

University of Groningen

Hoe aannemelijk is aannemelijk?

Mackor, Anne Ruth; Schuurmans, Ymre

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2023

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Mackor, A. R., & Schuurmans, Y. (2023). Hoe aannemelijk is aannemelijk? *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 184(5), 257-258.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Hoe aannemelijk is aannemelijk?

Het bewijsrecht staat geregeld in het middelpunt van de belangstelling. Vergen nieuwe (digitale) opsporingsmethoden een nadere regulering, geldt een waarheidsplicht voor partijen of vraagt het Europese verdedigingsbeginsel om een bepaalde procedurele inrichting? Ondanks grote aandacht voor dergelijke actuele vraagstukken, komt het onderzoek naar de theorie achter het bewijsrecht er vaak wat bekaaid vanaf.

De bewijsmaatstaf is een cruciaal onderwerp in het bewijsrecht. Op verschillende rechtsgebieden geldt aannemelijkheid als maatstaf. Onze belangstelling voor deze maatstaf werd gewekt door de Toeslagenaffaire, toen bleek dat veel ‘hardheid’ niet alleen wordt veroorzaakt door rigide wetten, maar vooral door een rigide uitvoering en (te) hoge bewijsrechtelijke eisen, ondanks de ‘aannemelijkheidsmaatstaf’.¹

De aannemelijkheidsmaatstaf kan worden afgezet tegen bewijs *beyond a reasonable doubt* of ‘aantonen’ en betekent iets anders dan ‘onomstotelijk bewijs’ of het ‘oordeel van de twijfel’. Wat is echter de specifieke betekenis van aannemelijkheid in de verschillende rechtsgebieden? En wat is de rechtvaardiging voor deze bewijsmaatstaf en hoe kan de rechtspraak bepalen of aan de maatstaf is voldaan?

In dit themanummer van *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* over de aannemelijkheidsmaatstaf gaan we dieper op deze vragen in.

In de eerste bijdrage ontleedt Schuurmans de aannemelijkheidsmaatstaf in het bestuursrecht. Zij zet die af tegen bewijsmaatstaven in het strafrecht en civiele recht en bestuursrechtelijke bewijsmaatstaven in enkele andere Europese landen. Dat leidt tot de bevinding dat ‘aannemelijkheid’ een tweeledige functie heeft. Enerzijds geeft de term aan hoeveel zekerheid over de feiten nodig is om een rechtsgevolg toe te kennen. Die maatstaf vergt meer zekerheid dan een vermoeden, maar hoeft niet zo sterk te zijn als bewijs buiten redelijke twijfel. Anderzijds functioneert aannemelijkheid als de maatstaf voor de rechter die zijn onderzoeks- en motiveringsplicht activeert. De flexibele maatstaf van aannemelijkheid maakt het mogelijk deze contextafhankelijk toe te passen.

Daaraan bestaat in het bestuursrecht behoefte, zo betoogt Schuurmans, omdat de aard van de rechtsgevolgen per besluit zeer kan verschillen. Dat zit niet alleen in de aard van het belang dat voor de burger op het spel staat, maar ook in de mogelijke gevaarzetting voor het algemeen belang. Bij de vraag hoeveel zekerheid de bestuursrechter verlangt, zal hij impliciet meenemen wat de gevolgen zijn voor individueel en algemeen belang, in het bijzonder wanneer zijn feitelijk oordeel onjuist zou blijken te zijn. Zo kan het zekerheidsoordeel over de feiten raken aan

een belangenafweging. Aannemelijkheid en redelijkheid komen dan in elkaars verlengde te liggen. Dat speelt ook wanneer besluiten berusten op prospectieve oordelen. De rechter beoordeelt dan primair de redelijkheid van de inschatting en die inschatting moet aannemelijk zijn.

De tweede bijdrage is gewijd aan aannemelijkheid in het strafrecht. Het Nederlandse strafrechtelijke bewijsrecht en de literatuur daarover zijn in hoofdzaak beperkt tot de vraag onder welke voorwaarden een ten laste gelegd feit bewezen kan worden. Relatief weinig aandacht bestaat voor de ‘bewijsregels’ die gelden voor de vaststelling van strafuitsluitingsgronden en van aanvullende voorwaarden voor de oplegging van sancties. Bijlsma & Meynen analyseren de bewijsmaatstaven die voor deze beslissingen gelden.

Voor de vaststelling van een strafuitsluitingsgrond geldt ‘aannemelijkheid’ van de strafuitsluitende omstandigheid als bewijsmaatstaf. Daarbij speelt de onschuldpresumptie een rol. Bij redelijke twijfel aan schuld van de verdachte mag deze niet worden veroordeeld. Volgens de auteurs moet daarom goed voor ogen worden gehouden dat het bewijsvermoeden dat een strafbaar feit wederrechtelijk is en aan schuld te wijten niet in alle gevallen even sterk is. Dit bewijsvermoeden moet daadwerkelijk weerlegbaar zijn met een beroep op een strafuitsluitingsgrond, die slechts aannemelijk hoeft te worden gemaakt.

In het sanctierecht worden regelmatig voorwaarden gesteld waaraan voldaan moet zijn voor oplegging van een sanctie, in aanvulling op de voorwaarde dat een strafbaar feit moet zijn bewezen. Dergelijke aanvullende sanctievoorwaarden hoeven in de regel niet wettig en overtuigend te worden ‘bewezen’. Soms geldt voor dit soort voorwaarden de aannemelijkheidsmaatstaf, soms een andere bewijsmaatstaf, zoals die van buiten redelijke twijfel, maar steeds is onduidelijk met welke mate van waarschijnlijkheid een voorwaarde (bijvoorbeeld dat de veroordeelde zal recidiveren) moet vaststaan. In het bijzonder in het preventieve sanctierecht is dat volgens Bijlsma & Meynen problematisch, omdat hiermee niet duidelijk is welke foutmarge aanvaardbaar is. De auteurs bepleiten daarom de ontwikkeling van heldere ‘bewijs’maatstaven in het sanctierecht.

In de derde bijdrage behandelt Alt de feitenvaststelling in het algemene civiele recht. In het bijzonder komen aan de orde de vragen wanneer in het civiele (proces)recht een rechtsfeit als vaststaand of bewezen moet worden aangenomen en wie daarbij welke rol speelt.

In een civiele procedure zijn partijen in beginsel verantwoordelijk voor het debat en heet de rechter lijdelijk te zijn. Een partij die haar civiele vordering toegewezen wil

1. Zie daarover A.R. Mackor, ‘Bewijslessen uit de toeslagenaffaire: wanneer is een feit ‘aannemelijk’? Redactionele kanttekening’, *RMThemis* 2022, afl. 2, p. 37-40.

zien, zal de rechter daartoe van voldoende informatie moeten voorzien. De wederpartij zal voldoende moeten aanvoeren om die informatie te bestrijden, bij gebreke waarvan de rechter dat rechtsfeit in beginsel als vaststaand dient aan te nemen (art. 149 Rv). Indien beide partijen hieraan in voldoende mate hebben voldaan, zal de partij op wie de bewijslast rust tot bewijs worden toegelaten. Vervolgens komt de vraag aan de orde of het rechtsfeit waarop het ingeroepen rechtsgevolg stoelt voldoende is komen vast te staan. De vraag daarbij is of er een aannemelijkheidsmaatstaf bestaat en hoe die luidt in het civiele procesrecht. Die vraag kan niet worden beantwoord zonder aandacht te besteden aan de stelplicht en bewijslast van partijen en de rol van de rechter daarbij. Nadere beschouwing van die rol leert immers dat de wetgever een regiefunctie aan de rechter heeft toebedeeld, zodat die niet alleen na afloop van dat debat beoordeelt of gestelde feiten kunnen worden vastgesteld, maar, in het kader van de waarheidsvinding, ook voorafgaand daaraan actief optreedt.

In de vierde bijdrage geeft Mackor een filosofische analyse van aannemelijkheid. Mackor vertrekt vanuit het inzicht dat feiten niet met zekerheid, maar alleen met een bepaalde mate van waarschijnlijkheid of aannemelijkheid kunnen worden vastgesteld. Zij bespreekt eerst drie verschillende interpretaties van waarschijnlijkheid. Zij betoogt dat een van deze interpretaties, de subjectieve Bayesiaanse uitleg, centraal staat in het recht. Volgens de Bayesiaanse kansrekening drukken we met de term waarschijnlijkheid de gradatie of sterkte van onze overtuiging uit.

De kern van Mackors artikel bestaat uit een analyse van de betekenis van aannemelijkheid. Ze betoogt dat aannemelijkheidsoordelen net als waarschijnlijkheidsoordelen kansinschattingen zijn. Beide kunnen worden begrepen als de uitdrukking van subjectieve, maar in beginsel epistemisch geïnformeerde gradaties van onze overtuiging. Zij beargumenteert dat het belangrijkste onderscheidende kenmerk van aannemelijkheidsoordelen is dat degene die een aannemelijkheidsoordeel velt niet alleen een kansinschatting geeft, maar ook aangeeft weinig vertrouwen te hebben in die kansinschatting. Aansluitend bespreekt Mackor twee verschillende oorzaken van dat lage vertrouwen.

Mackor concludeert dat het gebrek aan vertrouwen in de kansinschatting in beginsel geen probleem is wanneer aannemelijkheidsoordelen in de onderzoeksfase worden gebruikt als handvatten om concreet bewijs te vergaren. Het gebrek aan vertrouwen kan wel problematisch zijn wanneer ze in de finale oordeels- en beslissingsfase worden gebruikt. Het probleem speelt vooral als ingrijpende beslissingen worden genomen waarbij grote belangen op het spel staan, zoals bijvoorbeeld bij inschattingen van het recidiverisico in het kader van het opleggen van preventieve sancties in het strafrecht.

De laatste twee bijdragen, van Kortmann en van De Bock in de rubriek 'Van twee kanten', zijn gewijd aan de schadeafwikkeling in mijnbouwzaken.

Het IMG (bestuursorgaan) moet zich bij de behandeling van schadeverzoeken niet alleen houden aan de eisen die het bestuursrecht stelt, maar moet ook het civiele aansprakelijkheidsrecht toepassen (art. 2 lid 6 Tijdelijke wet Groningen). Een belangrijk element daarin is de toepassing van het wettelijk bewijsvermoeden, dat speciaal voor deze schadeafhandelingsoperatie in artikel 6:177a BW is opgenomen. De Bock heeft in het *NJB* zorgen geuit over de bestuursrechtelijke afwikkeling vanwege een onvoldragen bestuursrechtelijk bewijsrecht.² Stijnen heeft daarop gereageerd in de *Gemeentestem*.³ Dat leidt tot een debat over de vraag wat nu een bewijsvermoeden/omkering van de bewijslast is en of het om bewijzen of aannemelijk maken gaat.

Kortmann neemt de stelling in dat het bewijsrecht in de bestuursrechtelijke procedure er niet toe heeft geleid dat de door aardbevingsschade gedupeerde slechter af is dan in een civielrechtelijke procedure. Het tegendeel is volgens hem eerder het geval, waarbij een rol speelt dat door de bestuursrechtelijke invulling die het IMG (en de bestuursrechter) aan het bewijsvermoeden geeft, hoge eisen gelden voor de weerlegging van dit vermoeden. De Bock gaat daar tegenin, waarbij zij kritische noten kraakt over de terughoudende toetsing van deskundigenoordelen waarop het IMG zich baseert. Die terughoudende toetsing door de bestuursrechter zou de bestuursrechtelijke tegemoetkomingen aan de gedupeerde doen verbleken.

De bijdragen aan dit themanummer maken eerst en vooral duidelijk hoe complex maar ook onscherp de aannemelijkheidsmaatstaf is. In het strafrecht speelt de maatstaf alleen buiten het bewijsrecht in eigenlijke zin een rol, terwijl zij in het civiele recht en in het bestuursrecht ook een belangrijke rol binnen het bewijsrecht speelt. Zij vervult uiteenlopende functies waaronder die van maatstaf voor de bewezenverklaring of 'bewezen' verklaring van feiten. De maatstaf bepaalt echter ook wanneer nadere bewijslevering in het proces voor de rechter aan de orde is, omdat een voldoende begin van bewijs is geleverd. Aannemelijkheid activeert de rechterlijke motiveringsplicht ten aanzien van de feiten. Een gedeeld kenmerk van de maatstaf in de verschillende rechtsgebieden en in de verschillende functies is dat 'aannemelijkheid' net als 'waarschijnlijkheid' een kans uitdrukt, maar dan wel een die contextafhankelijk, weinig precies en weinig robuust is.

Wij hopen dat dit themanummer een aanzet zal vormen voor verdere doordenking en precisering van de aannemelijkheidsmaatstaf, zowel in de rechtswetenschappelijke literatuur als in de jurisprudentie.

ARM & YES

2. Ruth de Bock, 'Mijnbouwschade in Groningen. Waar is de civiele rechter?', *NJB* 2019/3.

3. R. Stijnen, 'De Tijdelijke wet Groningen: schadevergoeding naar burgerlijk recht in een bestuursrechtelijk jasje?', *Gst.* 2020/2.