

Woord vooraf

Een voortvarende start, de coronaperiode met daarin een verhuizing en een verbouwing, waardoor het onderzoek even stillag, en een pittige en lange eindspurt: mijn proefschrifttraject in een notendop. En dan is daar ineens de finishlijn.

Een finishlijn die ik niet bereikt zou hebben zonder mijn promotoren: Jaap Polak en Ymre Schuurmans. Jullie waren altijd beschikbaar voor vragen en voorzagen mijn concepten snel van waardevol commentaar. Daarnaast heb ik onze gesprekken, vaak op de werkkamer van Jaap, maar tijdens corona digitaal, als heel prettig en stimulerend ervaren. Dankzij jullie heb ik het enthousiasme waarmee ik het onderzoek begon tot het einde toe weten te behouden. Dank daarvoor!

De leden van de promotiecommissie: prof. mr. drs. W. den Ouden, prof. mr. T. Barkhuysen, prof. mr. H.D. Tolsma en prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven, dank ik voor hun bereidheid deel te nemen aan de commissie en voor hun feedback.

Ook mijn werkgever, de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State, ben ik dank verschuldigd. Mede dankzij haar medewerking en bijdrage is het traject plezierig verlopen. Daarnaast dank ik mijn unithoofden, achtereenvolgens Ko van Malde en Ed van der Vlis, omdat zij mij de ruimte boden om af en toe 'proefschriftperiodes' in te plannen, waarin ik ongestoord aan (een artikel van) mijn proefschrift kon werken.

Verder wil ik mijn collega's bij de Raad bedanken voor de interesse in mijn onderzoek en de voortgang daarvan. Jullie leefden mee als ik zat te ploeteren op een artikel of in afwachting was van feedback, en jullie waren blij voor me als er weer een artikel af was. Daarnaast zorgden jullie tijdens mijn 'proefschriftperiodes' voor de (brood)nodige afleiding en gezelligheid. Daardoor bleef ik ook in die periodes graag naar kantoor komen, in plaats van thuis aan een artikel te werken. Jan Koreneef en Marloes van Loon van de bibliotheek, veel dank, omdat ik bij jullie altijd terecht kon met vragen over vindplaatsen van literatuur.

Mijn dank gaat ook uit naar de staatsraden die hebben meegewerkt aan de interviews die zijn verwerkt in het vijfde artikel (hoofdstuk 5). Daarnaast dank ik de Academie voor Overheidsjuristen en de Academie voor Wetgeving voor de publicatieplaats voor mijn eerste artikel (hoofdstuk 2). Dankzij die publicatieplaats kon ik een aantal weken onafgebroken aan het onderzoek werken en zo een vliegende start maken met mijn onderzoek.

In het bijzonder dank ik Anita de Vries-Biharie en Rob Bindels. Anita, toen wij ruim tien jaar geleden kamergenoten werden, had ik niet kunnen vermoeden dat je zo'n goede vriendin zou worden. Ik bewonder jouw kennis en kunde als jurist en jouw evenwichtigheid en rust. Daarnaast heb je een enorm gevoel voor humor. Met jou op de kamer is het altijd gezellig. Rob, toen ik bij de Raad van State kwam werken, was jij de seniorjurist met wie ik mijn eerste zittingen deed. Wat heb ik veel van je geleerd! Je deur stond altijd open voor vragen en je feedback was altijd opbouwend. En ook nadat ik ambtenaar van staat was geworden, kon ik altijd bij je binnenlopen voor advies. Helaas zitten we inmiddels niet meer in dezelfde unit, maar gelukkig kletsen we nog regelmatig bij onder het genot van een cappuccino. Anita en Rob, dank jullie wel dat jullie mijn paranimfen willen zijn.

Dank ben ik verder verschuldigd aan iedereen die de afgelopen jaren heeft meegeleefd met het proefschrifttraject. Daarbij noem ik in het bijzonder Aukje, Willemijn en Daisy. Als het tegengat of als ik het even niet meer zag zitten, waren jullie er om mij met een lief gebaar of opbeurende woorden een hart onder de riem te steken. De afgelopen jaren heb ik tot mijn spijt veel te weinig tijd voor jullie gehad. Ik beloof hierbij beterschap.

Tot slot mijn familie. Toen ik een klein meisje was, wist ik al dat ik rechten wilde gaan studeren. Dat dit uiteindelijk ook kon, is dankzij jullie. Als er iets is, kan ik altijd bij jullie terecht. Dank jullie wel voor jullie onvoorwaardelijke steun. Steun die ik ook heb gevoeld tijdens dit proefschrifttraject. Paul en Rosemarie, dank voor het aanhoren van mijn proefschriftperikelen, ongetwijfeld af en toe tot vervelens toe (sorry!). Mama, ook jou wil ik bedanken voor je meelevens en in het bijzonder voor het vele oppassen op Amy.

Rijswijk, juli 2024

1 | Inleiding

1.1 INTRODUCTIE

In het bestuursrecht wordt veelvuldig gebruikgemaakt van deskundigen. Dat begint vaak al bij het nemen van een besluit. Daarvoor moet het bestuursorgaan de relevante feiten vaststellen en kwalificeren. Anders gezegd: het moet nagaan wat de relevante feiten zijn (feitenvaststelling) en vervolgens beoordelen of op basis van die feiten is voldaan aan de zogenoemde rechtsfeiten (feitenkwalificatie). Rechtsfeiten zijn feiten die, eventueel in combinatie met andere feiten, een voorwaarde zijn voor het intreden van een rechtsgevolg.¹ Feitenvaststelling en -kwalificatie vereisen soms specialistische kennis, die een bestuursorgaan niet altijd heeft. Het bestuursorgaan kan daarvoor een deskundige inschakelen, die de (specialistische) feitenvaststelling en -kwalificatie als het ware van het bestuursorgaan overneemt. Dat het bestuursorgaan de feitenvaststelling en -kwalificatie (deels) uitbesteedt aan een deskundige, betekent evenwel niet dat het daarvoor niet verantwoordelijk blijft. Integendeel. Wil het bestuursorgaan dat advies gebruiken voor de besluitvorming, dan zal het moeten verifiëren dat het advies deugdelijk is.² Simpelweg erop vertrouwen dat de deskundige het goed heeft gedaan, en daarbij eventueel bogen op eerdere ervaringen met die deskundige, volstaat dan niet; het zal zich ervan moeten 'vergewissen' dat er aan het advies geen gebreken kleven. Dit is ook logisch. Met het besluit treedt immers een verandering op in de rechtspositie van één of meerdere burgers, met mogelijk vergaande gevolgen. Maar hoe moet het bestuursorgaan het werk van zijn deskundige controleren? Dat vereist doorgaans immers specialistische kennis, en het gebrek daaraan was nu juist de reden dat het bestuursorgaan de deskundige inschakelde. Het bestuursorgaan ziet zich in zo'n geval geconfronteerd met de zogenoemde kennisparadox.

De kennisparadox speelt ook de bestuursrechter parten op het moment dat het bestuursorgaan zijn besluit op een deskundigenadvies baseert en een burger dat besluit, en het advies, betwist. De bestuursrechter zal immers (desgevraagd) de feitenvaststelling en -kwalificatie moeten beoordelen. Heeft het bestuursorgaan dit uitbesteed aan een deskundige en legt het diens advies

1 Schuurmans 2005, p. 18-19.

2 Schuurmans 2005, p. 91-92.

vervolgens aan zijn besluitvorming ten grondslag, dan betekent dit dat de bestuursrechter zal moeten beoordelen of het bestuursorgaan dit mocht. Dat kan doorgaans alleen als hij dat deskundigenadvies zelf toetst. Maar ook de bestuursrechter ontbeert de specialistische kennis om dat te doen. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van een deskundigenadvies dat door een burger is overgelegd en voor de beoordeling van een advies dat door de rechter zelf is gevraagd. Ook voor deze beoordelingen is specialistische kennis nodig, die de rechter niet heeft. Desalniettemin zal de rechter het deskundigenadvies moeten toetsen. Maar hoe doet hij dat dan?

Het probleem van de kennisparadox dat optreedt bij toetsing van deskundigenadviezen is niet nieuw. Dat neemt niet weg dat die toetsing aandacht blijft genereren, in ieder geval voor zover het gaat om de toetsing door de bestuursrechter. Daarvoor is een aantal mogelijke verklaringen te geven. De eerste mogelijke verklaring kan worden gevonden in het feit dat de jurisprudentie op het punt van de toetsing van deskundigenadvies niet stilstaat. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich in de periode 2015-2018 een aantal keren uitgelaten over de vraag of het verenigbaar is met het recht op een eerlijk proces als de bestuursrechter zijn oordeel baseert op een deskundigenadvies van het bestuursorgaan. De Afdeling en de CRvB hebben deze jurisprudentie vervolgens vertaald in een zogenoemd stappenplan.³ Ook de wetgever zit niet stil. Zo voorziet de Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging (TEr) in de mogelijkheid dat bij rechtbanken bijzondere kamers worden ingesteld, waarin niet alleen één of meer rechters zitten, maar ook een zogenoemd deskundig lid. Dat is kort gezegd iemand met specialistische kennis die nodig of handig is bij het beoordelen van de voorliggende zaak. Denk aan een arts bij medische geschillen of een bouwkundige bij geschillen over een omgevingsvergunning voor bouwen.⁴ Daarnaast blijft de toetsing van deskundigenadviezen in de aandacht staan, omdat deskundigenadviesing simpelweg vaak voorkomt.

Naast de hiervoor genoemde ontwikkelingen, die specifiek zien op de toetsing van deskundigenadviezen, is de laatste jaren ook een ontwikkeling gaande als het gaat om de aard van de toetsing door de bestuursrechter van besluiten van bestuursorganen in algemene zin. Die toetsing is indringender geworden.

De aard van de toetsing verschilt van een volle (indringende) toetsing tot een terughoudende(r) of marginale(re) toetsing. Een volle toetsing houdt in dat de rechter toetst of het bestuursorgaan het juiste besluit heeft genomen. Oordeelt de rechter dat dat niet het geval is, dan kan hij zijn eigen oordeel in de plaats stellen van dat van het bestuursorgaan. Bij een terughoudende

3 Zie over de jurisprudentie van het Hof en het stappenplan uitgebreider hoofdstuk 3.

4 Zie over de bijzondere kamer uitgebreider hoofdstuk 6.

toetsing toetst de rechter daarentegen of het bestuursorgaan de desbetreffende beslissing in redelijkheid heeft kunnen nemen.⁵

Of de rechter vol of terughoudend(er) toetste, hing van een aantal aspecten af. Vooral van belang was of het bestuursorgaan bij het nemen van een besluit beleids- of beoordelingsruimte had.⁶ Was die ruimte er niet, dan toetste de rechter in beginsel vol. Had het bestuursorgaan wel beslissingsruimte,⁷ dan toetste de rechter in beginsel terughoudend(er). Verder werden punitieve besluiten, vanwege het bestraffende karakter ervan, ook vol getoetst. In de praktijk kwam het er dus op neer dat de rechter punitieve besluiten en besluiten waarbij het bestuursorgaan geen beslissingsruimte had vol, en de overige besluiten terughoudend toetste.⁸

De belangrijkste reden voor de terughoudende toetsing was de gedachte dat de toekenning door de wetgever van beslissingsruimte aan het bestuursorgaan een politieke keuze is en een bestuursorgaan bij de invulling van die ruimte politiek wordt gecontroleerd. Zou de rechter te veel ingrijpen in die invulling, dan treedt hij in die politieke keuzes. De rechter moet zich, als niet democratisch gelegitimeerde, van dergelijke keuzes verre houden en niet op de stoel van het bestuur gaan zitten.⁹

Op deze gedachtegang is kritiek geuit. Zo heeft Hirsch Ballin in zijn preadvies uit 2015 opgemerkt dat het vaak helemaal niet de bedoeling van de wetgever is om een bestuursorgaan door middel van beslissingsruimte (bijna onbeperkt) de vrije hand te geven. Bovendien betekent het hebben van beslissingsruimte niet dat bestuursorganen niet gebonden zouden zijn aan grondrechten. De rechter moet in de rechtsbescherming van die grondrechten voorzien. Daar komt bij dat eventuele politieke sturing van de ambtenaren die de besluiten voorbereiden, bijvoorbeeld door beleidsregels, niet realistisch is als het gaat om de invulling van de afweging in een concreet geval. Anders gezegd: over een genomen besluit hoeft lang niet altijd politieke verantwoording te worden afgelegd. De rechter zou om deze redenen wel degelijk indringender moeten toetsen.¹⁰

De kritiek heeft op verschillende vlakken geleid tot een indringender toetsing. Zo wordt er meer belang gehecht aan de mate waarin een besluit ingrijpt in fundamentele rechten van burgers. Wordt met een besluit vergaand ingegrepen in één of meer fundamentele rechten van burgers, dan is dat vaak

5 Schuurmans 2005, p. 265.

6 Van beleidsruimte is kort gezegd sprake als een bestuursorgaan gebruik *kan* maken van een bevoegdheid; het hoeft dat dus niet te doen. Van beoordelingsruimte is sprake als het gaat om de invulling van vage begrippen, zoals 'een goede ruimtelijke ordening'. Zie Kegge 2018, p. 6.

7 Deze term wordt door de Afdeling gebruikt. Het is een overkoepelende term die ziet op zowel beleidsruimte als beoordelingsruimte. Zie Jaarverslag Raad van State 2017, p. 61.

8 Burkens e.a. 2022, p. 185.

9 Hirsch Ballin 2015, p. 26 en Burkens e.a. 2022, p. 185.

10 Hirsch Ballin 2015, p. 7-58, i.h.b. p. 26-27.

aanleiding voor een indringende(r) toetsing.¹¹ Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Afdeling uit 2015 over de Groningse gaswinning. Daarin overweegt de Afdeling dat de afweging van de minister blijk moet geven van een redelijk evenwicht tussen enerzijds de door de grondrechten beschermde belangen van burgers en anderzijds de algemene belangen die bij gaswinning betrokken zijn. 'Weliswaar heeft de minister bij die afweging een beoordelingsmarge, maar de toepasselijkheid van de grondrechten brengt met zich dat in deze zaak hoge eisen moeten worden gesteld aan de motivering van het besluit van de minister.'¹² Daarnaast heeft de Afdeling de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel uit artikel 3:4 lid 2 Awb anders ingevuld.¹³ Voorheen beperkte de rechter zich bij toetsing aan deze bepaling tot de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen dat tot het oordeel gekomen moet worden dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet tot de bestreden beslissing heeft kunnen komen.¹⁴ Deze toetsing was daarmee terughoudend. In de *Harderwijk*-uitspraak uit 2022 heeft de Afdeling dit zogenoemde willekeurcriterium verlaten en is zij voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel aangesloten bij de norm uit artikel 3:4 lid 2 Awb.¹⁵ Daarbij heeft zij tot uitdrukking gebracht dat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel afhankelijk is van een veelheid aan factoren en daarom van geval tot geval verschilt. Hierbij past een 'glijdende schaal', waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden.¹⁶

'De intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt bepaald door onder meer de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn.'¹⁷

11 Zie bijvoorbeeld Leijten 2017, p. 51.

12 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, r.o. 16.2, AB 2016/82, m.nt. H.E. Bröring & J.G. Brouwer; JB 2015/218, m.nt. R.J.N. Schlössels & D.G.J. Sanderink (*Groningse Gaswinning*).

13 Art. 3:4 lid 2 Awb luidt: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'

14 ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, JB 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink (*Maxis en Praxis*).

15 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten; JB 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels (*woningsluiting Harderwijk*). In (onder meer) deze zaak was ook een conclusie gevraagd: Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

16 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten; JB 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels (*woningsluiting Harderwijk*).

17 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten; JB 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels (*woningsluiting Harderwijk*).

Met deze andere invulling van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is dus een intensieve(re) toetsing mogelijk geworden. Een intensievere toetsing kan verder ook over de band van andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, worden bereikt. Zo kunnen hogere eisen worden gesteld aan de zorgvuldige voorbereiding van een besluit en aan de motivering van dat besluit.¹⁸

Op verschillende vlakken binnen het bestuursrecht toetst de bestuursrechter inmiddels dus indringender dan voorheen. De vraag is of die ontwikkeling ook relevant is voor de toetsing van deskundigenadviezen.

Voor zover in dergelijke adviezen alleen feiten worden vastgesteld, zal het antwoord op die vraag in beginsel 'nee' luiden. Bij de feitenvaststelling komt het bestuursorgaan in beginsel namelijk geen beslissingsruimte toe: iets is een feit of niet. Wordt de juistheid van de feitenvaststelling bij de rechter betwist, dan zal de rechter deze moeten beoordelen. Vanwege het gebrek aan beslissingsruimte bij het bestuursorgaan en omdat de feitenvaststelling geobjectiverend moet kunnen worden, gaat het daarbij om een volle toetsing.¹⁹ Dit wordt niet anders op het moment dat de feiten niet door het bestuursorgaan zelf zijn vastgesteld, maar in diens opdracht door een deskundige.

Adviezen waarin alleen de feiten worden vastgesteld, komen evenwel niet vaak voor. In verreweg de meeste gevallen bevat een deskundigenadvies naast de feitenvaststelling ook de feitenkwalificatie.²⁰ Bij de feitenkwalificatie kan het bestuursorgaan wel beslissingsruimte toekomen. Zoals hiervoor uiteengezet, was het bestaan van beslissingsruimte bij het bestuursorgaan voor de rechter een belangrijke reden om terughoudend te toetsen, maar heeft hij die toetsing de laatste tijd geïntensiveerd. Voor die intensivering zou dan, indien gewenst, ook ruimte zijn in het geval het bestuursorgaan de invulling van die beslissingsruimte aan een deskundige heeft uitbesteed.

18 ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, r.o. 16, AB 2016/82, m.nt. H.E. Bröring & J.G. Brouwer; JB 2015/218, m.nt. R.J.N. Schlössels & D.G.J. Sanderink (*Groningse Gaswinning*). Zie ook Kegge 2018, p. 13-14.

19 Schuurmans 2005, p. 265-266.

20 Dat kan zijn doordat het bestuursorgaan de feitenkwalificatie uitdrukkelijk aan de deskundige heeft uitbesteed, maar ook doordat feitenvaststelling en feitenkwalificatie soms lastig los te koppelen zijn. De kwalificatie van een feit kan de relevantie ervan bepalen, zodat de kwalificatie invloed heeft op de vaststelling van de (relevante) feiten. Zie Schuurmans 2005, p. 265. Een voorbeeld biedt artikel 3 lid 1 Erfgoedverordening Eindhoven. Daarin is bepaald dat het college van burgemeester en wethouders kan besluiten een zaak die of een terrein dat van bijzonder belang is voor de gemeente, vanwege zijn architectuur-, bouwen kunsthistorische, (historisch-)stedenbouwkundige of cultuurhistorische waarden, aan te wijzen als gemeentelijk monument. In objectieve zin is geen antwoord te geven op de vraag of een pand of terrein één of meer van dergelijke waarden heeft en daarom van bijzonder belang is voor de gemeente: het antwoord zal afhangen van de selectie en waardering van de feiten.

Bij de toetsing van deskundigenadviezen speelt echter een extra complicatie: de hiervoor beschreven kennisparadox. Een bestuursorgaan gaat doorgaans niet zomaar over tot inschakeling van een deskundige, maar zal dit vooral doen in die gevallen waarin het die inschakeling noodzakelijk acht omdat voor die feitenvaststelling en -kwalificatie materiekennis noodzakelijk is, die het bestuursorgaan zelf niet heeft. Weliswaar doet het uitbesteden van de feitenvaststelling en -kwalificatie er niet aan af dat het bestuursorgaan daarvoor verantwoordelijk blijft, maar doordat hij niet in staat is zelf de feiten vast te stellen en te kwalificeren, is het voor hem ook lastig te controleren of de deskundige dat goed heeft gedaan. Hetzelfde geldt voor de rechter: een indringende toets is lastig uit te voeren als de rechter de kennis voor die feitenvaststelling en -kwalificatie niet heeft. In zoverre zit er dus een belangrijk verschil tussen de toetsing van besluiten waaraan geen deskundigenadvies ten grondslag ligt en de toetsing van besluiten die wel op een dergelijk advies zijn gebaseerd.

1.2 DE CENTRALE VRAAG VAN DIT ONDERZOEK

Het doel van dit onderzoek is om in kaart te brengen hoe de bestuursrechter, in weerwil van de kennisparadox, deskundigenadviezen toetst. Welke aspecten van een deskundigenadvies toetst hij en welke toetsingsintensiteit hanteert hij daarbij? En kan hij die toetsing eventueel intensiveren?

Deze vragen leiden tot de volgende centrale vraag van dit onderzoek:

Hoe toetst de bestuursrechter deskundigenadviezen en is het, voor zover daarbij sprake is van een terughoudende(r) toetsing, mogelijk die toetsing te intensiveren?

Zoals aangegeven wordt door bestuursorganen veelvuldig gebruikgemaakt van de inbreng van deskundigen. Dit kan een advies zijn van een door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige, maar ook een deskundigenadvies dat door de aanvrager bij zijn aanvraag is gevoegd. Baseert een bestuursorgaan zijn besluit op een deskundigenadvies en wordt dat besluit betwist, dan zal de bestuursrechter het advies moeten beoordelen. Komt een belanghebbende met een eigen deskundigenadvies om het advies dat aan het bestreden besluit ten grondslag is gelegd te betwisten, dan zal de rechter ook dit advies bij zijn beoordeling betrekken. De rechter kan het ten slotte nodig achten zelf een deskundige in te schakelen. Doet hij dat, dan zal hij ook over dat deskundigenadvies een oordeel moeten geven. Daarmee zijn er grofweg drie 'typen' deskundigenadviezen te onderscheiden: het deskundigenadvies dat aan het besluit ten grondslag is gelegd, een eventuele contra-expertise, ingebracht door een belanghebbende, en het deskundigenadvies dat is ingewonnen door de bestuursrechter zelf.