102/98 en 211/98 (Kocak en Örs).

506. HvJ 20 mei 1976, zaak 104/75.

importeur van geneesmiddelen te verplichten te bewijzen dat zijn producten geen gevaar opleveren voor de gezondheid of het leven van personen met voor hem niet toegankelijke documenten wanneer dat bewijs ook met andere middelen kan worden geleverd. Uit deze jurisprudentie volgt derhalve dat ook uit het recht op vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal kan voortvloeien dat een bepaalde wettelijke of rechterlijke bewijsregel in een concreet geschil niet kan worden toegepast.

*3.3.3.4 Beïnvloeding van de rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling*  
Naast de Europese beïnvloeding van (de toepassing van) het nationaal bewijsrecht, moet binnen het kader van dit onderzoek ook worden bezien in hoeverre het Europese recht van de nationale rechter een bepaalde toetsingswijze verlangt, wanneer de laatste de rechtmatigheid van een besluit beoordeelt in het licht van het EG-recht.

Al eerder kwam aan de orde dat in de Nederlandse doctrine een opvatting bestaat dat de rechter niet een zelfstandige taak heeft om de feiten vast te stellen maar dat hij – in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van een aangevochten besluit – (slechts) de bestuurlijke feitenvaststelling (op zorgvuldigheid) mag toetsen. De prominente rol van artikel 3:2 Awb bij de toetsing van de feitenvaststelling in de jurisprudentie laat zien dat deze opvatting in de praktijk toepassing vindt. Dit ligt (meestal) niet anders wanneer de bestuursrechter moet oordelen in een geschil waarin wordt gesteld dat het aangevochten besluit in strijd komt met het EG-recht. De Nederlandse bestuursrechter heeft besluiten van bestuursorganen op verschillende wijzen aan het EG-recht getoetst.<sup>507</sup> Naast de zogenoemde abstracte methode, waarbij de bestuursrechter oordeelt of de nationale wettelijke regeling op basis waarvan het aangevochten besluit werd genomen in overeenstemming is met het EG-recht, werd in het verleden veelal de concreet-inhoudelijke methode toegepast. De bestuursrechter beoordeelde dan in concreto of het aangevochten besluit in overeenstemming was met het EG-recht. Een op dit moment veel voorkomende toetsingsmethode is de toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur. Bij deze vorm van toetsing toetst de rechter het aangevochten besluit niet inhoudelijk aan het EG-recht, maar beoordeelt hij of bij de totstandkoming van het besluit door het bestuursorgaan is onderzocht of het besluit in overeenstemming is met het EG-recht en/of uit de motivering blijkt hoe het besluit zich verhoudt tot het Europese recht. Is dat niet het geval, dan wordt het aangevochten besluit vernietigd op grond van een formeel algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, meestal het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb of het motiveringsbeginsel van artikel 3:46 Awb. Met name de Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de afgelopen jaren de laatste toetsingsmethode veelvuldig toegepast.<sup>508</sup> Uit de betreffende jurisprudentie blijkt dat uit het

507. Daarover o.m. Widdershoven 1996, p. 138-145, Jans e.a. 2002, p. 128-135, Jans 2005a, p. 17-22 en Widdershoven 2005, p. 39-55.

508. Bijv. ABRvS 31 maart 2000, AB 2000, 302 m.nt. ChB; JB 2000, 138, m.nt. Jansen, ABRvS 16 juli 2003, AB 2003, 336 m.nt. ChB, ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. M.J. Jacobs en WdO, ABRvS 7 april 2004, AB 2004, 460, m.nt. MPJ, JB 2004, m.nt. MP en ABRvS 10 november 2004, AB 2005, 40, m.nt. JV.

formele zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb voor bestuursorganen de plicht voortvloeit om te onderzoeken welke consequenties het Europees recht heeft voor het nemen van de voorgenomen beschikking.<sup>509</sup> Aantrekkelijk aan de vernietigingsgrond van artikel 3:2 Awb is dat de rechter daarbij geen inhoudelijk oordeel hoeft te geven over de vraag of een ingeroepen bepaling van EG-recht rechtstreekse werking heeft of over de verenigbaarheid van het besluit met het EG-recht of de verenigbaarheid van een wettelijke regeling met het EG-recht,<sup>510</sup> waarvoor soms ingewikkelde feitelijke beoordelingen nodig zijn.

Interessant is de vraag of een dergelijke toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur de EG-rechtelijke toets kan doorstaan. Beslissende Europese jurisprudentie over dit vraagstuk is er niet; de vraag is nooit aan het Hof voorgelegd. Doorgaans wordt in dit verband verwezen naar de uitspraak van het Hof van Justitie EG in de zaak *Upjohn Ltd*,<sup>511</sup> waarin de feitenvaststelling door de nationale rechter een belangrijke rol speelde. In deze zaak, die betrekking had op de intrekking van vergunningen voor het in de handel brengen van farmaceutische specialiteiten (VHB), komt de vraag aan de orde of uit het gemeenschapsrecht een verplichte procedure voor de rechterlijke toetsing van nationale beslissingen die raken aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten van justitiabelen voortvloeit. Het Hof overweegt in dat verband:

‘32. Volgens vaste rechtspraak is het bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor vorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel) (...)’

Na deze algemene verwijzing naar de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit, geeft het Hof een nadere invulling aan de toetsing van het effectiviteitsbeginsel:

‘33. Met betrekking tot de beslissingen tot intrekking van VHB’s die de bevoegde nationale instanties nemen na ingewikkelde medisch-farmacologische beoordelingen, blijkt niet, dat uitsluitend een procedure voor de rechterlijke toetsing van nationale beslissingen tot intrekking van VHB’s voor farmaceutische specialiteiten, waarbij de bevoegde nationale rechters hun beoordeling van de feiten, met name van de wetenschappelijke bewijzen tot staving van de intrekkingbeslissing, in de plaats kunnen stellen van die van inzake de intrekking van VHB’s bevoegde nationale instanties, geschikt is om te voorkomen dat de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk zou worden gemaakt.

509. Jans 2005b.

510. Jans e.a. 2002, p. 134.

511. HvJ EG 21 januari 1999, Zaak C-120/97.



34. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt immers, dat een gemeenschapsinstantie die bij de vervulling van haar taak ingewikkelde beoordelingen dient te verrichten, over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, die slechts is onderworpen aan een beperkte rechterlijke toetsing, waarbij de gemeenschapsrechter zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van die van bedoelde instantie kan stellen. De gemeenschapsrechter moet zich in een dergelijk geval beperken tot het onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door die instantie toegepaste juridische kwalificatie, en met name van de vraag of bij het optreden van die instantie geen sprake is van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel of die instantie de grenzen van haar beoordelingsvrijheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden (...).

35. Het gemeenschapsrecht vereist dus niet, dat de lidstaten voor de rechterlijke toetsing van nationale beslissingen tot intrekking van VHB's, die op grond van richtlijn 65/65 zijn genomen na ingewikkelde beoordelingen, een procedure invoeren waarbij het onderzoek verder gaat dan het door het Hof in soortgelijke gevallen verrichte onderzoek.'

Wanneer voor het nemen van een besluit ingewikkelde feitelijke beoordelingen nodig zijn, hoeft de bestuursrechter zijn beoordeling van de feiten dus niet in de plaats van de bestuurlijke beoordeling te (kunnen) stellen. Nu de gemeenschapsrechter zich bij een gespecialiseerde feitenvaststelling moet beperken tot toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling op kennelijke dwaling, misbruik van bevoegdheid en klaarblijkelijke overschrijding van de grenzen van de beoordelingvrijheid, mag de nationale rechter zich daartoe in 'ge-europeaniseerde rechtsbetrekkingen' ook beperken, zo is de voor dit onderzoek belangrijkste gedachte van deze uitspraak weer te geven.<sup>512</sup>

Doorgaans wordt uit deze uitspraak afgeleid dat de toetsing van de verenigbaarheid van een aangevochten besluit met EG-recht (en daarmee de toetsing van de feiten die door het bestuursorgaan aan dat besluit ten grondslag zijn gelegd) via de band van de toetsing aan formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de EG-rechtelijke beugel kan.<sup>513</sup> Deze rechterlijke toetsing voldoet in beginsel aan de eisen van gelijkwaardigheid (ook in puur nationaalrechtelijke zaken wordt zij vaak toegepast) en het effectiviteitsvereiste (besluiten die in strijd (kunnen) zijn met het EG-recht, worden door de bestuursrechter vernietigd).<sup>514</sup>

512. Vgl. *Widdershoven 2005*, p. 48. Interessant is de koppeling die het Hof hier legt met de eigen taak tot feitenvaststelling. Over de vormgeving van deze taak en de bewijsrecht dat het Hof daarbij hanteert, is relatief weinig geschreven. Zie bijvoorbeeld *Barents 2005*, p. 503 e.v. en *Ress 1991*, p. 177 e.v. Zoals ook uit de hiervoor besproken *Upjohn*-uitspraak blijkt, geeft de manier waarop het HvJ EG de feiten vaststelt geen aanleiding om te veronderstellen dat de Nederlandse bestuursrechter zijn wijze van feitenvaststelling zou moeten aanpassen.

513. *Jans e.a. 2002*, p. 132-135. *Widdershoven 2005*, p. 49. *Anders Jans 2005*, p. 21 e.v. die in het kader van de eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit 'vraagtekens' plaatst bij deze wijze van toetsing en concludeert dat de bestuursrechter in ge-europeaniseerde rechtsbetrekkingen, gelet op de controlefunctie die hij geacht wordt uit te oefenen, waar mogelijk zelf een materiële toetsing aan het Europese recht moet uitvoeren en deze verantwoordelijkheid niet via het formele zorgvuldigheidsbeginsel moet afwentelen op het bestuursorgaan.

514. *Widdershoven 2005*, p. 49.

Tegelijkertijd wordt ook vastgesteld dat de effectieve (door)werking van gemeenschapsrecht vereist dat de toetsingsmethode die een rechter kiest, niet mag leiden tot een resultaat dat niet in overeenstemming is met doel en strekking van het relevante gemeenschapsrecht.<sup>515</sup> En in sommige gevallen lijkt de rechterlijke toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur wel een dergelijke consequentie te hebben. Zo leidt de toetsing van de beslissing op bezwaar tegen een besluit tot subsidieverlening voor de verbouwing van de Martinihal in Groningen door de Afdeling bestuursrechtspraak (slechts) tot een vernietiging van dit besluit wegens strijd met artikel 3:2 Awb, waar dat resultaat vanuit Europeesrechtelijk perspectief onvoldoende lijkt te zijn. In de betreffende uitspraak speelt de vaststelling van de feiten door het bestuursorgaan een belangrijke rol. De Afdeling overweegt met betrekking tot de stelling van het bestuursorgaan in kwestie dat de betreffende subsidie geen staatssteun inhoudt en dus geen zogenoemde 'stand still-verplichting' gold:

'Niet is uitgesloten dat de subsidieverlening invloed kan hebben op het handelsverkeer tussen Nederland en andere lidstaten, in het bijzonder Duitsland, in aanmerking nemend de actieradius van de met de subsidieverlening gediende economische activiteit – het houden van beurzen – en de betrekkelijk korte afstand van de locatie van de accommodatie tot de grens met Duitsland. Gelet hierop had het op de weg van de bestuurscommissie gelegen om zich er bij de Commissie afdoende van te vergewissen dat de aanmeldingsverplichting van art. 88 lid 3 EG niet van toepassing is op de subsidieverlening, of dat de subsidieverlening valt onder de vrijstellingsregeling van verordening (EG) Nr. 70/2001, dan wel om het voornemen tot subsidieverlening overeenkomstig art. 88 lid 3 EG, aan te melden.'<sup>516</sup>

Onder meer op grond van deze constatering concludeert de Afdeling bestuursrechtspraak dat de beslissing op bezwaar niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid en derhalve in strijd met artikel 3:2 Awb is genomen. Deze toetsing van het gewraakte subsidiebesluit op verenigbaarheid met artikel 88 EG is een standaardvoorbeeld van toetsing via de band van formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die ertoe leidt dat de feitenvaststelling door het bestuur is beperkt tot zorgvuldigheid en volledigheid. De Afdeling stelt namelijk niet zelf vast óf er in dit geval sprake is van staatssteun in de zin van het EG-Verdrag. Het resultaat is dat de beslissing op bezwaar wordt vernietigd en het primaire besluit niet kan worden herroepen, nu niet vaststaat welk besluit het bestuursorgaan vervolgens dient te nemen. Het vereiste onderzoek kan immers alsnog leiden tot de conclusie dat er geen sprake is van staatssteun, waarmee vaststaat dat het primaire besluit waarbij de subsidie werd verstrekt niet hoeft te worden herroepen. Nu het primaire besluit door de toetsing aan formele beginselen niet kan worden geraakt, kan de rechterlijke uitspraak ook niet leiden tot de door het Europese recht gevraagde maatregelen die concurrenten van de ontvanger van de subsidie zoveel mogelijk beschermen tegen de (wellicht) onrechtmatige tenuitvoerlegging

515. Jans e.a. 2002, p. 134 en daar genoemde uitspraken.

516. ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. WdO en M.J. Jacobs.

van de steunmaatregelen. Zonder al te diep op dit specifieke onderwerp in te gaan kan worden vastgesteld dat uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat deze van de nationale rechter verwacht dat hij de concurrenten meer bescherming biedt.<sup>517</sup> Daarvoor zal het binnen het Nederlandse rechtssysteem vaak noodzakelijk zijn dat de rechter zélf vaststelt of een bepaald besluit leidt tot verstrekking van staatssteun in de zin van het EG-Verdrag, een vaststelling die doorgaans eerst kan plaatsvinden na ingewikkelde feitelijke beoordelingen.<sup>518</sup> Op Europees niveau is daarmee ook rekening gehouden, zo blijkt uit een bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechtelijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten. In deze mededeling meldt de Commissie de nationale rechter te willen bijstaan bij deze toepassing van het staatssteunrecht en in dat kader hulp te bieden bij de feitenvaststelling door op verzoek informatie te verstrekken over het staatssteunbegrip, vervalsing van mededinging door steunmaatregelen en de invloed daarvan op het handelsverkeer. Nationale rechters kunnen vragen naar de gangbare praktijk van de Commissie bij beoordeling van deze zaken en allerlei feitelijke gegevens opvragen, zoals statistieken, marktstudies en economische analyses.

Hoewel de toetsing van aangevochten besluiten aan formele beginselen van behoorlijk bestuur – en het daarbij behorende ontbreken van eigen onderzoek van de rechter naar de daaraan ten grondslag liggende feiten – in zijn algemeenheid waarschijnlijk niet tot strijd komt met het EG-recht, kan deze toetsingsmethode onder omstandigheden dus wel in strijd komen met de taken die het Hof van Justitie in het kader van de handhaving van het EG-recht aan de nationale rechter heeft toebedeeld.

### 3.4 EXTERNE RECHTSVERGELIJKING; DUITSLAND

#### 3.4.1 Inleiding

Gezien het in deze evaluatie verrichte onderzoek naar de beoordeling van de bestuurlijke feitenvaststelling door de Nederlandse bestuursrechter en de in het voorgaande gesignaleerde probleempunten, is het zinvol de bewijsrechtelijke regels van andere procesregelingen te bezien. Gezien de eigenheid van de bestuursrechtspraak, die recent door de regering is benadrukt, ligt het voor de hand om een korte blik te werpen op een systeem van bestuursrechtspraak over de grens. Er is gekozen voor een vergelijking met het Duitse bestuurs(proces)recht omdat juist dat procesrecht op een aantal punten belangrijke invloed heeft gehad op het Nederlandse en zich bovendien gedurende langere tijd heeft kunnen ontwikkelen. Kortom, het is interessant te bezien op welke wijze de feitenvaststelling door het bestuur in Duitsland wordt beoordeeld in procedures van

517. Bijv. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76 (Steinike & Weinlig), HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90 (FNCEPA), HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94 (SFEI La Poste), HvJ EG 20 september 2001, zaak C-390/98 (Banks & Co/Coal Authority) en HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02 (Pearle).

518. Vgl. Widdershoven 2005, p. 50 e.v.

rechtsbescherming omdat de structuur van het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht gelijkenis vertoont met het Nederlandse.<sup>519</sup> Vanzelfsprekend past behoedzaamheid bij rechtsvergelijking en bij een korte blik over de grens geldt dat a fortiori. Immers, de regelingen zoals die in het Duitse recht bestaan, zijn gestoeld op de uitgangspunten van het Duitse bestuurs(proces)recht. Deze uitgangspunten verschillen – zoals bekend – van de Nederlandse en kunnen daarom niet zonder meer worden gebruikt als oplossingen voor de gevonden knelpunten in het Nederlandse bestuurs(proces)recht.<sup>520</sup> Dat neemt niet weg dat juist externe rechtsvergelijking met Duitsland een belangrijke ondersteuning kan vormen voor het kritisch bezien van het Nederlandse rechtsstelsel en kan dienen ter ondersteuning van eventuele adviezen aan bestuur, bestuursrechter en wetgever. Evenals het Nederlandse, wordt het Duitse bestuurs(proces)recht erdoor gekenmerkt dat de taak om de feiten vast te stellen primair is toebedeeld aan het bestuur. Nadien kan de Duitse bestuursrechter rechtsbescherming bieden. In het onderstaande wordt een kort overzicht gegeven van de bepalingen die onmiddellijke invloed hebben op de feitenvaststelling door het bestuur en de door de bestuursrechter te verlenen rechtsbescherming op dat punt.

#### 3.4.2 Duits bestuursrecht (§§ 24, 25 en 26 VwVfG)

In paragraaf 2.3.2 is uitgebreid stilgestaan bij de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan en de informatieverplichtingen van de belanghebbende in het Nederlandse bestuursrecht. Op welke wijze is deze verhouding in het Duitse recht geregeld? Ook in het Duitse bestuursrecht wordt de gerechtelijke procedure voorafgegaan door feitenvaststelling door het bestuur en wordt een onderzoeksplicht van het bestuur en een informatieplicht van de burger onderscheiden. Enkele relevante bepalingen uit het *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) aangaande die fase worden hieronder weergegeven.

##### § 24 VwVfG

1. Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden.
2. Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.
3. Die Behörde darf die Entgegennahme von Erklärungen oder Anträgen, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, nicht deshalb verweigern, weil sie die Erklärung oder den Antrag in der Sache für unzulässig oder unbegründet hält.

519. Zie Kamerstukken II 2003/04, 25 425, nr. 7.

520. In deze paragraaf kan – ook al vanwege lengte van het rapport – niet worden ingegaan op de uitgangspunten van het Duitse bestuursprocesrecht die verschillen van de Nederlandse. In diverse andere onderzoeken zijn dergelijke vergelijkingen wel te vinden. Zie o.a. Bok 1992, p. 95 e.v.; De Waard, Bok & Gilhuis 2001, p. 75 e.v.

### § 25 VwVfG

Die Behörde soll die Abgabe von Erklärungen, die Stellung von Anträgen oder die Berichtigung von Erklärungen oder Anträgen anregen, wenn diese offensichtlich nur versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben oder unrichtig abgegeben oder gestellt worden sind. Sie erteilt, soweit erforderlich, Auskunft über die den Beteiligten im Verwaltungsverfahren zustehenden Rechte und die ihnen obliegenden Pflichten.

### § 26 VwVfG

1. Die Behörde bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Sie kann insbesondere
  1. Auskünfte jeder Art einholen,
  2. Beteiligte anhören, Zeugen und Sachverständige vernehmen oder die schriftliche oder elektronische Äußerung von Beteiligten, Sachverständigen und Zeugen einholen,
  3. Urkunden und Akten beiziehen,
  4. den Augenschein einnehmen.
2. Die Beteiligten sollen bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben. Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, insbesondere eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen oder zur Aussage, besteht nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist.
3. Für Zeugen und Sachverständige besteht eine Pflicht zur Aussage oder zur Erstattung von Gutachten, wenn sie durch Rechtsvorschrift vorgesehen ist. Falls die Behörde Zeugen und Sachverständige herangezogen hat, erhalten sie auf Antrag in entsprechender Anwendung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes eine Entschädigung oder Vergütung.

In § 24 VwVfG is het uitgangspunt neergelegd met betrekking tot de feitenvaststelling bij de besluitvorming door het bestuur. De bepaling codificeert de zogenaamde *Untersuchungsgrundsatz*. Dit uitgangspunt betekent dat het bestuur ambtshalve verplicht is om alle voor de besluitvorming relevante feiten te verzamelen en houdt verband met de hoofdregel van rechtmatig bestuur (*Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung*) zoals die voortvloeit uit het geregelde in artikel 20 III van het *Grundgesetz*. Er wordt met ander woorden veel waarde gehecht aan het algemene belang dat is gediend met enerzijds de binding van het bestuur aan het recht en anderzijds de feitelijke juistheid van de besluiten van het bestuur. Het bestuursorgaan is in elk geval eindverantwoordelijke voor het vaststellen van de feiten waarop het besluit wordt gegrond.

Net als in het Nederlandse bestuursrecht wordt in het Duitse recht – voornamelijk vanuit de gedachte van ontlasting van het bestuur en praktische efficiëntie – bepaald dat de burger een medewerkingsplicht heeft bij het vaststellen van de feiten. Op grond van § 26 lid 2 VwVfG bestaat voor de belanghebbende een *Mitwirkungslast*. De bepaling gelast de burger de hem bekende feiten en bewijsmiddelen aan te geven. De burger kan, indien hij niet aan de in de VwVfG opgenomen last voldoet, geconfronteerd worden met negatieve gevolgen van zijn nalaten, die gelegen kunnen zijn in het oordeel dat de voor de burger gunstige feiten niet zijn

komen vast te staan. In Kopp/Ramsauer wordt aangestipt dat gedacht zou kunnen worden dat het opnemen van deze medewerkingsplicht verband houdt met het opkomen van de – wellicht met de idee van een wederkerige rechtsbetrekking tussen overheid en burger te vergelijken – gedachte aan een coöperatieve staat. Met kracht wordt echter ontkend dat er door het aannemen van een medewerkingsplicht een gedeelde verantwoordelijkheid zou ontstaan voor het vaststellen van de feiten. Over de juistheid van de feiten waarop de bestuurlijke beslissing is gebaseerd, dient enkel het bestuur verantwoording af te leggen.<sup>521</sup>

§ 25 VwVfG regelt dat het bestuur de belanghebbende aanzet tot het herstellen van gebreken in verklaringen en aangevoerde feitelijkheden die van belang zijn voor de door het bestuur te nemen beslissing. Deze bepaling moet bewerkstelligen dat de mogelijkheid om materiële rechten te verwezenlijken niet wordt beperkt door onbekendheid en onervarenheid betreffende de omgang met het bestuur. Aan deze regeling ligt onder meer ten grondslag het beginsel dat het bestuur zich dienstverlenend moet opstellen en de hoofdregel van *Waffengleichheit im Verfahren*. Op grond van laatstgenoemd beginsel wordt geconcludeerd dat de aanwezigheid van een rechtsbijstandverlener de verplichting van het bestuur kan relativeren. Van belang is dat de bepaling betrekking heeft op de in § 26, tweede lid eerste zin, VwVfG neergelegde medewerkingsplicht (*Mitwirkungslast*). Het bestuursorgaan dient de burger over deze plicht voor te lichten. Ter relativering van die voorlichtingsplicht van het bestuur en de plicht om de belanghebbende aan te zetten de relevante feitelijke omstandigheden te schetsen, moet opgemerkt worden dat die verplichting slechts bestaat indien sprake is van abusievelijk of uit onwetendheid niet gestelde feiten of aangevoerde bewijsmiddelen. Slechts indien voor een ambtenaar het gebrek onmiddellijk kenbaar is, dient het bestuur de belanghebbende te wijzen op zijn rechten, maar vooral ook op zijn plichten.<sup>522</sup> Voldoet het bestuur niet aan de in § 25 VwVfG neergelegde verplichting, dan kan de bestuursrechter in de gerechtelijke procedure slechts het bestreden besluit vernietigen in het geval niet is uit te sluiten dat het nalaten van het bestuur invloed heeft gehad op het uiteindelijke besluit.

Een aantal elementen van de in de VwVfG opgenomen bepalingen betreffende de feitenvaststelling door het bestuur is in het kader van dit onderzoek relevant om te vermelden.

Een eerste vraag die op kan komen is die naar de aard van de bewijsmiddelen, de waardering van de bewijsmiddelen en de verdeling van de bewijslast in de bestuurlijke fase. Evenals in het Nederlandse bestuursrecht is in Duitsland het informele karakter van de bestuurlijke fase als uitgangspunt gekozen. In beginsel geldt daarom niet alleen dat het bestuur niet is gebonden aan hetgeen door de burger wordt aangevoerd, maar ook de zogenoemde vrij-bewijsleer. Dit laatste volgt onder andere uit het feit dat in § 26 lid 1 VwVfG de mogelijke bewijsmiddelen niet limitatief zijn opgesomd en bovendien uit de constatering dat ook algemeen bekende feiten en ervaringsregels ten grondslag mogen worden gelegd aan

521. Kopp/Ramsauer 2003, p. 330.

522. Kopp/Ramsauer 2003, p. 350.

de besluitvorming. Ook met betrekking tot de bewijswaardering geldt in beginsel dat het bestuur daarin vrij is. De gelding van deze hoofdregel is niet uitdrukkelijk in de wet neergelegd, maar vloeit voort uit de *Untersuchungsgrundsatz*.

Het VwVfG, waarin de regels aangaande de bestuurlijke fase zijn gecodificeerd, kent geen expliciete regels over de bewijslastverdeling. Het kent, net als het Duitse bestuursprocesrecht dat in de hierna te bespreken VwGO is opgenomen, geen principiële regel voor stelplicht en bewijsplicht (*Behauptungslast und Beweisführungspflicht; formelle Beweislast*). Een dergelijke insteek wordt in strijd met het uitgangspunt van § 24 VwVfG geacht. De vraag die resteert, is welke van de partijen de gevolgen draagt van de niet voldoende aannemelijk geworden feiten (*materielle Beweislast*). Uitgangspunt voor beantwoording van die vraag is het materiële recht. Omdat expliciete bepalingen betreffende de bewijslastverdeling nauwelijks voorkomen, wordt teruggevallen op de hoofdregel dat de genoemde negatieve gevolgen gedragen moeten worden door degene die een voor hem positief rechtsgevolg uit de onvoldoende bewezen feiten afleidt.<sup>523</sup> Indien het bestuur in de rechten en vrijheden van de burger treedt (*Eingriffsverwaltung*), draagt het de (materiële) bewijslast van feiten waaruit het heeft afgeleid dat voldaan is aan de bevoegdheidsvoorwaarden (*anspruchsbegründende Tatsachen*); voor feiten die daartegen pleiten, heeft de burger in beginsel de materiële bewijslast (*rechtshinderende Tatsachen*). Anderzijds wordt doorgaans aangenomen dat deze last bij de belanghebbende ligt indien deze een voor hem gunstig besluit heeft aangevraagd. Met deze uitgangspunten wordt geen sluitend systeem van materiële bewijslastverdeling gecreëerd. Voor het antwoord op de vraag welk soort feit (*anspruchsbegründende of rechtshinderende*) in een concreet geval aan de orde is, is in elk geval ook het doel of de doelstelling van het betreffende materiële recht van belang.<sup>524</sup> Als sluitstuk aangaande de bewijslastverdeling wordt in algemene bewoordingen gesteld dat de rechtspositie van de burger daardoor niet dusdanig beperkt mag worden dat de effectieve rechtsbescherming (art. 19 IV GG) aanzienlijk wordt aangetast.<sup>525</sup>

Een tweede vraag die relevant lijkt, betreft de mate waarin het bestuur onderzoek dient te verrichten. De beslissing over de aard en de omvang van het onderzoek naar de feiten staat nadrukkelijk ter discretie van het bestuur. Het niet voldoen aan een medewerkingsplicht kan voor de belanghebbende van invloed zijn op de mate waarin nog van het bestuur redelijkerwijze gevraagd kan worden onderzoek te doen naar die feiten en omstandigheden. Enerzijds blijft dus het verrichten van onderzoek naar de feiten en omstandigheden de eindverantwoordelijkheid van het bestuur, maar anderzijds wordt aangenomen dat de onderzoeksplicht in zekere mate wordt begrensd door de medewerkingsplicht van de burger. Echter, alleen wanneer het de burger helder is of had kunnen zijn dat hij bepaalde bewijsmiddelen over moe(s)t leggen en aan die verplichting niet voldoet, kan dat gevolgen hebben voor de besluitvorming. Ook geldt dat, indien over de medewer-

523. BVerwG NVwZ-RR 1993, 205.

524. BVerGE 44, 265.

525. BVerGE 70, 143; BVerwG DVBl. 1988, 404.

kingsplicht redelijkerwijs twijfel zou kunnen bestaan, het bestuursorgaan de burger expliciet moet wijzen op zijn last. Pas als aan die voorwaarden is voldaan, kan – bij het nalaten van medewerking – de waardering van het verzamelde bewijs voor de burger negatief uitpakken. Voor het onderhavige onderzoek lijkt van belang te constateren dat, ondanks de tamelijk genuanceerde regels betreffende de (materiële) bewijslastverdeling, als uitgangspunt geldt dat handelen in strijd met de medewerkingsplicht van § 26 lid 2 VwVfG de burger *in beginsel* niet belet om in een rechtsbeschermingsprocedure aan te tonen dat het bestuursorgaan onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de feiten en omstandigheden of dat het genomen besluit niet is gebaseerd op de materiële waarheid.<sup>526</sup>

### 3.4.3 Duits bestuursprocesrecht (§§ 86, 87, 87b, 128, 128a VwGO)

Dat het uitgangspunt voor de Duitse bestuursrechter bij de beoordeling van de feitenvaststelling door het bestuur duidelijker is geformuleerd dan in het Nederlandse bestuursrecht, blijkt onmiddellijk uit de belangrijkste dienaangaande bepalingen in de *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO), waarin het Duitse bestuursprocesrecht is gecodificeerd. Deze bepalingen zijn hieronder kort weergegeven.

#### § 86 VwGO

1. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.
2. Ein in der mündlichen Verhandlung gestellter Beweisantrag kann nur durch einen Gerichtsbeschluß, der zu begründen ist, abgelehnt werden.
3. Der Vorsitzende hat darauf hinzuwirken, daß Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden.
4. Die Beteiligten sollen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung Schriftsätze einreichen. Hierzu kann sie der Vorsitzende unter Fristsetzung auffordern. Die Schriftsätze sind den Beteiligten von Amts wegen zu übermitteln.
5. Den Schriftsätzen sind die Urkunden oder elektronischen Dokumente, auf die Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift ganz oder im Auszug beizufügen. Sind die Urkunden oder elektronischen Dokumente dem Gegner bereits bekannt oder sehr umfangreich, so genügt die genaue Bezeichnung mit dem Anerbieten, Einsicht bei Gericht zu gewähren.

#### § 87 VwGO

1. Der Vorsitzende oder der Berichterstatter hat schon vor der mündlichen Verhandlung alle Anordnungen zu treffen, die notwendig sind, um den Rechtsstreit möglichst in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen. Er kann insbesondere

526. Kopp/Ramsauer 2003, p. 331. Uitzondering op die regel kan evenwel liggen in de mogelijkheid van rechtsverwerking en het handelen in strijd met de goede trouw; zie echter noot 531.



1. die Beteiligten zur Erörterung des Sach- und Streitstandes und zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits laden und einen Vergleich entgegennehmen;
  2. den Beteiligten die Ergänzung oder Erläuterung ihrer vorbereitenden Schriftsätze, die Vorlegung von Urkunden, die Übermittlung von elektronischen Dokumenten und die Vorlegung von anderen zur Niederlegung bei Gericht geeigneten Gegenständen aufgeben, insbesondere eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Punkte setzen;
  3. Auskünfte einholen;
  4. die Vorlage von Urkunden oder die Übermittlung von elektronischen Dokumenten anordnen;
  5. das persönliche Erscheinen der Beteiligten anordnen; § 95 gilt entsprechend;
  6. Zeugen und Sachverständige zur mündlichen Verhandlung laden.
2. Die Beteiligten sind von jeder Anordnung zu benachrichtigen.
  3. Der Vorsitzende oder der Berichterstatter kann einzelne Beweise erheben. Dies darf nur insoweit geschehen, als es zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Gericht sachdienlich und von vornherein anzunehmen ist, daß das Gericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag.

#### § 87b VwGO

1. Der Vorsitzende oder der Berichterstatter kann dem Kläger eine Frist setzen zur Angabe der Tatsachen, durch deren Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung im Verwaltungsverfahren er sich beschwert fühlt. Die Fristsetzung nach Satz 1 kann mit der Fristsetzung nach § 82 Abs. 2 Satz 2 verbunden werden.
2. Der Vorsitzende oder der Berichterstatter kann einem Beteiligten unter Fristsetzung aufgeben, zu bestimmten Vorgängen
  1. Tatsachen anzugeben oder Beweismittel zu bezeichnen,
  2. Urkunden oder andere bewegliche Sachen vorzulegen sowie elektronische Dokumente zu übermitteln, soweit der Beteiligte dazu verpflichtet ist.
3. Das Gericht kann Erklärungen und Beweismittel, die erst nach Ablauf einer nach den Absätzen 1 und 2 gesetzten Frist vorgebracht werden, zurückweisen und ohne weitere Ermittlungen entscheiden, wenn
  1. ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und
  2. der Beteiligte die Verspätung nicht genügend entschuldigt und
3. der Beteiligte über die Folgen einer Fristversäumung belehrt worden ist.

Der Entschuldigungsgrund ist auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen. Satz 1 gilt nicht, wenn es mit geringem Aufwand möglich ist, den Sachverhalt auch ohne Mitwirkung des Beteiligten zu ermitteln.

#### § 108 VwGO

1. Das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.
2. Das Urteil darf nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.

### § 128 VwGO

Das Oberverwaltungsgericht prüft den Streitfall innerhalb des Berufungsantrags im gleichen Umfang wie das Verwaltungsgericht. Es berücksichtigt auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel.

### § 128a VwGO

1. Neue Erklärungen und Beweismittel, die im ersten Rechtszug entgegen einer hierfür gesetzten Frist (§ 87b Abs. 1 und 2) nicht vorgebracht worden sind, sind nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn der Beteiligte die Verspätung genügend entschuldigt. Der Entschuldigungsgrund ist auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen. Satz 1 gilt nicht, wenn der Beteiligte im ersten Rechtszug über die Folgen einer Fristversäumung nicht nach § 87b Abs. 3 Nr. 3 belehrt worden ist oder wenn es mit geringem Aufwand möglich ist, den Sachverhalt auch ohne Mitwirkung des Beteiligten zu ermitteln.
2. Erklärungen und Beweismittel, die das Verwaltungsgericht zu Recht zurückgewiesen hat, bleiben auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen.

Ook in het Duitse *algemene* bestuursprocesrecht geldt – op grond van het *Gesetz-mässigkeitprinzip* en de in art. 19 IV GG gewaarborgde garantie van effectieve rechtsbescherming voor de burger – de *Untersuchungsgrundsatz*. Hoewel niet onbelangrijk, wordt de ongelijkheid tussen partijen niet de voornaamste reden geacht om te spreken van het voornoemde uitgangspunt. Naast de gebondenheid van het bestuur aan het recht, wordt vooral aangevoerd dat het algemeen belang eist dat de rechterlijke uitspraak in het bestuursprocesrecht is gebaseerd op de materiële waarheid. § 86, eerste lid, VwGO bepaalt dat de bestuursrechter ambtshalve, zo nodig tegen de uitdrukkelijke wens van een partij in, alle voor de vordering relevante feiten en omstandigheden verzamelt en niet is gebonden aan hetgeen partijen aan de vordering ten grondslag leggen. Daar waar de Nederlandse bestuursrechter van de wetgever daartoe de gelegenheid heeft gekregen (vgl. artikel 8:69, derde lid, Awb), draagt de Duitse wet de bestuursrechter op zijn uitspraak – zo veel mogelijk – te baseren op de materiële waarheid. Uit de tekst van § 86 VwGO wordt afgeleid dat de Duitse bestuursrechter eindverantwoordelijke is voor het onderzoeken van de feiten en bovendien bevoegd is feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels ten grondslag te leggen aan zijn uitspraak.

De aldus voor de bestuursrechter geformuleerde onderzoeksplicht kan echter in geen enkele gerechtelijke procedure in volle omvang meer gelden. Zo stelt Hufen dat in theorie de onderzoeksplicht wel vaststaat, maar dat de rechterlijke macht in de praktijk feitelijk en financieel niet meer in staat wordt gesteld om aan die plicht te voldoen. Feitelijk is het de bestuursrechter steeds vaker onmogelijk om prijzige rapporten te laten opstellen, waardoor de procespartij die bij machte is om dergelijke onderzoeken zelf in te brengen in het voordeel is.<sup>527</sup> Mede daarom bepaalt § 86 VwGO dat de onderzoeksplicht een begrenzing vindt in de medewerkingsplichten van de procespartijen. Kortom, in het Duitse procesrecht wordt van

527. Hufen 2003, p. 575.

partijen een steeds actievere rol verwacht, waardoor een verschuiving is opgetreden in het idee van de *Untersuchungsgrundsatz*:

‘Das Gericht darf aber nicht die Verantwortung für die Sachaufklärung auf die Beteiligten verlagern. Kern des Untersuchungsgrundsatzes ist also weniger, daß das Gericht die Sachaufklärung *ausschließlich* betreibt, sondern daß es kraft seiner Autorität die Möglichkeit zu einem Einbringen von Daten und Fakten schafft und diese dann in sachlich korrekter Weise auswertet. Hier hat das Gericht vielfach anregende, leitende und moderierende Funktion. Es kooperiert mit dem Beteiligten und ggf. deren Anwälten und bildet sich auf der Basis der aus verschiedenen Quellen eingebrachten Sachverhaltselemente ein eigens Urteil. Insofern ist der Untersuchungsgrundsatz heute zumindest teilweise von Elementen des *Beibringungsgrundsatzes* und des *Kooperationsprinzips* überlagert – verbunden mit einem rechtlichen und faktischen Entscheidungs- und Bewertungsmonopol des Gerichts.’<sup>528</sup>

De toegenomen invloed van de *Beibringungsgrundsatz*, welke inhoudt dat partijen verantwoordelijk zijn voor het aanvoeren van de feiten en de bewijsmiddelen, komt ten eerste tot uitdrukking in de zinsnede ‘*die Beteiligten sind dabei heranzuziehen*’ in § 86, eerste lid, VwGO en de in § 82 VwGO opgenomen last om de tegen het besluit van het bestuur aangevoerde gronden te adstrueren, ook door aan te geven over welke bewijsmiddelen kan worden beschikt. Het is lastig in concreto te bepalen waar de grens ligt tussen de verplichting van de bestuursrechter om de relevante feiten en omstandigheden te onderzoeken en de medewerkingsplicht van de belanghebbende in de procedure.

In de dissertatie van Köhler-Rott uit 1997 wordt de rechtspraak betreffende deze grens besproken.<sup>529</sup> Een algemene leer op dit punt lijkt moeilijk te ontwaren, maar de jurisprudentie wijst telkens op het uitgangspunt dat de rechterlijke plicht om ambtshalve onderzoek te doen (*Amtsermittlungspflicht*) daar eindigt, waar de medewerkingsplichten van de partijen beginnen. Van groot belang is dat in het Duitse bestuursprocesrecht de bestuursrechter ambtshalve – binnen de grenzen van de rechtsstrijd – tot aan de grenzen van de redelijkheid elke mogelijke manier om de feitelijke aspecten van de zaak op te helderen, ter hand moet nemen.<sup>530</sup> De eindverantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling ligt nog altijd bij de bestuursrechter.<sup>531</sup> Dit belangrijke uitgangspunt wordt dus begrensd door de medewerkingsplichten van de belanghebbenden. Köhler-Rott stelt het als volgt:

528. Hufen 2003, p. 575-576.

529. Köhler-Rott 1997, p. 36 e.v.

530. Zie ook Schuurmans & Willemsen 2003, p. 292; vgl. BVerwG DVBl. 1984, p. 1005-1006.

531. Er wordt in het proefschrift van Köhler-Rott slechts verwezen naar de bestuurlijke fase en de invloed daarvan op de rol van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling indien het materiële recht expliciet bepaalt dat de belanghebbende reeds in de bestuurlijke fase de voor zijn standpunt gunstige feiten en bewijsmiddelen zou moeten stellen (*materielle Präklusion*); zo luidt § 20, zesde lid, Allgemeines Eisenbahngesetz: ‘Der Kläger hat innerhalb einer Frist von sechs Wochen die zur Begründung seiner Klage dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben. →

‘Allgemein sind die Beteiligten nach der Rechtsprechung vor allem gehalten, “die ihnen geläufigen Tatsachen, mit denen sie ihre Anträge begründen, selbst vorzutragen”. Das Gericht sei nicht verpflichtet, in nicht durch entsprechendes Vorbringen oder andere konkrete Anhaltspunkte veranlasste Nachforschungen darüber einzutreten, ob vielleicht irgendein bisher nicht entdeckter Umstand auf die Rechtmässigkeit des zu beurteilenden Verwaltungshandeln von Einfluss sein könnte. Damit schränkt das Bundesverwaltungsgericht die grundsätzlich bestehende Amtsermittlung schon erheblich ein. Das Gericht muss nicht von Amts wegen in alle Richtungen ermitteln, sonder nur bei entsprechenden Anhaltspunkten.’<sup>532</sup>

Hoewel deze rechtspraak de verplichting tot ambtshalve onderzoek tot in de kern lijkt aan te tasten, blijft wel de eindverantwoordelijkheid van de bestuursrechter overeind. De bestuursrechter heeft daardoor bij het verzamelen van bewijsmiddelen nog wel een stimulerende en leidende rol. De bewijsomvang lijkt theoretisch alle relevante aspecten binnen de omvang van het geschil te betreffen, maar de bestuursrechter doet enkel onderzoek naar die aspecten waarvoor partijen voldoende aanknopingspunten voor onderzoek hebben aangegeven. Ten aanzien van de (materiële) bewijslastverdeling geldt hetzelfde als in de bestuurlijke fase. Op grond van het beginsel van hoor en wederhoor zoals neergelegd in § 108, tweede lid, VwGO, moeten alle partijen de gelegenheid hebben gehad zich uit te laten over de aan de uitspraak ten grondslag gelegde feiten. Voorts blijkt expliciet uit § 108, eerste lid, VwGO dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs. Deze vrijheid vindt overigens wel haar grens in de wettelijk voorgeschreven bewijskracht van aktes, processen-verbaal en onaantastbaar geworden besluiten of rechterlijke uitspraken.

In verband met de verplichting van de partijen om zelfstandig bewijsmiddelen in het proces te brengen, zijn het tweede en het derde lid van § 86 VwGO van groot belang. Het tweede lid bepaalt dat een ter zitting gedaan – voldoende gespecificeerd – bewijsaanbod niet door de bestuursrechter ongemotiveerd kan worden afgewezen. Het dwingt de bestuursrechter bijzonder zorgvuldig te toetsen of een afwijzing – ondanks de gelding van de *Untersuchungsgrundsatz* – gerechtvaardigd is. Tevens dient deze norm, die in algemenere vorm is verankerd in art. 103 I GG, de rechtszekerheid en de effectieve rechtsbescherming voor de belanghebbende.<sup>533</sup> Het derde lid regelt de zogenoemde *Hinweispflicht* van de bestuursrechter. Deze houdt in dat de bestuursrechter de partijen – net als het bestuur in de bestuurlijke fase – kan aanzetten tot het aanvoeren van nadere bewijsmiddelen. Het doel van deze bepaling is meerledig, maar dient in elk geval de zoektocht naar de materiële waarheid. Van groot belang is tevens dat daardoor de belanghebbende wordt geholpen zijn medewerkingsplicht te herkennen en verrassings-

531. § 87b Abs. 3 und § 128a der Verwaltungsgerichtsordnung gelten entsprechend'. Ook in het sociale zekerheidsrecht gelden bijzonder gedetailleerde verplichtingen voor belanghebbenden (§ 60 e.v. Sozialgesetzbuch); de gevolgen van het niet voldoen aan deze verplichting, werken – mits de belanghebbende daarop is gewezen (§ 66, derde lid, Sozialgesetzbuch) – door in de rechtmatigheid van het besluit; vgl. Willemsen 2005, p. 124.

532. Köhler-Rott 1997, p. 38.

533. Kopp/Schenke 2003, p. 1012.

uitspraken kunnen worden voorkomen (zie ook § 108, tweede lid, VwGO). Deze waarborgen nemen echter niet weg dat de partijen in hoge mate worden geconfronteerd met de verplichting om zelfstandig met de hen bekende bewijsmiddelen te komen. Zeker als partijen procederen met een rechtsbijstandverlener, grenst de verplichting van partijen aan de hoofdregel in het Duitse civiele procesrecht, de *Beibringungsgrundsatz*. Köhler-Rott concludeert dat het onderscheid tussen beide hoofdregels nog slechts kenbaar is in de eindverantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor het onderzoek naar feiten. In het civiele procesrecht zijn dat de partijen, in het bestuursprocesrecht de bestuursrechter. Die eindverantwoordelijkheid betekent niet onmiddellijk dat de bestuursrechter zelf ambtshalve onderzoek moet (laten) verrichten indien de partijen onvoldoende bewijsmiddelen aandragen over de in geschil zijnde feiten. Niet alleen geldt nog altijd dat de bestuursrechter slechts onderzoek dient te verrichten indien daarvoor aanknopingspunten kunnen worden gevonden in hetgeen een partij heeft aangedragen, maar ook wordt in voldoende mate recht gedaan aan de *Untersuchungsgrundsatz* indien de rechter partijen zonodig wijst op hun medewerkingsplicht. Sluitstuk van de aldus gerelativeerde *Untersuchungsgrundsatz* is de bevoegdheid van de bestuursrechter krachtens § 87b VwGO.

Belangrijkste ontwikkeling – en relativering van de gedachte dat de bestuursrechter zelfstandig onderzoek naar de feiten dient in te stellen – is daarmee het sinds 1991 geldende § 87b VwGO, waarin de zogenoemde – procedurele of formele – *Präklusion* is geregeld. De rechter heeft de bevoegdheid gekregen een termijn te stellen voor het aanvoeren van zowel feitelijke gronden door de eiser (eerste lid) als bewijsmiddelen door een daartoe op grond van de medewerkingsplicht verplichte partij (tweede lid). Anders dan het Nederlandse bestuursrecht, dat daarvoor buiten artikel 8:58 Awb geen wettelijke basis kent, bepaalt het derde lid van § 87b VwGO dat de bestuursrechter hetgeen buiten deze termijn is aangevoerd, buiten beschouwing kan laten. Bij toepassing van deze bepaling zal rekening moeten worden gehouden met de garanties van effectieve rechtsbescherming (artikel 19 IV GG) en rechterlijk gehoor (art. 103 IV GG). Het derde lid van § 87b VwGO stelt daarom als noodzakelijke en cumulatieve voorwaarden voor het uitsluiten van bewijsmiddelen die na de gestelde termijn worden overgelegd, dat eventuele toelating de procedure onredelijk zou vertragen, dat geen goede verschoningsgrond wordt aangevoerd voor de termijnoverschrijding en dat de betreffende partij over de consequenties van de termijnoverschrijding is ingelicht. Alleen onder die voorwaarden heeft de bestuursrechter de discretionaire bevoegdheid om bewijsmiddelen niet mee te nemen in de beoordeling. Benaadrukt wordt dat het uitsluiten van bewijsmiddelen uitzondering behoort te zijn, door de bestuursrechter deugdelijk dient te worden gemotiveerd en niet kan plaatsvinden indien de rechter met geringe inspanning de feiten zonder medewerking van de partijen toch kan onderzoeken.

In de VwGO zijn, naast de hiervoor besproken bepalingen die de gerechtelijke procedure in eerste aanleg betreffen, ook bepalingen aangaande het hoger beroep opgenomen. In elk geval de §§ 128 en 128a VwGO, die de beoordeling van de feitenvaststelling in hoger beroep betreffen, lijken voor dit onderzoek van belang. In

de tweede zin van § 128 VwGO is het uitgangspunt geformuleerd: in hoger beroep is het mogelijk om binnen de rechtsstrijd nieuwe feiten en bewijsmiddelen aan te voeren of een nieuw bewijsaanbod te doen. Indien door het aanvoeren van bewijsmiddelen in hoger beroep kosten ontstaan die vermeden hadden kunnen worden wanneer de belanghebbende deze reeds in eerste aanleg had overgelegd, kan als sanctie gedacht worden aan een proceskostenveroordeling op grond van § 155, vierde lid, VwGO. Een sanctie als het buiten beschouwing laten van bewijsmiddelen is mogelijk op grond van § 128a VwGO, welke bepaling gelijktijdig werd ingevoerd met § 87b VwGO. § 128a VwGO maakt een uitzondering op de hoofdregel van § 128 VwGO. Op grond van het tweede lid van § 128a VwGO kan, in het geval de bestuursrechter in eerste aanleg terecht een termijn in de zin van § 87b VwGO heeft gesteld en aan de cumulatieve voorwaarden in die bepaling is voldaan om de nadien ingebrachte bewijsmiddelen uit te sluiten, die termijn niet door het instellen van hoger beroep verlengd worden. Dat bewijs kan dus in beginsel ook in hoger beroep geen rol meer spelen. Dat ligt anders op grond van het eerste lid van § 128a VwGO indien de belanghebbende in eerste aanleg niet is voorgelicht over de consequenties van de termijnstelling als bedoeld in § 87b VwGO en indien de hogerberoepsinstantie van oordeel is dat zonder vertraging of veel inspanning en zonder medewerking van de belanghebbende onderzoek naar de feiten kan worden verricht.

#### 3.4.4 Reflectie

Enkele in het voorgaande besproken aspecten van het Duitse bestuursrecht kunnen worden gebruikt om een kritische blik te werpen op het Nederlandse bestuursrecht.

Een eerste punt dat de aandacht trekt is de principiële gelding van de *Untersuchungsgrundsatz*. Dit uitgangspunt legt de eindverantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase bij het bestuur en in de gerechtelijke fase bij de rechter. Bovendien wordt het aannemen van een formele stelplicht, die gepaard zou gaan met een formele bewijslast, in strijd met de *Untersuchungsgrundsatz* geacht. Het feit dat de bestuursrechter eindverantwoordelijk is, betekent echter niet dat steeds hij degene is die het onderzoek moet (laten) verrichten naar de voor het bestreden besluit relevante feitelijke omstandigheden. Het idee dat de *Untersuchungsgrundsatz* met zich brengt dat de eindverantwoordelijke ook zelfstandig het onderzoek dient te (laten) verrichten, lijkt in het Duitse recht niet langer de insteek. Niet alleen wordt van partijen verwacht dat zij in eerste instantie zelfstandig de bewijsmiddelen aanvoeren waarover zij de beschikking hebben, maar ook zal de rechter slechts onderzoek instellen naar de feiten indien partijen daarvoor voldoende aanknopingspunten aanbrenge. De Duitse bestuursrechter heeft weliswaar een eigen taak om de feiten vast te stellen, maar kan die deels uitbesteden door partijen te wijzen op hun medewerkingsplicht. Dat alles neemt echter niet weg dat in het Duitse bestuursprocesrecht veel waarde wordt gehecht aan rechtspraak op grond van de materiële waarheid, waardoor de Duitse bestuursrechter zich in geschillen die de feitenvaststelling betreffen, snel genoodzaakt zal voelen om – net als het bestuur in de bestuurlijke fase – tot aan

de grenzen van het redelijke zelf onderzoek te verrichten naar de feitelijke omstandigheden van het geschil.

Ten aanzien van de (materiële) bewijslastverdeling geldt als uitgangspunt dat het materiële recht daarvoor doorslaggevend is. Een partij die zich beroept op een voor zijn positie gunstig feit, dient de (voor hem negatieve) gevolgen te dragen indien die feiten onvoldoende aannemelijk worden. Omdat deze hoofdregel, waarop uitzonderingen bestaan en waarbij ook het doel van het materiële recht van belang is, gebaseerd is op het materiële recht, verschilt de bewijslastverdeling in de bestuurlijke fase niet van die in de gerechtelijke. De rechter is vrij in de waardering van het bewijs dat hij tot zijn beschikking heeft, tenzij bij wet een bepaalde bewijskracht aan een bewijsmiddel is toegekend.

Het naar ons oordeel meest wezenlijke punt dat noopt tot een kritische blik op de Nederlandse normen betreffende de feitenvaststelling door de bestuursrechter, is de mate van rechtszekerheid en voorspelbaarheid die aan de burger moet worden verschaft over zijn medewerkingsplicht. Een en ander komt niet alleen tot uitdrukking in de expliciete verplichting in § 82 VwGO om bewijsmiddelen over te leggen, maar ook in het tweede lid van § 86 VwGO, waarin de bestuursrechter wordt verplicht expliciet een afweging te maken over het afwijzen van een ter zitting gedaan bewijsaanbod. Een bewijsaanbod kan hij alleen gemotiveerd afwijzen. Daarenboven bepaalt § 86, derde lid, VwGO dat de bestuursrechter in voorkomend geval de belanghebbende dient te helpen bij het herkennen van zijn medewerkingsplicht. Door deze *Hinweisplicht* van de bestuursrechter zal een belanghebbende niet snel verrast worden door het oordeel dat hij niet heeft voldaan aan zijn bewijslast of aan de verplichting de feitelijke omstandigheden van het geschil te stellen. Deze elementen lijken de belanghebbende meer houvast – rechtszekerheid – op het terrein van de feitenvaststelling door de bestuursrechter te geven dan het Nederlandse recht. Deze voorspelbaarheid van het rechterlijk gedrag is ook nadrukkelijk aan de orde als het gaat om het uitsluiten van bewijs. Bewijs kan alleen worden uitgesloten als de bestuursrechter in eerste aanleg voor het overleggen van dat bewijs een redelijke termijn heeft gesteld aan de betreffende partij. Blijft een partij in gebreke, dan kunnen nadien aangevoerde bewijsmiddelen slechts worden uitgesloten indien aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Een van de voorwaarden is dat de belanghebbende is voorgelicht over de gevolgen van de termijnstelling. Alleen als dat het geval is, kan ook in hoger beroep niet alsnog het te laat aangevoerde bewijs een rol spelen.

Al met al lijkt daarom de conclusie gerechtvaardigd dat de Duitse bestuursrechter – anders dan de Nederlandse bestuursrechter – op grond van de voor hem geldende bepalingen van de VwGO, verplicht is partijen voor te lichten over zijn eigen (in)activiteit, onder verwijzing naar de plicht van de belanghebbende om de ter zake dienende bewijsmiddelen over te leggen. Op deze wijze wordt door de Duitse bestuursrechter in belangrijke mate bijgedragen aan de rechtszekerheid van partijen en wordt voorkomen dat hij veelvuldig uitspraken doet waarin de partijen verrast worden door het oordeel dat de voor hen gunstige feiten onvoldoende aannemelijk zijn geworden.

### 3.5 CONCLUSIE

In dit normatieve hoofdstuk zijn uiteenlopende onderwerpen behandeld en is veel materiaal verwerkt. Voor de goede orde en ten behoeve van de snelle lezer worden de belangrijkste bevindingen hierna per hoofdonderwerp samengevat. Eerst komt het nationale kader aan bod, gevolgd door het Europees en internationaal kader, waarna wordt afgesloten met de externe rechtsvergelijking met Duitsland. Deze samenvatting is in lijn met de omvang van dit hoofdstuk vrij uitgebreid van karakter.

#### 3.5.1 Nationaal kader

De parlementaire geschiedenis van de Awb, met name de memorie van toelichting, verschaft enig inzicht in de normatieve keuzes die de wetgever heeft gemaakt ten aanzien van de feitenvaststelling in beroep. Daarin wordt de materiële waarheidsvinding het sterkst benadrukt. Dat streven naar waarheidsvinding door de rechter kan echter worden beperkt, dan wel beïnvloed door twee andere normatieve uitgangspunten. De proceseconomie stelt grenzen aan tijd en geld, die voor de behandeling van een beroep beschikbaar zijn. De wederkerige rechtsbetrekking laat zien dat ook het bestuursorgaan en de belanghebbende een eigen verantwoordelijkheid toekomt bij het verzamelen van de gegevens. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet duidelijk tot welke balans dit moet leiden en wat de omvang van de rechterlijke taak is om de waarheid te achterhalen.

In de jurisprudentie wordt er veel belang aan gehecht dat partijen in gelijke mate en tijdig over de relevante stukken kunnen beschikken. Processuele gelijkheid is een belangrijk normatief uitgangspunt. Dat uitgangspunt lijkt te worden aangetaast, doordat de jurisprudentie ten aanzien van afdeling 8.1.5 Awb (Partijen) zich vrij eenzijdig richt op de procespositie van het bestuursorgaan. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter geen taak voor zichzelf ziet om door eigen onderzoek de feiten te achterhalen, zolang het bestuursorgaan onzorgvuldigheden bij het feitenonderzoek heeft begaan. De rechter dicht zichzelf alleen een aanvullende taak toe. De rechtspraak lijkt in het algemeen weinig belang te hechten aan de motivering van het rechterlijk oordeel ten aanzien van de feiten. Dat onderstreept dat (de motivering van) de feitenvaststelling voornamelijk als een taak van het bestuur wordt gezien.

In de doctrine bestaat geen uniforme visie op de taak van de rechter ten aanzien van de feitenvaststelling. Enerzijds wordt bepleit dat de bestuursrechter enkel moet toetsen of het bestuur de feiten rechtmatig heeft vastgesteld, anderzijds wordt het standpunt verdedigd dat de rechter de eindverantwoordelijkheid moet dragen voor een juiste feitenvaststelling. Deze laatste opvatting kent in de literatuur de meeste aanhangers. In het algemeen wordt betoogd dat de rechter de feitenvaststelling door het bestuursorgaan 'vol' moet kunnen toetsen. Heeft het geschil echter betrekking op een gespecialiseerde feitenvaststelling, dan accepteren verschillende schrijvers dat de rechter een meer terughoudende toets aanlegt. In welke mate de rechter zijn eigen onderzoeksbevoegdheden zou moeten aan-



wenden, wordt doorgaans beantwoord aan de hand van uitgangspunten als ongelijkheidscompensatie en definitieve geschilbeslechting.

Naast de Awb kunnen ook uit bijzondere wetten regels voor de feitenvaststelling voortvloeien. Regelmatig bevatten bijzondere wetten vermoedens, bepalingen over de onderzoeksmethode of bepalingen over de informatieplicht van de belanghebbende. De (strekking van de) bijzondere wet kan voorts mede bepalend zijn voor de concrete invulling van de algemene normen die uit de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb voortvloeien. Ook kunnen de aard van de bijzondere wet en de traditie in het rechtsgebied leiden tot een specifieke opstelling van de bestuursrechter ten aanzien van de feiten, zo leert de nadere bestudering van het belastingrecht en het vreemdelingenrecht. De AWR en de Vw 2000 kennen geen expliciete regeling van de taak van de rechter om in een geschil de feiten vast te stellen. Toch is in de praktijk wel op basis van beide wetten en in samenhang met de heersende cultuur binnen die rechtsgebieden een specifieke rechterlijke taakopvatting ontstaan. Waar de belastingrechter de taak op zich neemt om zelf de feiten vast te stellen, acht de vreemdelingenrechter zich niet bevoegd om een eigen beoordeling van de feiten te geven. Onder de Awb is niet één algemeen concept van feitenvaststelling in beroep ontstaan.

De normatieve eisen die aan de feitenvaststelling in beroep worden gesteld, vloeien naast wetgeving, ook voort uit de rechtsbeginselen. Buiten de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan een *fair trial*, worden waarden afgeleid uit de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak. Van belang zijn vooral het verdedigings- en het motiveringsbeginsel. Zo stelt het verdedigingsbeginsel eisen aan de mate waarin partijen hun feitelijke standpunten naar voren kunnen brengen, en kan het de rechter verplichten om ambtshalve een onderzoek in te stellen. Het motiveringsbeginsel verlangt voorts dat de beslissing van de rechter voldoende feitelijk is onderbouwd. Ook het beginsel van de goede procesorde oefent invloed uit op het proces van feitenvaststelling in beroep. Dit beginsel stelt beperkingen aan de mogelijkheid om in de procedure (nieuw) bewijs aan te voeren. De toepassing van dit beginsel in de jurisprudentie is aan verandering onderhevig, onder invloed van het gewijzigde artikel 6:13 Awb en de daarbij behorende relativering van de fuikenleer. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur stellen eisen aan de feitenvaststelling door het bestuursorgaan. Die eisen kunnen veelal hetzij direct hetzij indirect tevens aan de rechter worden gesteld wanneer hij een oordeel over de feiten geeft.

### 3.5.2 Europees en internationaal kader

#### 3.5.2.1 EVRM

Uit het voorgaande blijkt dat het EVRM de feitenvaststelling door de rechter op diverse punten normatief inkadert. Uitgangspunt op grond van artikel 6 EVRM is dat de rechter bevoegd moet zijn de feiten vast te stellen of ten minste fouten terzake moet kunnen herstellen. Daaraan kan worden voldaan als de rechter zelf de feiten vaststelt door de zaak wat dat betreft geheel over te doen. Artikel 6 EVRM staat echter niet in de weg aan een systeem waarin de rechter primair uitgaat van de feiten zoals vastgesteld door het bestuur ingeval daarvoor bijzondere, specialis-

tische kennis van technische of kwalificerende aard nodig is. In dat geval moet de procedure in de bestuurlijke fase ook met 'quasi-rechterlijke' waarborgen zijn omkleed. Verder moet de rechter dan eveneens in staat zijn om vast te stellen of de feitenvaststelling door het bestuur is gebaseerd op voldoende betrouwbaar bewijs en of het bestuur uit dit materiaal in redelijkheid de in geschil zijnde conclusies heeft kunnen trekken ten aanzien van de feiten. Artikel 13 EVRM stelt vergelijkbare eisen in geschillen over EVRM-rechten. Er moet sprake zijn van een eerlijk proces waarin partijen gelijke kansen hebben en waarin hoor en wederhoor plaatsvindt. Partijen moeten verder in de gelegenheid worden gesteld feiten te weerspreken. Beslissingen ten aanzien van de feiten dienen ook te worden gemotiveerd. Beperkingen in de procesrechtelijke mogelijkheden van partijen dienen proportioneel en voorzienbaar te zijn. Excessief formalisme is daarbij uit den boze.

Opvallend is dat op grond van artikel 6 en 13 EVRM en de betrokken materiële rechten strengere eisen worden gesteld aan de feitenvaststelling door de rechter wanneer het recht in kwestie fundamenteeler van aard is. Daarbij kan worden gedacht aan geschillen over artikel 2 en 3 EVRM en aan zaken die het privéleven als beschermd in artikel 8 EVRM of het verbod van discriminatie van artikel 14 EVRM en het Twaalfde Protocol bij het EVRM betreffen. Tegelijkertijd wordt in dat soort zaken de bewijsleveringsplicht versoepeld ten gunste van een (potentieel) door schending van deze rechten getroffen persoon. Uit artikel 6 EVRM vloeit in algemene zin echter geen bewijslastverdeling voort, behalve in zaken waarin het gaat om een 'criminal charge'. Daarin ligt de bewijslast bij het bestuur en gelden extra strenge eisen ten aanzien van de rechterlijke feitenvaststelling. In de Nederlandse jurisprudentie wordt aangenomen dat de rechter in dit soort zaken de feiten vol en *ex nunc* moet kunnen toetsen. Bovendien gelden er dan strafrechtelijke waarborgen bij het verzamelen van bewijs en het in dat kader horen van getuigen. Ten slotte valt op dat het EHRM in zaken die artikel 2 en 3 EVRM betreffen *ex nunc* en vol de feiten toetst en overigens in algemene zin soepel is ten aanzien van het accepteren van (nieuw) bewijsmateriaal. Daarvan zou ook een zekere normerende werking uit moeten gaan naar de wijze waarop de (hoogste) nationale rechters toetsen om zo te voorkomen dat belanghebbenden worden gestimuleerd om in Straatsburg door te procederen.

Het EVRM blijkt daarmee in het bijzonder te zijn gericht op het feitelijk verzekeren van de effectiviteit van de rechtsbescherming. In dat kader worden ook nationaalrechtelijke regels en praktijken ten aanzien van feitenvaststelling beoordeeld. Budgettaire redenen zijn in beginsel geen rechtvaardiging voor het niet voldoen aan de vereisten van het EVRM op dit punt. Ten slotte is relevant dat artikel 6 EVRM beslechting van geschillen binnen een redelijke termijn eist en dat daarbij ook de voorfase (bezwaarfase) en de fase nadat de rechter een besluit heeft vernietigd en het bestuur moet komen tot een nieuw besluit mee wordt gerekend. Dit gegeven versterkt de eis van effectiviteit van rechtsbescherming.

### 3.5.2.2 EU

Ook uit het communautaire recht kunnen eisen voortvloeien ten aanzien van in nationale procedures toe te passen bewijsregels. In sommige gevallen geven communautaire voorschriften zeer specifieke regels over de bewijslastverdeling of

worden bepaalde bewijsmiddelen voorgeschreven. Bijvoorbeeld op het gebied van het douanerecht (communautaire exportrestituties) is fijnmazige jurisprudentie ontstaan over (de precieze betekenis van) communautair bewijsrecht. Op het terrein van het recentelijk totstandgekomen communautaire asielrecht wordt dat soort jurisprudentie verwacht. Het is voor de bestuursrechter belangrijk steeds te bezien of een geschil onder de reikwijdte van dergelijke communautaire rechtsregels valt en, zo ja, te bewerkstelligen dat daarin opgenomen bewijsrecht, in overeenstemming met de daarop betrekking hebbende jurisprudentie van het HvJ EG, wordt toegepast.

Voor zover het communautaire recht geen specifieke voorschriften rond feitenvaststelling geeft, geldt op grond van het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten dat het nationale recht van toepassing is. Wel gelden dan de bekende eisen van non-discriminatie en doeltreffendheid. Met name het doeltreffendheidsbeginsel (ook wel effectiviteitsbeginsel genoemd) heeft in enkele prejudiciële beslissingen van het Hof, op verschillende materiële rechtsterreinen, een zeer concrete invulling gekregen. Daaruit kunnen consequenties worden afgeleid voor de toepassing van nationale bewijsregels, bijvoorbeeld met betrekking tot bewijsvermoedens, bewijslastverdeling, de bewijskracht van documenten, toelaatbare vormen van bewijs en de bewijsbeoordeling door de nationale rechter. Dit geldt met name op fiscaal terrein, maar de relevantie van de desbetreffende 'San Giorgio-jurisprudentie' lijkt zich niet alleen tot dit rechtsterrein te beperken, nu het HvJ EG deze jurisprudentie ook heeft aangehaald bij een mededingingsrechtelijk geding. In het algemeen kan worden geconcludeerd dat het Hof veel aandacht heeft voor de feitelijke gevolgen van toepassing van nationale regels of de nationale praktijk rond de bewijsvoering. Die mogen het niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken om aan het communautaire recht ontleende rechten geldend te maken.

De Nederlandse bestuursrechter kan in theorie (gelet op de tekst van de Awb) aan die eis vrij eenvoudig voldoen: door de vrije bewijsleer is hij in staat om in geschillen die vallen onder het Europese recht bij het vaststellen van de te gebruiken bewijsmiddelen, bij het verdelen van de bewijslast en bij zijn waardering van het bewijs, rekening te houden met de eisen die het EG-recht stelt. De jurisprudentiële invulling van de taak van de rechter met betrekking tot feitenvaststelling kan in een concreet geval echter in de weg komen te staan aan de effectieve doorwerking van het communautaire recht.

Ook bij de te kiezen vorm van (intensiteit van) rechterlijke toetsing moet in sommige gevallen rekening worden gehouden met eisen die voortvloeien uit het EG-recht. De ABRvS is gewoon, wanneer wordt gesteld dat communautaire rechten worden beperkt, bestuursbesluiten te toetsen aan het EG-recht via de band van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, in de meeste gevallen het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb. Bij deze vorm van toetsing toetst de rechter het aangevochten besluit niet inhoudelijk aan het EG-recht, maar beoordeelt hij (slechts) of bij de totstandkoming van het besluit door het bestuursorgaan is onderzocht of dit in overeenstemming is met het EG-recht en/of uit de motivering blijkt hoe het zich verhoudt tot het Europese recht. Aantrekkelijk aan dergelijke formele vernietigingsgronden is dat de rechter geen inhoudelijk oordeel

hoeft te geven over de vraag of een ingeroepen bepaling van EG-recht rechtstreekse werking heeft of over de verenigbaarheid van de beschikking of wettelijke regeling met het EG-recht, waarvoor soms ingewikkelde feitelijke beoordelingen nodig zijn. Het EG-recht lijkt zich tegen deze vorm van toetsing niet principieel te verzetten. In de bekende zaak *Upjohn Ltd* stelde het Hof ten aanzien van de feitenvaststelling door de nationale rechter immers vast dat deze laatste, in gevallen waarin voor het nemen van een besluit ingewikkelde feitelijke beoordeling nodig zijn, zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van de bestuurlijke beoordelingen hoeft te (kunnen) stellen. Nu de gemeenschapsrechter zelf zich in dergelijke gevallen moet beperken tot toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling op kennelijke dwaling, misbruik van bevoegdheid en klaarblijkelijke overschrijding van de grenzen van de beoordelingvrijheid, mag de nationale rechter zich daartoe in 'ge-europeaniseerde rechtsbetrekkingen' ook beperken, zo volgt uit het oordeel van het Hof. Echter, daaruit mag niet worden afgeleid dat een dergelijke meta-toetsing van de feiten nooit met het communautaire recht in strijd kan komen. Er zijn situaties waarin een actievere houding van de nationale rechter wordt geëist. Dat laatste geldt met name in gevallen waarin wordt gesteld dat een besluit in strijd komt met het staatssteunrecht. Voor die gevallen geldt, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof, dat de nationale rechter (op grond van de feitelijke omstandigheden) moet beoordelen of er sprake is van steun die aan de Commissie moest worden gemeld, teneinde eventueel de nodige maatregelen te kunnen treffen om de marktsituatie van vóór de steunverlening te herstellen.

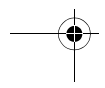
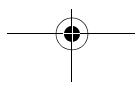
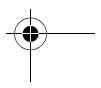
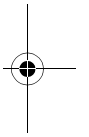
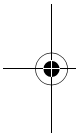
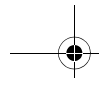
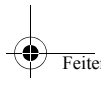
### 3.5.3 Externe rechtsvergelijking; Duitsland

Aan het einde van dit hoofdstuk is een blik geworpen op het Duitse bestuursrecht. In het kader van de *Untersuchungsgrundsatz* ligt daarin de eindverantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase bij het bestuur en in de gerechtelijke fase bij de rechter. Hoewel de rechter daarmee eindverantwoordelijke is, wordt van partijen verwacht dat zij in eerste instantie zelfstandig de bewijsmiddelen aanvoeren waarover zij de beschikking hebben. Verder blijkt dat de rechter slechts onderzoek instelt naar de feiten indien partijen daarvoor voldoende aanknopingspunten aanbrenge. Hoewel de Duitse bestuursrechter een eigen taak heeft om de feiten vast te stellen, kan hij die deels uitbesteden door partijen te wijzen op hun medewerkingsplicht. In het Duitse bestuursprocesrecht wordt echter wel veel waarde gehecht aan rechtspraak op grond van de materiële waarheid, waardoor de Duitse bestuursrechter zich in geschillen die de feitenvaststelling betreffen, snel genoodzaakt zal voelen om zelf onderzoek te verrichten naar de feitelijke omstandigheden van het geschil.

Ten aanzien van de (materiële) bewijslastverdeling is het uitgangspunt dat het materiële recht daarvoor doorslaggevend is. Een partij die zich beroept op een voor haar positie gunstig feit, dient – althans dat is het uitgangspunt – de (voor haar negatieve) gevolgen te dragen indien die feiten onvoldoende aannemelijk worden. De rechter is verder vrij in de waardering van het bewijs dat hij tot zijn beschikking heeft, tenzij bij wet een bepaalde bewijskracht aan een bewijsmiddel is toegekend.

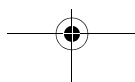
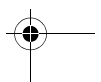
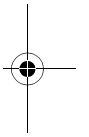
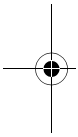
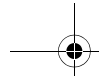
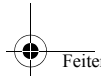
Het Duitse recht biedt partijen een grote mate van duidelijkheid en daarmee rechtszekerheid en voorspelbaarheid ten aanzien van de aard en omvang van de voor hen geldende medewerkingsplicht. Daarbij kan worden gewezen op de expliciete verplichting in § 82 VwGO om bewijsmiddelen over te leggen en op het tweede lid van § 86 VwGO, waarin de bestuursrechter wordt verplicht expliciet een afweging te maken over het afwijzen van een ter zitting gedaan bewijsaanbod. Verder geldt een *Hinweispflicht* op grond van § 86, derde lid, VwGO, hetgeen betekent dat de bestuursrechter in voorkomend geval de belanghebbende dient te helpen bij het herkennen van zijn medewerkingsplicht. Deze voorspelbaarheid van het rechterlijk gedrag is ook nadrukkelijk aan de orde als het gaat om het uitsluiten van bewijs.

Daarmee kan worden vastgesteld dat de Duitse bestuursrechter verplicht is partijen voor te lichten over zijn eigen (in)activiteit. Dit onder verwijzing naar de plicht van de belanghebbende om de terzake dienende bewijsmiddelen over te leggen. Op deze wijze wordt bijgedragen aan de rechtszekerheid van partijen en wordt voorkomen dat partijen verrast worden door een oordeel van de rechter dat de voor hen gunstige feiten onvoldoende aannemelijk zijn geworden.



## DEEL II

# EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR DE FEITENVASTSTELLING IN BEROEP





## 4 Inleiding empirisch onderzoek

### 4.1 INLEIDING

Aan de besluiten die bestuursorganen nemen, ligt veelal een vaststelling van de voor het besluit relevante feiten ten grondslag. Wordt tegen een besluit bezwaar gemaakt, dan kan dat ertoe leiden dat het bestuursorgaan de juistheid van de vastgestelde feiten heroverweegt. Beroep bij de rechter kan ertoe leiden dat de bestuursrechter beoordeelt of het bestuursorgaan de feiten juist heeft vastgesteld. Dit onderzoek betreft de beoordeling van de aan bestuursbesluiten ten grondslag gelegde feiten in de beroepsprocedure bij de bestuursrechter. Het vertrekpunt is het door het bestuursorgaan op bezwaar genomen besluit dat door de appellende burger bij de bestuursrechter wordt aangevochten. De voor dit onderzoek relevante geschillen, namelijk de geschillen over de feitenvaststelling, worden geëntameerd door de belanghebbende burger die een beroepschrift indient. Gesteld dat de belanghebbende het niet eens is met de feiten waarop het bestuursorgaan zich bij de besluitvorming heeft gebaseerd, dan kan hij in het kader van het beroep bij de bestuursrechter in zijn beroepschrift beroepsgronden aanvoeren die zich richten tegen de feitenvaststelling door het bestuur. Een beroepsgrond die refereert aan de feitenvaststelling door het bestuur, kan door de belanghebbende worden onderbouwd met bewijs waaruit de onjuistheid van de feitenvaststelling door het bestuur moet blijken.

Voor zover een geschil de feiten betreft, reageert het bestuursorgaan op de stelling van de belanghebbende door te verwijzen naar het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het bestreden besluit. Eventueel wordt nog nader bewijs aangedragen waaruit moet blijken dat de feiten waar het bestuur zijn besluit op heeft gebaseerd, juist zijn vastgesteld. Raakt de bevoegdheidsuitoefening aan een belangentegenstelling tussen twee belanghebbenden (bijvoorbeeld een vergunninghouder en een derde-belanghebbende die door het verlenen van de vergunning in zijn belangen wordt getroffen), dan wordt de onderbouwing van het bestreden besluit voor een deel overgenomen door de burger die profijt heeft van dit besluit. De vergunninghouder levert bijvoorbeeld argumenten en gegevens aan waaruit blijkt dat het bestreden besluit op de juiste feiten is gebaseerd.

Na de uitwisseling van stellingen en bewijs ligt het geschil ter beoordeling voor aan de rechter. De bestuursrechter moet beoordelen welk standpunt over de feiten hij het meest aannemelijk vindt. Eventueel kan de bestuursrechter zelf nog activiteiten ontplooiën om feiten te achterhalen, als hij vindt dat partijen er niet in zijn geslaagd die feiten voldoende te onderbouwen.

Het voorgaande is een sociologische of normneutrale beschrijving van het proces van waarheidsvinding in het bestuursprocesrecht. In dit proces wordt van de deelnemende partijen – in sociologische zin actoren – een aantal handelingen en daarmee samenhangende keuzes verondersteld. De uitkomst van het proces van

waarheidsvinding is afhankelijk van die keuzes en handelingen. De appellerende burger zal in zijn beroepschrift bijvoorbeeld moeten refereren aan de feitenvaststelling door het bestuur en zal zijn stellingen zo nodig moeten onderbouwen met bewijs. Het bestuursorgaan zal zich tegen die stelling moeten verweren, eventueel ook door aanvullend bewijs te leveren. En ten slotte heeft de bestuursrechter een rol bij het zoeken naar de waarheid. Voorzover hij vindt dat de procespartijen de feiten niet voldoende naar voren hebben gebracht, kan hij gebruikmaken van zijn onderzoeksbevoegdheden.

De normen (wanneer is de rechter ervan overtuigd dat het bestreden besluit op een juiste feitenvaststelling is gebaseerd?) zijn te vinden in de juridische doctrine. In het empirische onderzoek gaat het niet om die normen, maar vooral om de factoren en sociale mechanismen die de keuzes en handelingen van de actoren beïnvloeden. Normatieve uitgangspunten over bewijslast en bewijslastverdeling kunnen echter op de achtergrond wel een rol spelen, omdat deze normen de keuzes kunnen beïnvloeden. De normen zijn dan factoren geworden, die naast andere factoren een rol kunnen spelen.

#### 4.2 FACTOREN

In de inleiding is een chronologie gehanteerd bij het beschrijven van de feitenvaststelling in de procedure bij de bestuursrechter. Deze chronologie gaat primair uit van activiteit van procespartijen (appellerende burger en verwerend bestuursorgaan) en secundair van een activiteit van de bestuursrechter. In de weergave van de empirische data wordt deze chronologie vastgehouden. Eerst gaat het om de wijze waarop eiser en verweerder het geschil vormgeven en om de mate waarin feiten daarbij een rol spelen. Vervolgens gaat het om de activiteit van de rechter in het vooronderzoek, op de zitting en eventueel na de zitting.

In alle fasen kan worden nagegaan welke rol de feitenvaststelling speelt en waardoor dat wordt beïnvloed. Voor wat betreft de factoren die daarbij van belang zijn, worden in ieder geval de volgende vier factoren onderzocht.<sup>534</sup>

*De bewijslastverdeling zoals die uit de aard van de bevoegdheidsuitoefening voortvloeit*

In de juridische doctrine wordt een onderscheid gemaakt tussen typen besluiten. Dit onderscheid leidt tot een variatie in bewijslastverdeling. Bij een besluit op aanvraag ligt de bewijslast in beginsel bij de aanvrager. Bij een ambtshalve genomen besluit ligt de bewijslast in beginsel juist bij het bestuursorgaan. De aard van de bestuursbevoegdheid omvat velerlei aspecten die van invloed kunnen zijn op de bewijslastverdeling, zoals de discretionaire ruimte of vrijheid die het bestuursorgaan heeft bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid, het type feit dat moet worden vastgesteld bij de bevoegdheidsuitoefening en ten slotte of het bestreden besluit een sanctie betreft en zo ja welk om type sanctie het gaat.<sup>535</sup>

534. De eerste drie factoren die hier worden uitgewerkt, zijn uitwerkingen van de in hoofdstuk 1 genoemde factoren. In deze paragraaf worden de factoren uitgewerkt in samenhangen tussen (meetbare) variabelen.

535. De invloed van deze factor is vooral in de juridische literatuur bestudeerd. Ook in hoofdstukken 2 en 3 is hieraan aandacht besteed. Andere bronnen: Schuurmans 2005, 2006, Schreuder-Vlasblom 2006.

*De wettelijke grondslag waarop de bestuursbevoegdheid rust, meer in het bijzonder de aard van de feiten die het bestuursorgaan bij de uitoefening van de bestuursbevoegdheid moet vaststellen*

Er is een verschil in het type feiten dat het bestuursorgaan moet vaststellen bij de uitoefening van verschillende bestuursbevoegdheden. Het verschil is gelegen in de objectiveerbaarheid van de vast te stellen feiten. Sommige feiten zijn vrijwel onmogelijk vast te stellen zonder daarover een deskundige te raadplegen. Daarbij komt dat de wetgever soms het bestuursorgaan dwingt om op een bepaalde wijze de feiten vast te stellen. Zo is in de WAO en het daarop gebaseerde Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten (Stb. 2005, 690) precies voorgeschreven wanneer een verzekeringsarts moet worden ingeschakeld en welke feiten deze arts moet vaststellen.

Verondersteld kan worden dat, wanneer de feiten objectief vaststelbaar zijn – bijvoorbeeld de afstand van een bouwwerk tot de erfgrans – er minder snel geschillen ontstaan over de juiste vaststelling van die feiten. Andersom geldt vermoedelijk dat, wanneer de feiten meer subjectief van aard zijn en eigenlijk alleen met inschakeling van een deskundige kunnen worden vastgesteld, er vaker een geschil zal ontstaan over de vraag of de deskundige de feiten wel juist heeft onderzocht en vastgesteld.

*De hoedanigheid van procespartijen*

In het bestuursrecht is het mogelijk om zonder procesvertegenwoordiger te procederen. De veronderstelling is echter dat het voor burgers die verder zelden of nooit met het bestuursrecht in aanraking komen (de zogenoemde oneshotters) niet eenvoudig is om de juiste beroepsgronden aan te voeren en voldoende aannemelijk te maken. Onderzocht wordt derhalve of het uitmaakt of de burger met of zonder een procesvertegenwoordiger optreedt.<sup>536</sup>

Het maakt bij de verdeling van de bewijslast en de activiteit van de bestuursrechter mogelijk uit of de belanghebbende burger zich laat vertegenwoordigen door een professionele rechtshulpverlener. Bij deze factor kunnen twee redeneringen worden gevolgd. De activiteit van de bestuursrechter kan afnemen wanneer de burger door een professionele rechtshulpverlener wordt bijgestaan, omdat er dan voor de bestuursrechter geen noodzaak is om de ongelijkheid tussen de procespartijen te compenseren. Van de professionele rechtshulpverlener kan immers worden verwacht dat deze op de hoogte is van het geldende recht en de juiste argumenten aanvoert, terwijl een burger die geen rechtshulp heeft ingeschakeld, meer zal moeten worden geholpen.

Anderzijds kan de activiteit van de bestuursrechter ook juist toenemen wanneer er een professionele rechtshulpverlener is ingeschakeld. Toenemende activiteit van de bestuursrechter kan het resultaat zijn van een effectievere proceshouding van de appellerende burger, wanneer deze meer op feiten gerichte beroepsgronden aanvoert. De taak van de bestuursrechter is vooral het reageren op stellingen

536. Aanwijzingen dat de hoedanigheid van de procespartijen van belang is, zijn te vinden in het onderzoek van De Jong 2004, p. 106-108 en p. 130. Dat gemachtigden anders procederen is ook geconstateerd door Marseille 2004, p. 55.

van de procespartijen. Er is meer aanleiding om actief op zoek te gaan naar de materiële waarheid wanneer in het beroepschrift gronden worden aangevoerd die er bij de beoordeling van het besluit toe doen. De veronderstelling is dan dat de activiteit van de bestuursrechter toeneemt, naarmate de kwaliteit van de juridische discussie hoger is. Deze laatste factor hangt vermoedelijk samen met de vraag of de eiser een professionele rechtshulpverlener heeft ingeschakeld.

#### *De organisatie van de rechtbank*

De beoordeling van besluiten door de bestuursrechter vindt plaats in het organisatorische verband van de sector bestuursrecht binnen de verschillende rechtbanken. Omdat het bestuursrecht niet altijd kristalhelder is over zaken als bewijslastverdeling en bewijswaardering, ligt het voor de hand dat binnen dit organisatorische verband afspraken ontstaan over hoe men 'in de regel' hiermee omgaat. Het gebruik van onderzoeksbevoegdheden kan afhankelijk zijn van interne afspraken of procedurele voorschriften.

Deze afspraken kunnen het resultaat zijn van een juridische oordeelsvorming, waarbij juridische professionals gezamenlijk het recht interpreteren. Anderzijds kunnen deze afspraken ook het resultaat zijn van een naar doelmatige afwikkeling van beroepszaken strevende organisatie. Een belangrijk aspect hierbij is de wijze waarop rechtbanken worden gefinancierd. Het toewijzen van budgetten is afhankelijk van productiecijfers, waaronder wordt verstaan het aantal gedane uitspraken.<sup>537</sup>

Een bijzondere factor die hierbij van belang is, is de keuze voor een 'zittingsgerichte' werkwijze. Een aantal rechtbanken heeft in de inrichting van het proces van beoordelen van beroepschriften gekozen voor deze werkwijze. De werkwijze houdt in dat na binnenkomst van een beroepschrift in eerste instantie alleen een ontvankelijkheidstoets plaatsvindt en zodra het dossier compleet is, de zaak op een zitting wordt geagendeerd. De inhoudelijke bestudering van het dossier door de griffier vindt enkele weken voor de zitting plaats en leidt normaal gesproken tot een instructie. Vervolgens bestudeert de bestuursrechter, relatief kort voor de zitting, het dossier. De ratio achter deze werkwijze is dat het dossier zo min mogelijk 'dubbel' wordt bestudeerd. De consequentie is echter dat als in het vooronderzoek gebruik wordt gemaakt van onderzoeksbevoegdheden, dit direct na de ontvankelijkheidstoets moet plaatsvinden. Als eenmaal een instructie is geschreven, is er geen tijd meer om de onderzoeksbevoegdheden op de voorgeschreven wijze toe te passen.

Binnen de zittingsgerichte organisatie is nog veel variatie denkbaar. Desalniettemin is van twee van de geselecteerde rechtbanken bekend dat ze in de periode tussen de twee jaren waarvan beroepsdossiers zijn bestudeerd, hun werkwijze hebben veranderd naar een zittingsgerichte organisatie. In het onderzoek kan daarom worden nagegaan wat de invloed is van een zittingsgerichte werkwijze op de feitenvaststelling door de bestuursrechter.

537. Zie: Evaluatie Awb I, *Het bestuursprocesrecht*, Deventer 1996, p. 146 e.v. De financiering van de rechtspraak is geregeld in het Besluit financiering rechtspraak 2005 (Stb 2005, 55).

Bij het onderzoeken van de rechtbank als mogelijke factor, is gekozen om de rechtbanken anoniem weer te geven. Het onderzoek is immers niet bedoeld als een meting van de kwaliteit van de onderzochte rechtbanken. De verzamelde data voldoen daarvoor niet.

### 4.3 VERZAMELDE GEGEVENS

In hoofdstuk 1 zijn de vier deelonderzoeken genoemd in het kader waarvan de empirische gegevens zijn verzameld. Hieronder worden de verzamelde gegevens beschreven. Ter beantwoording van de empirische vragen hebben vier deelonderzoeken plaatsgevonden: een dossieronderzoek, expertmeetings met bestuursrechters, interviews met repeatplayers en telefonische interviews met procesvoerders.

#### 4.3.1 Dossieronderzoek

In totaal zijn van 349 bestuursrechtelijke uitspraken de dossiers bij de bestuursrechter bestudeerd. Van 119 van deze dossiers is tevens de behandeling van het beroep ter zitting bijgewoond. Er zijn verschillende mogelijke verklarende variabelen. Daarom variëren de onderzochte zaken naar periode waarin de zitting of uitspraak heeft plaatsgevonden, naar rechtbank en naar rechtsgebied.

##### *Periode waarin de zitting of uitspraak heeft plaatsgevonden*

Er zijn dossiers geselecteerd waarbij de uitspraak of de zitting dateert van de eerste zes maanden van 2002 en dossiers waarbij de uitspraak of de zitting dateert van de laatste zes maanden van 2005.<sup>538</sup> Van de dossiers uit 2002 bij de rechtbanken is de zitting bijgewoond. Deze dossiers zijn geselecteerd door een aantal zittingsdagen bij te wonen en de dossiers die op die zittingsdagen zijn behandeld, te bestuderen. De selectie van de dossiers uit 2005 heeft plaatsgevonden aan de hand van een uitdraai van de rechtbankadministratie. Deze uitdraai bevatte alle uitspraken binnen een bepaalde periode, die op zitting waren behandeld. Aan de hand van deze uitdraai is a-select het gewenste aantal dossiers geselecteerd.

##### *Dicta*

Omdat het doel van het empirisch onderzoek is te achterhalen hoe in de bestuursrechtelijke procedure de feiten worden vastgesteld, zijn alleen die uitspraken van belang waarbij de rechter een uitspraak over de inhoudelijke gronden doet. Wanneer de bestuursrechter tot het oordeel komt dat hij niet bevoegd is om kennis te nemen van het beroepschrift, of dat het beroep niet-ontvankelijk is, komt hij aan een beoordeling van de door de eiser aangevoerde inhoudelijke

538. In het onderzoeksontwerp werd voorgenomen om te selecteren op zittingsdatum, dus zaken te selecteren aan de hand van de datum waarop ze op zitting waren behandeld. In de praktijk bleek dit niet eenvoudig te realiseren, omdat de meeste zoeksystemen (onder andere die op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) en die op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)) werken aan de hand van de datum van de uitspraak. Dientengevolge is de spreiding over de periodes iets groter dan was beoogd. Dit heeft echter geen consequenties voor de betrouwbaarheid of bruikbaarheid van de gegevens.

gronden niet toe. Als selectiecriteria is dus gehanteerd dat het dictum van de uitspraak van de bestuursrechter moet luiden, '(kennelijk) ongegrond' of '(kennelijk) gegrond'.<sup>539</sup>

De selectie van uitspraken waarin het beroep gegrond dan wel ongegrond wordt verklaard, geeft daarom een enigszins vertekend beeld. Het aandeel handelingen van de bestuursrechter dat te maken heeft met feitenvaststelling, kan in werkelijkheid *hoger* zijn, omdat hij ook bij uitspraken die resulteren in een 'niet-ontvankelijk' beroep, mogelijk onderzoek doet naar feiten. Tegelijkertijd kan dit aandeel ook *lager* zijn, omdat veel uitspraken die resulteren in een niet-bevoegd of niet-ontvankelijk beroep, louter administratieve handelingen vereisen.

Eveneens zijn de uitspraken genegeerd waarin de bestuursrechter een uitspraak doet over een verzoek om een voorlopige voorziening. Omdat het bij de behandeling van een voorlopige voorziening geen regel is dat er direct uitspraak in de hoofdzaak wordt gedaan, zijn de zittingen waarop deze zaken worden behandeld, niet bijgewoond in 2002. Om de selectie scherp te houden, zijn de beroepsprocedures waarin onmiddellijk uitspraak is gedaan in de hoofdzaak, daarom ook voor wat betreft de zaken die in zich 2005 afspeelden, buiten beschouwing gelaten.

#### *Rechtbanken*

Het domein van het empirische onderzoek is het bestuursrecht waarbij de rechtbank in eerste aanleg bestuursbesluiten beoordeelt, aangevuld met het milieurecht. Voor de steekproef zijn dossiers bestudeerd bij vijf rechtbanken en bij de ABRvS. De geselecteerde rechtbanken zijn de rechtbanken Breda, Groningen, Leeuwarden, Rotterdam en Utrecht (tabel 4.1). De selectie van rechtbanken is gebaseerd op variatie naar geografische ligging en omvang van de rechtbankorganisatie, te meten naar het aantal zaken dat de sectoren bestuursrecht ter beoordeling voorgelegd krijgen.<sup>540</sup>

539. De consequentie van dit selectiecriteria is dat ook de uitspraken zijn geselecteerd waarin het beroep gegrond wordt verklaard, omdat er een ontvankelijkheidsgebrek was bij de beschikking op bezwaar. In 9 van de geselecteerde 349 zaken is dit de motivering van het dictum. Deze variatie binnen de verzameling 'gegrond' wordt, gezien het geringe aantal, verder buiten beschouwing gelaten. Het aandeel uitspraken waarin het dictum luidt 'niet-bevoegd' of 'niet-ontvankelijk', wordt in dit onderzoek genegeerd. In de beroepsprocedures die uitmonden in een uitspraak als 'niet-ontvankelijk' kan de bestuursrechter wel onderzoek doen naar feiten. De bestuursrechter kan bijvoorbeeld geconfronteerd worden met een beroepschrift dat buiten de beroepstermijn wordt ingediend. Dit kan resulteren in een onderzoek naar de mate van verschoonbaarheid van deze termijnoverschrijding. Is de conclusie dat de termijnoverschrijding niet verschoonbaar is, dan leidt dat tot een niet-ontvankelijk beroep. In zekere zin heeft de bestuursrechter dan wel onderzoek gedaan naar de feiten, alleen hebben die feiten geen betrekking op de beroepsgronden.

540. Bij de geselecteerde rechtbanken is voor de zaken die zich in 2002 afspeelden, een aantal willekeurige zittingsdagen geselecteerd, waarna op die dagen de gehouden zittingen zijn bijgewoond. De dossiers die op die dagen werden behandeld, maken deel uit van de steekproef en zijn als zodanig geanalyseerd op de relevante kenmerken. Voor de zaken die zich in 2005 afspeelden, zijn bij de geselecteerde rechtbanken lijsten opgevraagd van de zaken waarvoor in de betreffende periode een zitting is gehouden. Van deze lijsten is a-select een aantal dossiers geselecteerd; in totaal ongeveer 40 per rechtbank. Er is voor gekozen om iets meer dossiers te selecteren dan strikt noodzakelijk voor de steekproef, waarmee het risico is ingecalculiseerd dat dossiers onvindbaar of anderszins niet beschikbaar zijn voor het onderzoek.

**Tabel 4.1 Verdeling naar rechtbank en jaar van zitting of uitspraak**

|                      | 2002       | 2005       | Totaal     |
|----------------------|------------|------------|------------|
| Rechtbank Breda      | 25         | 35         | 60         |
| Rechtbank Groningen  | 23         | 33         | 56         |
| Rechtbank Leeuwarden | 16         | 36         | 52         |
| Rechtbank Rotterdam  | 23         | 39         | 62         |
| Rechtbank Utrecht    | 29         | 38         | 67         |
| ABRvS                | 19         | 33         | 52         |
| <b>Totaal</b>        | <b>135</b> | <b>214</b> | <b>349</b> |

(*n* = 349, *missing* = 0)

#### *Rechtsgebied*

De verzamelde dossiers kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën. Allereerst is er de deelverzameling met beroepsdossiers over besluiten op grond van de Wet milieubeheer en daarop gebaseerde regelgeving, waarbij de ABRvS het besluit heeft beoordeeld. Daarnaast bestaat de verzameling uit de dossiers die zouden kunnen worden aangemerkt als het 'algemene bestuursrecht'. Deze deelverzameling geeft een representatief beeld van de besluiten die aan de rechtbank in eerste aanleg worden voorgelegd, die op de zitting zijn behandeld en waarin de rechter een oordeel geeft over de beroepsgronden.<sup>541</sup>

#### *Analyse geselecteerde dossiers*

De dossiers van de geselecteerde uitspraken zijn geanalyseerd aan de hand van een analyseschema.<sup>542</sup> Dit analyseschema richt zich op een aantal kenmerken van het dossier en van de uitspraak. Kenmerken van het dossier zijn bijvoorbeeld de gronden die door de eiser zijn aangevoerd en het bewijs dat daarbij is overgelegd. Daarnaast zijn handelingen die door of namens de bestuursrechter in het vooronderzoek zijn verricht relevante kenmerken.

Het onderzoek richt zich vooral op geschillen die over de feitenvaststelling door het bestuur gaan. De uitkomst van deze geschillen is te lezen in de uitspraak. De uitspraak kan worden opgevat als een verzameling beslissingen van de bestuursrechter over de aangevoerde beroepsgronden. Met behulp van het analyseschema is nagegaan hoe de bestuursrechter heeft geoordeeld over de verschillende beroepsgronden. Denkbaar is dat de eiser in een beroepsschrift een beroepsgrond aanvoert waarmee de feitenvaststelling door het bestuursorgaan ter discussie wordt gesteld, en tegelijkertijd die grond adstrueert met andere beroepsgronden, bijvoorbeeld over andere aspecten van de feitenvaststelling. In zo'n geval bevat de uitspraak van de rechter soms meerdere beslissingen over meerdere beroepsgronden.<sup>543</sup> Soms

541. In de bijlagen is de verdeling van de dossiers over de verschillende rechtsgebieden opgenomen.

542. Het analyseschema is opgenomen in de bijlagen.

543. Strikt genomen zou men voor alle aangevoerde beroepsgronden kunnen nagaan hoe het geschil zich ontwikkelt, welke bewijzen voor de stellingen over de feiten worden aangedragen en hoe de rechter daarover oordeelt. Dit vergt echter (te) veel onderzoeksmiddelen en zal voor wat betreft de uitkomsten vermoedelijk teleurstellend zijn, omdat de rechter niet over elke beroepsgrond een oordeel velt.

vindt de rechter een aantal van de beroepsgronden wél overtuigend, en een aantal andere niet. In een dergelijk geval, met meerdere beroepsgronden over de feiten en dus meerdere geschillen over de feitenvaststelling, is het analyseschema ingevuld voor dat geschil dat uiteindelijk bepalend is voor het dictum van de uitspraak. Voor het geval de rechter overweegt dat een eiser een aantal beroepsgronden niet aannemelijk heeft gemaakt, maar een andere beroepsgrond wél en daardoor tot de conclusie komt dat het besluit daarom niet in stand kan blijven, is het analyseschema voor het laatste geschil ingevuld. En wanneer de eiser naast beroepsgronden over de feiten ook andere beroepsgronden aanvoert, is het analyseschema ingevuld voor de beroepsgrond die over de feiten gaat.

Op grond van de verzamelde dossiers bleek een aantal, met name juridische factoren, niet goed te kunnen worden onderzocht. Zo kan de vraag of de beoordeling van de feitenvaststelling bij punitieve sancties anders verloopt, niet worden beantwoord omdat er te weinig dossiers zijn bestudeerd die een geschil over een punitieve sanctie betreffen. De invloed van de andere juridische factoren kan wel worden onderzocht, waarbij echte sommige factoren wel samenvallen. Wanneer een verschil geconstateerd wordt tussen beroepszaken op grond van de WAO/WAZ/Wajong en bijvoorbeeld geschillen op het terrein van de WRO/Woningwet, kan dat worden geweten aan de invloed van het type feit dat moet worden vastgesteld, aan de inzet van deskundigen, of aan de onderbouwing van de beroepsgronden, maar ook aan de invloed van de aanwezigheid van eventuele derde-belanghebbenden. Waar mogelijke factoren samenvallen is geprobeerd de verklaarende factor te beredeneren aan de hand van de gegevens uit de expertmeetings en de interviews.

#### 4.3.2 *Expert meetings met bestuursrechters*

Het tweede deelonderzoek richt zich op de bestuursrechter. Met 'bestuursrechter' wordt in dit geval de instantie bedoeld waarbij het beroep aanhangig is. De activiteiten die door de bestuursrechter bij de beoordeling van een besluit worden verricht, worden in werkelijkheid verricht door secretarissen/griffiers en bestuursrechters tezamen. Beide zijn derhalve voor dit onderzoek relevante respondenten. Teneinde informatie bij bestuursrechters te verzamelen, zijn drie expert meetings georganiseerd.<sup>544</sup> Voorafgaand aan de expert meeting is een vragenlijst verspreid. Deze vragenlijst is statistisch verwerkt en op de expertmeeting met de deelnemers besproken. Daarnaast vormden de gegevens zoals die uit het dossieronderzoek en de interviews naar voren waren gekomen, onderwerp van gesprek. Het doel van de expert meeting was ook eventuele verschillen tussen rechters of tussen rechtbanken te kunnen identificeren. Daarom is geprobeerd om rechters zoveel mogelijk op elkaars stellingen te laten reageren, volgens de Delphi-methode.

---

544. Eén met bestuursrechters en secretarissen van de rechtbanken Groningen, Leeuwarden en Assen, één met rechters en secretarissen van de rechtbank Den Haag, en één met rechters en secretarissen van de rechtbank Haarlem. De namen van de deelnemers zijn opgenomen in de bijlagen.



### 4.3.3 *Interviews met repeatplayers*

Het derde deelonderzoek bestaat uit face-to-face interviews met een aantal repeatplayers, waaronder bestuursorganen of advocaten. Bij de selectie van respondenten is gestreefd zoveel mogelijk te variëren naar rechtsgebied waarover de respondent veelal procedeert en naar de vraag aan welke zijde van het geschil de respondent zich bevindt: treedt de repeatplayer op namens het bestuur of namens de burger?

Op grond van deze criteria zijn respondenten geïnterviewd die verbonden zijn, of samenvallen met de volgende repeatplayers:

- de landsadvocaat;
- de Sociale Verzekeringsbank (SVB);
- het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV);
- een provincie, meer in het bijzonder over het milieurecht;
- een gemeente;
- een rechtshulpverlener op het terrein van het milieurecht;
- een rechtshulpverlener op het terrein van het ruimtelijke ordeningsrecht en het handhavingsrecht;
- een rechtshulpverlener op het terrein van het sociale zekerheidsrecht.<sup>545</sup>

De interviews zijn semi-gestructureerd afgenomen, aan de hand van een vragenlijst. In elk interview zijn dezelfde vragen over de feitenvaststelling in het bestuursrecht aan de orde gekomen. Tegelijkertijd biedt de gekozen open vragenlijst voldoende ruimte voor andere relevante informatie of opinies.

### 4.3.4 *Telefonische interviews met procesvoerders*

Het vierde deelonderzoek bestaat uit een aantal telefonische interviews met procesvoerders. De respondenten zijn geselecteerd aan de hand van de voor het dossieronderzoek onderzochte dossiers uit 2005. Allereerst zijn de dossiers geselecteerd waarin zich een duidelijk geschil over de feitenvaststelling voordeed en waarin de rechter in zijn uitspraak een beslissing neemt over dat geschil. Van de overblijvende dossiers zijn de adresgegevens van de procesvoerders achterhaald. Op deze wijze zijn 35 procesvoerders benaderd. In 17 gevallen heeft dit geleid tot een interview. De 17 geïnterviewde respondenten vallen uiteen in 'gewone' burgers (5) en professionele rechtshulpverleners (12). De overige respondenten konden ofwel niet worden bereikt, of wilden niet meewerken aan het onderzoek.<sup>546</sup>

545. De namen van de respondenten en hun functies zijn terug te vinden in de bijlagen.

546. De relatief hoge non-respons is voor een groot deel te verklaren door het hoge aandeel professionele rechtshulpverleners in de populatie. Advocaten bleken soms moeilijk te bereiken en waren niet altijd geneigd om tijd vrij te maken voor dit onderzoek. Bovendien vonden ze soms dat de behandeling van een dossier te lang geleden had plaatsgevonden om zinnig op de vragen te kunnen antwoorden, zonder het dossier opnieuw te bestuderen. Bij de burgers zelf was de non-respons aanmerkelijk lager.

#### 4.3.5 *Planning en volgtijdelijkheid van de onderzoeken*

Gezien het krappe tijdsbestek waarin de empirische gegevens moesten worden verzameld, zijn de genoemde onderzoeksmethoden vrijwel parallel aan elkaar toegepast. Begonnen is met het dossieronderzoek en gedurende het dossieronderzoek vonden de interviews met repeatplayers en de expertmeetings met rechters plaats. Op deze wijze konden de voorlopige gegevens uit het dossieronderzoek worden getoetst aan de gegevens uit de interviews en de expertmeetings. De interviews met de procesvoerders vormden de afsluiting van het empirische onderzoek.

#### 4.4 **CONCLUSIE**

In dit hoofdstuk is een beeld geschetst van de wijze waarop het empirisch onderzoek is vormgegeven. Het empirisch onderzoek richt zich op de procedure bij de bestuursrechter in eerste aanleg. Op welke wijze komt de rechter tot een oordeel over de in geschil zijnde feiten? Ter beantwoording van die vraag hebben vier deelonderzoeken plaatsgevonden: een dossieronderzoek, expertmeetings met bestuursrechters, interviews met repeatplayers en telefonische interviews met procesvoerders. Beschreven is op welke wijze de gegevensverzameling ten behoeve van die vier deelonderzoeken heeft plaatsgevonden. Daarnaast is ingegaan op de aard van de vragen die met behulp van de verzamelde gegevens kunnen worden beantwoord. Een belangrijk doel van het empirisch onderzoek is het in kaart brengen van verschillende factoren die de uitkomst van het proces van feitenvaststelling door de rechter bepalen.

## 5 Beroep en verweer

### 5.1 INLEIDING

De procedure bij de bestuursrechter begint met het indienen van een beroepschrift. De bestuursrechter zal zich bevoegd achten daarover een oordeel te geven als het beroepschrift zich richt tegen een besluit. De reikwijdte van de oordeelsvorming door de bestuursrechter wordt vervolgens bepaald door de gronden die de eiser in zijn beroepschrift tegen het besluit aanvoert.

Van belang voor de oordeelsvorming door de bestuursrechter is het standpunt van de eiser, zoals dat naar voren komt in de door hem tegen het besluit van het bestuur aangevoerde beroepsgronden. Evenzeer van belang is het verweer van het bestuursorgaan, waarmee de aanvaardbaarheid van het bestreden besluit wordt onderbouwd. De bestuursrechter is vooral geïnteresseerd in datgene waarover partijen met elkaar van mening verschillen. De bestuursrechter hoeft zich immers in beginsel niet uit te laten over aspecten van het bestreden besluit waarover partijen niet met elkaar van mening verschillen.<sup>547</sup>

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de verzamelde gegevens nagegaan in hoeverre partijen met elkaar van mening verschillen over de feiten. Hoe vaak voeren eisers in de procedure bij de bestuursrechter argumenten aan die zich richten tegen de door het bestuur aan diens besluit ten grondslag gelegde feiten? En als zij dat doen, in hoeverre worden die gronden dan van bewijs voorzien? Maakt het daarbij iets uit binnen welk deelgebied van het bestuursrecht er wordt geprocedeerd en of de eiser al dan niet wordt geholpen door een professionele rechtshulpverlener? En zijn er nog andere factoren die mede bepalen of en hoe eiser de feitenvaststelling door het bestuursorgaan ter discussie stelt? Daarnaast komt ook het verwerende bestuursorgaan aan bod. In hoeverre bevat diens verweerschrift een reactie op de argumenten van eiser over de feiten, en welke factoren bepalen of en zo ja, hoe uitvoerig de reactie van verweerder is?

### 5.2 WETTELIJK KADER

Het onderwerp van dit hoofdstuk is het beroep en het verweer. Een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank (artikel 8:1 Awb). Beroep wordt ingesteld door het indienen van een beroepschrift (artikel 6:4 Awb). Het beroepschrift bevat de gronden van het beroep, oftewel de argumenten van de appellerende burger ter onderbouwing van zijn stelling dat het aangevalen besluit onrechtmatig is en vernietigd moet worden (artikel 6:5 lid 1 Awb).

In de beroepsgronden kan de eiser zich richten op de feiten zoals het bestuursorgaan die heeft vastgesteld in het bestreden besluit. Het bestuursorgaan zal moe-

<sup>547</sup>. Uitzondering vormen de bepalingen van het recht van openbare orde.

ten reageren op deze beroepsgronden in het verweerschrift (artikel 8:42 lid 1 Awb). Voor zover het bestuursorgaan van oordeel is dat de stellingen van eiser raken aan de grondslag van het bestreden besluit, kan het de beroepsgronden weerspreken, bijvoorbeeld door nader bewijs over te leggen ter onderbouwing van de feiten waarop het besluit is gebaseerd.

### 5.3 BEROEPSGRONDEN

#### 5.3.1 *Beeld uit dossieronderzoek*

Uit het dossieronderzoek blijkt dat in het overgrote deel van de beroepsprocedures in het beroepschrift gronden worden aangevoerd die betrekking hebben op de feitelijke onderbouwing van het bestreden besluit. Van de 349 dossiers is in 308 dossiers een beroepschrift aangetroffen waarin één of meerdere gronden worden aangevoerd die zich richten op de feitenvaststelling door het bestuursorgaan (tabel 5.1). In de overige 41 dossiers bevat het beroepschrift andere gronden. Dit kunnen gronden zijn die zich richten op de procedurele gebreken in de besluitvorming, maar ook op de *kwalificatie* van de feiten. In het laatste geval worden de feiten als zodanig niet betwist, maar wordt de gevolgtrekking van het bestuursorgaan uit die feiten in twijfel getrokken.

Een voorbeeld van een geschil dat alleen over de rechtstoepassing op verder onbetwiste feiten gaat, betreft de weigering van een verzoek om handhavend op te treden tegen een specifiek gebruik van een pand. De derde-belanghebbende die tegen deze weigering beroep instelde, verschilde niet met het bestuursorgaan van mening over dat gebruik, maar stelde zich op het standpunt dat dat gebruik dient te worden gekwalificeerd als 'detailhandel', hetgeen strijd met bestemmingsplanvoorschriften op zou leveren.<sup>548</sup>

**Tabel 5.1**

| Bevat het beroepschrift gronden over de feiten? | n   | %    |
|---|-----|------|
| Ja  | 308 | 88%  |
| Nee   | 41  | 11%  |
| Totaal  | 349 | 100% |

(n = 349, missing = 0)

Voor zover het beroepschrift wel gronden bevat die betrekking hebben op de feitenvaststelling door het bestuursorgaan, is er een grove tweedeling te maken tus-

548. Dit voorbeeld laat tevens zien dat het niet altijd eenvoudig is om precies aan te geven of een geschil over de vaststelling van feiten gaat, dan wel over de kwalificatie ervan. Wanneer de eiser zijn gronden iets anders had geformuleerd, door er bijvoorbeeld op te wijzen dat er activiteiten plaatsvinden die het bestuursorgaan buiten beschouwing heeft gelaten, dan is er weer wel sprake van een beroepsgrond waarin de feitenvaststelling wordt betwist. Bij de bestudering van dossiers zijn de beroepsgronden ruim geïnterpreteerd: alleen die beroepsgronden waarbij het overduidelijk alleen over kwalificatie of rechtstoepassing ging, zijn aangemerkt als beroepsgronden die niets met de feitenvaststelling te maken hebben.

sen gronden die inhouden dat het bestreden besluit is gebaseerd op een *onjuiste* feitenvaststelling enerzijds en gronden die inhouden dat het besluit is gebaseerd op *onvolledig* feitenonderzoek anderzijds. De eerste categorie beroepsgronden houdt in dat het feitenonderzoek door het bestuur tot een onjuiste uitkomst heeft geleid, de tweede categorie dat het feitenonderzoek onvolledig is, en dat om die reden onzeker is of de door het bestuursorgaan vastgestelde feiten juist zijn. Het onderscheid blijkt bij de bestudering van de dossiers geen hanteerbaar criterium om de beroepsgronden nader te kwalificeren.

### 5.3.2 Verklaringen uit interviews

In de interviews zijn vragen gesteld over de mate waarin beroepsgronden betrekking hebben op de feiten, oftewel de mate waarin een geschil voor de bestuursrechter, in ieder geval naar het oordeel van de eiser, over de feiten gaat. Het algemene beeld zoals dat uit de interviews naar voren komt, is dat dit nogal verschilt per rechtsgebied. Het zal vaker voorkomen dat een op grond van de WAO genomen schattingsbesluit door de eiser wordt bestreden met het argument dat hij meer beperkt is dan het bestuursorgaan heeft vastgesteld, dan dat de eiser zal bestrijden dat een illegaal gebouwd schuurtje op de aangegeven plaats staat. Het verschil wordt veroorzaakt door de aard van de feiten die het bestuursorgaan bij de uitoefening van de verschillende bestuursbevoegdheden moet vaststellen.

Vooraf wanneer de bevoegdheidsuitoefening afhankelijk is van feiten die moeilijk eenduidig zijn vast te stellen, ligt het voor de hand dat eiser in zijn beroepschrift feiten noemt waarvan hij vindt dat het bestuursorgaan ze onvoldoende heeft onderzocht of onvoldoende in zijn oordeelsvorming heeft betrokken. De respondenten merkten op dat een vage wettelijke normering eerder voor discussie over de feiten zorgt, dan een scherpe norm.

Een verklaring die hiermee samenhangt, is de invulling die partijen in de primaire fase aan de artikelen 3:2 en 4:2 Awb geven. Wat de burger aan moet dragen en welke gegevens het bestuur zelf moet onderzoeken, is op voorhand niet altijd duidelijk. Wanneer de besluitvorming voor een belangrijk deel is gebaseerd op onderzoek van het bestuursorgaan zelf, ligt het meer voor de hand dat een eiser in beroep stelt dat het besluit op een verkeerde vaststelling van de feiten is gebaseerd.

Ten slotte merken respondenten op dat het voor eisers niet altijd eenvoudig is om steekhoudende argumenten aan te dragen die de bestuursrechter ertoe kunnen brengen het bestreden besluit te vernietigen. De respondenten verwachten dat beroepschriften die niet zijn opgesteld door een professionele gemachtigde, minder argumenten zullen bevatten die de grondslag onder het besluit kunnen wegslaan, hoewel ook sommige niet-professionals in staat zijn om steekhoudende beroepsgronden aan te voeren. Als voorbeelden van niet-professionals die er wel in slagen effectief te procederen en goede argumenten aan te dragen, worden buurtverenigingen en actiegroeperingen genoemd. Deze groeperingen hebben de kennis in huis of slagen erin om de kennis te verzamelen om de steekhoudende argumenten tegen het besluit aan te voeren.

### 5.3.3 Verklaringen getoetst

Uit het voorgaande vloeien drie mogelijke factoren voort die invloed hebben op de mate waarin eisers, blijkens het beroepschrift, de feiten betwisten. De eerste factor betreft het deelgebied van het bestuursrecht waaronder het besluit valt. De tweede factor betreft de wijze waarop het bestuursorgaan tot de vaststelling van de voor het besluit relevante feiten komt. En ten slotte kan worden verondersteld dat het uitmaakt of wordt geprocedeerd met een professionele rechtshulpverlener.

#### 5.3.3.1 Beroepsgronden en rechtsgebied

Uit het dossieronderzoek komt naar voren dat de feiten bij het ene type zaak een grotere rol spelen dan bij het andere. Allereerst is daarom gekeken hoe de aard van de beroepsgronden zich verhoudt tot de wettelijke grondslag waarop het bestreden besluit is gebaseerd.

Tabel 5.2

| Wettelijke grondslag | Bevat het beroepschrift gronden over de feiten? |     |        |
|----------------------|---|-----|--------|
|                      | Ja  | Nee | Totaal |
| Abw/WWB              | 88%   | 2%  | 100%   |
| WAO/WAZ/Wajong       | 96%   | 4%  | 100%   |
| Ziektewet            | 100%  | –   | 100%   |
| Werkloosheidswet     | 88%   | 12% | 100%   |
| Ambtenarenwet        | 60%   | 40% | 100%   |
| Ziekenfondswet       | 100%  | –   | 100%   |
| Woningwet/WRO        | 80%   | 20% | 100%   |
| Overig               | 85%   | 15% | 100%   |
| Wet milieubeheer     | 90%   | 10% | 100%   |

( $n = 349$ ,  $missing = 0$ ,  $chi-square = 22,688$ ,  $p < 0,01$ )

Uit tabel 5.2 blijkt dat met name op het terrein van de Ambtenarenwet en de Woningwet/WRO beroepsgronden worden aangevoerd waarin de feitenvaststelling door het bestuur *niet* aan de orde is. Het geconstateerde verschil is statistisch significant.<sup>549</sup>

Voor de geschillen op het terrein van de Woningwet/WRO wordt de uitkomst verklaard doordat veel geschillen gaan over de *kwalificatie* van feiten. Met name bij handhavingzaken blijkt in de helft van de gevallen het beroepschrift alleen gronden te bevatten die zich richten op de kwalificatie van verder onbetwiste feiten. Dat geschillen bij de uitvoering van de Ambtenarenwet niet vaak over feiten gaan, wordt verklaard door een geschil van een specifiek type. In het dossieronderzoek is relatief vaak aangetroffen dat de eiser denkt aanspraak te kunnen maken op vergoeding op grond van een bepaalde regeling. De bestuursrechter wordt in dat

549. In de bijlage is een uitleg van de statistische terminologie en een verantwoording van de gebruikte methoden opgenomen.

geval niet gevraagd een oordeel te geven over de feiten, maar wordt een rechtsvraag voorgelegd.

### 5.3.3.2 *Beroepsgronden over feiten en type besluit*

De aard van de beroepsgronden kan variëren met het type besluit. Met ‘type’ wordt dan bedoeld of het besluit genomen is op aanvraag, dan wel ambtshalve. Bij een besluit op aanvraag ligt het meer voor de hand dat er tussen aanvrager en bestuursorgaan – eventueel in de bezwaarfase – overeenstemming ontstaat over de relevante feiten. Aan een aanvraag gaat vaak een fase van vooroverleg vooraf, waarin de potentiële aanvrager en het bestuursorgaan informatie uitwisselen over de wens van de aanvrager en de eisen die het bestuursorgaan aan de aanvraag stelt.<sup>550</sup> De aanvraag en de reactie op de aanvraag bevatten dan geen verrassingen meer voor partijen. Voorzover de reactie op de aanvraag, inhoudende een weigering, wél een verrassing is, kan men de bedenkingenfase of in de bezwaarfase nog met argumenten komen tegen de feitenvaststelling door het bestuursorgaan. Wanneer het geschil bij de bestuursrechter is beland, staat dan vermoedelijk niet meer de vaststelling van de feiten centraal, maar vooral de feitenkwalificatie.

Het voorgaande resulteert in het volgende veronderstelde verband: wanneer de eiser degene is die het bestreden besluit heeft aangevraagd, zal er minder vaak sprake zijn van beroepsgronden die betrekking hebben op de feiten, omdat er voorafgaand aan de aanvraag en in de bedenkingenfase of de bezwaarfase al voldoende gelegenheid is geweest om verschillen van mening over de feiten weg te nemen.

Bij ambtshalve besluiten, of besluiten waarbij de eiser derde-belanghebbende is, is de kans groter dat het primaire besluit de belanghebbende overvalt, omdat hij lang niet altijd bij de voorbereiding van het besluit is betrokken.<sup>551</sup> Het gevolg is dat in de bedenkingenfase of de bezwaarfase – wanneer er dus al een (ontwerp)beschikking ligt – voor het eerst over de feiten kan worden gediscussieerd. Wanneer het geschil in de beroepsfase is aanbeland, ontbreekt er één fase ten opzichte van de geschillen over geweigerde aanvragen. Het zal dan naar verwachting vaker voorkomen dat een geschil bij de bestuursrechter nog over de feiten gaat.

De voorgaande veronderstelling is getoetst in het dossieronderzoek. In de dossieranalyse is nagegaan wat de relatie is van de eiser tot het bestreden besluit (geadresseerde of derde) én of het bestreden besluit ambtshalve dan wel op aanvraag is genomen. Beide kenmerken samen leveren vier typen besluiten op, die voor het veronderstelde verband kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën. De eerste categorie bestaat uit de dossiers waarbij de eiser de geadresseerde is én waarbij het bestreden besluit op aanvraag is genomen. De tweede categorie wordt gevormd door de overige gevallen: die waarbij de eiser een derde is, dan wel waarbij de eiser wel de geadresseerde is, maar het besluit ambtshalve

550. Dit vooroverleg kan verschillende vormen aannemen. Bij bouwzaken kan er een bespreking van een concept-bouwaanvraag plaatsvinden; bij de beschikkingenfabrieken zal het vaker gaan om het uitwisselen van informatie via brochures of websites. Zie over het belang van de fase van het vooroverleg: M.V.C. Aalders e.a., *De burger en de Awb*, 2001.

551. Aalders e.a. 2001, p. 118.

is genomen. De besluiten van het eerste type zijn in tabel 5.3 aangemerkt als ‘weigering aanvraag’,<sup>552</sup> de besluiten van het tweede type als ‘overige besluiten’.

**Tabel 5.3**

| Zijn beroepsgronden aangevoerd die betrekking hebben op feiten? | Type besluit       |                |        |
|---|--------------------|----------------|--------|
|   | Weigering aanvraag | Overig besluit | Totaal |
| Ja  | 88%                | 88%            | 88%    |
| Nee   | 12%                | 12%            | 12%    |
| Totaal  | 100%               | 100%           | 100%   |
| n   | 147                | 202            | 349    |

( $n = 349$ ,  $chi\text{-square} = 0,008$ ,  $p > 0,05$ )

Uit de tabel is geen enkel verschil zichtbaar tussen eisers die opkomen tegen een weigering en eisers die opkomen tegen ‘overige besluiten’, voor wat betreft beroepsgronden die op de feitenvaststelling betrekking hebben.

#### 5.3.3.3 *Beroepsgronden over feiten en professionele rechtshulp*

Verondersteld kan worden dat wanneer de eiser zich laat vertegenwoordigen door een professionele rechtshulpverlener, er vaker beroepsgronden worden aangevoerd die te maken hebben met de feitenvaststelling door het bestuursorgaan.

Deze veronderstelling is gebaseerd op een tweeledige redenering. Allereerst moet een professionele rechtshulpverlener over het algemeen in staat worden geacht om de bestuurlijke besluitvorming te reconstrueren en na te gaan op welke veronderstellingen het bestreden besluit is gebaseerd. Van een gemiddelde burger, die zonder professionele rechtshulpverlener opereert, kunnen deze vaardigheden in mindere mate worden verwacht.

Daarnaast geldt dat, zodra in beroep aannemelijk wordt gemaakt dat de feiten waarop het bestuursorgaan zich baseert, onjuist zijn, de onrechtmatigheid van het bestreden besluit vaststaat. Het aanvoeren van beroepsgronden die zich richten op de feitenvaststelling, is derhalve een effectief middel om de bestuursrechter te overtuigen dat het besluit moet worden vernietigd. Verondersteld kan worden dat een professionele rechtshulpverlener de kans om een besluit op de feitenvaststelling door het bestuur aan te vallen, niet zal laten liggen.

552. Vaak zal het bij dit type besluit immers gaan om de (gedeeltelijke) weigering van een door de aanvrager gewenst besluit; er is niet veel reden om op te komen tegen de honorering van een aanvraag.