Deskundigen in het Nederlands bestuursrecht. Rechterlijke controle van bestuursoptreden dat op deskundigenadvisering is gebaseerd

Rens Koenraad*

I Inleiding

I.1 Het probleem

De overheid laat zich zeer frequent adviseren door personen en instanties met een meer dan gemiddelde kennis van en inzicht in een bepaalde materie. Dit is logisch als men bedenkt dat veel handelingen slechts kunnen worden verricht op basis – of in ieder geval met behulp – van specifieke kennis over tal van onderwerpen, en dat die kennis vaak niet binnen de overheidsorganisatie zelf beschikbaar is. Daarom spelen adviezen van deskundigen¹ een belangrijke rol bij het vaststellen en het waarderen van feiten die nodig zijn voor het nemen van overheidsbesluiten met grote gevolgen voor openbare belangen (zoals de kwaliteit van het milieu) en individuele personen (die voor hun financiële bestaanszekerheid op de overheid zijn aangewezen).

Tegelijkertijd bestaat in zowel Nederland als België sinds geruime tijd een grote maatschappelijke behoefte aan het verkrijgen van zo veel mogelijk inzicht in het overheidsoptreden, en daarmee aan het afleggen van verantwoording over keuzen die door het bestuur worden gemaakt. Die behoefte komt tot uitdrukking in onder meer geschillen over besluiten van het bestuur ten overstaan van de rechter. Aldus komt ook de transparantie van rechterlijke beslissingen nadrukkelijk in beeld.

I.2 De vraagstelling

Dit verklaart de belangstelling voor het creëren van kaders die gelden voor het bestuur en de rechter bij het gebruiken van adviezen bij het nemen, heroverwegen en toetsen van besluiten. Die belangstelling wordt nog begrijpelijker wanneer men beseft dat de overheid vaak niet weet wat zij niet weet – anders gezegd: veel last heeft van de zogeheten ‘kennisparadox’ – en aan burgers en maatschappelijke organisaties desondanks duidelijk moet maken waarom een ingewonnen advies

* Dr. L.M. (Rens) Koenraad is bestuursrechter in de Rechtbank Gelderland.

¹ In het vervolg van dit preadvies zal ik het begrip ‘deskundige’ reserveren voor de persoon of instantie die door de rechter wordt benoemd om te adviseren. Zie par. 1.7.

wel of juist niet wordt gevolgd.² Het inschakelen van een adviseur ontslaat de wetgever, het bestuur en de rechter namelijk niet van de verplichting om wetten en beschikkingen deugdelijk te motiveren. Motiveren is immers bij uitstek een activiteit om rekenschap over de gemaakte keuzen af te leggen, teneinde aldus de inzichtelijkheid van besluitvorming en rechtspraak te vergroten. Op basis hiervan wil ik in dit preadvies nagaan welke eisen kunnen worden gesteld aan het inwinnen, heroverwegen en toetsen van adviezen in het Nederlands bestuursrecht.

1.3 De opzet van het preadvies

Ik probeer die vraag te beantwoorden door te bezien welke plichten en rechten de diverse actoren – het bestuur, de burger en de rechter – tijdens achtereenvolgens de fase van besluitvorming en rechtspraak hebben. Die plichten en rechten vloeien voort uit de beginselen van *good governance*, het perspectief dat door mijn Belgische collegae is gekozen.³ In dit kader wordt opgemerkt dat de structuren van beide preadviezen zo nauw mogelijk op elkaar zijn afgestemd, teneinde een impuls te geven aan zinvolle discussie over oplossingen waarmee zowel Nederlandse als Belgische beoefenaren van het bestuursrecht hun voordeel kunnen doen.

Met het vorenstaande is de opzet van dit preadvies in hoofdlijnen gegeven. De kern ervan bestaat uit analyses van jurisprudentie en wetenschappelijke publicaties die zicht bieden op deskundigenadvisering tijdens de besluitvormingsfase (paragraaf 4) en de rechtspraakfase (paragraaf 5). Die analyses worden vooraf gegaan door een beschrijving van de belangrijkste geschreven regels die deskundigenadvisering normeren (paragraaf 2) en een zeer beknopte schets van algemene regels voor het vaststellen, waarderen en toetsen van feiten in het bestuursrecht (paragraaf 3), en afgesloten met enige algemene conclusies (paragraaf 6).

Wie dit leest, kan zich afvragen hoe het zit met de positie van de deskundige ten opzichte van respectievelijk het bestuur en de rechter. Die vraag is terecht, maar de beantwoording ervan vergt een afzonderlijke publicatie, zo is mij tijdens het schrijven van dit preadvies gebleken.

1.4 Afbakening van het onderwerp

1.4.1 Geen beschrijving van het algemeen bestuursrechtelijk bewijsrecht

Advisering heeft alles te maken met het bewijzen van stellingen, zoals hierna al snel zal blijken. Die notie vormt een goede reden voor een beschrijving van het algemeen bestuursrechtelijk bewijsrecht in dit preadvies. Ik heb de verleiding echter om twee redenen weerstaan. Ten eerste: het bestuur van de vereniging

² Het begrip ‘kennisparadox’ is ontleend aan C.H. van Dijk, ‘De te stellen eisen aan deskundigen en de noodzaak van een openbaar register voor alle rechtsgebieden’, *Expertise en recht* 2009, p. 130-137: 130.

³ Stevige beschouwingen over de verhouding tussen *good governance* en beginselen van behoorlijk bestuur, zijn te vinden in bijv. R.J.N. Schlössels, *JBplus* 2017, afl. 2, nr. 1; H. Addink, ‘Het concept van goed bestuur in het bestuursrecht en de praktische consequenties daarvan’, *Ars Aequi* 2012, p. 266-275.

heeft de omvang van het preadvies uitdrukkelijk aan grenzen gebonden. Ten tweede: mijn Belgische collegae en ik hebben besloten om de structuren van onze preadviezen zo nauw mogelijk op elkaar te laten aansluiten. Beide beslissingen noodzaken tot het maken van keuzen. Hierbij moet worden bedacht dat de kaders van het algemeen bestuursrechtelijk bewijsrecht in Nederland veel meer bekend zijn dan in België.

Het vorenstaande verhindert mij niet om enige grove hoofdlijnen van het Nederlands algemeen bestuursrechtelijk bewijsrecht te schetsen, om (a) mijn beschouwingen over deskundigenadvisering in een breder licht te plaatsen en aldus begrijpelijker te maken, en (b) bij te dragen aan de discussie over dit belangrijke thema in België. De dogmatische ontwikkeling van bewijsregels helpt namelijk zowel het bestuur als de rechter bij het afleggen van verantwoording over hun keuzen bij het nemen van besluiten en doen van uitspraken, en draagt daarmee ook bij aan het vergroten van maatschappelijk draagvlak voor het uitoefenen van overheidsgezag.

1.4.2 Onderzoek naar een beperkt aantal overheidshandelingen

De noodzaak tot het schrijven van een preadvies met een beperkte omvang en de behoefte aan vergelijkbaarheid van onze beschouwingen hebben mijn Belgische collegae en mij doen besluiten om onze aandacht te concentreren op de betekenis van deskundigenadvisering bij beschikkingen binnen het kader van het omgevingsrecht in brede zin (ruimtelijke ordening, milieu en onroerend erfgoed). Deze beslissing is ingegeven door het gegeven dat dergelijke beschikkingen in zowel België als Nederland door de bestuursrechter worden getoetst. Hieruit kunnen de lezers afleiden dat alle bestuurshandelingen waarover de *burgerlijke* rechter mag oordelen, buiten beschouwing blijven.

1.5 Omgevingsrecht in Nederland

1.5.1 Wettelijk kader

Het omgevingsrecht in Nederland wordt momenteel in hoofdzaak gereguleerd door de Wet ruimtelijke ordening (Wro), de Wet milieubeheer (Wm), de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), de Wet natuurbescherming (Wnb) en de Erfgoedwet (Ew). In deze wetten is de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels gedelegeerd, wat heeft geresulteerd in diverse algemene maatregelen van bestuur zoals het Besluit ruimtelijke ordening (Bro), het Activiteitenbesluit milieubeheer (Am) en het Besluit omgevingsrecht (Bor), en ministeriële regelingen zoals de Regeling omgevingsrecht (Mor).⁴

1.5.2 Beschikkingen op aanvraag

Voor het mogen verrichten van veel activiteiten met planologische en/of milieuhygiënische gevolgen voor de omgeving is een vergunning of ontheffing vereist.

⁴ Een actuele en uitgebreide beschrijving van het Nederlands omgevingsrecht is onder meer te vinden in M.N. Boeve e.a. (red.), *Omgevingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2016.

Het bestuur moet beschikkingen op een vergunningaanvraag voorbereiden met behulp van de reguliere of de uitgebreide procedure. De reguliere procedure begint met een beschikking waartegen bezwaar kan worden gemaakt (afd. 7.2 Awb), en de uitgebreide procedure met een ontwerpbeschikking waarover een zienswijze naar voren kan worden gebracht (afd. 3.4 Awb).⁵

In een aantal gevallen kan worden volstaan met een melding. De beslissing om een melding te accepteren – waarmee het bestuur aangeeft van mening te zijn dat geen vergunning of ontheffing is vereist – wordt in een aantal gevallen aangemerkt als een beschikking die vatbaar is voor bezwaar en beroep bij de rechter. Voor meldingsplichtige activiteiten gelden algemene regels die zijn neergelegd in het Am.⁶

1.5.3 Handhavingsbeschikkingen

Wie handelt zonder of in strijd met een vergunning(voorschrift) of ontheffing, pleegt een overtreding waartegen het bevoegd gezag handhavend kan optreden, met behulp van een last onder dwangsom of bestuursdwang.⁷ De last bepaalt wat de overtreder moet doen of nalaten om verbeurte van een dwangsom of toepassing van bestuursdwang te voorkomen. Hetzelfde geldt voor de (rechts)persoon die zich niet houdt aan een voorschrift dat in het Am is neergelegd.

Een belanghebbende omwonende kan het bevoegd gezag verzoeken om handhavend op te treden tegen een activiteit die (volgens de verzoeker) in strijd komt met de Wabo, de Wnb, de Ew of het Am. Tegen de afwijzing van zo'n aanvraag kan bezwaar worden gemaakt. De toewijzing van een handhavingsverzoek mondt uit in een last onder dwangsom of bestuursdwang.

1.5.4 Andere besluiten

Diverse wetten geven de bevoegdheid of verplichting tot het maken van besluiten met concrete regels die gelden voor nader omschreven gebieden (besluiten van algemene strekking).⁸ In dit kader valt met name te denken aan bestemmingsplannen als bedoeld in de Wro en verkeersbesluiten als bedoeld in de Wegenverkeerswet 1994 (WVW).

Veel besluiten van algemene strekking (zoals het bestemmingsplan) moeten worden voorbereid met behulp van de uitgebreide procedure. In sommige gevallen (zoals bij verkeersbesluiten) heeft het bevoegd gezag de vrije keuze tussen het volgen van de reguliere en de uitgebreide procedure.

5 Dit kan leiden tot allerlei lastige procesrechtelijke complicatie. Zie bijv. L.M. Koenraad, 'Bestuurlijke voorprocedures in het omgevingsrecht', TBR 2017/55.

6 Nader bijv. R. Ortlep, 'Meldingstelsel Leeuwarden', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), AB Klassiek, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (zevende druk), nr. 44.

7 Nader bijv. P.J.J. van Buuren e.a., *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2014 (vijfde druk).

8 Voor een beschouwing over het verschil tussen beschikkingen en besluiten van algemene strekking kan men terecht bij H.D. van Wijk, bewerkt door R.M. van Male & W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (zestiende druk), p. 181-188.

1.5.5 Rechtsbescherming

Tegen de beslissing op bezwaar kan door een belanghebbende beroep bij de rechter worden ingesteld (art. 7:1 lid 1 sub a Awb), net zoals tegen de beschikking die met behulp van de uitgebreide procedure is voorbereid (art. 7:1 lid 1 sub d Awb). Meestal heeft de burger recht op twee instanties; in eerste aanleg de sector bestuursrecht van de rechtbank in het arrondissement waarbinnen het bestuur diens zetel heeft, en in hoger beroep de Afdeling bestuursrechtspraak. In bepaalde gevallen kan de burger tegen een besluit slechts beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak, die dan als eerste en enige feiteninstantie fungeert. Van cassatie is in het publiekrechtelijk omgevingsrecht nooit sprake.⁹

1.5.6 Adviezen

Voorals de ‘lagere’ wettelijke regelingen – het Bro, het Am, het Bor, de Mor – verplichten tot onderzoek van het bestuur naar effecten op de leefomgeving die kunnen worden veroorzaakt door activiteiten waarop de aanvraag of het handhavingsverzoek betrekking hebben. Hierbij moet men met name denken aan geluid, luchtkwaliteit, licht, geur, verkeersbewegingen en parkeerdruk. Voor bestemmingsplannen geldt daarnaast dat zij financieel uitvoerbaar moeten zijn, wat noodzaakt tot een (bedrijfs)economische analyse.

De diverse wetten bepalen niet dat onderzoek naar de zojuist aangeduide effecten moet worden verricht door een externe adviseur. Indien en voor zover de ambtelijke ondersteuning zelf beschikt over voldoende specifieke kennis over geluid en dergelijke, mag het bestuur koersen op adviezen van zijn ‘eigen’ ambtenaren. De praktijk leert echter dat het bestuur vaak een externe adviseur (zoals een ingenieursbureau) inschakelt om te bezien of een bepaalde activiteit juridisch toelaatbaar en maatschappelijk aanvaardbaar is.

De eisen voor het (laten) opstellen en toetsen van milieueffectrapportages (als bedoeld in hoofdstuk 7 Wm) laat ik buiten beschouwing. Het gaat immers niet om advisering in de gebruikelijke zin van het woord, maar om een beschrijving van diverse (on)mogelijkheden om een bepaald project te realiseren.¹⁰

1.6 Andere rechtsgebieden

1.6.1 Ruime bevoegdheid van de rechter

In Nederland is de algemene bestuursrechter bevoegd tot toetsing van zeer veel besluiten die geen verwantschap met het omgevingsrecht vertonen. Zo mag hij oordelen over geschillen omtrent (a) de aanspraak op uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid (WIA), (b) het recht op verblijf in Nederland voor vreemdelingen

9 Er zijn diverse, soms zeer uitgebreide, boeken over het Nederlands bestuursprocesrecht verschenen. Zeer overzichtelijk is A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht. 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016 (zesde druk).

10 Beknopte beschrijvingen van de mer kan men vinden in Boeve e.a. 2016 [nt. 4] en diverse andere handboeken over het Nederlands omgevingsrecht. Uitgever zijn K.D. Jesse, *Hernieuwd perspectief op milieueffectrapportage*, Tilburg: Tilburg University 2008; M.A.A. Soppe, *Milieueffectrapportage en ruimtelijke ordening*, Deventer: Kluwer 2005.

(Vw), (c) verzoeken om vergoeding van schade die is ontstaan door de vaststelling van een bestemmingsplan (Wro), (d) infrastructurele werkzaamheden op initiatief van de overheid (bijvoorbeeld de Tracéwet en Regeling nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014), en (e) de geldigheid van een rijbewijs (WWV). Deze opsomming is zeer incompleet maar niet willekeurig. Het gaat namelijk steeds om besluiten die slechts mogen worden genomen na een advies van een – bij of krachtens de wet aangewezen – specialist, terwijl over de kwaliteit van die adviezen veel geschillen ontstaan.

1.6.2 Rechtsbescherming

De hiervoor aangeduide besluiten worden voorbereid met behulp van de reguliere procedure. Een beslissing op bezwaar tegen zo'n besluit is vatbaar voor beroep bij de sector bestuursrecht van de rechtbank van het arrondissement waarin de belanghebbende woont. Hoger beroep kan worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De Awb bepaalt welk orgaan in appel mag oordelen. De Centrale Raad van Beroep fungeert als hoogste bestuursrechter in het socialezekerheidsrecht en het College van Beroep voor het bedrijfsleven als hoogste bestuursrechter in het economisch bestuursrecht. In de overige gevallen oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste bestuursrechter.

1.6.3 Adviezen

De adviezen die aan de zojuist genoemde besluiten ten grondslag liggen, worden verstrekt door geneeskundigen (WIA, Vw en WWV) of financiële experts (Wro). De geneeskundigen die adviseren over aanspraken krachtens de WIA of de Vw, werken onder verantwoordelijkheid van het bestuur waaraan zij adviseren. Andere adviseurs hebben meer dan incidenteel een structurele band met het bestuur waaraan zij adviseren. In paragraaf 4.2.8 zal aan deze kwestie specifiek aandacht worden besteed.

1.7 Terminologie

De leesbaarheid van een tekst wordt vergroot door het gebruik van kernachtige begrippen die steeds dezelfde betekenis hebben. Hierna volgt een overzicht.

Advies	rapport van een adviseur
Adviseur	persoon of instantie die een advies aan het bestuur uitbrengt
Besluit	besluit (in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb) waarbij een publiekrechtelijke rechtsbetrekking wordt vastgesteld
Bestreden besluit	besluit waartegen beroep bij de rechter kan worden ingesteld
Bestuur	het bevoegd gezag, dit is: het bestuursorgaan (in de zin van art. 1:1 Awb) dat bevoegd is tot het nemen van het besluit in kwestie
Bewijslast	de plicht om het bestaan van een bepaald feit te bewijzen

Bewijsnood	de situatie waarin niet duidelijk is geworden – of kan worden – dat een bepaald feit zich heeft voorgedaan
Bewijsvermoeden	het vermoeden dat een partij aan haar bewijslast heeft voldaan
Bewijsvoeringslast	de plicht om feiten te noemen ter voldoening aan hetzij de bewijslast hetzij de plicht tot het leveren van tegenbewijs of tegendeelbewijs
Burger	de belanghebbende (in de zin van art. 1:2 Awb): a. wiens belang rechtstreeks bij het besluit is betrokken; of b. die tijdens de rechterlijke procedure optreedt als eiser (eerste aanleg) dan wel appellant (hoger beroep)
Contra-expertise	rapport van een ter zake kundige persoon waarin specifiek op een advies wordt gereageerd
Deskundige	persoon of instantie die als zodanig door de rechter is benoemd
Deskundigenrapport	rapport van een deskundige
Externe adviseur	adviseur die geen dienstverband met het bestuur heeft
Interne adviseur	adviseur die een dienstverband met het bestuur heeft
Primair besluit	besluit waartegen bezwaar kan worden gemaakt
Rechter	de Nederlandse bestuursrechter die bevoegd is tot het toetsen van een besluit op grondslag van een ontvanke-lijk beroep
Tegenbewijs	het noemen van feiten om het gerezen bewijsvermoeden te ontkrachten, althans om twijfel te zaaien over de bewijskracht van een document dat een andere partij gebruikt als instrument om aan haar bewijslast te voldoen
Uitspraak	uitspraak van de rechter waarbij wordt beslist op een beroep tegen een bestreden besluit

Signaleer dat een onderscheid wordt gemaakt tussen advisering ten behoeve van het bestuur (waar ik de begrippen ‘adviseur’ en ‘advies’ hanteer) en advisering ten behoeve van de rechter (waar ik de begrippen ‘deskundige’ en ‘deskundigenrapport’ hanteer). Dit onderscheid is slechts bedoeld om verwarring in beschouwingen over advisering tijdens de beroepsprocedure (paragraaf 5) te voorkomen.¹¹ De adviseur en de deskundige hebben veel met elkaar gemeen, al was het maar omdat de adviseur deskundig is en de deskundige adviseert.

1.8 Gehanteerde afkortingen

ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven

¹¹ In paragraaf 5 wordt met het begrip ‘advies’ bedoeld op het advies dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt.

CRvB	Centrale Raad van Beroep
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
HR	Hoge Raad
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Sr	Wetboek van Strafrecht
StAB	Stichting Advisering Bestuursrechtspraak
Vw	Vreemdelingenwet 2000
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wm	Wet milieubeheer
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WWV	Wegenverkeerswet 1994

2 Bronnen voor normering van advisering

2.1 EVRM en EU-Grondrechtenhandvest

2.1.1 Verdragen

Art. 6 EVRM geeft aan burgers van de Lidstaten het recht op een ‘fair hearing’ bij de beslechting van geschillen over ‘civil rights and obligations’ of een ‘criminal charge’. Art. 47 EU-Grondrechtenhandvest biedt een soortgelijke waarborg voor EU-onderdanen als het gaat om effectuering van Europees recht.¹² Dit betekent onder meer dat de burger een eerlijke kans moet krijgen om de rechtmatigheid van overheidsoptreden door een onafhankelijke en onpartijdige rechter te laten toetsen. Daarom moeten de wetgever en rechters ervoor zorgen dat beroepsprocedures tegen besluiten van het bestuur betaalbaar zijn, overzichtelijk blijven en zo snel mogelijk definitief worden afgewikkeld.¹³ Die omstandigheid op haar beurt heeft een aantal belangrijke gevolgen voor het toetsen van adviezen tijdens de rechterlijke fase.¹⁴

Tegelijkertijd wordt duidelijk dat de uit art. 6 EVRM voortvloeiende eisen niet reeds tijdens de besluitvormingsfase gelden.¹⁵ Desondanks hebben die eisen wel betekenis bij het nemen en heroverwegen van besluiten. Het bestuur mag de gang van de burger naar de onafhankelijke rechter namelijk niet nodeloos bemoeilijken. Bovendien moeten reeds tijdens de besluitvormingsfase maatregelen

¹² Als ik in het vervolg spreek over art. 6 EVRM, doel ik tevens op art. 47 EU-Grondrechtenhandvest.

¹³ Nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*. De betekenis van het EVRM en het EU-Handvest, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 59-71.

¹⁴ Nader bijv. T. Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep* (evaluatie Awb III, onderzoeksrapport), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 99-118; Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 284-296.

¹⁵ Zie bijv. CRvB 19 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3073 (toekenning gedeeltelijke WIA-uitkering); ABRvS 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2750, AB 2008/62, m.nt. N. Verheij (weigering subsidie).

worden getroffen om ervoor te zorgen dat de burger zijn eigen stellingen kan onderbouwen en de stellingen van het bestuur kan ondergraven. Hierna zullen we zien hoe deze verplichtingen doorwerken bij het inwinnen, opstellen, controleren en daadwerkelijk gebruiken van adviezen.

2.1.2 *Jurisprudentie: algemeen*

Art. 6 EVRM heeft geleid tot een groot aantal arresten van het EHRM over geschillen waar adviezen een rol spelen. Volgens die arresten moet de eerlijke kans in de zojuist bedoelde zin worden geconcretiseerd door het creëren van een situatie die beide partijen gelijkwaardige instrumenten verschaft om de eigen stellingen te onderbouwen en om die van de ander te ondergraven. Dit noodzaakt tot

- a. het compenseren van dreigende wapenongelijkheid, lees: het bieden van hulp aan een partij die buiten haar schuld niet kan voldoen aan een verplichting om (tegen)bewijs te leveren;
- b. het garanderen dat het deskundigenrapport met een doorslaggevende invloed op de einduitkomst van de beroepsprocedure voldoet aan de eisen die art. 6 EVRM stelt.

2.1.3 *Jurisprudentie: compensatieplicht*

In Nederland is de juridische belangstelling voor de compensatieplicht van de rechter sterk toegenomen na het Korošec-arrest (EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12), het Spycher-arrest (EHRM 17 november 2015, nr. 26275/12), het Letinčić-arrest (EHRM 3 mei 2016, nr. 7183/11) en het Zovko-arrest (EHRM 23 mei 2017, nr. 56935/13).¹⁶ Vooral het Korošec-arrest heeft veel tumult veroorzaakt, waarschijnlijk vanwege de opvallende gelijkenissen tussen de wijzen waarop de Sloveense en de Nederlandse overheid beoordelen of een burger aanspraak op een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid heeft.

De zojuist aangeduide arresten zijn in diverse rechterlijke uitspraken en wetenschappelijke publicaties uitbundig besproken, in samenhang met andere jurisprudentie van het EHRM.¹⁷ Het heeft geen zin die besprekingen hier te herhalen. Bovendien zou dit het preadvies nodeloos omslachtig maken. De centrale boodschappen van het EHRM zijn dat:

- nauwe banden tussen het bestuur en de adviseur niet zonder meer een negatieve invloed op de kwaliteit van het advies hebben;
- een interne adviseur niet zonder meer vooringenomen is;

¹⁶ Korošec: AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas. Spycher: RSV 2016/28.

¹⁷ Rechterlijke uitspraken: bijv. ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:2017:1674 (weigering om uitzetting van vreemdeling achterwege te laten); CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:2017:2226 (weigering WIA-uitkering); Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305, AB 2017/170, m.nt. L.M. Koenraad (ongeldigverklaring rijbewijs). Wetenschappelijke publicaties: bijv. D. de Groot, 'Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het Korošec-arrest', NJB 2017/473; P. Lemmens, 'Het bestuur, de rechter en het recht van partijen op een eerlijk proces', NJB 2017/472.

- de wapengelijkheid tussen de burger en het bestuur in het gedrang kan komen door de banden van de adviseur met het bestuur en/of de onmogelijkheid om twijfels te zaaien over de bewijskracht van het advies;
- de rechter onder omstandigheden een dreigende wapenongelijkheid moet compenseren; en
- de rechter de schijn van partijdigheid kan wekken als hij weigert om die compensatie te verlenen.

In paragraaf 5.6.3 zal specifiek worden gezien op welke wijze de rechter een potentiële strijd met art. 6 EVRM kan voorkomen.

2.1.4 Jurisprudentie: eisen aan het deskundigenrapport

De totstandkoming van adviezen op verzoek van de rechter is in de schijnwerpers gekomen door het Mantovanelli-arrest (EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93).¹⁸ De centrale boodschappen van het EHRM zijn dat:

- het deskundigenrapport naar verwachting een doorslaggevende invloed heeft op de einduitkomst van de beroepsprocedure als de door de deskundige te beantwoorden vraag geheel of nagenoeg identiek is aan de (rechts)vraag die partijen verdeeld houdt;
- de deskundige in zo'n geval moet handelen overeenkomstig de eisen die art. 6 EVRM stelt, onder meer door beide partijen evenveel mogelijkheden tot beïnvloeding van het definitieve advies te geven.

In paragraaf 5.8 zal dieper op die boodschappen worden ingegaan.

2.2 Awb

2.2.1 Het vergaren van kennis door het bestuur

Art. 3:2 Awb – c.q. het zorgvuldigheidsbeginsel – eist dat het bestuur bij de voorbereiding van het besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. De Awb concretiseert die algemene norm in diverse specifieke bepalingen over bijvoorbeeld het horen en het inwinnen van adviezen.¹⁹ Blijkens art. 3:46 Awb moet het bestuur het resultaat van dit onderzoek aan derden op een kenbare en inzichtelijke wijze medelen. Art. 7:12 Awb bevat dezelfde verplichtingen voor het beslissen op bezwaar. Daarnaast valt te wijzen op art. 4:2 lid 2 Awb – c.q. het beginsel van goed burgerschap²⁰ – dat van de burger verlangt om het bestuur te voorzien van gegevens en bescheiden die voor de beslissing op

¹⁸ NJ 1998/278, m.nt. H.J. Snijders, JB 1997/112, m.nt. A.W. Heringa. Zie ook L.M. Koenraad, 'Deskundig rechtspreken', JBplus 2007, p. 202-223; 216-218; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het recht op een eerlijk proces en deskundigenbewijs', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *Jurisprudentie Bestuursrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014 (derde druk), nr. 13.

¹⁹ Horen: zie bijv. de art. 4:7, 4:8, 7:2 en 7:9 Awb. Het inwinnen van adviezen: zie par. 2.2.2.

²⁰ Dit begrip is wel beschreven in het Belgisch bestuursrecht; zie bijv. A. Mast e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2014 (twintigste editie), p. 73-76. In het Nederlands bestuursrecht is dit beginsel als zodanig echter nog niet beschreven. Wel bestaat het besef dat ook de burger rekening moet houden met de belangen van het bestuur. Zie bijv. par. 2.3.3 en 3.2.3.

de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. In paragraaf 3 zal duidelijk worden dat en waarom art. 3:2 Awb en art. 4:2 lid 2 van deze wet de fundamenteën van het bestuursrechtelijk bewijsrecht vormen.

2.2.2 Advisering tijdens de besluitvormingsfase

Afd. 3.3 Awb bevat specifieke, tot het bestuur en de adviseur gerichte, regels over het produceren en controleren van adviezen ter voorbereiding van besluiten. Deze regels zullen in paragraaf 4 uitgebreid aan bod komen. Afd. 3.3 Awb is rechtstreeks van toepassing indien (a) het bestuur het ingewonnen advies gebruikt bij de voorbereiding van een besluit, (b) een wettelijk voorschrift tot het inwinnen van een advies verplicht, en (c) het advies door een externe adviseur wordt uitgebracht.

Ad a. Het gaat om alle besluiten in de zin van art. 1:3 Awb, dus niet alleen beschikkingen (zoals een beslissing op een aanvraag om verlening van een omgevingsvergunning) maar ook besluiten van algemene strekking (zoals een bestemmingsplan) en beleidsregels.²¹

Ad b. Het gaat om wetten in materiële zin, dus niet alleen wetten die door het parlement zijn vastgesteld, maar ook uitvoeringsregelingen (zoals algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen) en decentrale verordeningen (van provincies, gemeenten en waterschappen). Zie bijvoorbeeld art. 12b Woningwet (wet in formele zin), gezien in samenhang met art. 2.10 lid 1 sub d Wabo: voorafgaand aan de beslissing op een aanvraag om een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk moet het bestuur zich laten adviseren door een externe commissie, ter beantwoording van de vraag of het bouwwerk voldoet aan redelijke eisen van welstand.²²

Het gaat om cumulatieve voorwaarden. Dus bij het ontbreken van een wettelijk voorschrift dat tot advisering verplicht, is afd. 3.3 Awb niet rechtstreeks van toepassing. Hetzelfde geldt als de wettelijk verplichte advisering geschiedt door interne adviseurs.²³ Dit laat onverlet dat de rechter de in afd. 3.3 Awb geformuleerde bepalingen hanteert als criteria bij de toetsing van elk deskundigenadvies. Afd. 3.3 Awb heeft dus een reflexwerking, wat logisch is wanneer men bedenkt dat de daartoe behorende bepalingen zijn te beschouwen als specifieke uitwerkingen van het zorgvuldigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in art. 3:2 Awb.²⁴

21 Algemene beleidsadvisering valt echter buiten het toepassingsbereik van afd. 3.3 Awb. Zie PG Awb I, p. 218.

22 Enkele andere voorbeelden: art. 24 Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer (AMVB), art. 2 Regeling gehandicaptenparkeerkaart (ministeriële regeling) en art. 3 Procedureverordening voor advisering tegemoetkoming in planschade gemeente Vught 2008 (plaatselijke verordening).

23 Afd. 3.3 Awb geldt dus niet rechtstreeks voor advisering door verzekeringsartsen, die immers in dienst zijn van het bestuur (UWV) bij beslissingen over aanspraken krachtens de WIA; zie PG Awb I, p. 220. En afd. 3.3 Awb geldt evenmin voor artsen in dienst van het bestuur (IND) dat beslist over aanvragen om verlening van verblijfsvergunningen; zie ABRvS 27 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6945.

24 Zie bijv. ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:318 (over advisering inzake detailhandel bij de vaststelling van een bestemmingsplan); CBb 29 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:170 (over advisering van de Universiteit Wageningen inzake de vraag of het Besluit welzijn productiedieren is overtreden); ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:18 (over de rol van een bezwaaradviescommissie bij de heroverweging van een besluit overeenkomstig art. 7:11 Awb).

2.2.3 Advisering tijdens de rechterlijke fase

De Awb bevat geen materiële bewijsregels die zich tot de rechter richten, maar slechts formele regels over de wijze waarop tijdens de beroepsprocedure moet worden omgegaan met bewijsmiddelen die (a) door partijen zijn aangedragen en (b) de rechter zelf kan inzetten. Zie met name afd. 8.2.2 Awb (de instrumenten die de rechter kan gebruiken bij zijn poging om de materiële waarheid te achterhalen) en afd. 8.2.5 Awb (de instrumenten waarmee partijen kunnen proberen om hun gelijk aan te tonen).

Partijen kunnen zich bedienen van een onafhankelijk adviseur die schriftelijk rapporteert of tijdens een zitting een mondelinge toelichting geeft (art. 8:60 lid 4 Awb). De rechter kan, uit eigen beweging of op uitdrukkelijk verzoek van een partij, zelf een deskundige benoemen (art. 8:47 Awb). De deskundige die zijn benoeming heeft aanvaard, is verplicht om zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten te vervullen (art. 8:34 lid 1 Awb). De benoemde deskundige heeft ook rechten, onder meer op een redelijke vergoeding voor zijn diensten (art. 8:36 lid 1 Awb). Voor de medisch deskundige gelden enige specifieke regels (art. 8:48 Awb).

2.3 Andere bronnen

2.3.1 Beleidsregels

Het bestuur kan de uitoefening van zijn bevoegdheden inkaderen met behulp van beleidsregels die het zelf heeft opgesteld (art. 4:81 lid 1 Awb jo. art. 1:3 lid 4 Awb). Die regels kunnen betrekking hebben op de waardering van feiten en de (beperking van) middelen waarmee een bepaald feit kan worden aangetoond.²⁵ Ik ken echter geen voorbeelden van bestuurlijke beleidsregels over het inzetten van adviseurs.²⁶

2.3.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Veel beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb), het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb) en het beginsel dat een bevoegdheid niet mag worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is bedoeld (art. 3:3 Awb). Met name het zorgvuldigheidsbeginsel speelt een belangrijke rol bij vraagstukken over advisering in het bestuursrecht.

2.3.3 Beginsel van behoorlijk burgerschap

Dit beginsel ligt besloten in de plicht voor de burger om het bestuur te informeren over feiten en omstandigheden die het bestuur op eigen kracht niet of slechts met

25 Bijv. ABRvS 2 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2761, AB 2015/381, m.nt. L.M. Koenraad (recht op huurtoeslag); ABRvS 28 juni 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AH6762, AB 1999/360, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom (genoegdoening voor personen die wegens werk in de mijnen silicose hadden gekregen).

26 Decentrale verordeningen geven op dit punt vaak wel regels. Zie bijv. art. 4 t/m 6 Procedureverordening voor advisering tegemoetkoming in planschade gemeente Vught 2008.

moeite kan achterhalen (art. 4:2 lid 2 Awb). Dit beginsel van behoorlijk burgerschap krijgt vooral betekenis bij de beantwoording van de vraag welke bewijskracht aan een advies kan worden toegekend.

2.3.4 *Procesregelingen voor de rechter*

Een procesregeling is een document met bepalingen over onder meer de wijze waarop rechters worden geacht gebruik te maken van hun bevoegdheden als bedoeld in de hoofdstukken 6 en 8 van de Awb.²⁷ De eerstelijnsrechters (rechtbanken) worden geacht te handelen overeenkomstig de Procesregeling bestuursrecht 2013 en de hogerberoepsrechter (waaronder de Afdeling bestuursrechtspraak) overeenkomstig de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2014.²⁸ De procesregelingen bevatten enkele richtlijnen over wat er moet gebeuren als de rechter beslist om een deskundige te benoemen, maar geven geen criteria ter beantwoording van de vraag of hij toepassing aan art. 8:47 Awb geeft.

2.3.5 *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*

De in Nederland erkende beginselen van behoorlijke rechtspleging vloeien voor een belangrijk deel voort uit – althans komen tot uitdrukking in jurisprudentie over – art. 6 EVRM.²⁹ De naleving van een rechterlijke procesregeling wordt wel beschouwd als een beginsel van behoorlijke rechtspleging: de burger mag erop vertrouwen dat een bij hem gerechtvaardigd gevestigd vertrouwen door de rechter niet wordt beschaamd.³⁰

3 Bestuursrechtelijk bewijsrecht

3.1 Inleiding

In paragraaf 1.4.1 gaf ik aan dat en waarom een diepgravende beschouwing over het bestuursrechtelijk bewijsrecht in dit preadvies achterwege blijft. Een beknopte beschrijving van dit belangrijke leerstuk mag echter niet ontbreken. De actuele dilemma's rondom advisering in het Nederlands bestuursrecht kunnen namelijk niet goed worden begrepen zonder een elementaire kennis van het algemeen bestuursrechtelijk bewijsrecht.

Het Nederlands bestuursrechtelijk bewijsrecht is tot wasdom gekomen door het proefschrift van Ymre Schuurmans, die uit (jurisprudentie over) art. 3:2 Awb en art. 4:2 lid 2 Awb een aantal regels over het vergaren van kennis over relevante

27 De wijze waarop zo'n regeling tot stand komt, roept principiële vragen op, omdat zij wordt vastgesteld door een andere instantie dan de rechter. Een beschouwing over deze kwestie gaat het bestek van dit preadvies te buiten. Nader mijn noot onder HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3370, AB 2016/95 (belastingaanslag).

28 Procesregeling bestuursrecht 2013: Stcrt. 2014, 9197. Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2014: Stcrt. 2013, 36139.

29 Nader B.W.N. de Waard, *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 29-57.

30 In deze zin bijv. CRvB 17 april 2003, ECLI:CRVB:2003:AF8487, JB 2003/190, m.nt. E. van der Linden (strafontslag ambtenaar).

feiten heeft gedestilleerd en vervolgens ‘vertaald’ tot bewijs(voerings)lasten.³¹ Die regels zelf waren overigens niet nieuw.³² Wel nieuw was de dogmatische onderbouwing en de ordening ervan.

Nadien is in Nederland veel gediscussieerd over het bestuursrechtelijk bewijsrecht, en dan vooral over de rol die de rechter daarbij behoort te vervullen.³³ Door het uitdrukkelijk beschrijven van bewijsregels werd namelijk pijnlijk duidelijk hoe onvoorspelbaar de rechter was bij het verdelen van bewijslasten en de waardering van het geleverde bewijs, zo zal in paragraaf 5.3.1 duidelijk worden.

Het Nederlands bestuursrechtelijk bewijsrecht wordt tegenwoordig in enige handboeken over het algemeen bestuurs(proces)recht deugdelijk beschreven.³⁴

3.2 Uitgangspunten

3.2.1 De asymmetrische rechtsbetrekking

Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking ontstaat als de burger een vordering op het bestuur krijgt (bijvoorbeeld in de vorm van recht op een omgevingsvergunning), en als het bestuur een vordering op de burger krijgt (bijvoorbeeld in de vorm van recht op voldoening aan een last onder dwangsom). Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is vaak wederkerig – met verplichtingen over en weer (voorbeeld: de burger maakt aanspraak op verstrekking van een omgevingsvergunning, maar moet de daaraan verbonden voorschriften naleven) – maar wordt altijd eenzijdig vastgesteld door het bestuur (in de vorm van een beschikking).³⁵

Bezien vanuit die invalshoek, heeft de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een asymmetrisch karakter: de burger wordt gebonden door een rechtshandeling (lees: een beschikking) die ook zonder zijn instemming rechtsgeldig tot stand kan komen.³⁶ Men kan het ook anders – en meer civielrechtelijk – zeggen: in eerste aanleg beroept het bestuur zich op het bestaan van de rechtsgevolgen die zijn beschikking heeft.

3.2.2 Hoofregel: onderzoeksplicht van het bestuur

In het burgerlijk recht geldt de regel dat de partij die zich beroept op een rechtsgevolg, de daarvoor vereiste feiten moet stellen en, bij voldoende betwisting ervan, ook moet bewijzen (art. 150 Rv). Deze regel verklaart het – in art. 3:2 Awb besloten liggende – uitgangspunt dat het bestuur verantwoordelijk is voor de

³¹ Schuurmans 2005 [nt. 14].

³² Nader bijv. M.S.E. Wulffraat van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

³³ Bijv. tijdens de jaarvergadering van de Nederlandse vereniging voor bestuursrecht in mei 2009. Zie R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Zie ook L.M. Koenraad e.a. in NTB 2009/14.

³⁴ Bijv. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (zesde druk), p. 675-772.

³⁵ Nader bijv. S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 83-93. Daar hanteert zij het begrip ‘bestuursrechtelijke verbintenis’. Men leze in dit verband voorts M. Harmsen, *Ambtshalve toetsing: gerechtvaardigde uitzondering of uitgeholde regel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 123-166.

³⁶ De term ‘asymmetrische rechtsbetrekking’ is ontleend aan K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 16-20.

beschikbaarheid van de feiten die nodig zijn om een rechtmatige beschikking te kunnen nemen. Die verantwoordelijkheid valt uiteen in diverse specifieke verplichtingen, met name:

- het zelf verrichten van onderzoek naar de relevante feiten (de materiële kant van het zorgvuldigheidsbeginsel);
- het laten verrichten van onderzoek door een adviseur als over een bepaald aspect binnen de eigen organisatie onvoldoende kennis beschikbaar is (laten adviseren);
- het bieden van de mogelijkheid aan de burger om op de verzamelde informatie te reageren (horen);
- het begeleiden van de burger bij het voldoen aan diens verplichtingen (de procedurele kant van het zorgvuldigheidsbeginsel);
- het waarderen van de feiten die nodig zijn voor het vaststellen van de rechtsbetrekking.

In alle gevallen moet het bestuur controleren of de door hem verzamelde informatie juist en ook overigens bruikbaar (met name: voldoende actueel en niet onrechtmatig verkregen) is. Deze plicht is uitdrukkelijk verwoord in art. 3:9 Awb (de zogeheten ‘vergewisplicht’ bij het inwinnen van adviezen), maar geldt voor elk bewijsmiddel dat het bestuur aan zijn besluit ten grondslag wil leggen.

3.2.3 Uitzondering: informatieplicht van de burger

Het bestuur hoeft niet alles te (laten) onderzoeken. Er zijn immers relevante feiten en omstandigheden die het niet op eigen kracht kan achterhalen of die de burger veel eenvoudiger dan het bestuur kan aanleveren. Dit gegeven verklaart de – in art. 4:2 lid 2 Awb besloten liggende – uitzondering: de burger verschaft de informatie die voor de beslissing op de aanvraag nodig is en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Hierbij passen de volgende kanttekeningen.

Het bestuur behoort de burger duidelijk te maken welke informatie de burger moet aanleveren om een voor hem gunstig resultaat te kunnen bereiken. Deze voorlichtingsplicht krijgt meer gewicht naarmate voor de burger minder duidelijk is welke stukken moeten worden aangeleverd. Hoe concreet de voorlichting van het bestuur precies moet zijn, valt in zijn algemeenheid moeilijk te zeggen. Veel hangt af van de wettelijke norm.

Waar de informatieplicht van de burger eindigt, herleeft de onderzoeksplicht van het bestuur. Deze regel is met name relevant bij beschikkingen op aanvraag. Als de burger de benodigde gegevens heeft aangeleverd, ligt het op de weg van het bestuur om die gegevens – al dan niet na een controle ervan – te waarderen. En juist bij het vervullen van die taak heeft het bestuur vaak behoefte aan specifieke kennis, dus: advisering.

3.3 Rechtsbescherming

3.3.1 Bezwaar

Wie het niet eens is met een besluit, moet hiertegen als regel eerst bezwaar maken bij het bestuur dat dit besluit heeft genomen. Pas daarna mag de burger zijn geschil met de overheid voorleggen aan de rechter. De rechter krijgt dus

meestal te maken met een beslissing op bezwaar als besluit waartegen het beroep is gericht.

Beslissen op bezwaar is een bestuurlijke activiteit en een vorm van (verlengde) besluitvorming waarbij rechtsbescherming een wezenlijke rol speelt.³⁷ De heroverweging van een eigen besluit op grondslag van een ontvankelijk bezwaar biedt het bestuur namelijk een extra kans op het verkrijgen van gegevens over specifieke feiten en omstandigheden waarmee het bij het nemen van het primaire besluit geen rekening heeft kunnen houden, al dan niet na het (nogmaals) wijzen van de burger op diens informatieplicht.

De bezwaarfase wijkt in twee opzichten af van de primaire fase. Ten eerste: de aanzet tot de bezwaarschriftprocedure wordt altijd gegeven door de burger, via een geschrift waarmee hij laat weten dat en waarom hij het niet eens is met het primaire besluit (art. 6:4 lid 1 Awb en art. 6:5 Awb). Ten tweede: het primaire besluit moet weliswaar volledig en *ex nunc* worden heroverwogen (art. 7:11 Awb), maar met inachtneming van het zogeheten 'peilmoment', dit is: het moment of het tijdvak waarop de bij het primaire besluit vastgestelde rechtsbetrekking ziet.³⁸ Dit kan bij het controleren van adviezen leiden tot problemen, zoals in paragraaf 4.2.8 duidelijk zal worden.

De plicht om het primaire besluit volledig te heroverwegen, impliceert dat het bestuur ook moet kijken naar aspecten waarover de burger niet heeft geklaagd. Tijdens de bezwaarfase geldt dus geen grondenstelsel.³⁹ Dit gegeven heeft gevolgen voor de wijze waarop het bestuur tijdens de bezwaarfase met (het controleren van) adviezen behoort om te gaan. Onder omstandigheden valt niet te ontkomen aan het inwinnen van een nieuw of aanvullend advies.

3.3.2 Beroep

Ook de aanzet tot de beroepsprocedure wordt altijd gegeven door de burger, via een geschrift waarmee hij laat weten dat en waarom hij het niet eens is met het bestreden besluit (art. 6:4 lid 3 Awb en art. 6:5 Awb). Hier stopt de gelijkenis met de bezwaarschriftprocedure.

Tijdens de beroepsprocedure geldt namelijk wel een grondenstelsel. Uit de formulering en de parlementaire geschiedenis van art. 8:69 lid 1 Awb wordt afgeleid dat de rechter een aan hem voorgelegd besluit slechts mag toetsen aan de hand van de gronden die de burger tijdens de beroepsfase heeft aangevoerd.⁴⁰ Hierbij geldt dat de burger kan volstaan met het noemen van feiten, en dat het vervolgens op de weg van de rechter ligt om die feiten te 'vertalen' tot juridische argumenten (art. 8:69 lid 2 Awb).⁴¹ Dit geeft aanleiding tot discussies over de intensiteit waarmee de rechter het bestreden besluit mag toetsen, ook als het debat tussen partijen gaat over de bewijskracht van een advies. Verder toetst de rechter eerst *ex tunc*

37 Een beschouwing over de vraag of de bezwaarschriftprocedure ook trekken van rechtspraak heeft, blijft hier buiten beschouwing.

38 Nader N. Verheij, 'Van toen naar nu', JBplus 2003, p. 26-47.

39 Zie bijv. ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3135, AB 2017/5, m.nt. L.M. Koenraad, Gst. 2017/49, m.nt. H.P. Wiersema & N. Haasnoot (verkeersbesluit).

40 Nader bijv. D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 54-63, 68-71 (ambtshalve toetsing), 104-119 en 132-143 (ambtshalve toetsing).

41 Nader bijv. Brugman 2010 [nt. 40], p. 63-68 en 119-132.

of het bestreden besluit rechtmatig was toen het werd genomen, en komt pas aan een beoordeling *ex nunc* toe als na de vernietiging van het bestreden besluit nog een geschil bestaat (met name over de vraag op welke wijze het bezwaar moet worden behandeld).

De meeste beroepsprocedures hebben betrekking op de vragen of het bestuur (a) voldoende relevante feiten heeft verzameld, en/of (b) de verzamelde feiten correct heeft gewaardeerd. Met andere woorden: bij verreweg de meeste beroepsprocedures gaat het erom of het bestreden besluit voldoende zorgvuldig is voorbereid (art. 3:2 Awb) en kan worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering (art. 3:46 Awb en 7:12 lid 1 Awb).⁴²

Ter beantwoording van die vragen worden de onderzoeksplicht (art. 3:2 Awb) en de informatieplicht (art. 4:2 lid 2 Awb) ‘vertaald’ tot bewijslast voor respectievelijk het bestuur en de burger. Deze vertaalslag maakt twee dingen duidelijk. Ten eerste: al tijdens de besluitvormingsfase gelden bewijsregels voor het bestuur en de burger. Ten tweede: art. 3:2 Awb en art. 4:2 lid 2 Awb werken door naar de rechterlijke fase, wat maakt dat de rechter niet volkomen vrij is bij het verdelen van de bewijslasten.⁴³

Het formuleren van plichten als bewijslasten maakt het mogelijk om bestuursrechtelijke problemen met civielrechtelijke begrippen op te lossen en voor partijen inzichtelijk te maken. De rechter krijgt namelijk de mogelijkheid om in zijn uitspraken termen als ‘bewijsvermoeden’, ‘tegenbewijs’, ‘bewijsnood’ en ‘bewijsrisico’ te gebruiken. Ik voeg eraan toe dat bewijsnood in beginsel voor risico komt van de partij met de bewijslast. Vertaald naar het bestuursrecht: als het bestuur zijn onderzoeksplicht heeft geschonden, verliest het de beroepsprocedure, wat leidt tot gegrondverklaring van het beroep (art. 8:70 sub d Awb) en de vernietiging van het bestreden besluit (art. 8:72 lid 1 Awb) wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb).

Bij het verrichten van zijn taken mag de rechter aanvullend onderzoek (laten) verrichten (art. 8:69 lid 3 Awb), bijvoorbeeld door het stellen van aanvullende vragen aan partijen (art. 8:45 Awb), het horen van getuigen (art. 8:46 Awb) en het benoemen van een deskundige (art. 8:47 Awb). Die bevoegdheid is op zichzelf niet aan specifieke voorwaarden gebonden. Wel geldt dat het onderzoek op initiatief van de rechter niet mag leiden tot de uitbreiding van het geding buiten de grenzen die door de eisende partij zijn getrokken.

3.3.3 Hoger beroep

De Afdeling bestuursrechtspraak als hogerberoepsrechter hanteert een zogeheten ‘grondenfuik’, dit wil zeggen: het uitgangspunt dat de burger het bestreden besluit in hoger beroep slechts mag bestrijden met gronden die hij al tijdens de procedure bij de rechtbank heeft gepresenteerd. De overige hogerberoepsrechters hanteren een ander uitgangspunt: in hun ogen is het hoger beroep bedoeld als herkansing voor partijen, en om die reden mag de burger in tweede aanleg

⁴² Zie Barkhuysen e.a. 2007 [nt. 14], p. 176-181. Daaruit blijkt dat ongeveer 90% van de geschillen over de feitenvaststelling en -waardering gaat!

⁴³ Zie Schreuder -Vlasblom 2017 [nt. 34], p. 764-772.

komen met gronden die hij bij de rechtbank nog niet had aangevoerd.⁴⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert echter geen bewijsfuik. Dit betekent dat de burger een reeds bij de rechtbank aangevoerde beroepsgrond in hoger beroep mag ondersteunen met nieuw bewijs – zoals een contra-expertise⁴⁵ of een ander document⁴⁶ – dat hij nog niet eerder had gepresenteerd.

3-3-4 Tendensen

Tijdens de parlementaire behandeling van de ontwerpen tot vaststelling van de Awb is uitdrukkelijk verkondigd dat de rechter niet langer wordt gezien als de hoeder van het objectieve recht, maar ‘slechts’ als de beschermer van individuele belangen die door de burger aan de orde zijn gesteld. Deze gedachte ligt ten grondslag aan art. 8:69 Awb en het daarin besloten liggende grondenstelsel.

Desondanks kent de Awb nog steeds bepalingen die nadrukkelijk refereren aan de tijd waarin de rechter een ontvankelijk beroep gebruikte als kapstok voor het integraal toetsen van het bestreden besluit op rechtmatigheid. Hierbij valt met name te denken aan art. 8:72 lid 1 Awb – met de verplichting om het bestreden besluit na de gegrondverklaring van het beroep geheel of gedeeltelijk te vernietigen – en de daaraan ten grondslag liggende notie dat elk onrechtmatig besluit uit de rechtswereld moet verdwijnen, ongeacht de belangen van de partij die ertegen heeft geageerd.

Nu is die notie sinds een aantal jaren onderhevig aan erosie – bijvoorbeeld door de introductie van het relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb) en de regel dat de rechter elk gebrek kan passeren (art. 6:22 Awb) – maar nog niet verdwenen.⁴⁷ Dit blijkt onder meer als ik met mijn collegae spreek over de vraag of de rechter een onweersproken stelling als vaststaand moet aannemen (art. 149 Rv). Het antwoord op deze vraag luidt aanvankelijk steevast ontkennend – onder verwijzing naar de regel dat de rechter moet zoeken naar de materiële waarheid en daarbij niet is gebonden aan standpunten van partijen⁴⁸ – maar wordt in de loop van het gesprek vaak genuanceerd door vakgenoten die beseffen dat in de praktijk geen onderzoek plaatsvindt naar aspecten waarover partijen het met elkaar eens zijn.

Hieruit kan worden afgeleid dat de beroepsprocedure sinds enige decennia enigszins moeizaam laveert tussen het klassieke ‘autonome’ inquisitiemodel,

44 Uitgebreid is B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 197-312. Veel beknopter is Marseille & Tolsma 2016 [nt. 9], p. 358-368.

45 Zie bijv. ABRvS 6 mei 2009, ECLI:NL:RVS:BI2952, AB 2009/196, m.nt. A.G.A. Nijmeijer. Het ging om een geschil over de verlening van een bouwvergunning. Pas tijdens het hoger beroep legde de burger een contra-expertise over, in een poging om het welstandsadvies te ontkrachten. Dat mocht van de Afdeling bestuursrechtspraak.

46 Zie bijv. ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1402, AB 2017/239, m.nt. T.E.P.A. Lam. In dit geschil over vergoeding van planschade ging het om een beslissing inzake de waarde van een pand (de zogeheten ‘WOZ-waarde’) die als grondslag voor onder meer gemeentelijke belasting dient. Die beslissing bestond nog niet toen de rechtbank de aangevallen uitspraak deed.

47 Nader bijv. G.A. van der Veen, ‘Het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb: de stand van zaken’, *JBplus* 2015, p. 160-179 (art. 8:69a Awb); L.M. Koenraad, ‘Het gebrek gepasseerd’, *Gst.* 2015/68 (art. 6:22 Awb). Zie ook N. Verheij, *De Nederlandse bestuursrechter: van grensrechter naar geschilbeslechter* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland 2013), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

48 PG Awb II, p. 463. Uitgebreider bijv. R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 224-228; Wulfraat-van Dijk 1995 [nt. 32], p. 14-16.

waarbij het ondeelbaar algemeen belang centraal staat, en het moderne ‘relationele’ partijengeding, met de leidende gedachte dat partijen over en weer rekening met elkaars belangen moeten houden.⁴⁹ Ikzelf heb deze ontwikkeling ooit aangeduid als de groeipijn van het bestuursprocesrecht.⁵⁰

In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat het bestuursprocesrecht – het bewijsrecht daaronder begrepen – ‘subjectiveert’.⁵¹ Dit heeft gevolgen voor de activiteit van de rechter. Zo laat hij de vorming van het procesdossier tegenwoordig in beginsel over aan partijen.⁵² En de rechter is niet snel geneigd om zelf nader onderzoek te (laten) verrichten – bijvoorbeeld door het benoemen van een deskundige – als de burger een stelling van het bestuursorgaan in zeer algemene termen betwist zonder zijn eigen verhaal met nadere documenten te adstrueren. Zo kon het gebeuren dat de bestuursrechter en de burgerlijke rechter steeds meer op elkaar zijn gaan lijken als het aankomt op het omgaan met stellingen van partijen over relevante feiten.⁵³

Naar mijn overtuiging staat de subjectivering van het bestuursrechtelijk bewijsrecht sinds kort echter onder druk, wegens jurisprudentie van het EHRM over de inzet van deskundigen. De stelling over de grenzen van de subjectivering zal hierna worden uitgewerkt.

3.4 Bewijsrecht toegepast op advisering

3.4.1 Algemeen

Laten we de in paragrafen 3.2 en 3.3 geschetste hoofdlijnen eens toepassen op het centrale onderwerp van dit preadvies. Dit geeft een beeld dat bijdraagt aan een beter begrip van de jurisprudentie over advisering. Bovendien wordt duidelijk dat diezelfde jurisprudentie een bron van inspiratie vormt voor de wijze waarop het bestuur en de rechter met andere bewijsmiddelen kunnen of moeten omgaan.

3.4.2 De besluitvormingsfase

A. Het bestuur gaat op zoek naar een adviseur die de voorliggende vraag op een deskundige, onafhankelijke en onpartijdige wijze adequaat kan beantwoorden. Heeft het bestuur zo’n adviseur gevonden, dan verstrekt het de onderzoeksopdracht, in de vorm van een dienstaanwijzing (interne adviseur) dan wel een overeenkomst van opdracht (externe adviseur).

49 Men leze in dit verband L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

50 L.M. Koenraad, ‘De groeipijn van het bestuursprocesrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 241-260.

51 Nader bijv. Schreuder-Vlasblom 2017 [nt. 34], p. 44-59.

52 Zie bijv. CRvB 1 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:AT7174, JB 2005/237, m.nt. D.W.M. Wenders (intrekking bijstandsuitkering).

53 K.J. de Graaf & V.C.A. Lindijer, ‘Over het verzamelen en uitsluiten van feiten. Een intern rechtsvergelijkend onderzoek naar de houding van de rechter bij het verzamelen, vaststellen en uitsluiten van feiten’, in: A.F.M. Brenninkmeijer (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 151-172.

B. De door het bestuur aangewezen adviseur verricht onderzoek en doet van zijn bevindingen en conclusies verslag in een schriftelijk rapport – het advies – dat hij aan het bestuur zendt.

C. Het bestuur controleert of het advies qua wijze van totstandkoming en inhoud door de beugel kan. Het draagt immers de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het advies dat is bedoeld als een grondslag van het te nemen primaire besluit.

D. Als het bestuur meent dat het advies aan het te nemen primaire besluit ten grondslag kan worden gelegd, kan het (a) het advies volgen (als de door de adviseur getrokken conclusies worden omarmd) of (b) op zoek gaan naar een andere adviseur (als de door de oorspronkelijke adviseur getrokken conclusies niet worden aanvaard). Eventueel kan het bestuur aan de adviseur verzoeken om diens rapport – al dan niet na aanvullend onderzoek – te wijzigen.

E. Het bestuur legt door middel van een schriftelijke motivering verantwoording af over de keuze om het (uiteindelijk) omarmde advies aan het primaire besluit ten grondslag te leggen.

F. Als de burger zich om wat voor reden dan ook niet kan verenigen met het werk van de adviseur, moet hij bezwaar tegen het primaire besluit maken. In dat geval moet het bestuur *ex nunc* volledig heroverwegen of het advies aan het eind van de bezwaarschriftprocedure nog steeds mag worden gebruikt.

G. Volledig heroverwegen komt neer op het nogmaals controleren of het advies qua wijze van totstandkoming en inhoud door de beugel kan, als onderdeel van de onderzoeksplicht.

3.4.3 De rechterlijke fase

A. De rechter start met een inventarisatie van de gronden waarmee de burger duidelijk wil maken dat het advies niet mocht worden gebruikt als grondslag voor het bestreden besluit. Aan de hand daarvan beoordeelt de rechter globaal of op voorhand kan worden gezegd dat het advies qua wijze van totstandkoming en/of inhoud evidente gebreken vertoont.

B. Valt dit globale oordeel uit in het voordeel van het advies, dan neemt de rechter voorshands aan dat het bestuur heeft voldaan aan diens bewijslast. In dat geval kan de burger de bewijskracht van het advies slechts aantasten met behulp van tegenbewijs.

C. Als de rechter al na een oppervlakkig – door de beroepsgronden geïnspireerd – onderzoek oordeelt dat het advies qua wijze van totstandkoming en/of inhoud een evident gebrek vertoont, concludeert hij dat het bestreden besluit een gebrek kent. Welke processuele consequenties hij aan dit gebrek verbindt, hangt af van de inschatting over de grootste kans op een daadwerkelijk definitieve beslechting van het geschil.

D. De rechter die voorshands aanneemt dat het bestuur aan diens onderzoeksplicht c.q. bewijslast heeft voldaan, staat vervolgens voor de vraag of het door de burger geleverde tegenbewijs voldoende twijfel zaait over de bewijskracht van het advies. De bevestigende beantwoording van die vraag – na een waardering van de beschikbare bewijsmiddelen – leidt tot de conclusie dat het bestreden besluit een gebrek kent.

E. Oordeelt de rechter dat het in het procesdossier beschikbare tegenbewijs onvoldoende is om de bewijskracht van het advies aan te tasten, dan beziet hij

of toch een reden bestaat om de burger te helpen bij het vergaren van aanvullend tegenbewijs. De rechter kan deze hulp bieden door het benoemen van een deskundige.

F. Het uitblijven van rechterlijke hulp leidt tot de conclusie dat het advies aan het bestreden besluit ten grondslag mocht worden gelegd en daarmee dat de beroepsgrond faalt.

G. Als de rechter oordeelt dat het uiteindelijk beschikbare tegenbewijs de bewijskracht van het advies wezenlijk aantast, concludeert hij dat het bestreden besluit een gebrek kent.

H. Als de rechter oordeelt dat het uiteindelijk beschikbare tegenbewijs de bewijskracht van het advies niet (althans onvoldoende) aantast, concludeert hij dat het advies aan het bestreden besluit ten grondslag mocht worden gelegd en daarmee dat de beroepsgrond faalt.

4 Advisering tijdens de bestuurlijke fase

4.1 Inleiding

In paragraaf 3.2.2 heb ik geconcludeerd dat een advies is te beschouwen als een middel waarmee het bestuur kan voldoen aan zijn onderzoeksplicht c.q. bewijslast. Die conclusie wordt in deze paragraaf nader uitgewerkt, door een beschrijving van de plichten en rechten van achtereenvolgens het bestuur (par. 4.2 en 4.3) en de burger (par. 4.4 en 4.5) bij het inwinnen en controleren van het advies.

4.2 Plichten van het bestuur

4.2.1 Inschakelen van een adviseur

Vaak wordt het bestuur met behulp van een specifiek wettelijk voorschrift gedwongen tot het inschakelen van een – al dan niet nader aangeduide – adviseur. In paragraaf 2.2.2 gaf ik het voorbeeld van de commissie (een externe adviseur) die het bestuur moet adviseren over de vraag of het bouwwerk voldoet aan redelijke eisen van welstand.

Als een specifiek wettelijk voorschrift ontbreekt, beschikt het bestuur over een zekere beoordelingsruimte – maar niet over beleidsvrijheid! – bij de beantwoording van de vraag of de inschakeling van een adviseur nodig is.⁵⁴ Het aannemelijk maken van stellingen en het waarderen van de bewezen feiten is immers een verplichting en geen bevoegdheid. Daarom moet de rechter naar aanleiding van een beroepsgrond over het ontbreken van een advies ‘vol’ toetsen of het bestuur er terecht voor heeft gekozen om geen adviseur in te schakelen (en niet slechts of het bestuur die keuze redelijkerwijs heeft mogen maken).⁵⁵

54 Zie bijv. ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2024, AB 2016/354, m.nt. B. van der Vorm (intrekking exploitatievergunning): het bestuur mag na een tussenuitspraak van de rechtbank om een nieuw advies vragen.

55 Zie bijv. ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179, JB 2017/120 (invorderingsbeschikking): het standpunt dat een milieuvoorschrift is overtreden, vergt in dit geval de constatering van

4.2.2 Kiezen van de adviseur

Voor de beantwoording van deze vraag moet allereerst worden gekeken of een specifiek wettelijk voorschrift verplicht tot inschakeling van een adviseur met een speciale opleiding.⁵⁶ Schending van zo'n voorschrift leidt tot vernietiging van het bestreden besluit. Ontbreekt een uitdrukkelijke plicht, dan heeft het bestuur een zekere beoordelingsruimte – ook hier geen beleidsvrijheid! – om zelf een keuze te maken. Daarbij passen de volgende kanttekeningen.

Advisering kan geschieden door een persoon of een instantie. Bij een instantie moet men denken aan een meerhoofdige commissie die op basis van een plenair beraad tot een door alle (of in ieder geval de meerderheid van) de leden gedeelde opvatting komt. Doorslaggevend is wie het advies heeft getekend.

Het bestuur mag kiezen voor het inschakelen van een interne of een externe adviseur.⁵⁷ De keuze voor een interne adviseur kan leiden tot klachten over vooringenomenheid van de betrokkene (die als ondergeschikte immers dienstaanwijzingen van het bestuur moet opvolgen) en daarmee tot minder draagvlak voor zijn conclusies. Als de klacht uiteindelijk leidt tot een beroepsprocedure, bestaat het risico dat de rechter eerder dan voor hem gebruikelijk een deskundige inschakelt, om potentiële strijd met art. 6 EVRM te voorkomen. Dit leidt in de praktijk tot een verzwaaarde motiveringsplicht voor het bestuur.

Bij de keuze voor een externe advisering komt het financiële aspect om de hoek kijken. Dit leidt tot interessante vragen waarover in Nederland bij mijn weten tot nu toe nog niet principieel is nagedacht.⁵⁸ Mag het bestuur kiezen voor een adviseur die goedkoper maar minder deskundig is? Onder welke omstandigheden mag of moet het bestuur de te verstrekken opdracht aanbesteden? Als het bestuur de opdracht aanbesteedt: moet het *per se* voor de goedkoopste kiezen, of bestaat de vrijheid om te opteren voor een duurdere maar deskundiger adviseur? In welke mate mag of moet het bestuur de overeenkomst van opdracht gebruiken voor het binden van de deskundige aan kaders? Bij gebrek aan empirische gegevens – en wegens de noodzaak om de lengte van dit preadvies te beperken – blijft een nadere bespreking van dit interessante onderwerp hier achterwege. Ik troost mij met het besef dat verdere samenwerking met mijn Belgische collegae nog tot prachtige resultaten kan leiden.

Een andere boeiende vraag is of het bestuur mag 'shoppen' – dit wil zeggen: een andere adviseur benaderen – als de conclusies van de oorspronkelijk aangestelde adviseur hem niet aanstaan. We zien dit verschijnsel incidenteel bij advisering over redelijke eisen van welstand, waar objectiveerbaarheid slechts een relatief begrip is. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in ieder geval geen principieel

een adviseur. Vgl. ook ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4060 (afwijzing aanvraag vreemdeling om hem niet uit te zetten).

56 Zo'n plicht bestaat met name bij de inschakeling van medische adviseurs ter voorbereiding van besluiten over bijv. arbeidsongeschiktheidsuitkeringen (UWV: verzekeringsarts) en ongeldigverklaring van rijbewijzen (CBR: psychiater).

57 Zie bijv. ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1229 (oplegging last onder dwangsom): naar het oordeel van de ABRvS had een gemeenteburgemeester voldoende deskundigheid om geuroverlast te kwalificeren.

58 In België gelukkig wel. Zie S. Denys, *Advisering in het bestuursrecht*, Brugge: Die Keure 2013, p. 146-181.

probleem met shopgedrag.⁵⁹ Ik evenmin, mits het bestuur voldoende en eerlijk inzicht in zijn besluitvormingsproces geeft, door het ruimhartig verstrekken van alle adviezen die over een bepaalde kwestie zijn uitgebracht.

Steeds geldt dat het bestuur slechts gebruik mag maken van een persoon of instantie die beschikt over (a) kennis van en/of ervaring met het onderwerp waarover hij/zij gaat adviseren, (b) het vermogen om de bevindingen en conclusies op een voor derden begrijpelijke wijze te vervatten in een rapport, (c) de vrijheid om een eigen mening over de kwestie te vormen en die mening in een verslag vast te leggen, en (d) een attitude die vooringenomenheid tegengaat. Dit noodzaakt tot inzicht in het functioneren van de beoogde adviseur (of adviseurs, in geval van een commissie).

4.2.3 Informeren van de burger

Art. 3:8 Awb verplicht het bestuur slechts om de burger mee te delen hoe de adviseur – een persoon of een instantie – heet, en niet om aan te geven welke deskundigheid de adviseur heeft en evenmin om te mee te delen of de adviseur structureel banden met het bestuur heeft.⁶⁰ Gaat het om een commissie, dan hoeft het bestuur – in ieder geval volgens de Afdeling bestuursrechtspraak – niet te melden welke leden ervan zich over de kwestie hebben gebogen.⁶¹ En de Afdeling bestuursrechtspraak accepteert dat het bestuur ook de naam van de adviseur verzwijgt indien afd. 3.3 Awb niet rechtstreeks van toepassing is.⁶² Deze restrictieve uitleg van art. 3:8 Awb belemmert de burger bij de mogelijkheid om twijfel over de bewijskracht van het advies te zaaien, wat zich slecht verdraagt met art. 6 EVRM. Gelet hierop pleit ik ervoor om het bestuur te verplichten tot openbaarmaking van de naam van alle adviseurs die hun licht over de kwestie laten schijnen.

4.2.4 Stellen van kaders voor de adviseur

Veel wetten verschaffen beleids- en/of beoordelingsvrijheid bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Het is aan het bestuur om die vrijheid in te vullen, met behulp van uitvoeringsregelgeving, beleidsregels en/of een vaste gedragslijn. Aan deze kaders is de adviseur bij het vervullen van zijn taak gebonden. Zo moet de welstandscommissie zich bij haar advisering richten naar de mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt.⁶³

Als het bestuur zelf geen kaders stelt en vervolgens een adviseur inschakelt, bestaat de kans dat de deskundige de beschikbare ruimte invult aan de hand van

59 Zie bijv. ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:553 (verlening omgevingsvergunning voor het wijzigen van een gevel).

60 Zie ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2279, AB 2012/7, m.nt. A. Tollenaar (weigering exploitatievergunning).

61 Vgl. bijv. ABRvS 8 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO6617, AB 2011/55, m.nt. P.J. Stolk (Wob-zaak). Vgl. ook ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:795 (weigering vergoeding planschade).

62 Zie bijv. ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5278 (weigering exploitatievergunning); ABRvS 8 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1892, Gst. 2009/105, m.nt. A.E.M. van den Berg (weigering exploitatievergunning).

63 Zie bijv. ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:88; ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3082; ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7728. Steeds ging het om de weigering van vergunning voor het bouwen van een object.

eigen criteria. Natuurlijk kan het bestuur de in het advies neergelegde criteria – al dan niet via een beleidsregel – ‘tot de zijne’ maken. Op die wijze wordt het initiatief echter toch bij de adviseur gelegd, en dat hoort niet de bedoeling te zijn. Een adviseur is er voor het waarderen van feiten, niet voor het ontwikkelen van overheidsbeleid. De kaders waarmee de adviseur rekening moet houden, kunnen worden omschreven in de aan hem gerichte vraagstelling.

4.2.5 *Formuleren van de vraagstelling*

De vraagstelling mag niet te algemeen zijn, want anders bestaat het risico dat de adviseur zich uitspreekt over aspecten die buiten de omvang van het geding en/of zijn eigen specifieke deskundigheid vallen. In beide gevallen daalt de bruikbaarheid van het advies, ook als dit overtuigende en voor het te nemen besluit relevante conclusies bevat. De vraagstelling mag echter evenmin te specifiek zijn, want anders bestaat het risico dat de adviseur onvoldoende ruimte voor maatwerk krijgt en/of dat relevante aspecten on(der)belicht blijven.⁶⁴ In beide gevallen biedt het deskundigenadvies het bestuur onvoldoende houvast bij het vaststellen en waarderen van feiten die voor het nemen van het besluit nodig zijn. Aldus moge duidelijk worden dat het formuleren van een goede vraagstelling zowel een noodzaak als een kunst op zich is.⁶⁵ De vraagstelling kan worden neergelegd in een dienstaanwijzing (bij inschakeling van een interne adviseur) of een overeenkomst van opdracht (bij inschakeling van een externe adviseur).

Uit een oogpunt van transparantie en wapengelijkheid valt veel te zeggen voor een verplichting om de vraagstelling openbaar te maken, al dan niet tegelijkertijd met de publicatie van het advies. De burger heeft namelijk recht op duidelijkheid over de eisen die door het bestuur aan de adviseur zijn gesteld, om aldus een goed beeld te krijgen van de mate waarin de adviseur zich (on)afhankelijk van het bestuur kan opstellen. Dit maakt dat de vraagstelling moet worden aangemerkt als een ‘op de zaak betrekking hebbend’ stuk dat het bestuur uit zichzelf moet toevoegen aan het procesdossier ter afhandeling van het bezwaar (art. 7:4 lid 2 Awb) en het beroep (art. 8:42 lid 1 Awb).

4.2.6 *Faciliteren van de deskundige*

Het bestuur moet de ingeschakelde deskundige adequaat faciliteren, onder meer door (a) het bieden van een redelijke termijn voor het verrichten van onderzoek (art. 3:6 Awb), (b) het betalen van een goed salaris (interne adviseur) of honorarium, (externe adviseur), (c) het ruimhartig vergoeden van onkosten, en (d) het verstrekken van relevante informatie (art. 3:7 Awb). Voor zover mij bekend doen zich op dit punt geen wezenlijke problemen voor.

⁶⁴ Vgl. PG Awb II, p. 444: bij het formuleren van de vraagstelling behoort het bestuur zich reenschap te geven van de mogelijkheid dat de adviseur informatie bij anderen – soms zelf een andere expert – moet inwinnen.

⁶⁵ Zie bijv. ABRvS 13 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1382 (weigering verblijfsvergunning): de aan de medisch adviseur gerichte vraagstelling deugde niet.

4.2.7 Bewaken van voortgang

Het bestuur behoort de voortgang van de werkzaamheden van de adviseur goed te bewaken, als onderdeel van zijn plicht om het benodigde besluit binnen de daarvoor geldende beslistermijn te nemen en op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken. Wie deze plicht niet serieus neemt, loopt het gevaar om te worden geconfronteerd met verbeurte van dwangsommen (par. 4.1.3.2 Awb) of een vergunning van rechtswege (par. 4.1.3.3 Awb), al dan niet in combinatie met rechtstreeks beroep van een burger tegen het uitblijven van een besluit (afd. 8.2.4a Awb) of een verzoek om vergoeding van schade wegens vertraagde besluitvorming (titel 8.4 Awb).⁶⁶ Dit verklaart de regel dat het bestuur onder omstandigheden het advies niet hoeft af te wachten, ook niet als de wet dit uitdrukkelijk eist.⁶⁷

4.2.8 Controleren van het advies

Algemeen

De plicht om te controleren of het advies aan het besluit ten grondslag mag worden gelegd (art. 3:9 Awb), vormt een concretisering van het algemene uitgangspunt dat de partij de verantwoordelijkheid draagt voor de deugdelijkheid van het bewijsmiddel dat hij gebruikt als instrument om te voldoen aan zijn onderzoeksplicht c.q. bewijslast. Dit klinkt tegelijkertijd logisch en ongerijmd. Logisch: het bestuur maakt gebruik van een hulppersoon en is jegens derden aansprakelijk voor het handelen van die persoon. Ongerijmd: het bestuur heeft de hulp van een adviseur ingeroepen omdat het zelf niet over de vereiste specifieke kennis beschikt, wat het moeilijk maakt om te controleren of de adviseur zich naar behoren van diens taak heeft gekweten. Er zijn echter diverse, ook zonder technische kennis te controleren, factoren die iets relevants zeggen over de bruikbaarheid van een advies als grondslag voor een besluit.

Een compleet overzicht van de factoren die het bestuur bij de controle van het ontvangen advies moet betrekken, zou dit preadvies te lang maken en mede daardoor afbreuk doen aan de coherentie ervan.⁶⁸ Daarom volsta ik hier met de constatering dat het bestuur, grof gezegd, na behoort te gaan of (a) de adviseur voldoet aan de eisen om een betrouwbaar rapport op te stellen, (b) het advies wat betreft

66 Nota bene 1: als de vergunning van rechtswege kan ontstaan, verbeurt het bestuur geen dwangsommen (art. 4:20a lid 2 Awb). Nota bene 2: het verbeuren van dwangsommen vervangt de schadelijktigheid van het bestuur niet; een dwangsom vormt slechts een prikkel om alsnog op de aanvraag te beslissen. Zie bijv. ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:224, AB 2016/128, m.nt. C.N.J. Kortmann: het bestuur wordt veroordeeld tot een vergoeding van ruim 18.000 euro wegens het nodeloos talmen met de afgifte van een omgevingsvergunning.

67 Zie bijv. ABRvS 10 oktober 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9027 (weigering erkenning instantie als toegelaten zorginstelling). Vgl. ook ABRvS 17 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5380 (geschil over de aanwijzing van een pand als beschermd monument).

68 Nader L.M. Koenraad, 'Zorgvuldigheid en deskundigenadvies (...)', in: Schlössels e.a. 2014 [nt. 14], nr. 8. Dit overzicht is mede gebaseerd op zijn 'trilogie' in JB 2006 ('Deskundig besturen', p. 15-33), 2007 ('Deskundig rechtspreken', p. 202-223) en 2009 ('Deskundig tegenspreken', p. 220-244). Die trilogie op haar beurt is geïnspireerd door analyses in andere literatuur. Voor de vindplaatsen zij verwezen naar Koenraad 2006, p. 15.

wijze van totstandkoming gebreken vertoont, en (c) de inhoud van het advies afbreuk doet aan de bruikbaarheid c.q. bewijskracht ervan.

De adviseur zelf

Om te kunnen controleren of een adviseur op zijn taak is berekend, dient duidelijk te zijn wie het precies is (persoon) of uit welke leden de commissie bestaat (instantie). Uit rapporten van commissies blijkt vaak echter niet welke personen hebben beraadslaagd en overigens evenmin of aan het advies een plenair debat van de leden vooraf is gegaan.⁶⁹ Merkwaardigerwijze leidt deze onduidelijkheid eigenlijk nooit tot debat en daarmee evenmin tot controle door het bestuur, zo is mijn ervaring. Veel besluiten volstaan met de mededeling dat een instantie heeft geadviseerd, zonder te vermelden welke persoon het rapport heeft opgesteld.

Over de deskundigheid van de adviseur als zodanig kan discussie ontstaan, zeker als het gaat om een specifieke materie of als de betrokkene in dienst is van het bestuur.⁷⁰ Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat een op zichzelf deskundige adviseur bij het vervullen van zijn taak uitspraken doet over zaken die buiten zijn specialiteit liggen.⁷¹ Een controle op dit punt is tegelijkertijd nodig en betrekkelijk eenvoudig; het bestuur mag van de adviseur namelijk een *curriculum vitae* verlangen en aan de hand daarvan bezien of de betrokkene diens taak redelijkerwijs naar behoren kan verrichten. Of het bestuur consequent onderzoekt hoe deskundig zijn eigen adviseur daadwerkelijk is, waag ik te betwijfelen. Die twijfel is ontstaan door de constatering dat de bewijskracht van een advies meer dan incidenteel wordt afgeleid uit de reputatie van de instantie waarbij de adviseur werkt.⁷²

Van vooringenomenheid kan worden gesproken als de adviseur (financieel of anderszins) afhankelijk is van het bestuur waaraan hij rapporteert, dan wel indien zijn gedrag getuigt van partijdigheid jegens de burger wiens rechtspositie ter discussie staat (vgl. art. 2:4 Awb).⁷³ De schijn van vooringenomenheid kan worden

69 Zie bijv. CBB 29 februari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:49, JB 2016/113, m.nt. W.E.M. Klostermann (toekenning tegemoetkoming in schade), met aandacht voor de wijze waarop een taxatiecommissie is samengesteld.

70 Specifieke materie; bijv. ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2467, TBR 2014/12, m.nt. B. Rademaker (weigering handhavend optreden): het onderzoek naar de aanwezigheid van asbest was niet verricht door een gespecialiseerd bedrijf. In dienst van het bestuur; bijv. ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:134 (verlening milieuvergunning): de geluidmetingen waren verricht door gemeenteamtbeambtenaren. In beide gevallen kon het advies de (nogal marginale) toets van de ABRvS doorstaan.

71 Praktijkvoorbeelden uit het omgevingsrecht zijn mij niet bekend. Een voorbeeld uit het sociaal recht: een ergotherapeut rapporteert over de noodzaak tot het aanbrengen van een traplift in de woning van de aanvrager die een zogeheten 'Wmo-voorziening' vraagt, en zegt daarbij iets over de psychische gesteldheid van de betrokkene, in het kader van de vraag of van hem kan worden verlangd te verhuizen naar een woning waar al een traplift is.

72 Voorbeeld: de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken (SAOZ), een bedrijf met werknemers die adviseren over verzoeken om vergoeding van planschade. Zie bijv. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2583; ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:56; ABRvS 16 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7755, AB 2011/30, m.nt. A.R. Neerhof. Soortgelijke redeneringen worden aangetroffen in uitspraken over de bewijskracht van adviezen van het Bureau Landen en Taal (BLT), een instantie met medewerkers die adviseren over de herkomst van vreemdelingen die een asielaanvraag doen.

73 Nader bijv. B.P.M. van Ravels, 'Deskundigenadvisering bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', O&A 2015/88.

gewekt door zowel interne advisering als externe advisering door een persoon die in meer opzichten structurele banden heeft met het bestuur waaraan wordt gerapporteerd. Lees bijvoorbeeld rechtsoverweging 3.2 van de uitspraak (over het besluit om een pand aan te wijzen als gemeentelijk monument) die de Afdeling bestuursrechtspraak 21 oktober 2015 heeft gedaan:

‘Van Rossem is werkzaam bij BMA, een gemeentelijke dienst. Van Rossem heeft zich in een interview (...) in positieve zin uitgelaten over Heemschut. Van Rossem heeft in dit interview onder meer gezegd: “Heemschut had en heeft stevast gelijk.” Nu de aanwijzing tot stand is gekomen naar aanleiding van een aanvraag van Heemschut, heeft Van Rossem met deze uitlating de schijn van vooringenomenheid gewekt.’⁷⁴

En aan rechtsoverweging 4.2 van de uitspraak (over de beslissing op een verzoek om vergoeding van planschade) die de Afdeling bestuursrechtspraak op 17 december 2014 heeft gedaan, is het volgende ontleend:

‘Dit laat evenwel onverlet dat de schijn van partijdigheid ook kan worden gewekt door een deskundige die in het ene geval door een bestuursorgaan wordt ingeschakeld om een onafhankelijk advies uit te brengen, terwijl zij gelijktijdig of nagenoeg gelijktijdig in een ander geval door hetzelfde bestuursorgaan wordt ingeschakeld om zijn belangen te behartigen of als zijn gemachtigde op te treden in een gerechtelijke procedure. Ter zitting is komen vast te staan dat Hekkelman in beginsel de vaste planschadeadviseur van het college is, maar dat zij door het college en de raad van Helmond af en toe ook als advocaat wordt ingeschakeld voor juridische bijstand.’⁷⁵

Ik sta iets langer bij dit onderwerp stil vanwege de recente jurisprudentie van het EHRM over advisering in het bestuursrecht. Immers, als de rechter gaat betwijfelen of de adviseur zich wel onafhankelijk en onpartijdig heeft gedragen, bestaat het risico dat hij eerder dan voor hem gebruikelijk een deskundige inschakelt, om potentiële strijd met art. 6 EVRM te voorkomen.

Totstandkoming van het advies

Tijdens het onderzoek naar de vraag of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen, verschijnen – als het goed is – in ieder geval de volgende vragen op de radar. Is het advies uitsluitend op dossierstudie gebaseerd? Zo ja, welke stukken zaten in dat dossier? Heeft ook een eigen onderzoek plaatsgevonden? Zo ja, hoe dan? Door een onderzoek van een persoon (bij medische aangelegenheden)? Een onderzoek ter plaatse (bij omgevingsrechtelijke aangelegenheden)? Gesprekken met anderen (zoals specialisten bij wie de betrokkene onder behandeling is)? Vindt het bestuur in het advies zelf geen antwoorden op één of meer van de zojuist geformuleerde vragen, dan moet het de adviseur verzoeken om opheldering te verschaffen, zeker als de burger er een punt van maakt.

⁷⁴ ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3234, JB 2015/200, m.nt. L.J.M. Timmermans.

⁷⁵ ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4570, JB 2015/23, m.nt. J.H. Keinemans, BR 2015/27, m.nt. I.P.A. van Heijst. Vgl. ook bijv. ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:795 (weigering vergoeding planschade).

Om te illustreren hoe de rechter kan toetsen of het bestuur aan de in art. 3:9 Awb omschreven ‘vergewisplicht’ heeft voldaan als het gaat om de totstandkoming van het advies, verwijs ik naar rechtsoverweging 5.9 van de uitspraak (over de weigering om een gehandicaptenparkeerkaart te verstrekken) die de Centrale Raad van Beroep op 23 maart 2016 heeft gedaan:

‘Weliswaar mag een medisch adviseur gezien zijn deskundigheid in beginsel varen op zijn eigen oordeel, dat onder meer gevormd is door bevindingen bij eigen onderzoek en de in het dossier aanwezige medische informatie, maar dit laat onverlet dat in een individueel geval de zorgvuldigheid kan vereisen dat raadpleging van de behandelend sector toch is aangewezen. Met de rechtbank is de Raad van oordeel dat deze situatie zich hier voordoet, gelet op de aard van de aandoening van betrokken (...), het wisselende beeld van de uit deze aandoening voortvloeiende beperkingen en de nog jonge leeftijd van betrokkene. Evenals de rechtbank is de Raad van oordeel dat de zorgvuldigheid in dit geval vereist dat zowel de kinderreumatoloog als de kinderfysiotherapeut en de ergotherapeut door de medisch adviseur worden geraadpleegd, omdat ieder van hen vanuit de eigen deskundigheid relevante informatie kan verstrekken voor de beantwoording van de tussen partijen in geschil zijnde vraag of betrokkene voor het vervoer van deur tot deur continu afhankelijk is van de hulp van de bestuurder. (...).’⁷⁶

Het betreft een willekeurige uitspraak die moeiteloos door tal van andere uitspraken kan worden vervangen.

Inhoud van het advies

Het onderzoek naar de inhoud van het advies kan op de navolgende wijze gestalte krijgen.

Kaders waarmee de adviseur rekening moet houden. Zijn er besluiten of documenten (zoals de welstandsnota) waarmee de adviseur rekening moet houden? Zo ja, past het advies binnen de kaders van dat besluit of document?

Bruikbaarheid van de uitgangspunten waarop de adviseur zijn redenering baseert. Zijn de uitgangspunten feitelijk juist althans voldoende aannemelijk althans deugdelijk onderbouwd?⁷⁷ Lijken de uitgangspunten op het eerste gezicht niet heel onzinnig? Zeggen de uitgangspunten (nog steeds) iets relevant over het moment of het tijdvak waarop het te nemen besluit betrekking heeft?⁷⁸

Pas indien (a) de adviseur niet buiten zijn boekje is gegaan, (b) de gevonden feiten kloppen, (c) de gekozen uitgangspunten (waarschijnlijk) kloppen, en (d) de bevindingen nog voldoende actueel zijn, heeft het nut om na te denken over de door de adviseur gevolgde redenering. Deugt de basis van het advies niet, dan kan de conclusie ervan onmogelijk fungeren als grondslag voor het te nemen besluit.

⁷⁶ CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1073, Gst. 2016/89, m.nt. L.M. Koenraad.

⁷⁷ Zie bijv. ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:308 (verlening omgevingsvergunning): de welstandscommissie heeft haar standpunt gebaseerd op een verkeerde tekening).

⁷⁸ In zaken waarop de Crisis- en herstelwet (Chw) van toepassing is, hoeft een advies onder omstandigheden niet geheel actueel te zijn, met name als het bestuursorgaan na en wegens een rechterlijke vernietiging een nieuw besluit moet nemen. Zie artikel 1.10 Chw; Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 4, p. 16.

Redenering die de adviseur volgt. Welke onderzoeksmethode heeft de adviseur gehanteerd? Is die methode (nog steeds) *state of the art* en *evidence based*? Heeft de adviseur zich gehouden aan de voor hem geldende protocollen en tuchtrechtelijke eisen?⁷⁹ Sluiten de door de adviseur getrokken conclusies logisch aan op de uitgangspunten? Lijken de getrokken conclusies op zichzelf zo ongerijmd dat – alsnog – kan worden getwijfeld aan de juistheid van de uitgangspunten?

Om te illustreren hoe de rechter kan toetsen of het bestuur aan de in art. 3:9 Awb omschreven ‘vergewisplicht’ heeft voldaan als het gaat om de inhoud van het advies, verwijst ik naar rechtsoverweging 5.2 van de uitspraak (over de verlening van een omgevingsvergunning voor het slopen en herbouwen van een school) die de Afdeling bestuursrechtspraak op 5 augustus 2015 heeft gedaan:

‘Het onderzoek naar de te verwachten geluidbelasting voor de omgeving van de op het dak van de school voorziene luchtbehandelingskast en koelmachine is uitgevoerd door het deskundig raadgevend ingenieursbureau DGMR. Blijkens de brief van 18 juli 2013 van de omgevingsdienst Haaglanden heeft de omgevingsdienst op verzoek van het college het geluidsrapport beoordeeld. De omgevingsdienst heeft in de brief vermeld dat het rapport voldoende informatie en inzicht van de situatie geeft, het gebruikte model voldoende wordt omschreven en het gebruikte maatgevende bronvermogen van de airco overeenstemt met de informatie die op internet beschikbaar is. Het college heeft hiermee aan de op hem rustende vergewisplicht voldaan en terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat het rapport van DGMR naar wijze van totstandkoming niet zorgvuldig tot stand is gekomen of naar inhoud niet inzichtelijk en concludent is (...).’⁸⁰

Het betreft een willekeurige uitspraak die moeiteloos door tal van andere uitspraken kan worden vervangen.

4.2.9 Intensiteit van het controleren

Algemeen

De gegeven opsommingen wekken wellicht de indruk dat het bestuursorgaan alle adviezen op dezelfde wijze kan en moet controleren. De indruk is echter onjuist. Het bestuur hoeft een advies namelijk minder intensief te controleren naarmate de kwestie moeilijker objectiveerbaar wordt. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan de vraag of (a) een bouwwerk voldoet aan redelijke eisen van welstand (in het kader van de beslissing op een aanvraag om verlening van een omgevingsvergunning), (b) een gezelschap beschikt over voldoende artistiek niveau (om

79 Men leze in dit verband de kritische noot van A.C. Hendriks onder ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:304, AB 2017/109 (ongeldigverklaring van een rijbewijs), waar hij onder meer betoogt dat de medische tuchtrechter veel strenger is dan de ABRvS als het gaat om het stellen van eisen aan rapportages van psychiaters. Vgl. ook zijn noten in AB 2017/184, AB 2017/218 en AB 2017/228.

80 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2514. Vgl. ook bijv. CBB 28 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:70, JM 2017/85, m.nt. W.Th. Douma (aanwijzing diersoort die niet door particulieren mag worden gehouden): het advies is onvoldoende transparant.

voor subsidiëring in aanmerking te komen), of (c) de waarde van een pand juist is getaxeerd (bij de beslissing op een verzoek om vergoeding van planschade).⁸¹

Dit verklaart de regel dat het bestuur in bepaalde gevallen mag volstaan met een procedurele controle van het advies.⁸² In ieder geval moet het advies van een motivering zijn voorzien, want zonder dat is een zinvolle controle ervan niet mogelijk.⁸³ Als een controle van het advies onmogelijk is geworden omdat het bestuur relevant bewijsmateriaal heeft vernietigd, komt dit voor zijn rekening en risico.⁸⁴

Tijdens de bezwaarfase

Het debat over de bewijskracht van een advies wordt vaak eerst echt geopend tijdens de bezwaarschriftprocedure, als de burger kritiek levert op de adviseur, diens handelwijze en/of de door het bestuur omarmde conclusies. Het verdient voor het bestuur aanbeveling om de adviseur te confronteren met die kritiek, door hem te vragen om een schriftelijke reactie. De wenselijkheid van confrontatie stijgt naarmate de kritiek fundamenteeler en substantiëler is, en naarmate de kritiek met sterker tegenbewijs (zoals een contra-expertise) wordt onderbouwd. En de plicht tot het controleren van het 'eigen' advies doet zich nadrukkelijker gevoelen naarmate de opsteller van de contra-expertise meer specifieke deskundigheid bezit.⁸⁵

Onder omstandigheden heeft het bestuur een geldige reden – en soms zelfs de plicht – om aanvullend onderzoek te laten verrichten, eventueel door een andere adviseur. Als dit onderzoek plaatsvindt na afloop van de hoorzitting (art. 7:2 Awb), is het de vraag of de burger de gelegenheid moet krijgen om zijn zienswijze over het aanvullende onderzoek – in de vorm van een schriftelijke reactie of een (geheel nieuw) advies – tijdens een nadere hoorzitting (art. 7:9 Awb) te geven. Het antwoord op deze vraag hangt af van het antwoord op de vraag of de adviseur in zijn nadere reactie komt tot een conclusie die 'die voor de op het bezwaar te nemen beslissing van aanmerkelijk belang kan zijn'.⁸⁶ Hierbij moet worden gedacht dat de reflexwerking van art. 6 EVRM noodzaakt tot een ruimhartige uitleg van art. 7:9 Awb. Het beperken van de mogelijkheid tot het leveren van kritiek op het aanvullend onderzoek kan immers leiden tot een situatie die in de weg staat aan een 'fair hearing'. Zie paragraaf 2.1.

81 Bijv. ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2046 (weigering vergoeding planschade); ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:187, AB 2015/270, m.nt. G.M. van den Broek, TBR 2015/63, m.nt. F.A. Linssen (vergoeding planschade).

82 Nader E.M.J. Hardy, 'Advisering in de kunst', *Jurisprudentie Bestuursrecht* plus 2008, p. 106-127.

83 Uitdrukkelijk in deze zin bijv. Cbb 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy (weigering subsidie).

84 Zie bijv. ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1136 (weigering verstrekking nieuw paspoort): het beschadigde paspoort was weggegooid, zodat niet meer kon worden gecontroleerd of de burger het paspoort bewust had beschadigd.

85 Zie Cbb 29 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:339, AB 2014/299, m.nt. M.A.M. Dieperink (weigering subsidie).

86 Nader bijv. L.M. Koenraad, 'Van aanmerkelijk belang', *Gst.* 2008/100. Zie ook D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedure* (diss. Maas-tricht), Deventer: Kluwer 2010, p. 249-255 en 269-273 (specifiek over adviezen).

4.3 Bevoegdheden van het bestuur

4.3.1 Algemeen

In paragrafen 4.2.1 en 4.2.2 zagen we dat het bestuur als regel zelf mag bepalen door welke persoon of instantie het zich laat adviseren, tenzij een wettelijk voorschrift anders bepaalt. Daar werd verder duidelijk dat het bestuur op zichzelf bevoegd is om:

- te kiezen voor een onder zijn verantwoordelijkheid werkzame ambtenaar (interne adviseur) of een specialist die geen onderdeel van de ambtelijke organisatie vormt (externe adviseur);
- zich over een bepaald soort kwesties – rondom bijvoorbeeld welstand, brandveiligheid of geluid – steeds door dezelfde adviseur te laten voorlichten;
- per individueel geval voor een andere adviseur te kiezen, ook als dit leidt tot ‘shoppen’ om een advies met een bepaalde strekking te krijgen.

Of het bestuur zo’n bevoegdheid in een concreet geval mag benutten, hangt af van het antwoord op de vraag of de adviseur op diens taak is berekend, dus: ter zake kundig en niet vooringenomen is.

4.3.2 Ten opzichte van de burger

In paragraaf 4.2.3 heb ik betoogd dat kan worden betwijfeld of het bestuur de naam van de adviseur voor de burger geheim mag houden als afd. 3.3 Awb niet rechtstreeks van toepassing is, ondanks de beperkte uitleg die de Afdeling bestuursrechtspraak aan art. 3:8 Awb geeft. Nog relevanter is de vraag of het bestuur bevoegd is om juridische consequenties te verbinden aan de weigering van de burger om medewerking te verlenen aan het onderzoek van de door het bestuur ingeschakelde adviseur. Die vraag zal in paragraaf 4.4.1 worden beantwoord.

4.3.3 Ten opzichte van de adviseur

Het bestuur mag van de adviseur verlangen dat de onderzoeksopdracht met inachtneming van de gestelde kaders en binnen de afgesproken termijn wordt uitgevoerd. Sterker, uit een oogpunt van verantwoordelijkheid voor de invulling van beslisbevoegdheden en termijnbewaking heeft het bestuur op deze punten bepaalde verplichtingen.

Het bestuur kan ook eisen stellen aan de procedure die de adviseur volgt, en aan de vormgeving van het advies. Die eisen mogen echter niet nodeloos afbreuk doen aan de vrijheid van de deskundige om het onderzoek zijn eigen onderzoeksmethoden te kiezen.⁸⁷ Hierbij geldt dat de adviseur de schijn van vooringenomenheid eerder krijgt tegengeworpen naarmate hij door het bestuur met strakkere richtlijnen op pad is gestuurd. Want hoe strakker de richtlijnen van het bestuur zijn, des te voorspelbaarder de conclusie van de adviseur wordt.

87 Vgl. D. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 241.

Vaak blijft onduidelijk hoe directief het bestuur zich tegenover de adviseur opstelt, bij gebrek aan inzicht in de vraagstelling. Maar soms wordt een aardig kijkje in de keuken gegeven. Men leze in dit verband bijvoorbeeld rechtsoverweging 4.4 van de uitspraak (over de ongeldigverklaring van een rijbewijs) die de Rechtbank Midden-Nederland op 22 november 2016 heeft gedaan:

‘Gerritsen heeft verder verklaard dat hij gepensioneerd is en niet afhankelijk is van de inkomsten die hij vergaart met zijn werkzaamheden voor verweerster. Hij heeft de mogelijkheid opdrachten te weigeren. Hoewel verweerster een strenge opstelling vereist, bepaalt hij zelf de inrichting van zijn werk. Hij verricht zijn werkzaamheden volgens een eigen protocol en de algemene richtlijnen voor psychiatrisch onderzoek, neergelegd in het boek “Diagnostiek van stoornissen van het gebruik van alcohol in het kader van CBR-keuringen” van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie (richtlijn Diagnostiek).’⁸⁸

Gerritsen is de psychiater die door het CBR (het orgaan dat bevoegd is om een rijbewijs ongeldig te verklaren) werd ingeschakeld om de psychische gesteldheid (lees: mate van alcoholafhankelijkheid) van de betrokken burger te onderzoeken.

4.4 Plichten van de burger

4.4.1 Primaire fase: verlenen van medewerking

Het bestuur dat overweegt om ambtshalve een besluit te nemen, kan behoefte aan een advies hebben. Denk hierbij aan het voornemen tot intrekking van een omgevingsvergunning wegens het vermoeden dat de aan die vergunning verbonden voorschriften worden overtreden (art. 5.19 lid 1 sub b Wabo), en de behoefte aan beantwoording van de vraag – door een persoon met specifieke kennis van geluid – of de inrichting te veel herrie veroorzaakt. Denk verder aan het plan om een WIA-uitkering in te trekken wegens de veronderstelling dat de burger niet langer arbeidsongeschikt is, en de behoefte aan een advies van een medicus (verzekeringsarts). Voor de goede orde: beide besluiten zijn belastend voor de aangeschreven burger, maar slechts de intrekking van de omgevingsvergunning mag worden aangemerkt als een sanctie.

Ook het bestuur dat op een aanvraag moet beslissen, kan behoefte aan een advies hebben. Denk hierbij niet alleen aan een verzoek om verlening van een omgevingsvergunning en de behoefte aan een advies van een specialist in brandveiligheid, maar ook aan een verzoek om verstrekking van een gehandicaptenparkeerkaart en de behoefte aan een advies van een medicus (orthopeed). Voor de goede orde: in beide gevallen leidt toewijzing van het verzoek tot een voor de burger begunstigende beschikking.

In alle zojuist beschreven gevallen kan de adviseur zijn taak slechts naar behoren verrichten als de betrokken burger medewerking verleent, door de adviseur toegang tot de inrichting te verschaffen (omgevingsvergunning) of door te verschijnen op het spreekuur van de adviseur (WIA-uitkering en gehandicapten-

⁸⁸ Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305, AB 2017/170, m.nt. L.M. Koenraad (ongeldigverklaring rijbewijs).

parkeerkaart). Precies om die reden kan de adviseur zijn opdracht aan het bestuur teruggeven als de burger de noodzakelijke medewerking weigert (art. 7:408 BW).

De medewerking aan de totstandkoming van het advies kan niet door het bestuur worden afgedwongen.⁸⁹ In dit kader is relevant om te beseffen dat art. 3:7 Awb slechts ziet op de medewerkingsplicht van het bestuur. Desondanks staat het bestuur nooit met lege handen als de burger de totstandkoming van een bruikbaar advies frustreert door het weigeren van medewerking aan de adviseur. Dit gedrag valt namelijk te kwalificeren als het nodeloos bemoeilijken van de bewijsgaring, wat als regel leidt tot omkering van het bewijsrisico.⁹⁰ Ik licht toe. Het ontbreken van een deugdelijk advies komt normaliter voor risico van het bestuur, dat immers de bewijslast draagt. Maar als deze omstandigheid kan worden toegerekend aan de burger die de vereiste medewerking heeft geweigerd, draagt die burger het risico, ook al heeft hij geen bewijslast.⁹¹

Daarnaast verbinden sommige wetten zelfstandige consequenties aan de weigering om medewerking aan de totstandkoming van het advies te verlenen. Een voorbeeld is te vinden in art. 46a WIA: ‘Indien voor het vaststellen van het recht op uitkering (...) naar het oordeel van het UWV een medisch onderzoek nodig is en de betrokkene niet meewerkt aan dat onderzoek, blijven eventuele uit deze wet voortvloeiende aanspraken op een uitkering op grond van deze wet buiten aanmerking (...).’⁹²

4.4.2 Bezwaarfase: leveren van tegenbewijs?

Op het eerste gezicht moet de burger de bewijskracht van een advies betwisten met behulp van tegenbewijs om nader onderzoek door het bestuur af te dwingen. Bij nader inzien is dit niet nodig, want tijdens de bezwaarfase geldt geen grondenstelsel maar wel de plicht van het bestuur om het primaire besluit volledig te heroverwegen; zie paragraaf 3.3.1. In dit stadium kan dus nog niet worden gesproken van een plicht tot het leveren van tegenbewijs. Over deze plicht kom ik in paragraaf 5.2.3 nader te spreken.

4.4.3 Wederkerigheid

In paragraaf 3.3.4 benoemde ik de gedachte dat partijen over en weer rekening met elkaars belangen moeten houden, als een factor die invloed uitoefent op het denken over en het concreet vormgeven van bestuursprocesrecht. Diezelfde gedachte speelt een rol bij het ontwikkelen van regels over de totstandkoming

89 Tenzij de adviseur tevens is aangewezen als toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb. In zo'n geval beschikt de adviseur over de in titel 5.2 Awb genoemde bevoegdheden, wat kan leiden tot handelen in strijd met het gebod om hem toegang te verschaffen (art. 5:20 Awb) en daarmee tot in ieder geval een last onder dwangsom (art. 5:31d Awb) of strafrechtelijke vervolging (art. 184 Sr; het geen gevolg geven aan een bevoegd gegeven ambtelijk bevel).

90 Nader bijv. Schuurmans 2005 [nt. 14], p. 122-137 en 200-211.

91 Zie bijv. CRvB 14 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3722 (beëindiging ZW-uitkering).

92 Terzijde: art. 46a WIA biedt geen grondslag om de burger te bewegen tot het verlenen van medewerking aan een contra-expertise van het bestuur (UWV). Zie CRvB 5 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1311: de rechtbank had anders geoordeeld over het recht van de burger op toekenning van een WIA-uitkering.

van adviezen: de burger dient te beseffen dat het bestuur diens onderzoeksplicht in een aantal gevallen niet geheel op eigen kracht kan vervullen.

4.5 Rechten van de burger

4.5.1 Recht op bekendheid met de naam van de adviseur

In paragraaf 4.2.3 werd duidelijk onder welke omstandigheden het bestuur bekend moet maken welke deskundige is ingeschakeld. Tegenover deze plicht staat het recht van de burger om te weten wie zich met ‘zijn’ zaak gaat bezighouden, ten-einde effectief te kunnen onderzoeken of – en zonodig te betwisten dat – de adviseur voldoet aan alle aan hem te stellen eisen. Dit recht wordt benadrukt door de jurisprudentie van het EHRM over de gevolgen die vooringenomenheid van de adviseur tijdens de beroepsprocedure kan hebben. De burger die te maken krijgt met de weigering van het bestuur om de naam van de adviseur prijs te geven, kan proberen het originele advies met behulp van de Wob in handen te krijgen.⁹³

4.5.2 Recht om te worden gehoord

Er bestaat geen specifiek wettelijk voorschrift dat de burger het recht verschaft om door de adviseur te worden gehoord. Maar onder omstandigheden is een adviseur, uit een oogpunt van zorgvuldigheid, gehouden om nadere informatie bij de burger in te winnen, eventueel na daarop door het bestuur – dat immers moet controleren of het advies qua wijze van totstandkoming geen gebreken vertoont – te zijn gewezen. Via een kleine omweg kan art. 3:2 Awb de burger dus een aanspraak op een gesprek met de adviseur verschaffen.

Soms heeft een burger het recht om te zwijgen, namelijk als hij redelijkerwijs kan vermoeden dat strafvervolgning tegen hem zal worden ingesteld (art. 5:10a Awb).⁹⁴ Dit betekent dat de adviseur die op initiatief van het bestuur bezig met een onderzoek ter beantwoording van de vraag of in strijd met een wettelijk voorschrift is gehandeld, aan de betrokken burger de cautie moet geven.

4.5.3 Recht op zienswijze over concept en definitief advies

Uit het Mantovanelli-arrest wordt door sommigen geconcludeerd dat de burger te allen tijde de mogelijkheid moet krijgen om op een conceptrapport te reageren. Die conclusie is echter onjuist. De burger heeft op zichzelf namelijk geen recht op inzage in en commentaar op een conceptrapport. Maar als één partij (zoals het bestuur) de mogelijkheid krijgt om een zienswijze over voorlopige conclusies van de deskundige naar voren te brengen, moet die mogelijkheid ook aan de andere

⁹³ In zo'n geval zal het bestuur waarschijnlijk betogen dat het gaat om een document voor intern beraad met persoonlijke beleidsopvattingen. Zie bijv. ABRvS 21 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT2132, AB 2011/344, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3196, Gst. 2011/91, m.nt. C.N. van der Sluis; ABRvS 8 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ7424, AB 2011/345, m.nt. E.J. Daalder.

⁹⁴ Uitgebreid de conclusie van A-G Keus van 12 april 2017 over het beroep inzake een bestuurlijke boete (wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen); ECLI:NL:RVS:2017:1034, par. 4.3.1. De einduitspraak is gedaan op 5 juli 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1819).

partij (zoals de burger) worden geboden. En als de adviseur tijdens het onderzoek naar milieuhinder een bezoek brengt aan het bedrijf waarover wordt geklaagd, moet hij ook komen kijken op het perceel van de klager.

4.5.4 Blokkeringsrecht

Dit preadvies concentreert zich op advisering in het omgevingsrecht. Daarom blijven bijzonderheden over advisering door geneeskundigen hier in beginsel buiten beeld. Gelet hierop volsta ik met de mededeling dat de burger beschikt over het zogeheten ‘blokkeringsrecht’ (art. 7:464 BW), dit is: het recht om zich te verzetten tegen doorzending van een medisch rapport aan derden zoals het bestuur.⁹⁵ Signaleer in dit verband dat gebruik van het blokkeringsrecht kan worden aangemerkt als het nodeloos bemoeilijken van de bewijsgaring.⁹⁶

5 Advisering in de rechterlijke fase

5.1 Inleiding

In deze paragraaf gaat het eerst om de positie van de burger (par. 5.2 en 5.3), aangezien de rechter slechts toekomt aan de toetsing van een advies – en aan een beslissing over de inzet van een deskundige – als de beroepsgronden daartoe aanleiding geven. Dan volgt een korte verhandeling over de rol van het bestuur in de beroepsprocedure (par. 5.4 en 5.5). De kern van deze paragraaf wordt gevormd door een beschouwing over de plichten en rechten van het bestuur (par. 5.6 en 5.7), met specifieke aandacht voor de bevoegdheid tot het benoemen van een deskundige.

Voor de goede orde benadruk ik nogmaals dat het onderscheid tussen advisering ten behoeve van het bestuur (waar ik de begrippen ‘adviseur’ en ‘advies’ hanteer) en advisering ten behoeve van de rechter (waar ik de begrippen ‘deskundige’ en ‘deskundigenrapport’ hanteer) slechts is bedoeld om verwarring te voorkomen. In deze paragraaf wordt de term ‘advies’ bedoeld: het advies dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt.

5.2 Plichten van de burger

5.2.1 Algemeen

Welbeschouwd vormt deze paragraaf een samenvatting van wat in paragraaf 3 is geschreven over het bewijzen van stellingen tijdens de rechterlijke fase. Daarom blijven verwijzingen naar literatuur hier achterwege.

⁹⁵ Ingevolge art. 74 lid 4 Wet Suwi kan de burger het blokkeringsrecht echter niet invoeren als het gaat om een advies van een verzekeringsarts ten behoeve van het UWV. Zie CRvB 19 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL4585 (weigeren toekenning Wajong-uitkering).

⁹⁶ Zie bijv. ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1108 (ongeldigverklaring rijbewijs); ABRvS 14 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1066 (ongeldigverklaring rijbewijs). Zie verder hiervoor, nt. 90.

5.2.2 Aanvoeren van beroepsgronden

Het grondenstelsel brengt met zich dat de burger door een feitelijke stelling moet laten blijken dat hij zich niet kan verenigen met het advies. Vervolgens ligt het op de weg van de rechter, die de gronden van de burger immers moet aanvullen, om diens stellingen te ‘vertalen’ tot argumenten aan de hand waarvan kan worden gezien in welk opzicht het advies mogelijkerwijs gebreken vertoont.

5.2.3 Leveren van tegenbewijs

Als de rechter vermoedt dat het advies geen gebreken vertoont – en dat het bestuur in zoverre aan diens bewijslast heeft voldaan – ligt het op de weg van de burger om twijfel over de bewijskracht van het advies te zaaien. Het tegenbewijs is vormvrij en kan dus op diverse manieren worden geleverd. Daarom is een contra-expertise niet zonder meer vereist om de bewijskracht van het advies aan te tasten.⁹⁷ Hierbij past de kanttekening dat meer behoefte aan een contra-expertise ontstaat naarmate de materie minder objectiveerbaar wordt.

In het bestuursprocesrecht geldt geen bewijsfuik. Dit betekent dat de burger het tegenbewijs dus niet al tijdens de bezwaarfase hoeft te presenteren.⁹⁸ Sterker, de burger kan met het aanleveren van een contra-expertise in beginsel wachten tot enige weken voorafgaand aan de bodemzitting van de hogerberoepsrechter.⁹⁹

Het bestuursprocesrecht kent wel het beginsel hoor en wederhoor, dat zich concretiseert in de regel dat elke partij een eerlijke kans moet krijgen om inhoudelijk te reageren op een document dat door een wederpartij in het geding is gebracht. Als vuistregel geldt een termijn van tien werkdagen voorafgaand aan de bodemzitting (art. 8:58 lid 1 Awb). De burger moet het tegenbewijs dus ook tijdig leveren, om discussies over uitsluiting ervan te voorkomen.¹⁰⁰

5.2.4 Slingeren tussen inquisitieproces en partijengeding

De afgelopen decennia heeft de beroepsprocedure in Nederland zich ontwikkeld van een inquisitieproces (waar het beroep slechts diende als aanleiding tot de integrale toetsing van het bestreden besluit door de rechter) tot een partijengeding (waar de rechter bewijskwesies steeds civielrechtelijker is gaan benaderen), met het gevolg dat het ideaal van materiële waarheidsvinding – lange tijd algemeen aanvaard als een belangrijk uitgangspunt van het Nederlands bestuurs-

97 Zie bijv. ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1329 (weigering vergoeding planschade; de ABRvS brak hier de staf over het advies, terwijl de burger geen contra-expertise had aangeleverd); ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0285 AB 2011/141, m.nt. A. van Hall (onthefing voor het aanleggen van een duiker in een sloot; overigens eiste de ABRvS hier wel een contra-expertise).

98 Zie bijv. CRvB 11 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1859 (weigering verstrekking gehandicapten-parkeerkaart); ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1329 (weigering vergoeding planschade).

99 Zie bijv. ABRvS 6 mei 2009, ECLI:NL:RVS:BI2952, AB 2009/196, m.nt. A.G.A. Nijmeijer (verlening bouwvergunning).

100 Nader bijv. Schreuder-Vlasblom 2017 [nt. 34], p. 128-131; Marseille & Tolsma 2016 [nt. 9], p. 233-234.

procesrecht¹⁰¹ – gaandeweg steeds verder uit beeld is verdwenen. Dit komt onder meer tot uitdrukking in het al sinds geruime tijd dalend aantal gevallen waarin de rechter een deskundige benoemt.¹⁰² Sommigen schrijven dit toe aan een groter vertrouwen in de kwaliteit van adviezen.¹⁰³ De realiteit is echter dat de rechter tegenwoordig meer en strengere eisen aan het tegenbewijs stelt.

Een belangrijke vraag is of de huidige rechterlijke terughoudendheid bij het benoemen van deskundigen onverkort kan worden volgehouden, gelet op de in dit preadvies al meermalen aangeduide jurisprudentie van het EHRM over advisering in het bestuursrecht. Die vraag, waarop ik in paragraaf 5.7.4 nader zal ingaan, heeft een belangrijke rol gespeeld bij het schrijven van dit preadvies.

5.3 Rechten van de burger

5.3.1 Inzicht in bewijspositie

Algemeen

De in paragraaf 3.1 aangestipte wetenschappelijke discussie over de vormgeving van het bestuursrechtelijk bewijsrecht is in relevante mate aangewakkerd door de onvrede over de onvoorspelbaarheid van de rechter bij het motiveren van bewijsbeslissingen in uitspraken. Die onvrede op haar beurt kwam aan het licht tijdens de derde algemene evaluatie van de Awb.¹⁰⁴ Toen werd namelijk pijnlijk duidelijk dat de rechter partijen meestal geen – althans (volstrekt) onvoldoende – inzicht verschaftte over hun bewijsposities. Daardoor kregen vooral burgers die zonder advocaat procedeerden, te laat in de gaten wat zij hadden moeten doen om hun stellingen over de feiten voor de rechter voldoende aannemelijk te maken. Zo werd met enige regelmaat pas in de einduitspraak duidelijk dat de rechter het advies accepteerde omdat de burger geen tegenbewijs in de vorm van een contra-expertise had overgelegd. Het kan niet verbazen dat eerstelijnsuitspraken met deze strekking de behoefte aan hoger beroep versterken.¹⁰⁵

Tegenwoordig wordt nagenoeg algemeen aanvaard dat de zojuist omschreven onduidelijkheid op gespannen voet staat met het – in art. 6 EVRM besloten liggende – beginsel van wapengelijkheid, en dat de burger recht heeft op tijdige informatie van de rechter over de vereisten om twijfel aan de bewijskracht van een advies te zaaien. Minder eensgezindheid bestaat over de wijze waarop dit recht gestalte zou moeten krijgen. Er wordt her en der geëxperimenteerd met zogeheten

¹⁰¹ Zie hiervoor, nt. 48. Zie ook A.G. van Galen & H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht* (VAR-reeks LXXXIII), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 30-39, waar de term 'inquisitoir beginsel' wordt gehanteerd.

¹⁰² W.A. Faas e.a., 'De inzet van medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen: een kwantitatieve analyse over de periode 1992-2010', *Expertise en Recht* 2014, p. 94-103; Barkhuysen e.a. 2007 [nt. 14], p. 219-228; A.T. Marseille, 'Dilemma's van alledaagse bestuursrechtspraak', *NJB* 2005, p. 240-247.

¹⁰³ Bijv. W.A. Faas e.a., 'Een kijkje in de ziel van de bestuursrechter', *Expertise en Recht* 2017, p. 93-104: 101.

¹⁰⁴ Barkhuysen e.a. 2007 [nt. 14], p. 200-218 en 328. Zie ook J.W. IJssink e.a., *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht* (Evaluatie Awb III, commissierapport), p. 30-31.

¹⁰⁵ Nader I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 146-154.

‘regiezittingen’ waar het gesprek tussen partijen en de rechter vooral moet gaan over wat nodig is om het geschil definitief te beslechten.¹⁰⁶ Verder spreken sommigen over de behoefte aan een ‘burgerlus’ – als tegenhanger van de bestuurlijke lus (afd. 8.2.2a Awb) – waarmee de burger de kans krijgt om processuele vergissingen te herstellen. Een enkeling betoogt dat de burgerlus moet worden gegoten in de vorm van een tussenuitspraak met een bewijsopdracht voor de burger, onder de toevoeging dat de bestuurlijke lus welbeschouwd valt te kwalificeren als een bewijsopdracht voor het bestuur.¹⁰⁷

Verzoek om benoeming van een deskundige

De behoefte aan inzicht in de bewijspositie wordt heel concreet voor de burger die in zijn beroepschrift – of tijdens een zitting – uitdrukkelijk verzoekt om benoeming van een deskundige. Het heeft geen betoog dat de rechter zo snel mogelijk op zo’n verzoek moet beslissen. Tijdens gesprekken met advocaten en overheidsjuristen krijg ik echter vaak te horen dat op hun (schriftelijke) verzoeken om inschakeling van een deskundige niet – of pas desgevraagd ter zitting – wordt gereageerd, en dat hun bewijspositie daardoor nodeloos in gevaar komt, omdat inschakeling van een eigen deskundige moeilijker wordt. Die klacht lijkt mij gegrond, afgaande op de dossiers die aan mij worden toevertrouwd en op de discussies met mijn collegae over deskundigenadvisering. Bestuursrechters en hun ondersteuners beseffen doorgaans dat zij tijdens het vooronderzoek vaak geen aandacht besteden aan verzoeken om het nemen van een rechterlijke procesbeslissing, en veel van hen erkennen dat zij op dit punt alerter kunnen en moeten worden.

De geringe belangstelling voor de zojuist bedoelde verzoeken hangt nauw samen met de praktijk om pas aan het eind – of na afloop – van de bodemzitting te beslissen of toepassing aan art. 8:47 lid 1 Awb wordt gegeven. Tijdens de zitting komt het gesprek over deskundigenonderzoek vaak wel op gang, als onderdeel van een – mede door art. 8:41a Awb geïnspireerde – actieve zoektocht van de rechter naar de mogelijkheid om het aan hem voorgelegde geschil zo snel en zo definitief mogelijk te beslechten.

5.3.2 Medewerking aan het onderzoek van de deskundige

In paragraaf 4.4.1 is uitgelegd dat de burger volledig en loyaal medewerking moet verlenen aan de totstandkoming van het advies als dit nodig is voor het trekken van verantwoorde conclusies, en welke consequenties het niet verlenen van die medewerking kan hebben. Deze regels gelden ook indien de deskundige het nodig vindt dat een bepaalde locatie moet worden bezocht (in het kader van een omgevingsrechtelijk geschil) of dat de betrokken burger op zijn spreekuur verschijnt (in het kader van een geschil over een aanspraak die een medische beoordeling vergt). Zie art. 8:30 Awb (‘Partijen zijn verplicht mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47’) en art. 8:31 Awb (‘Indien een partij niet voldoet aan

¹⁰⁶ Nader bijv. A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde 2009.

¹⁰⁷ L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, ‘De brief van de rechter’, *JBplus* 2014, p. 54-70.

de verplichting (...) mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47, eerste lid, kan de bestuursrechter daaruit de gevolgtrekkingen maken die hem geraden voorkomen').¹⁰⁸

5.4 Plichten van het bestuur

5.4.1 Motiveren van keuze

Het bestuur moet in het bestreden besluit motiveren:

- waarom het zich baseert op het advies, om aldus te laten zien dat het werk heeft gemaakt van zijn plicht om te controleren of het advies qua wijze van totstandkoming en inhoud geen gebreken vertoont, zeker als sprake is van een specialistisch rapport (zoals een contra-expertise) met een tegenstrijdige conclusie; dan wel
- waarom het afwijkt van de conclusie die de adviseur heeft getrokken.

Voldoet het bestuur niet aan deze plicht, dan concludeert de rechter dat het bestreden besluit een motiverings- en een onderzoeksgebrek kent, onder verwijzing naar art. 3:9 Awb en/of art. 3:2 Awb.

5.4.2 Inzenden van de op de zaak betrekking hebbende stukken

Een advies betreft een op de zaak betrekking hebbend stuk dat door het bestuur moet worden ingezonden (art. 8:42 lid 1 Awb), ook als dit document (a) uiteindelijk niet aan het bestreden besluit ten grondslag is gelegd, en/of (b) afbreuk doet aan – dan wel twijfel oproept over – de juistheid van het bestreden besluit. Daarom zijn naar mijn overtuiging de bijlagen (bij het advies) en de vraagstelling (die het bestuur aan de adviseur heeft voorgelegd) documenten als bedoeld in art. 8:42 lid 1 Awb. Meent het bestuur dat andere partijen geen kennis van het advies (of de daarbij behorende bijlagen) mogen nemen, dan kan het verzoeken dat slechts de rechter kennisneemt van het betreffende document. Op zo'n verzoek zal worden beslist door de rechter aan de hand van de regeling in art. 8:29 Awb. Overigens kan een advies zelf een bijlage vormen. Denk in dit verband aan de ruimtelijke onderbouwing van een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan die is gebaseerd op conclusies van adviseurs.

5.4.3 Medewerking aan het onderzoek van de deskundige

Ook het bestuur moet medewerking verlenen aan het onderzoek van de deskundige die door de rechter is benoemd (art. 8:30 Awb). De rechter kan uit het niet – volledig en loyaal – verlenen van die medewerking de gevolgtrekking maken die

¹⁰⁸ NB Ingevolge art. 74 lid 4 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen kan de burger niet verhinderen dat de medisch deskundige zijn rapport aan de rechter zendt. Naar mijn oordeel geldt deze regel voor elk deskundigenrapport. Tijdens de beroepsprocedure beschikt de burger dus niet over het blokkeringsrecht. Zie ook nt. 95.

hem geraden voorkomt (art. 8:31 Awb). Denk in dit verband met name aan het niet desgevraagd verstrekken van relevante stukken aan de deskundige.¹⁰⁹

5.5 Rechten van het bestuur

5.5.1 Ten opzichte van de burger

Tegenover de plicht van de burger om beschikbaar tegenbewijs tijdig te presenteren (zie par. 5.2.3) staat het recht van het bestuur om de documenten in kwestie tijdig te ontvangen.

5.5.2 Ten opzichte van de rechter

Ook het bestuur heeft recht op tijdige informatie van de rechter over zijn bewijspositie, om nog tijdens de beroepsprocedure aanvullend onderzoek te kunnen (laten) verrichten, bijvoorbeeld om benoeming van een deskundige te voorkomen.

5.6 Plichten van de rechter

5.6.1 Inzicht in bewijspositie

Tegenover de processuele rechten van de burger en het bestuur staan verplichtingen van de rechter. Wij zagen hiervoor al dat het op de weg van de rechter ligt om partijen in een zo vroeg mogelijk stadium van de beroepsprocedure te informeren over hun bewijspositie, alsmede om tijdig en ook overigens adequaat te reageren op verzoeken tot het (niet) benoemen van een deskundige.

Als de burger klaagt over de kwaliteit van het advies, ontkomt de rechter niet aan gedachtewisseling over de – nauw met elkaar verweven – kwesties of:

- hij voorshands van oordeel is dat het advies voldoende bewijskracht heeft;
- het door de burger geleverde tegenbewijs serieus afbreuk doet aan de bewijskracht van het advies;
- een (nadere) contra-expertise is vereist om de beroepsprocedure te kunnen winnen, als het beschikbare tegenbewijs naar zijn oordeel ontoereikend is;
- hij een deskundige wil benoemen om te kijken of zijn (beginnende) twijfel over de bewijskracht van het ter discussie staande advies terecht is;
- wie – het bestuur (door het laten verrichten van nader onderzoek) of de rechter (door het benoemen van een deskundige) – naar verwachting het best kan bijdragen aan de daadwerkelijk definitieve beslechting van het geschil binnen een zo kort mogelijke tijd, als hij van oordeel is dat het advies zijn toets der kritiek niet kan doorstaan.¹¹⁰

¹⁰⁹ Overigens moeten ook de behandelend(e) arts(en), de verzekeringsarts en de adviserend arts van het bestuur desgevraagd in beginsel alle relevante inlichtingen aan de deskundige verstrekken (art. 8:48 lid 2 Awb).

¹¹⁰ Nader bijv. L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo!', NTB 2011/12 (en de daar aangehaalde literatuur). Daar worden onder meer de toepassing van de bestuurlijke lus en de benoeming van de deskundige tegen elkaar afgewogen.

De gedachtewisseling kan gestalte krijgen door middel van een mondeling gesprek tijdens een comparitie (regiezitting) of bodemzitting, een schriftelijk verzoek om informatie (art. 8:45 lid 1 Awb), of een tussenuitspraak (afd. 8.2.7 Awb) waarbij de rechter toepassing geeft aan de bestuurlijke lus (afd. 8.2.2a Awb). Steeds geldt dat de rechter partijen een redelijke termijn moet bieden om de gestelde vragen adequaat te kunnen beantwoorden.

De op handen zijnde digitalisering van de beroepsprocedure biedt mogelijkheden – sterker, schept verantwoordelijkheden – voor de rechter om al voorafgaand aan de mondelinge behandeling van het beroep met partijen te communiceren via ‘mijn zaak’.¹¹¹ De vraag of – en, zo ja, op welke wijze – deze verantwoordelijkheden concreet gestalte moeten krijgen, laat ik in dit preadvies onbesproken.

5.6.2 Bewaken van de goede procesorde

Het ligt op de weg van de rechter – als *dominus litis* – om te voorkomen dat een partij in processueel opzicht wordt ‘overvallen’ door zijn eigen procesbeslissing of door proceshandelingen van een andere partij. Daarbij kan het gaan om een nieuwe beroepsgrond (vgl. art. 8:58 lid 1 Awb), een schriftelijk stuk (art. 8:58 lid 1 Awb) dan wel de aankondiging van een getuige of een deskundige (art. 8:60 lid 4 Awb). Hierbij moet de rechter bedenken dat het buiten beschouwing laten van een bewijsmiddel (a) onder omstandigheden op gespannen voet staat met art. 6 EVRM, zeker als dit neerkomt op definitieve uitsluiting van dit middel, en (b) mogelijk leidt tot hoger beroep, aangezien geen enkele hogerberoepsrechter een bewijsfuik hanteert.

5.6.3 Compenseren van dreigende wapenongelijkheid

De rechter kan (onder meer) concluderen dat sprake is van dreigende wapenongelijkheid tussen partijen als hij twijfelt over onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van de adviseur, en/of oordeelt dat de burger tijdens de besluitvormingsfase onvoldoende mogelijkheden heeft gehad om de bewijskracht van het advies aan te tasten. In zo’n geval ligt het op zijn weg om compensatie te bieden, teneinde strijd met art. 6 EVRM te voorkomen. Dit kan hij doen door (a) de adviseur te vragen diens advies schriftelijk nader toe te lichten, (b) de adviseur tijdens een zitting als getuige te horen, of (c) een deskundige te benoemen.

Ad a. De rechter kan de vraag om een nadere toelichting slechts stellen via het bestuur dat de adviseur heeft ingeschakeld, met behulp van een officieel verzoek om het verstrekken van inlichtingen (art. 8:45 lid 1 Awb). Een meer principieel probleem is dat de rechter te rade gaat bij de persoon of instantie die de aanleiding tot de compensatie heeft gegeven. Desondanks komt deze optie in beeld als de rechter – om wat voor reden dan ook – moeite heeft bij het vinden van een deskundige die zich qua kennis van betrokken materie kan meten met de adviseur.

Ad b. Die moeite lag ten grondslag aan de beslissing van de Rechtbank Midden-Nederland om een adviseur ter zitting als getuige te horen (art. 8:60 lid 1 Awb). Het gaat om psychiater Gerritsen, die wij al in paragraaf 4.3.3 zijn tegen-

¹¹¹ Wet van 13 juli 2016, Stb. 2016, 288. Deze wet is per 12 juni 2017 gedeeltelijk in werking getreden (KB van 24 april 2017, Stb. 2017, 174).

gekomen.¹¹² Deze creatieve procesrechtelijke vondst neemt het principiële probleem – de rechter gaat te rade bij de persoon of instantie die de aanleiding tot de compensatie heeft gegeven – niet weg, maar biedt meer mogelijkheden om de adviseur kritisch aan de tand te voelen. Uit een oogpunt van rechtsbescherming voor de burger is dit winst. Daar staat tegenover dat de rol van de adviseur ter zitting nogal diffuus kan worden. Want waarover gaat de adviseur nu precies verklaren? Over concrete feiten die hem uit eigen waarneming bekend zijn (art. 163 Rv)? Of over algemene veronderstellingen die op zijn specifieke deskundigheid berusten? Met andere woorden: is de adviseur wel een echte getuige?¹¹³

Ad c. Gezien het vorenstaande ben ik van oordeel dat de benoeming van een deskundige het meest geschikte middel is om dreigende strijd met art. 6 EVRM te voorkomen. Met zo'n procesbeslissing kan namelijk een belangrijke angel – de mogelijke vooringenomenheid van de adviseur – op een voor partijen en de buitenwereld overtuigende wijze uit het geschil worden verwijderd. Het verbaast mij dan ook niet dat klachten van burgers over wapenongelijkheid rechters als regel slechts aanleiding geven tot de vraag of die klachten aanleiding tot toepassing van art. 8:47 Awb moeten geven. Daarbij valt op dat sommige eerstelijnsrechters hun keuze – om wel of geen deskundige te benoemen – tegenwoordig vaak uitgebreider motiveren dan de hogerberoepsrechters, met de kanttekening dat veel van die motiveringen voor een belangrijk deel zijn gevuld met een samenvatting van de in 2015 en 2016 gewezen EHRM-jurisprudentie.¹¹⁴

5.6.4 Rechterlijke terughoudendheid onder druk

Inmiddels geniet het Korošec-arrest bij advocaten een zekere populariteit als argument om de rechter te bewegen tot het benoemen van een deskundige, wat begint te leiden tot een stroom aan uitspraken van hogerberoepsrechters.¹¹⁵ Daardoor komt de rechterlijke terughoudendheid op dit punt – als een concreet gevolg van de ontwikkeling van de beroepsprocedure tot een partijengeding – onder druk te staan. Overigens is die terughoudendheid al ruim vóór 8 oktober 2015 bekritiseerd door verschillende wetenschappers, zoals Mallan en Schlössels, die daarbij onder meer verwezen naar art. 6 EVRM.¹¹⁶ Daarmee wordt het tijd om meer gedetailleerd naar art. 8:47 Awb te gaan kijken.

¹¹² Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305, AB 2017/170, m.nt. L.M. Koenraad (ongeldigverklaring rijbewijs).

¹¹³ Nader bijv. R.C. Stam, *Optreden ter zitting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 160 (op basis van J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 250).

¹¹⁴ Enkele voorbeelden: Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305, AB 2017/170, m.nt. L.M. Koenraad (ongeldigverklaring rijbewijs); Rb. Den Haag (zp. Haarlem) 19 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11596 (weigerings om uitzetting van vreemdeling achterwege te laten).

¹¹⁵ CRvB 2 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2686 (beëindiging ZW-uitkering); CRvB 28 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2770 (beëindiging ZW-uitkering); CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2263 (beëindiging ZW-uitkering); CRvB 7 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:5095 (beëindiging WIA-uitkering); ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674 (weigerings achterwege laten uitzetting van vreemdeling); ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:973, JB 2016/106 (ongeldigverklaring rijbewijs).

¹¹⁶ A. Mallan, *Lekenbescherming in het bestuursprocesrecht* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 104-106 en 162-174; R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: Schlössels e.a. 2009 [nt. 33], p. 5-116: 45-47.

5.7 Bevoegdheden van de rechter

5.7.1 Ter inleiding

De keuze om het algemeen bestuursrechtelijk bewijsrecht zo veel mogelijk buiten beschouwing te laten, heeft tot gevolg dat de bespreking van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden beperkt blijft tot de mogelijkheid om het tekort aan feitenkennis op te lossen door de benoeming van een deskundige (art. 8:47 Awb c.a.), of door de toepassing van de bestuurlijke lus (afd. 8.2.2a Awb). Hierbij moet worden bedacht dat de vernietigbaarheid van het bestreden besluit meestal voortvloeit uit een onderzoeksgebrek (art. 3:2 Awb), en dat de bestuurlijke lus vaak neerkomt op een uitnodiging (of opdracht) aan het bestuur om op eigen kosten een aanvullend advies te laten produceren.

5.7.2 Algemene opmerkingen over art. 8:47 Awb

Art. 8:47 Awb geldt over de volle breedte van de bestuursrechtspraak – ook op het gebied van het vreemdelingen- en belastingrecht – voor zowel de eerstelijnsrechter als de hogerberoepsrechter (art. 8:108 lid 1 Awb), maar niet voor de Hoge Raad die in cassatie op belastinggeschillen beslist (art. 29 Awr). Daarmee heeft art. 8:47 Awb betekenis voor elke bestuursrechter die is belast met het beantwoorden van de vraag of het bestuur de relevante feiten juist heeft vastgesteld en/of gewaardeerd.

Naar aanleiding van het Mantovanelli-arrest is bij sommigen de vraag gerezen of de in art. 8:47 Awb neergelegde procedure wel voldoet aan het bepaalde in art. 6 EVRM. De hogerberoepsrechters beantwoorden die vraag consequent bevestigend, ook in zaken waar de deskundige partijen geen gelegenheid tot het leveren van commentaar op een conceptrapport heeft geboden. Daartoe wordt overwogen dat (a) een deskundige die gelegenheid niet hoeft te bieden, aangezien partijen krachtens art. 8:47 lid 5 Awb te allen tijde op het definitieve rapport kunnen reageren, en (b) als een deskundige aan één partij de ruimte voor het presenteren van haar belangen verschaft, hij die ruimte in gelijke mate ook aan de andere partijen behoort te geven.¹¹⁷

5.7.3 Gebruik van de bevoegdheid

Discretionaire ruimte

Art. 8:47 lid 1 Awb is een ‘kan-bepaling’ zonder nadere toepassingsvoorwaarden.¹¹⁸ Dit geeft de rechter een discretionaire ruimte bij het beantwoorden van de vraag of aanleiding tot inschakeling van een deskundige bestaat.¹¹⁹ Het gebruik

¹¹⁷ Bijv. ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:795 (weigering vergoeding planschade); CRvB 20 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW5333 (toekenning WIA-uitkering); ABRvS 6 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2965, JB 2009/162, m.nt. R.J.N. Schlössels (verlening milieuvergunning).

¹¹⁸ Zie bijv. ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1171, JB 2017/119, m.nt. R. Benhadi (verlening omgevingsvergunning): een contra-expertise van de burger is niet nodig voor de beslissing om een deskundige (de StAB) te benoemen.

¹¹⁹ Beleidsvrijheid is iets voor het bestuur.

van de vrijheid door de eerstelijsrechter vindt in hoger beroep meestal genade, mits de door de eisende partij getrokken grenzen van het geding worden gerespecteerd.¹²⁰ De situatie ligt ogenschijnlijk genuanceerder als de eerstelijsrechter geen deskundige heeft benoemd. Het lijkt er namelijk op dat het gebruik van die ruimte in hoger beroep minder terughoudend wordt getoetst.¹²¹ Zo overweegt de hogerberoepsrechter soms dat art. 8:47 lid 1 Awb ten onrechte niet is toegepast (en niet dat de rechter de benoeming van een deskundige redelijkerwijs niet achterwege had mogen laten).¹²²

Eerste aanleg

Een onderzoek van Marseille leert dat in 2005 in geschillen over het recht op een uitkering krachtens de WIA tussen eerstelijsrechters aanzienlijke verschillen bestonden bij beslissingen over het benoemen van een eigen deskundige, en dat de kans op gegrondverklaring van het beroep substantieel steeg als de rechter wel een eigen deskundige had benoemd.¹²³ Deze constatering schreeuwen om nieuw (aanvullend) breed onderzoek naar de huidige verschillen tussen eerstelijsrechters, gezien de grote kans op rechtsongelijkheid voor partijen. Voor inschakeling van medisch deskundigen is zo'n onderzoek onlangs herhaald.¹²⁴ Voor inschakeling van deskundigen in omgevingsrechtelijke zaken is mij geen onderzoek bekend.

Hoger beroep

De hogerberoepsrechter is een feitenrechter en kan om die reden zelf een deskundige benoemen, ongeacht het verloop van de beroepsprocedure in eerste aanleg. De Centrale Raad van Beroep benut deze mogelijkheid al sinds jaar en dag met enige regelmaat. Mijn, overigens niet empirisch gestaafde, indruk is dat de Afdeling bestuursrecht als hogerberoepsrechter iets minder snel geneigd is om een deskundige te benoemen. Dit (ogenschijnlijke) verschil kan samenhangen met de visie op de functie van hoger beroep in het bestuursprocesrecht. De Centrale Raad van Beroep beschouwt hoger beroep primair als een vorm van herkansing, terwijl de Afdeling bestuursrechtspraak in hoger beroep volstaat met het beantwoorden van de vraag of de aangevallen eerstelijsuitspraak de toets der kritiek kan doorstaan.¹²⁵ Voor de goede orde: de Afdeling bestuursrechtspraak fungeert in een aantal gevallen – zoals bij de toetsing van bestemmingsplannen – als eerstelijsrechter, en in die hoedanigheid benoemt zij wel met grote regelmaat een deskundige.

¹²⁰ Zie bijv. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, AB 2016/399, m.nt. G.M. van den Broek & M.G.J. Tjepkema, TBR 2016/173, m.nt. F.A. Mulder (vergoeding planschade); ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2287 (vergoeding planschade).

¹²¹ ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1796 (verlening omgevingsvergunning); ABRvS 13 juni 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW8204 (toekenning nadeelcompensatie).

¹²² In deze zin bijv. CRvB 11 januari 2012, ECLI:NL:CRVB:BV2335, AB 2012/54, m.nt. R. Ortlep (vergoeding kosten hoortoestellen i.h.k.v. WIA).

¹²³ Marseille 2005 [nt. 102].

¹²⁴ Faas e.a. 2014 [nt. 102].

¹²⁵ Zie hiervoor, nt. 44.

5.7.4 Behoeftte aan objectieve criteria

Algemeen

Het vorenstaande moge duidelijk maken dat de praktijk behoefte heeft aan objectieve criteria om te bepalen in welke gevallen de benoeming van gerechtelijk deskundige aanbeveling verdient. Die behoefte bestaat overigens ook bij civiele rechters en strafrechters.¹²⁶ Dit maakt het verleidelijk om te zoeken naar criteria die voor alle vakgebieden gelden. Rechtsvergelijkend onderzoek leert echter dat criteria per afzonderlijk vakgebied moeten worden ontwikkeld.¹²⁷ In dit kader is relevant om te signaleren dat de civiele rechter en de strafrechter worden geacht rechtsbetrekkingen *ex nunc* bindend vast te stellen, terwijl de kerntaak van de bestuursrechter bestaat uit het toetsen of het bestuur de ter discussie staande rechtsbetrekking *indertijd* correct heeft vastgesteld.

De afgelopen jaren hebben enige praktijkjuristen met wetenschappelijke belangstelling – achtereenvolgens ikzelf, André Verburg en Jim Faas – actief gezocht naar criteria, als poging om de beslissing over de benoeming van deskundigen te rationaliseren.¹²⁸ Ikzelf heb de nadruk gelegd op het stadium waarin de rechter weet dat hij een deskundige wil benoemen maar niet *waarom* hij dit wil. Verburg heeft zich geconcentreerd op de fase waarin de rechter zich afvraagt of hij een deskundige wil benoemen. En Faas heeft onderzocht onder welke omstandigheden de benoeming van een deskundige nodig is als de rechter op zichzelf geen concrete reden heeft voor twijfel aan de juistheid van het advies. Laten wij eens bezien of de drie verschillende benaderingen kunnen worden gecombineerd tot een stappenplan aan de hand waarvan de rechter zijn keuze om een deskundige (niet) te benoemen, zo kan motiveren dat die keuze wordt begrepen door partijen en geaccepteerd door het EHRM.

Criteria

Het ligt op de weg van de burger om tijdens de beroepsprocedure een stelling te formuleren waaruit de rechter kan afleiden dat de burger (a) ontevreden is over de adviseur als zodanig, (b) de gang van zaken rondom de totstandkoming van het advies aan de kaak stelt, (c) de juistheid van de door de adviseur getrokken conclusies ter discussie stelt, en/of (d) zich beklagt over de onmogelijkheid om tijdens de bezwaarfase voldoende tegenbewijs te leveren. Ontbreekt een stelling met die strekking, dan heeft de rechter geen geldige reden om een deskundige te benoemen. Hierbij geldt dat de rechter de stellingen van eiser welwillend moet

¹²⁶ Civiel recht: De Groot 2008 [nt. 87], p. 135-155. Strafrecht: C.M. van Esch, *Gedragdeskundigen in strafzaken*, Assen: Van Gorcum 2012, p. 77-89 en 228-235.

¹²⁷ Zie bijv. L.J.M. Timmermans, 'Deskundigheid gevraagd', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht: over convergentie en divergentie in het burgerlijk- straf- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 157-196.

¹²⁸ Ik: Koenraad 2007 [nt. 18], p. 218-220. Verburg: D.A. Verburg, 'Three is a crowd: feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen', in: Schlössels e.a. 2009 [nt. 33], p. 231-322; 306-312. Faas: zijn noot in RSV 2016/28 (onder het Korošec-arrest). Zie ook Faas e.a. 2017 [nt. 103], p. 95-98.

lezen en ruimhartig behoort uit te leggen, zeker als de burger zonder gemachtigde procedeert en/of de inbreuk op diens 'civil rights' groter is.

Ad a. De ontevredenheid over de adviseur als zodanig moet worden geadstrueerd met concrete feiten die aanleiding kunnen geven tot de veronderstelling dat de adviseur onvoldoende kennis van zaken heeft en/of vooringenomen is. Hierbij geldt dat minder feiten nodig zijn naarmate het bestuur en de adviseur onderlinge nauwere banden hebben. Twijfel over de onafhankelijkheid van de adviseur vormt een zelfstandige reden voor het benoemen van een deskundige, dus ook indien de rechter nog geen twijfel over de bewijskracht van het advies heeft.

Ad b. Klachten over de totstandkoming van het advies zijn op zichzelf onvoldoende voor benoeming van een deskundige. Zo'n benoeming komt pas in beeld als de rechter oordeelt dat de klachten terecht zijn en invloed op de einduitkomst van het onderzoek kunnen hebben gehad.

Ad c. Het is enerzijds niet voldoende om te volstaan met een 'blote' betwisting van de door de adviseur getrokken conclusies, maar anderzijds niet nodig om te bewijzen dat de adviseur het verkeerd heeft gezien. De stelling van de burger moet de rechter in ieder geval aan het denken zetten en het begin van een 'niet-pluisgevoel' geven om de benoeming van een deskundige te kunnen afdwingen. Wanneer dit soort gevoelens ontstaan, valt in zijn algemeenheid niet aan te geven. Veel hangt af van de door ervaring gevormde intuïtie van de rechter.

Ad d. Een klacht met deze strekking krijgt pas gewicht als de burger niet beschikt over materiaal waarmee hij voldoende twijfel over de bewijskracht van het advies kan zaaien. Er zijn diverse factoren die de burger bij het leveren van tegenbewijs kunnen belemmeren. Zo kan het zijn dat het bestuur de gelegenheid tot tegenspraak beperkt door de burger een kans op weerwoord te ontnemen, maar ook dat de burger geen ter zake kundige persoon of instantie kan vinden om een contra-expertise te laten maken en/of financieel niet in staat is om een contra-expertise te bekostigen. De conclusie dat de burger buiten zijn schuld niet in staat is om voldoende tegenbewijs te leveren, vormt een zelfstandige reden voor het benoemen van een deskundige, dus ook indien de rechter nog geen twijfel over de bewijskracht van het advies heeft.

Conclusie van de rechter

Als de rechter vindt dat de benoeming van een deskundige nodig is, moet hij nagaan wat hij nu precies met het nader onderzoek wil bereiken. Ik zie drie motieven:

- hulp voor de burger bij het leveren van tegenbewijs om strijd met art. 6 EVRM te voorkomen (criteria a en d);
- hulp voor de burger bij het leveren van tegenbewijs om te zien of zijn twijfels over de kwaliteit van het advies terecht zijn (criteria b en c);
- een bijdrage aan de definitieve beslechting van het geschil als blijkt dat het advies procedurele en/of inhoudelijke gebreken vertoont (criteria b en c).

Het belang van het motief wordt manifest bij het formuleren van de vraagstelling aan de deskundige.¹²⁹ Dan dient immers niet alleen duidelijk te zijn over welke aspecten moet worden gerapporteerd, maar ook op welk moment of tijdvak het onderzoek betrekking moet hebben. Zie paragraaf 4.2.8.

5.7.5 De rechter en art. 6 EVRM

Vooringenomenheid van het bestuur

In par. 5.6.4 is duidelijk geworden dat het Korošec-arrest begint te leiden tot meer klachten over de vooringenomenheid van de adviseur en daarmee ook tot meer verzoeken van burgers om benoeming van een deskundige (althans rechterlijke compensatie om strijd met art. 6 EVRM te voorkomen). De daar aangehaalde rechterlijke uitspraken geven nog geen blijk van een tendens om vaker dan voorheen te beslissen tot toepassing van art. 8:47 Awb, doorgaans met het argument dat onvoldoende reden bestaat voor het oordeel dat de adviseur vooringenomen is.

Dit betekent niet dat het bestuur achterover mag leunen. Het moet rekening houden met kritische vragen van de rechter over de aard en intensiteit van zijn banden met de adviseur, zeker als die onder directe verantwoordelijkheid van het bestuur werkzaam is. Die situatie doet zich in het omgevingsrecht betrekkelijk vaak voor, aangezien het verzamelen en waarderen van feiten in veel gevallen wordt 'uitbesteed' aan ambtenaren van wie de naam en de specifieke deskundigheid lang niet altijd uit het procesdossier blijkt. Hiermee wil ik niet zeggen dat het bestuur interne advisering zo veel mogelijk aan banden behoort te leggen, maar wel dat het bestuur – al in de motivering van zijn besluit – moet uitleggen waarom het voor juist die adviseur heeft gekozen en hoe het advies tot stand is gekomen. Aldus bezien kan men stellen dat het Korošec-arrest heeft geleid tot een verzwaarde controle- en motiveringsplicht van het bestuur.

Nu kan men zich afvragen waarom het bestuur zich druk moet maken over de beslissing van de rechter om een deskundige in te schakelen. Het antwoord op die vraag is simpel: als de rechter een deskundige inschakelt, stijgt de kans op de gegrondverklaring van het beroep en de vernietiging van het bestreden besluit significant. Marseille heeft dit in 2005 aangetoond voor zaken over arbeidsongeschiktheidszaken, en ik zie het in mijn praktijk.¹³⁰ Dit intrigerende verschijnsel verdient een nadere analyse, want is het te eenvoudig om klakkeloos te beweren dat adviezen vaak 'dus' niet deugen.

Onmogelijkheid om tegenbewijs te leveren

De burger die weet of vermoedt dat zijn zaak bij de rechter slechts kan worden gewonnen met behulp van een contra-expertise en denkt dat hij zo'n rapport niet kan betalen, is geneigd tot het verzoeken om benoeming van een deskundige. De

¹²⁹ Bij nader inzien moet worden vastgesteld dat de door mij ontwikkelde criteria (2007) minder houvast bieden bij de beantwoording van de vraag of het aanbeveling verdient een deskundige te benoemen, dan de criteria die Verburg (2009) en Faas (2016) hebben geformuleerd.

¹³⁰ Marseille 2005 [nt. 102].

Centrale Raad van Beroep wijst zo'n verzoek stevast af, telkens met het argument dat de burger aanspraak maakt op vergoeding van de kosten voor het laten verrichten van een contra-expertise als het beroep gegrond wordt verklaard (art. 8:75 lid 1 Awb jo. art. 1 onder b Besluit proceskosten bestuursrecht).¹³¹ Voor zover mij bekend heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich over deze kwestie tot nu toe niet expliciet uitgelaten.

Ik betwijfel zeer of deze redenering houdbaar is, aangezien de burger de kosten voor het laten verrichten van een contra-expertise te allen tijde moet voorschieten, zonder zekerheid dat hij die kosten na afloop van de beroepsprocedure terugkrijgt. Die omstandigheid kan de burger er daadwerkelijk van weerhouden om contact te zoeken met een specialist die een ander licht kan laten schijnen over het advies. In dit verband wijs ik op de jurisprudentie van de hogerberoepsrechters over het niet kunnen betalen van griffierecht (art. 8:41 Awb) en de dreigende strijd met art. 6 EVRM; een verzoek om ontheffing van de plicht tot het betalen van griffierecht wordt niet afgewezen met het argument dat het bestuur het betaalde bedrag moet vergoeden als de burger diens zaak wint (art. 8:74 lid 1 Awb).¹³²

5.7.6 De rechter en finalisering

De rechter die oordeelt dat het advies om wat voor reden dan ook niet deugt, mag in beginsel niet volstaan met een zogeheten 'kale vernietiging' van het bestreden besluit, waardoor het bestuur wederom op het bezwaar of de inleidende aanvraag moet beslissen (art. 8:41a Awb). Tegelijkertijd moet de rechter doorgaans constateren dat het procesdossier slechts is voorzien van stukken met informatie over de totstandkoming en inhoud van het – te vernietigen – bestreden besluit, waardoor de definitieve beslechting van het geschil welbeschouwd onmogelijk wordt. Dit vereist immers een bestuurlijke daad van het bestuur – want een beslissing op bezwaar (of de inleidende aanvraag) – en daarmee een heroverweging *ex nunc*, en dus kennis van de actuele feiten die betekenis voor het 'peilmoment' kunnen hebben. Om kort te gaan: finalisering van het geschil kan vaak niet zonder een afzonderlijk rapport van een persoon of instantie met actuele specifieke kennis over de materie.¹³³

Dit leidt tot de vraag wie die specifieke kennis moet leveren en betalen. De rechter – lees: de Staat der Nederlanden¹³⁴ – omdat het op zijn weg ligt om strijd met art. 6 EVRM te voorkomen? Of het bestuur omdat het primair op zijn weg ligt om het bestreden besluit voldoende zorgvuldig voor te bereiden? Het antwoord

¹³¹ Zie bijv. CRvB 28 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2770 (beëindiging ZW-uitkering); CRvB 14 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3346, AB 2015/247, m.nt. J.H. van Breda & L.M. Koenraad (weigeren bijzondere bijstand); CRvB 23 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:533 (beëindiging WIA-uitkering).

¹³² CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:282, AB 2015/103, m.nt. R. Stijnen, USZ 2015/130, m.nt. T. Barkhuysen & P.M.J.J. Swagemakers; HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:354, BNB 2015/197, m.nt. J.A.R. van Eijdsen, NTFR 2015/972, m.nt. R.W.J. Kerckhoffs.

¹³³ Zie bijv. ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3424 (over de beslissing op een verzoek om vergoeding van planschade) en ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3715, AB 2015/51, m.nt. H.P. Wiersema (idem). Een oordeel over de vergelijking van twee planologische regimes vergt specifieke deskundigheid (17 september 2014), een oordeel over voorzienbaarheid van een bepaalde ontwikkeling niet (15 oktober 2014).

¹³⁴ De kosten voor de inschakeling van een deskundige komen ten laste van 's Rijks schatkist (art. 8:36 lid 1 Awb).

op die vraag speelt een rol bij de keuze van de rechter tussen de benoeming van een deskundige (kosten voor de Staat der Nederlanden) of de toepassing van de bestuurlijke lus (kosten voor de rechtspersoon waarvan het bestuur een onderdeel vormt).¹³⁵

5.8 Procedure als een deskundige is benoemd

5.8.1 Invloed van partijen voorafgaand aan totstandkoming van rapport

Voornemen tot benoeming van een deskundige

De mededeling van het voornemen om een deskundige te benoemen is in beginsel verplicht (art. 8:47 lid 3, eerste volzin, Awb).¹³⁶ Overigens kan de mededeling in kwestie gepaard gaan met de waarschuwing dat partijen medewerking aan het te verrichten onderzoek moeten verlenen en dat de bestuursrechter uit schending van die verplichting de gevolgtrekking kan maken die hem geraden voorkomen (art. 8:31, tweede volzin, Awb).

De rechter is niet verplicht om partijen vooraf te informeren welke deskundige hij wil benoemen, maar slechts om te melden dat hij het voornemen tot benoeming van 'een' deskundige heeft. Natuurlijk mag de rechter partijen op dit punt wel inspraak geven.¹³⁷ De wet biedt dus geen stimulans om partijen te betrekken bij de beantwoording van de vraag welke persoon of instantie het onderzoek moet verrichten. En voor zover ik kan overzien, stelt de rechter die vraag zelden. Meestal nemen partijen daarmee genoegen; zij noemen geen namen van deskundigen die het onderzoek zouden kunnen verrichten. Dat is verbazingwekkend, zeker in gevallen waar één of meer partijen worden vertegenwoordigd door gemachtigden die meermalen zijn geconfronteerd met de toepassing van art. 8:47 Awb en goed weten welke kwaliteit de betreffende deskundigen plegen te leveren.

Wensen omtrent het onderzoek

De mededeling van de mogelijkheid tot het naar voren brengen van wensen omtrent het onderzoek is niet verplicht (art. 8:47 lid 3, tweede volzin, Awb). Als de rechter schriftelijk meedeelt dat partijen hun wensen kenbaar mogen maken, krijgen zij daarvoor twee weken de tijd (art. 15 lid 1 Procesregeling bestuursrecht 2013; art. 15 lid 1 Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2014). De rechter

¹³⁵ Vgl. reeds J.B.J.M. ten Berge e.a., *Het bestuursprocesrecht* (Evaluatie Awb I, onderzoeksrapport), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 146-147. De beslissing om wel of geen deskundige te benoemen, wordt al sinds jaar en dag beheerst door budgettaire overwegingen. Vaak gehoord tijdens het beraadslagen over een zaak: 'Wij gaan toch niet betalen voor de puinhoop die het bestuur heeft veroorzaakt?'.

¹³⁶ Bij de versnelde behandeling van het beroep mag de rechter van die mededeling afzien (art. 8:52 lid 2 sub b Awb).

¹³⁷ Volgens CRvB 20 september 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1810 AB 2013/363, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (weigering WIA-uitkering) komt deze gang van zaken niet in strijd met het in art. 8 lid 1 EVRM vervatte recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, ook al is voor het ondergaan van medische onderzoeken de instemming van de te onderzoeken persoon vereist.

kan partijen echter ook mondeling – tijdens een zitting – vragen naar hun visie over de inschakeling van een deskundige en de aan hem voor te leggen vragen.

Bij mij bestaat de – niet op cijfermateriaal gebaseerde – indruk dat de meeste rechters partijen als regel geen gelegenheid voor het formuleren van wensen omtrent het onderzoek gunnen.¹³⁸ Dit laat onverlet dat partijen die wensen uit eigen beweging – na ontvangst van de mededeling over het voornemen – aan de bestuursrechter mogen geven. Het is vervolgens aan de betrokken rechter om al dan niet rekening te houden met de wensen.

5.8.2 De keuze van de deskundige: vragen

Twee vragen

Als de rechter aan partijen kenbaar heeft gemaakt dat een deskundige nader onderzoek moet gaan verrichten, staat hij voor de beantwoording van de vraag welke specifieke kennis is vereist om het onderzoek naar behoren te kunnen verrichten, en de vraag welke persoon of instantie het onderzoek daadwerkelijk moet gaan verrichten.

Welke specifieke kennis?

De vraag welke specifieke kennis is vereist om het onderzoek naar behoren te kunnen verrichten, kan vaak – maar lang niet altijd – betrekkelijk eenvoudig worden beantwoord. Problemen op dit punt manifesteren zich vooral bij medische geschillen. Meestal is wel duidelijk welke klacht van de eiser onder de loep moet worden genomen. Maar welk specialisme biedt de grootste kans op een voor de rechter – en partijen – bruikbaar rapport? Het antwoord op die vraag is niet altijd eenvoudig te geven.¹³⁹

Welke persoon of instantie?

De rechter heeft doorgaans weinig bemoeienis met de beantwoording van de vraag welke specialist het onderzoek mag verrichten. De praktijk leert namelijk dat de keuze van een medisch specialist meestal wordt gemaakt door een (administratief) medewerker van het gerecht waaraan de rechter in kwestie is verbonden, op basis van een lijst met deskundigen die bereid zijn om een ‘8:47-opdracht’ te aanvaarden. Bij de keuze van een deskundige op het gebied van planschade en een concreet milieuvraagstuk is de betrokkenheid van de rechter nog geringer. Die keuze wordt namelijk als regel gemaakt door een medewerker van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (hierna: StAB).¹⁴⁰ De aan de StAB verbonden

¹³⁸ Deze indruk wordt bevestigd door W.A. Faas e.a., ‘Rechters en deskundigen: welke geheimen geven procesdossiers prijs’, *Expertise en Recht* 2016, p. 254-265.

¹³⁹ Nader bijv. Y.E. Schuurmans & M.F. Vermaat, ‘Gebrekkige regelingen en andere pijnpunten bij medisch bewijs’, *NTB* 2013/30.

¹⁴⁰ Dit is een rechtspersoon die in 1996 is ontstaan en die is voortgekomen uit twee onderzoeksbureaus die nauw waren verbonden met het toenmalige ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (tegenwoordig: ministerie van Infrastructuur en Milieu). De StAB ontvangt subsidie van dit ministerie en verwerft extra inkomsten uit onder meer cur-

adviseurs bezitten deskundigheid op een groot aantal specifieke terreinen die voor de beoefening van het omgevingsrecht relevant zijn, zoals: geluid, luchtkwaliteit en bodemgesteldheid.

5.8.3 De keuze van de deskundige: problemen¹⁴¹

Algemeen

De zojuist geschetste praktijk leidt tot de conclusie dat de rechter vooraf bijna nooit weet welke deskundige het onderzoek gaat verrichten.¹⁴² Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de rechter achteraf meestal wel een doorslaggevend gewicht aan het advies van de benoemde deskundige hecht, zoals in paragraaf 5.8.7 duidelijk zal worden. Blijkbaar vertrouwt de rechter er dus zonder meer op dat de lijst die wordt gebruikt door (de administratief medewerker) van ‘zijn’ gerecht is gevuld met personen die beschikken over specifieke en actuele kennis van en ervaring met het onderwerp waarop zijn vraag betrekking heeft, en dat alle bij de StAB werkzame adviseurs de voor een deskundige benodigde eigenschappen bezitten.

Medische geschillen

Wat weet de rechter precies over de deskundigheid van de persoon wiens advies zo belangrijk is voor de einduitkomst van het aan hem voorgelegde geschil? Meestal niet zoveel. De medisch specialist die de rechter adviseert, hoeft namelijk niet te laten zien dat hij werkelijk op zijn taak is berekend, ondanks de – door de rechtspraak ondersteunde – pogingen om het kaf van het koren te scheiden.¹⁴³

Omgevingsrechtelijke geschillen

Indien de rechter heeft besloten tot inschakeling van de StAB, weet zelfs niemand binnen het gerecht iets over de kwaliteiten van de deskundige, ook al zijn de bij de StAB werkzame medewerkers in het Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen opgenomen. Volgens de website van de StAB is dit gebeurd op 25 september 2007.¹⁴⁴ Wat de toenmalige adviseurs daarna hebben ondernomen om hun kennis op peil te houden, vermeldt de website niet. Evenmin duidelijk wordt hoe het zit

sussen die haar werknemers voor bestuursorganen verzorgen. Wie meer over de financiering en de structuur van de StAB wil weten, kan terecht bij B.J. van Ettekoven e.a., *Toekomststudie StAB*, een in 2013 verschenen rapport dat in opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu is opgesteld (te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2013/11/28/eindrapportage-toekomststudie-stab).

141 In dit kader wijst ik op (a) de ontwikkeling van het project Deskundigenindex van de sectoren Civiel recht en Bestuursrecht van de Rechtspraak, (b) de oprichting van de Stichting Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen en (c) de realisering van de Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage. Nader bijv. B.J. van Ettekoven, ‘De deskundige deskundige. Over registers en de “disclosure statement”’, *O&A* 2016/53.

142 Zie ook R.W.M. Giard, ‘Dwalende deskundigen: over de persoon achter het deskundigenonderzoek’, *Expertise en Recht* 2014, p. 88-95.

143 In dit kader wijst ik op (a) de ontwikkeling van het project Deskundigenindex van de sectoren Civiel recht en Bestuursrecht van de Rechtspraak, (b) de oprichting van de Stichting Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen en (c) de realisering van de Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage. Nader bijv. B.J. van Ettekoven, ‘De deskundige deskundige. Over registers en de “disclosure statement”’, *O&A* 2016/53.

144 Zie www.stab.nl/over-ons/Pages/Over_Ons.aspx.

met de medewerkers die na 25 september 2007 bij de StAB in dienst zijn gekomen, bij gebrek aan verifieerbare informatie over hun huidige kennis en kunde.¹⁴⁵ Gelet hierop moet worden vastgesteld dat het voor zowel de rechter als partijen onmogelijk is om te controleren of ‘hun’ StAB-deskundige’ qua deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid op diens taak is berekend.

Conclusie

Aldus ontstaat een toch wel opmerkelijk – en wat mij betreft ook onthutsend – beeld. Art. 8:47 lid 1 Awb kent de bevoegdheid tot benoeming van een deskundige toe aan de rechter. Uit art. 6 EVRM vloeit voort dat de totstandkoming van het door die deskundige te verrichten onderzoek moet voldoen aan de eisen die voor de rechterlijke procedure gelden. Daarom draagt de rechter de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit – zowel de totstandkoming als de inhoud – van de aan hem uitgebrachte adviezen. Desondanks weet hij meestal niet of de benoemde deskundige beschikt over voldoende vakinhoudelijke kwaliteiten om diens opdracht naar behoren te (kunnen) vervullen.¹⁴⁶

5.8.4 De keuze van de deskundige: oplossingen

Duidelijkheid over de persoon

Uit een oogpunt van efficiency lijkt het mij noodzakelijk dat zowel de rechter als partijen reeds vóór het begin van het specialistisch onderzoek weten welke individuele persoon daarmee aan de slag gaat. Het is immers zonde van de tijd en het geld indien pas na kennisneming van het rapport duidelijk wordt dat de deskundige niet op zijn taak is berekend (vanwege een gebrek aan kennis, onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid).

De rechter moet per ommegaande – door de administratie van ‘zijn’ gerecht dan wel de StAB – worden geïnformeerd over de naam van de beoogde deskundige. Hij heeft het recht om het gedane voorstel af te wijzen, en om aanwijzingen te geven over de eisen waaraan de te benoemen deskundige moet voldoen. Zo’n gang van zaken hoeft nauwelijks tijd te kosten, als iedereen snel en met inhoudelijke argumenten op elkaar reageert. Vervolgens behoort de rechter hetzij partijen te consulteren over de persoon die hij als deskundige wil benoemen, hetzij partijen te informeren over de genomen beslissing ter zake. Partijen hebben te allen tijde het recht om de juistheid van de (voorgenomen) beslissing te bekritisieren. De rechter moet steeds gemotiveerd op die kritiek reageren.

Duidelijkheid over de deskundigheid

In het kader van zijn eigen vergewisplicht dient de rechter erop toe te zien dat de beoogde deskundige beschikt over voldoende specifieke kennis en/of ervaring

¹⁴⁵ Zie www.stab.nl/over-ons/Pages/Medewerkers.aspx. De daar geboden informatie vind ik nogal summier, en doorklikken naar de diverse *curriculi vitae* is onmogelijk.

¹⁴⁶ Zie ook F. van Spaendonck & N. Keijser, ‘Kwaliteitsborging van deskundigenberichten in het civiele recht’, *Trema* 2014, p. 52-57.

om de onderzoeksopdracht naar behoren te vervullen. Het adequaat vervullen van deze plicht vereist echter (a) een register met personen waaruit de rechter in beginsel een keuze moet maken, of (b) een ‘disclosure statement’ dat duidelijk maakt wat de betrokken deskundige kent en kan.

Ad a. Men kan denken aan een uitbreiding van het register dat wordt gevuld en beheerd door het College gerechtelijk deskundigen (NRGD). Aldus ontstaat – via normen vanuit ‘het werkveld’ en toetsing aan die normen door speciale commissies – de mogelijkheid tot het creëren van een stelsel met waarborgen voor de actuele kwaliteit van de personen die aan de rechter kunnen adviseren.¹⁴⁷

Ad b. Dit document laat zich vergelijken met een *curriculum vitae*, al dan niet aangevuld met een portfolio. Met zo’n document in de hand kan de rechter per individueel geval nagaan of de betrokken persoon naar verwachting op diens taak is berekend.¹⁴⁸

5.8.5 Communicatie met de deskundige

Het is partijen niet toegestaan om de deskundige uit eigen beweging rechtstreeks te benaderen, teneinde het resultaat van het onderzoek te beïnvloeden. Zo’n handelwijze komt in strijd met de goede procesorde en kan bovendien de onafhankelijke positie van de deskundige in gevaar brengen.¹⁴⁹ Het ligt op de weg van de rechter om nauwgezet toe te zien op naleving van het zojuist bedoelde communicatieverbod. Als partijen tijdens het onderzoek iets aan de deskundige willen melden of vragen, moeten zij dit doen via de rechter die de deskundige heeft benoemd. Het is vervolgens aan de betrokken rechter om de gemaakte opmerkingen en gestelde vragen wel of niet aan de deskundige voor te leggen. Alle hiervoor beschreven beslissingen van de rechter moeten worden gekwalificeerd als procesbeslissingen waarover in een afzonderlijke brief of de einduitspraak verantwoording moet worden afgelegd en waartegen ‘onzelfstandig’ hoger beroep mogelijk is.

5.8.6 Totstandkoming van het advies

Voor de vraagstelling van de rechter aan de deskundige geldt hetzelfde als voor de vraagstelling van het bestuur aan de adviseur. In zoverre verwijs ik naar paragraaf 4.2.5.¹⁵⁰ De rechter moet, in zijn rol van opdrachtgever en *dominus litis*, reeds tijdens de periode waarin aan het deskundigenrapport wordt gewerkt, toezien op de voortgang van het onderzoek en op de naleving van wezenlijke procedurele eisen door de deskundige. Denk in dit verband aan de verantwoordelijkheid van de deskundige om het beginsel van hoor en wederhoor te respecteren.

¹⁴⁷ In deze zin Koenraad 2016 [nt. 140].

¹⁴⁸ In deze zin Van Ettekoven 2016 [nt. 143].

¹⁴⁹ Zie bijv. CRvB 2 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ9316 (weigering uitkering wegens arbeidsongeschiktheid aan oorlogsslachtoffer); CRvB 12 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI9072 (weigering WIA-uitkering). Zie ook J. Honkoop e.a., *Deskundig in de rechtspraak*, Amsterdam: deLex 2016, p. 76.

¹⁵⁰ En naar W.A. Faas e.a., ‘De vraagstelling aan medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen’, *Expertise en Recht* 2014, p. 61-77.

5.8.7 Controle van het advies door de bestuursrechter

Theorie

De rechter moet de kwaliteit van – zowel de totstandkoming als de inhoud van – de aan hem uitgebrachte deskundigenrapporten bewaken en toetsen. In zijn hoedanigheid van opdrachtgever draagt de rechter verantwoordelijkheid voor het werk dat door de deskundige is verricht, ook al kan de rechter uiteraard niet zelf de bewijslast krijgen van feiten waarnaar hij nader onderzoek laat verrichten.

Veel aspecten kunnen door de rechter zelfstandig worden beoordeeld. Hij heeft geen anderen nodig om – aan de hand van enige gerichte vragen – te zien of de door hem aangezochte adviseur voldoende onafhankelijk en onpartijdig is voor het naar behoren klaren van de klus. En de opdrachtgever kan – met aandachtig lezen – zonder externe hulp nagaan of de deskundige zich bij diens leest heeft gehouden en evenzeer of het betoog voor een geïnteresseerde leek valt te snappen. Precies vanwege zulke omstandigheden besluit de rechter incidenteel om een aan hem gericht deskundigenrapport niet te volgen.

Voor één – tegelijkertijd het belangrijkste en het moeilijkst te meten – aspect is de opdrachtgever echter niet toegerust: het nagaan of de deskundige beschikt over specifieke en actuele kennis van en ervaring met het onderwerp waarop de aan hem gestelde vraag betrekking heeft. De deskundige heeft het verzoek immers te danken aan de omstandigheid dat zijn opdrachtgever onvoldoende weet over de feiten die voor de beantwoording van de vraagstelling nodig zijn. En hoe kan iemand die zelf onvoldoende van een onderwerp weet, goed beoordelen of een ander op dat onderwerp deskundig is? Wat weet de bestuursrechter niet wat hij niet weet?¹⁵¹

Aldus wordt duidelijk dat de relatie tussen de opdrachtgever en zijn adviseur staat of valt met vertrouwen op de deskundigheid van laatstgenoemde.¹⁵² Die vaststelling leidt tot boeiende vragen. Heeft de opdrachtgever goede ervaringen met de adviseur opgedaan? Zo ja: wat zegt dat nu precies over de deskundigheid van de adviseur? Kijkt de opdrachtgever naar positieve recensies van anderen die met de adviseur hebben gewerkt? Zo ja: van wie zijn de positieve recensies afkomstig en waarop berusten deze?¹⁵³

De zojuist gestelde vragen verdienen een voor derden – met name partijen – toetsbaar antwoord als de opdracht is verstrekt door een rechter aan een deskundige wiens rapport waarschijnlijk een doorslaggevende rol bij de beslechting van het voorliggende geschil gaat spelen. Ook dat vloeit voort uit het Mantovanelli-arrest: partijen moeten kunnen controleren of de adviseur die zich met hun zaak gaat bezighouden, voldoende kennis van zaken heeft voor het trekken van conclusies waaraan de rechter naar verwachting veel gewicht gaat hechten.

¹⁵¹ De kennisparadox, waarover ik al in par. 1.2 iets schreef.

¹⁵² In deze zin ook R.H. de Bock, 'Vertrouwen in de deskundige', *Expertise en Recht* 2015, p. 85-87.

¹⁵³ Nader bijv. Faas e.a. 2017 [nt. 103], p. 97-98 en 100.

Praktijk

Maakt de rechter werk van zijn vergewisplicht in de zojuist bedoelde zin? Er bestaat reden voor twijfel, gezien het gemak waarmee de bestuursrechter het werk van de door hem benoemde deskundige doorgaans lijkt te volgen, afgaande op de motivering van zijn uitspraken. De standaardoverweging van de Afdeling bestuursrechtspraak luidt tegenwoordig als volgt:

‘Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (...), mag een rechter in beginsel afgaan op de inhoud van het verslag van een deskundige, als bedoeld in artikel 8:47 van de Awb. Dat is slechts anders indien dat verslag onvoldoende zorgvuldig tot stand is gekomen of anderszins zodanige gebreken bevat, dat het niet aan de oordeelsvorming ten grondslag mag worden gelegd.’¹⁵⁴

De Centrale Raad van Beroep volgt sinds jaar en dag dezelfde lijn.¹⁵⁵ Er zijn echter uitzonderingen. Zo gaf de Centrale Raad van Beroep in een uitspraak van 7 mei 2010 (over de verlaging van een WIA-uitkering) een uitgebreide opsomming van de onderzoeken die de deskundige (een revalidatiearts) had verricht, om vervolgens te onderbouwen (a) waarom de door appellant overlegde contra-expertise geen afbreuk kan doen aan de bewijskracht van het deskundigenrapport, (b) dat de conclusies van de deskundige – ondanks de lange tijd tussen het bestreden besluit en diens rapport – nog steeds bruikbaar zijn, en (c) waarom afwijking van de Leidraad minder ernstig is dan het lijkt.¹⁵⁶

Soms ziet de rechter aanleiding om de conclusies van de deskundige (deels) niet te volgen. Die aanleiding ontstaat onder meer als de deskundige uitgaat van onjuiste feiten;¹⁵⁷ zijn conclusies te vaag en te algemeen onderbouwt;¹⁵⁸ de grenzen van de onderzoeksopdracht niet in acht neemt;¹⁵⁹ buiten de grenzen van het door partijen getrokken geding treedt;¹⁶⁰ iets beweert over een onderwerp dat buiten zijn eigen vakgebied valt.¹⁶¹

¹⁵⁴ ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1967 (StAB; over de constructieveiligheid van een geluidsscherm waarvoor een omgevingsvergunning was verleend). ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, AB 2016/399, m.nt. G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, TBR 2016/173, m.nt. F.A. Mulder (StAB, over de aanspraak op vergoeding van planschade); ABRvS 25 maart 2015 (r.o. 4.1), ECLI:NL:RVS:2015:956 (StAB; over de aanspraak op vergoeding van kosten voor geluidsisolerende maatregelen).

¹⁵⁵ Bijv. CRvB 11 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4025; CRvB 18 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3275; CRvB 2 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP7037, AB 2011/111, m.nt. A. Tollenaar. In alle gevallen ging het om rapporten van medisch deskundigen. Zie ook Faas e.a. 2017 (nt. 103), p. 98-100.

¹⁵⁶ CRvB 7 mei 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM3862 (beëindiging WIA-uitkering).

¹⁵⁷ Vgl. bijv. CRvB 27 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:770 (beëindiging verlofopbouw wegens ziekte).

¹⁵⁸ Bijv. CRvB 4 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU3367 (weigeren WIA-uitkering).

¹⁵⁹ Vgl. bijv. ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:855 (vaststelling bestemmingsplan en verlening omgevingsvergunning t.b.v. landbouwmechanisatiebedrijf).

¹⁶⁰ Bijv. ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5954 (weigeren vergoeding planschade); ABRvS 14 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1045 (vergoeding planschade).

¹⁶¹ Bijv. CRvB 30 december 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BV0241 (beëindiging WIA-uitkering).

5.8.8 Invloed van partijen na toezending van rapport

Algemeen

De rechtbanken zenden het deskundigenrapport binnen één week na ontvangst ervan door aan partijen (art. 15 lid 3 Procesregeling bestuursrecht 2013). De Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hanteren hiervoor een termijn van twee weken (art. 15 lid 3 Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2014). Vervolgens hebben partijen vier weken de tijd voor het geven van een schriftelijke reactie op het deskundigenrapport (art. 8:47 lid 5 Awb).¹⁶² De rechter kan de zojuist bedoelde ‘vierwekentermijn’ – ambtshalve of op verzoek van een partij – verlengen (art. 8:47 lid 6 Awb).¹⁶³ Dit laat onverlet dat partijen hun zienswijze ook na afloop van de ‘vierwekentermijn’ aan de bestuursrechter zenden. In dat geval bestaat echter het risico dat de bestuursrechter die reactie wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing laat.¹⁶⁴

Omgaan met reacties van partijen

Het ligt voor de hand om de deskundige te confronteren met de reacties – doorgaans kritiek en suggesties voor aanpassingen – op zijn rapport.¹⁶⁵ De rechtbanken doen dit standaard binnen twee weken na ontvangst van de reactie (art. 15 lid 4 Procesregeling bestuursrecht 2013: ‘legt voor’); de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven blijkaar niet (art. 15 lid 5 Procesregeling bestuursrecht 2014: ‘kan voorleggen’). Het antwoord van de deskundige op zijn beurt is vatbaar voor nieuwe reacties van partijen. Dit kan voor aanzienlijke verlenging van de beroepsprocedure en veel verwarring bij partijen zorgen, zeker als derden-belanghebbenden (als bedoeld in art. 8:26 lid 1 Awb) zich in de discussie hebben gemengd. Onder omstandigheden is het dan ook verstandig om na ontvangst van het deskundigenrapport snel een afzonderlijke zitting te beleggen, waar de deskundige in discussie kan gaan met de adviseur en/of de door de burger ingeschakelde specialist.

¹⁶² Bij de versnelde behandeling van het beroep mag de rechter die termijn verkorten (art. 8:52 lid 2 sub e Awb).

¹⁶³ De praktijk leert dat de reactietermijn nooit ambtshalve wordt verlengd. De ABRvS, de CRvB en het CBB overwegen slechts om de reactietermijn – voor de duur van twee weken – te verlengen na ontvangst van daartoe strekkend schriftelijk verzoek dat binnen de vierwekentermijn is ontvangen (art. 15 lid 4 Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2014). Over de handelwijze van de rechtbanken in dezen valt weinig te zeggen; de Procesregeling bestuursrecht 2013 zwijgt op dit punt.

¹⁶⁴ Zie bijv. CRvB 20 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW5333 (toekenning WIA-uitkering): de pas ter zitting geventileerde kritiek op het deskundigenrapport werd niet bij de beoordeling van het hoger beroep betrokken.

¹⁶⁵ Zie bijv. CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5328 (toekenning gedeeltelijke WIA-uitkering).

6 Uitleiding

6.1 Beschouwingen naar aanleiding van de vraagstelling

6.1.1 Drie beginselen

In de paragrafen 4 en 5 zijn diverse eisen aan het inwinnen, heroverwegen en toetsen van adviezen benoemd en besproken. Dit leerde onder meer dat advisering in het Nederlands bestuursrecht wordt genormeerd door drie beginselen, namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel (zoals gecodificeerd in art. 3:2 Awb), het beginsel van goed burgerschap (zoals neergelegd in art. 4:2 lid 2 Awb) en het beginsel van wapengelijkheid (zoals verankerd in art. 6 EVRM). Aan de hand van die beginselen kunnen het bestuur en de rechter bepalen in welke gevallen het gebruik van een advies is toegestaan, en onder welke omstandigheden behoefte bestaat aan de raadpleging van een deskundige. Aldus bezien heeft de regulering van advisering in afd. 3.3 Awb en art. 8:47 Awb minder gewicht dan men op het eerste oog zou veronderstellen.

6.1.2 Naleven van eisen

Het formuleren en rubriceren van eisen is een zinvolle activiteit. Het heeft echter ook nut om te bezien of al die eisen min of meer structureel worden nageleefd. Hoe staat het daarmee bij het inwinnen, heroverwegen en toetsen van adviezen?

Het vergaren van relevante kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen is een plicht van het bestuur die vaak noodzaakt tot het inwinnen van advies, aangezien het vaak gaat om aspecten waarvan de gemiddelde ambtenaar en de gemiddelde bestuurder onvoldoende weten. Daarmee krijgen veel adviseurs veel invloed op de inhoud van besluiten, zeker als het bestuur verzuimt om in de aan de adviseur gerichte vraagstelling beleidsmatige kaders te stellen. Hierbij moet worden bedacht dat het bij adviseren vaak niet zozeer gaat om het vaststellen van feiten, maar vooral om het *waarderen* ervan.

De invloed van adviseurs op de inhoud van besluitvorming kan worden beperkt als het bestuur serieus werk maakt van zijn verantwoordelijkheid om te controleren of het advies wat betreft wijze van totstandkoming en/of inhoud ernstige gebreken vertoont. Ik betwijfel echter of het bestuur die verantwoordelijkheid neemt, afgaande op de motivering van veel besluiten die mij onder ogen komen. Het gebeurt namelijk wezenlijk meer dan incidenteel dat het bestuur, ook in de beslissing op bezwaar, volstaat met de mededeling dat het gaat om een rapport van een specialist met een goede naam en de toevoeging dat de burger geen contra-expertise in het geding heeft gebracht.

Dit rechtvaardigt een indringende rechterlijke controle op de kwaliteit van adviezen die aan het bestreden besluit ten grondslag zijn gelegd. Daarvan komt het echter lang niet altijd. Dit vloeit allereerst voort uit het grondenstelsel – een soort stelplicht – en de daarmee samenhangende ontwikkeling van het bestuursprocesrecht tot een partijengeding. Die omstandigheden hebben tot gevolg dat de rechter sinds enige decennia steeds meer neigt naar de beslechting van het geschil op basis van het bewijsmateriaal dat door partijen is aangeleverd, en steeds minder naar het zelf op zoek gaan feiten om de materiële waarheid te achterhalen. Verder moet worden bedacht dat advisering vaak ziet op het waarderen

van feiten, en dat het bestuur in zoverre vaak beschikt over beoordelingsvrijheid die noodzaakt tot een zekere rechterlijke terughoudendheid, zeker als het gaat over moeilijk te objectiveren aspecten.

6.1.3 Tussen relationeel en autonoom bestuursrecht

Tot 2015 kende de rechter bij de beslissing over het wel of niet benoemen van een deskundige veel gewicht toe aan de kwaliteit van het door de burger geleverde tegenbewijs. Sindsdien krijgt de rechter echter steeds meer oog voor de moeilijkheden die de burger kan ondervinden bij de mogelijkheden om de bewijskracht van het advies te ondergraven. Het gaat tegenwoordig dus niet alleen om twijfel over de kwaliteit van het advies, maar ook om twijfel over de onafhankelijkheid van de adviseur. Deze ontwikkeling is onmiskenbaar in gang gezet door de recente jurisprudentie van het EHRM over de rol van de rechter bij het compenseren van dreigende wapenongelijkheid in bestuursrechtelijke procedures.

Het vorenstaande toont wederom aan dat de beroepsprocedure sinds enige decennia enigszins moeizaam laveert tussen het klassieke ‘autonome’ inquisitie-model, waarbij het ondeelbaar algemeen belang centraal staat, en het moderne ‘relationele’ partijengeding, met de leidende gedachte dat partijen over en weer rekening met elkaars belangen moeten houden. En we waren al gewend geraakt aan de gedachte dat het bestuursrecht steeds meer relationele trekken krijgt en dat het bestuursprocesrecht steeds verder ‘subjectiveert’. Er zit echter wel een grens aan deze subjectivering, al was het maar omdat het bestuur niet mag worden beschouwd en bejegend als een ‘gewone’ particulier die eigenbelang tot vertrekpunt van zijn handelen mag nemen. De discussies over de gevolgen van het Korošec-arrest voor het bestuur en de rechter laten dit duidelijk zien.

6.2 Concrete voorstellen

De zojuist bedoelde discussies laten nog meer zien: de noodzaak tot transparantie bij zowel het inwinnen, heroverwegen en toetsen van adviezen als het benoemen van een deskundige. Aldus keer ik terug naar het principe van *good governance*, het perspectief dat door mijn Belgische collegae is gekozen. Met dit perspectief in het achterhoofd zijn door mij de volgende concrete voorstellen gedaan.

Het bestuur moet te allen tijde kenbaar maken welke adviseurs hij heeft ingeschakeld (par. 4.2.3), alsook dat en waarom die adviseurs qua deskundigheid en integriteit op hun taak zijn berekend (par. 4.2.5). Verder behoort het bestuur uit eigen beweging de aan de adviseur gerichte vraagstelling openbaar te maken (par. 4.2.4). Hetzelfde geldt voor adviezen die wel zijn gevraagd en verkregen maar niet gebruikt (par. 4.2.2), en evenzeer voor bijlagen die aan het advies zijn gehecht (par. 5.4.2). Al die documenten kunnen worden aangemerkt als ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ in de zin van art. 7:4 lid 2 Awb (bezwaarfase) en art. 8:42 lid 1 Awb (beroepsfase).

Er is ook werk aan de winkel voor de rechter. Hij moet partijen tijdig inzicht in hun bewijsposities verschaffen (par. 5.6.1) teneinde partijen een eerlijke kans te geven hun stellingen nog tijdens de beroepsprocedure van nader bewijs te voorzien. Een belangrijk onderdeel van deze plicht is het adequaat reageren op verzoeken van een partij om benoeming van een deskundige (par. 5.3.1). Naar mijn overtuiging hoort zo’n reactie – en trouwens elke beslissing inzake art. 8:47

Awb – te worden gegoten in de vorm van een tussenuitspraak. Aldus wordt duidelijk welke individuele rechter verantwoordelijk is voor het wel of juist niet inschakelen van een deskundige, en bovendien welke motieven aan de betreffende procesbeslissing ten grondslag liggen. Laten we (ook) die goede civielrechtelijke regel incorporeren in het bestuursrecht.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Voor een nadere onderbouwing van dit voorstel wordt verwezen naar Koenraad & Verbeek 2014 [nt. 107].