

Samen op STAB. Een zoektocht naar meer transparantie bij het benoemen van deskundigen door de bestuursrechter

1. Inleiding

1.1. In diverse recente – inmiddels veelvuldig becommentarieerde – arresten heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich gebogen over de vraag of de bestuursrechter een deskundige moet benoemen om een dreigende wapenongelijkheid tussen het bestuur en de burger te voorkomen. Met name het *Korošec*-arrest¹ heeft gezorgd voor veel reuring bij allerlei personen die zich professioneel met bestuursrecht(spraak) bezighouden. Wie hierover meer wil weten, kan terecht bij het artikel over deskundigenadvisering dat Koenraad ruim een jaar geleden in dit tijdschrift heeft gepubliceerd.²

1.2. Binnen het zojuist geschetste kader ontstond aandacht voor de vraag hoe het zit als de bestuursrechter een deskundige heeft benoemd. Die aandacht was geïnspireerd door a. het gegeven dat de bestuursrechter de door ‘zijn’ deskundige getrokken conclusie pleegt te volgen; b. het feit dat die conclusie vaak doorslaggevend is voor de einduitkomst van de beroepsprocedure; en c. het besef dat de bestuursrechter welbeschouwd nogal weinig van ‘zijn’ deskundige weet.

2. Discussie over de praktijk rondom het benoemen van deskundigen

2.1. Het vorenstaande heeft Van Ettekovén verleid tot het formuleren van een concreet voorstel om de bestuursrechter meer zicht te geven op de kennis en kunde waarover de door hemzelf benoemde deskundige beschikt.³ Hij stelde voor dat de deskundige het rapport laat vergezellen door een ‘disclosure statement’ – een soort *curriculum vitae* dat is aangevuld met gegevens over uitgevoerde opdrachten – waaruit diens kennis en kunde kan worden afgeleid.

2.2. Koenraad plaatste in het zojuist aangeduide artikel kritische kanttekeningen bij de manier waarop deskundigen worden benoemd.⁴ Zijn kritiek had betrekking op zowel de medisch deskundigen als de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (STAB). In dit kader beweerde Koenraad onder meer dat de bestuursrechter vaak niet zelf beslist – en soms ook helemaal niet weet – welke persoon wordt belast met het verrichten van onderzoek en het opstellen van een rapport. Hiermee wilde Koenraad een discussie op gang brengen.

2.3. De wens van Koenraad werd al snel vervuld, dankzij een reactie van Wuisman, de toenmalige directeur van de STAB (de directe voorganger van Dalen Gilhuijs).⁵ Hij wees op www.stab.nl (zoals deze website er toen uitzag), alsmede op het feit dat alle bij de STAB werkzame deskundigen voldoen aan de door het LRGD gestelde eisen en hun kennis door middel van bijscholing permanent op peil houden. Hieruit concludeerde Wuisman dat de situatie bij de STAB minder ondoorzichtig is dan Koenraad veronderstelde.

2.4. Naar goed journalistiek gebruik kreeg de aanstichter van de discussie de mogelijkheid tot het geven van een repliek. In zijn naschrift⁶ opperde Koenraad dat www.stab.nl (zoals deze website er toen uitzag) veel minder relevante informatie – zoals curriculum vitae en actuele portfolio's – verschaftte dan Wuisman had gesuggereerd, en rechters en partijen meer objectieve handvatten nodig hebben om de kwaliteiten van de adviseurs in kwestie te kunnen beoordelen. Het naschrift sloot af met een pleidooi voor samenwerking tussen de rechterlijke macht en de STAB. In wezen was dit een uitnodiging tot een nader gesprek met de STAB over de behoefte aan meer transparantie bij de benoeming van deskundigen door de bestuursrechter in ‘omgevingsrechtelijke’ geschillen.

3. De nieuwe werkwijze van de STAB

3.1. De uitnodiging van Koenraad is aanvaard door Dalen Gilhuijs; wij hebben met elkaar gesproken. En met resultaat, zo bleek tijdens het symposium van het Landelijk Register Gerechtelijk Deskundigen (LRGD) op 23 november 2017, ter gelegenheid van het feit dat de eerste deskundige tien jaar daarvoor in het register van het LRGD werd ingeschreven. Bij die gelegenheid hield Dalen Gilhuijs namelijk een voordracht waaruit bleek hoezeer zij eraan hecht dat de rechter en partijen kunnen verifiëren hoe de STAB werkt, welke kwalificaties de daar werkzame adviseurs hebben en of deze adviseurs voldoende onbevooroordeeld zijn om in het voorgelegde geschil te adviseren. Dalen Gilhuijs beloofde actie om de transparantie binnen de STAB te vergroten. Welke maatregelen heeft de STAB inmiddels genomen? Een beknopt overzicht.

* Mr. A.T. Dalen Gilhuijs is directeur van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (STAB).

** Mr. dr. L.M. Koenraad is bestuursrechter in de Rechtbank Gelderland.

1. EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas.

2. L.M. Koenraad, 'De bestuursrechter en zijn deskundige. Een beschouwing over problemen bij de toepassing van art. 8:47 Awb', *Expertise en Recht* 2016, afl. 4, p. 156-163.

3. B.J. van Ettekovén, 'De deskundige deskundige over registers en de disclosure statement', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2016/53.

4. Koenraad 2016 (nt. 2), p. 159-160.

5. G.P.I.M. Wuisman, 'Reactie op mr. dr. L.M. Koenraad, 'De rechter en zijn deskundige (...)', *Expertise en Recht* 2016, afl. 5, p. 225-227.

6. L.M. Koenraad, 'Een StAB in de goede richting. Naschrift bij de reactie van Gerard Wuisman', *Expertise en Recht* 2016, afl. 5, p. 228-229.

3.2. De website (www.stab.nl) is gewijzigd. Wie via de tab 'Over ons' doorklikt naar de tab 'Medewerkers', ziet de foto's van alle medewerkers, met een korte weergave van de aspecten ('werkvelden') waarover zij adviseren, en naast elke foto het kopje 'opleidingen, cursussen en nevenfuncties'. Wie vervolgens daarop klikt, weet binnen enkele minuten a. wat de betrokken deskundige nu kent en kan; en b. of hij/zij met onbevangenheid kan kijken naar de kwestie die mogelijkwjs aan hem/haar zal worden voorgelegd.

3.3. De communicatie met de bestuursrechter is aangepast. Na verzending van de mededeling dat de STAB als deskundige is benoemd, krijgt de bestuursrechter een bevestiging met een opgave van de deskundige die – of het team van deskundigen dat – volgens (de directeur van) de STAB het best in staat is om de voorgelegde vragen adequaat en binnen een redelijke termijn te beantwoorden. Hierdoor krijgt de bestuursrechter mogelijkheden om extra vorm en inhoud aan het bewijsdebat tussen partijen te geven, zoals hierna zal blijken.

3.4. De oriëntatie naar 'de buitenwereld' is verruimd. Sinds kort bestaat een 'quality board', dit is: een panel met vertegenwoordigers van instanties die, als ketenpartners, nauw bij het werk van de STAB zijn betrokken. De leden van het panel wordt een kijkje in de keuken van de STAB gegund. Hoe werken de kwaliteitsprocedures? Hoe bepaalt de STAB welke deskundige(n) aan een advies kunnen werken? Hoe komt zo'n advies tot stand? En worden daarbij de voor de deskundigen geldende gedragscodes correct nageleefd? Aan de hand van deze en aanverwante vragen gaan de leden van de quality board en de directie van de STAB met elkaar in gesprek, ter verhoging van zowel de transparantie als de kwaliteit van het werk. Aldus wil de STAB tot uitdrukking brengen dat zij geen genoegen neemt met de constatering dat de conclusies van haar adviezen door de bestuursrechter meestal worden gevolgd. De STAB wil dat de bestuursrechter de conclusies van een STAB-advies omarmt wegens de kwaliteit van het advies.

3.5. De interne professionele discussie over de diverse deskundigheidsgebieden is geïntensiveerd. De kennisgroepen binnen de STAB hebben hun opleidingsprogramma geëvalueerd en waar nodig (nog verder) uitgebreid. Dit kan worden aangemerkt als een positief neveneffect van de hiervoor geschetste discussie.

4. Mogelijkheden voor de bestuursrechter

4.1. Het ligt op de weg van partijen om uit eigen beweging feiten aan te dragen die a. relevant zijn voor het nemen van een rechtmatig overheidsbesluit (taak voor het bestuur); en b. kunnen dienen als tegenbewijs ter betwisting van feiten die aan het bestreden besluit ten grondslag zijn gelegd (taak voor de burger).⁷ Door de

toepassing van art. 8:47 lid 1 Awb neemt de bestuursrechter die taken deels over. Hierdoor krijgt de bestuursrechter uiteraard geen eigen bewijslast, want die blijft berusten bij één van de strijdende partijen.⁸ De bestuursrechter krijgt echter wel een eigen verantwoordelijkheid.⁹ Hij neemt de 'feitenverzamelingsstaken' namelijk niet alleen over maar besteedt deze ook direct weer uit, aan de door hem benoemde deskundige. Daardoor gaat de bestuursrechter fungeren als opdrachtgever (hoofdaannemer) en de deskundige als hulppersoon (onderaannemer).¹⁰

4.2. Het vorenstaande verklaart allereerst de – in het *Mantovanelli*-arrest¹¹ neergelegde – regel dat de eisen van art. 6 EVRM van overeenkomstige toepassing zijn op het handelen van de door de bestuursrechter benoemde deskundige, zeker als het rapport van die deskundige naar verwachting een doorslaggevende invloed op de einduitkomst van de beroepsprocedure zal hebben. Verder wordt duidelijk dat de bestuursrechter als opdrachtgever verantwoordelijk is voor de kwaliteit van het werk – een deskundigenrapport – dat op zijn verzoek zal worden afgeleverd, en dat de bestuursrechter om die reden goed moet weten waartoe de maker van het werk – de persoon die het deskundigenrapport opstelt – precies in staat is. Die regel geldt niet alleen wanneer de opsteller van het rapport in persoon als deskundige is benoemd, maar ook wanneer de betrokkene werkt bij een instantie – zoals de STAB – die als deskundige is benoemd.

4.3. De beslissing van de STAB om haar website te vernieuwen en de communicatie met haar opdrachtgevers aan te passen, maken het voor de bestuursrechter mogelijk om de zojuist omschreven verantwoordelijkheid daadwerkelijk te nemen, zonder kostbare tijd te verliezen. Ga maar na: de benoeming van de STAB als deskundige is al een vaststaand gegeven; de bestuursrechter kan snel zelf beoordelen of de door de STAB voorgestelde deskundigen aan zijn wensen voldoen; als de bestuursrechter om wat voor reden dan ook vindt dat één of meer van die deskundigen niet goed zijn toegerust voor een adequate beantwoording van zijn vraagstelling, kan hij de STAB verzoeken om op korte termijn een andere deskundige in te schakelen; daarbij kan de bestuursrechter desgewenst – aan de hand van www.stab.nl – zelf suggesties doen.

4.4. Tegelijkertijd kan de bestuursrechter extra vorm en inhoud aan het bewijsdebat tussen partijen geven, door in een brief aan partijen mee te delen a. dat hij het voornemen heeft om de STAB als deskundige te benoemen (art. 8:47 lid 3 Awb); en b. welke onderzoeker(s) hij concreet op het oog heeft in de brief waarin wordt medegedeeld dat hij het voornemen heeft om de STAB als deskundige te benoemen (art. 8:47 lid 3 Awb), aan te

7. Uitdrukkelijk in deze zin bijv. CRvB 1 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT7174, *JB* 2005/237, m.nt. D.W.M. Wenders, *AB Klassiek* (Deventer: Wolters Kluwer, zevende druk) 2016/32, m.nt. Y.E. Schuurmans.

8. R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 7-116, m.n. p. 107-113.

9. Vgl. art. 3:9 Awb.

10. De deskundige sluit een overeenkomst – van opdracht (als bedoeld in afd. 7.7.1 BW) – met de Staat der Nederlanden.

11. EHRM 18 maart 1997, nr. 2149/93, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders, *JB* 1997/112, m.nt. A.W. Heringa, *JB Select* (Den Haag: Sdu uitgevers, derde druk) 2014/13, m.nt. R.J.N. Schlössels.

geven welke onderzoeker(s) hij concreet op het oog heeft. Aldus krijgen partijen – die, dankzij www.stab.nl, dezelfde mogelijkheden als de rechter hebben om te controleren of de beoogde onderzoeker op diens taak is berekend (over wapengelijkheid gesproken!) – een eerlijke kans zich tijdig te verzetten tegen het voornemen om de vraagstelling door de beoogde onderzoeker te laten beantwoorden. Die kans op zijn beurt kan weer bijdragen aan een groter draagvlak voor de conclusies van het deskundigenrapport, en aldus ook een beetje aan het terugdringen van het aantal hoger beroepen tegen uitspraken van eerstelijns-bestuursrechters.¹²

5. Verantwoordelijkheden voor bestuursorganen

5.1. Na de publicatie van het *Korošec*-arrest is veel belangwekkende jurisprudentie over de positie van deskundigenadvisering in het bestuursrecht verschenen, van zowel het EHRM als diverse nationale rechters. EHRM: de arresten inzake *Spycher* (17 november 2015),¹³ *Letinčić* (3 mei 2016)¹⁴ en *Zovko* (23 mei 2017).¹⁵ Nationale rechters:

- een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland (22 november 2016)¹⁶ waarin kritisch werd gekeken naar de band tussen het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) en de door deze instantie geselecteerde psychiaters (die zijn belast met onderzoek naar de rijvaardigheid van automobilisten die in het verleden met een te hoog alcoholpromillage zijn ‘gepakt’);
- uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak (30 juni 2017)¹⁷ en de Centrale Raad van Beroep (30 juni 2017)¹⁸ met een stappenplan waarmee kan worden beoordeeld of aanleiding tot toepassing van art. 8:47 Awb bestaat;
- een beschikking van de Hoge Raad (15 september 2017)¹⁹ waarin is geoordeeld dat strijd ontstaat met art. 6 EVRM als een belanghebbende onvoldoende kans krijgt om de bewijskracht van een advies (in dit geval: een rapport van een geneesheer-directeur ter beantwoording van de vraag of een gedwongen voortgezet verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis is geïndiceerd) ter discussie te stellen;
- een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (19 december 2017)²⁰ waarin het *Korošec*-arrest uitdrukkelijk wordt genoemd als reden voor de benoeming van een deskundige (in dit geval: een geneeskundige, om antwoord te geven op de vraag of het medisch gezien verantwoord is om een uitgeprocedeerde vreemdeling uit te zetten naar een land waar

goede psychiatrische zorg geen vaststaand gegeven is).

5.2. Een uitgebreide analyse van al deze jurisprudentie gaat het bestek van dit artikel te buiten. Voor ons onderwerp is het volgende relevant: uit de omstandigheid dat de bestuursrechter een dreigende wapenongelijkheid dient te compenseren, kan worden afgeleid dat het bestuursorgaan wapenongelijkheid behoort te voorkomen. Aan deze opdracht kan worden voldaan door het organiseren van tegenspraak, onder het – door art. 6 EVRM geïnspireerde – motto dat een belanghebbende een eerlijke kans moet krijgen om de rechtmatigheid van een hem onwettig overheidsbesluit te betwisten, en in dit kader om de bewijskracht van een door het bestuursorgaan gebruikt deskundigenadvies aan te tasten.

5.3. Een belanghebbende krijgt pas een eerlijke kans op aantasting van een deskundigenadvies als hij kan achterhalen a. wie dit advies heeft opgesteld; en b. of de opsteller van het advies wel terzake kundig en niet vooringenomen is. Dit wordt slechts mogelijk als het bestuursorgaan tijdig – dit wil zeggen: uiterlijk tijdens de bezwaarprocedure, in een stadium waar kritiek van de bezwaarfase nog invloed op de heroverweging van het ter discussie staande besluit (art. 7:11 Awb) kan hebben – duidelijk maakt a. welke persoon zich met de totstandkoming van een advies heeft beziggehouden; en b. wat de betrokkene kent en kan.

5.4. Bij dit alles geldt dat de noodzaak tot het tijdig verschaffen van een goed inzicht groter wordt naarmate de band tussen het bestuursorgaan en ‘zijn’ deskundige nauwer is. Immers, precies die omstandigheid speelt een cruciale rol bij de hiervoor, in punt 5.1, aangeduide arresten en uitspraken: steeds was de klacht dat de verbondenheid tussen bestuursorgaan en deskundige afbreuk doet aan de mogelijkheden om met succes kritiek te leveren op het advies dat aan het bestreden besluit ten grondslag wordt gelegd. Dit moge duidelijk maken dat bestuursorganen die over ‘hun’ deskundige geen openheid van zaken geven, in beroepsprocedures al snel worden geconfronteerd met een ‘Korošec-verzoek’, dit is: een verzoek van de eisende partij om sowieso – ongeacht het antwoord op de vraag of op het eerste gezicht twijfel over de juistheid van het gewraakte advies bestaat – een deskundige krachtens art. 8:47 Awb te benoemen, op basis van de stelling dat zij onvoldoende mogelijkheden had en heeft tot het leveren van bruikbaar tegenbevijs.

12. Men leze in dit verband I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep. Een onderzoek naar appelpgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015. Dit proefschrift ontleent zijn bestaan mede aan het gegeven dat in bestuursrechtelijke zaken veel vaker hoger beroep wordt ingesteld (ongeveer 30% van de gevallen) dan in civielrechtelijke en strafzaken (ongeveer 5% van de gevallen).

13. Nr. 26275/12, RSV 2016/27.

14. Nr. 7183/11.

15. Nr. 56935/13.

16. ECLI:NL:RBMNE:2016:6305, AB 2017/170, m.nt. L.M. Koenraad.

17. ECLI:NL:RVS:2017:1674, AB 2017/365.

18. ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/366, m.nt. L.M. Koenraad, AB 2017/367, m.nt. A.M.L. Jansen.

19. ECLI:NL:HR:2017:2383, AB 2018/44, m.nt. A.M.L. Jansen & L.M. Koenraad.

20. ECLI:NL:RBAMS:2017:9597, JV 2018/38, m.nt. A.M.L. Jansen & L.M. Koenraad. Nota bene: de uitspraak is gedaan in Amsterdam, als zittingsplaats van de Rechtbank Den Haag (art. 8:6 lid 1 Awb juncto art. 6 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak, waarin wordt verwezen naar art. 21b leden 1 en 2 Wet op de rechterlijke organisatie).

5.5. Wie zich afvraagt hoe erg het nu is om met een 'Korošec-verzoek' te worden geconfronteerd, moet beseffen dat toewijzing van zo'n verzoek doorgaans leidt tot a. de benoeming van een deskundige door de bestuursrechter; b. daarmee langduriger onzekerheid over de afloop van de beroepsprocedure; en c. overigens een verhoogd risico op de gegrondverklaring van het beroep en de vernietiging van het bestreden besluit.²¹ Wij weerstaan de verleiding om nadere beschouwingen aan dit intrigerende verschijnsel te wijden.

5.6. Om kort te gaan: een bestuursorgaan (zoals de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid) dat gewoonlijk gebruikmaakt van deskundigen (zoals artsen bij het Bureau Medisch Adviseurs; BMA) die in dienst zijn van het openbaar lichaam waartoe het orgaan behoort (zoals het Ministerie van Justitie en Veiligheid c.q. de Immigratie- en Naturalisatiedienst), kan het zich welbeschouwd niet langer veroorloven om relevante informatie over de kennis en kunde van de betreffende deskundigen voor derden geheim te houden.²² Hetzelfde geldt voor bestuursorganen (zoals het CBR) dat vaste contractuele banden met deskundigen (zoals psychiaters) onderhoudt.²³ En bedrijven (zoals de Stichting Advisering Onroerende Zaken; SAOZ) die *ad hoc* maar frequent adviezen aan bestuursorganen (zoals gemeentebesturen) verstrekken, doen er goed aan om spontaan relevante en overigens actuele informatie over de eigen medewerkers te verstrekken.²⁴

5.7. Wie de websites van de zojuist genoemde bestuursorganen en bedrijven raadpleegt, beseft dat deze instanties bij het 'openzetten van de ramen' nog een wereld hebben te winnen. Zij kunnen een voorbeeld nemen aan de transparantie-transitie die de STAB heeft gemaakt.

21. Men leze in dit verband bijv. W.A. Faas e.a., 'De inzet van medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen: een kwantitatieve analyse over de periode 1992-2010', *Expertise en Recht* 2014, afl. 3, p. 93-104. Vgl. ook T. Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep* (Evaluatie Awb III), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 219-228. Vgl. verder A.T. Marseille, 'Dilemma's van alledaagse bestuursrechtspraak', *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 240-247.

22. Artsen van het BMA adviseren onder meer over de fysieke en psychische gesteldheid van vreemdelingen die met uitzetting worden bedreigd (vgl. art. 64 Vreemdelingenwet 2000).

23. De psychiaters 'van' het CBR adviseren onder meer over de rijvaardigheid van automobilisten (vgl. art. 130 Wegenverkeerswet 1994).

24. De SAOZ wordt door veel gemeentebesturen ingeschakeld om te adviseren over verzoeken om een tegemoetkoming in 'planschade', dit is: schade die door de vaststelling van een bestemmingsplan wordt geleden (vgl. art. 6.1 Wet ruimtelijke ordening).