



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Deskundige toetsing door de bestuursrechter

Ouwehand, I.S.; Schuurmans, Y.E.; Schutgens, R.J.B.; Schlössels, R.J.N.; Krommendijk, J.; Peters, J.A.F.; ... ; Werf, E.G.A. van der

Citation

Ouwehand, I. S., & Schuurmans, Y. E. (2022). Deskundige toetsing door de bestuursrechter. In R. J. B. Schutgens, R. J. N. Schlössels, J. Krommendijk, J. A. F. Peters, C. D. J. Bulten, A. B. Terlouw, & E. G. A. van der Werf (Eds.), *Staat en Recht* (pp. 195-217). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3494109>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3494109>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

10 | Deskundige toetsing door de bestuursrechter

Isabelle Ouwehand & Ymre Schuurmans¹

1 INLEIDING

Hoe de bestuursrechter toetst, is een kernvraag van het bestuursprocesrecht. Legt hij een accent op bevoegdheidsgebreken en procedurele vraagstukken, of op de inhoud van de besluitvorming en met welke toetsingsintensiteit doet hij dat? Het antwoord op die vraag bepaalt de grenzen die hij voor het bestuur trekt, de mate van rechtsbescherming die hij aan belanghebbenden biedt en de verantwoordelijkheid die hij in de publieke arena neemt. De afgelopen jaren is de bestuursrechter over een brede linie meer indringend gaan toetsen. Zo is de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften meer geoperationaliseerd² en lijkt dat ook voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in het verschiet te liggen.³

Een meer indringende toetsing lijkt al snel gelijk te kunnen worden gesteld aan meer rechtsbescherming – wat juristen positief waarderen. Voor zover het gaat om de beoordeling van beleidsmatige afwegingen klopt dat. Die veronderstelling is echter lastiger daar waar expertise om de hoek komt kijken. Een meer indringende toets van feitenvaststellingen kan tot meer waarheidsvinding leiden, maar niet als vanzelf. De rechter is onafhankelijk en onpartijdig, maar die hoedanigheid maakt hem niet zonder meer een betere waarheidsvinder. Ook hij is gevoelig voor verschillende vormen van bias en voor redeneerfouten. Feitenvaststellingen die niet kloppen, leiden wel tot toekenning van rechten, maar dat heeft minder met ‘rechtsbescherming’ te maken. En juist wanneer *deskundigheid* aan de feitenvaststelling te pas komt, zal het voor de rechter lastig zijn het advies inhoudelijk te toetsen.

In deze bijdrage onderzoeken wij hoe indringend of terughoudend de rechter deskundigenadviezen toetst. Is die toetsingsintensiteit vergelijkbaar met die van besluitvorming waar geen deskundigenadvisering aan ten grond-

¹ Mr. I.S. Ouwehand en prof. mr. Y.E. Schuurmans zijn beiden verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden, als respectievelijk buitenpromovenda en hoogleraar. Deze bijdrage is afgerond op 27 augustus 2021.

² Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, O&A 2019/46, m.nt. L.A. van Heusden, JB 2019/151, m.nt. B. Kaya; ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/14, m.nt. M. van Zanten.

³ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

slag ligt of spelen andere aspecten een rol? Is er ruimte voor een meer indringende toetsing van deskundigenadvisering, en zo ja, hoe kan die dan worden vormgegeven?

Voor de beantwoording van deze vragen beperken we ons niet tot de door de rechter benoemde deskundige, maar kijken wij ook naar de toetsing van het door het bestuursorgaan ingewonnen deskundigenadvies. De reden daarvoor is tweeledig. Ten eerste komt het nagenoeg niet voor dat de bestuursrechter zelf een deskundige benoemt, terwijl er géén deskundigenadvies in de bestuurlijke fase is ingewonnen. Acht de rechter een deskundigenadvies voor de beslechting van het geschil noodzakelijk en heeft het bestuur nagelaten dat in te winnen, dan zal dat al snel tot een zorgvuldigheidsvernietiging leiden. Ten tweede is de hoeveelheid informatie over de toetsingsintensiteit van het deskundigenadvies in beroep beperkt. Het komt maar heel zelden voor dat de bestuursrechter de door hem zelf benoemde deskundige niet volgt.⁴ Ervan uitgaande dat hij de deskundige zorgvuldig heeft geselecteerd en een deugdelijke vraag heeft voorgelegd, neemt hij de inhoud van het advies over, zonder dat nader te beargumenteren.⁵ Alleen wanneer partijen in beroep een discussie voeren over de deugdelijkheid van het deskundigenadvies, zal iets zichtbaar worden van de toetsingsintensiteit die de rechter aanlegt. We betrekken in de analyse van de toetsingsintensiteit dus zowel de toetsing van het deskundigenoordeel van de gerechtelijke deskundige, als het oordeel van de bestuurlijk deskundige, omdat er een grote samenhang is én er zo voldoende materiaal is om de toetsingsintensiteit te onderzoeken.

Eerst brengen we aan de hand van wetenschappelijke literatuur de theorie in kaart. In paragraaf 2 zetten we op een rij in welke mate feitenvaststelling en politiek met elkaar verweven kunnen zijn. Het gaat dan om het klassieke onderscheid tussen feitenvaststelling, feitenkwalificatie en belangenafweging en de vraag hoe discretionaire bevoegdheden zich tot de feitenvaststelling verhouden. Welke feitenvaststellingen moeten, gezien vanuit juridische normen, terughoudend of intensief worden getoetst? Op basis van deze bevindingen formuleren wij een aantal veronderstellingen over de toetsingsintensiteit van deskundigenadviezen. In paragraaf 3 gaan wij in op de kentheoretische mogelijkheden en beperkingen om feitenvaststellingen vol te toetsen.

Vervolgens wordt in de paragrafen 4 en 5 de praktijk van de Nederlandse bestuursrechter getoetst aan deze juridische en kentheoretische inzichten. Om een beeld te krijgen van de praktijk hebben wij een onderzoek gedaan naar de rechtspraak van zowel de rechtbanken als de appelcolleges. Op rechtspraak.nl

⁴ Vgl. L.M. Koenraad, 'De bestuursrechter en zijn deskundige', *EeR* 2016/4, p. 156. Het is vaste rechtspraak dat de rechter een door hem ingeschakelde deskundige volgt, behoudens bijzondere omstandigheden, zie bijv. CRvB 7 november 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB7474.

⁵ Wat vergelijkbaar is met de strafrechter, zie de bijdrage in deze bundel van R.A. Hoving, 'Het toetsingskader van de strafrechter bij de beoordeling van deskundigenbewijs', par. 3.2.

hebben wij binnen het rechtsgebied bestuursrecht gezocht op combinaties van de termen ‘terughoudend’, ‘marginaal’, ‘toets’ en ‘deskundige’. Ook is gezocht op ‘volle toetsing’ en op ‘8:47 deskundig toets’. Deze zoektocht was niet in tijd begrensd. Om meer inzicht te krijgen in de wijze waarop de rechter met onderzoeksmethodologie om gaat, is daarna op rechtspraak.nl nog gezocht op ‘deskundige*, methode, toets*’ in het rechtsgebied bestuursrecht.⁶ Deze zoektermen zijn zeer generiek en leveren een hoog aantal treffers op. Deze zijn geordend op relevantie, waarbij wij circa 300 uitspraken bekeken.⁷ Aan de hand van dit rechtspraakonderzoek bekijken we in paragraaf 4 in welke situaties en bij welke feitelijke vragen de rechter expliciet kenbaar maakt hoe indringend hij een deskundigenadvies toetst, dat wil zeggen dat hij expliciet maakt dat hij een toetsingskader toepast waarin streng of juist terughoudend wordt getoetst (deelvraag 1, inleiding bundel). Daarbij betrekken we de motivering die de rechter daarvoor geeft, in het bijzonder of hij het belang benoemt dat volgens hem met het variëren is gediend (deelvraag 2, inleiding bundel). Verder gaan we in deze paragraaf na of die motivering aansluit bij de in paragraaf 2 geformuleerde veronderstellingen. Ook onderzoeken we of er een verband is tussen het aanleggen van een minder strenge inhoudelijke toets enerzijds en het verrichten van een strengere procedurele toets (deelvraag 4, inleiding bundel). In paragraaf 5 bekijken we of een intensivering van de toetsing van deskundigenadviezen mogelijk is en zo ja, hoe die intensivering dan kan worden vormgegeven. Hierbij betrekken wij onze bevindingen uit paragraaf 3. In paragraaf 6 maken we de balans op. We concluderen in welke mate de theoretische inzichten doorwerken in de praktijk van de bestuursrechtspraak en of een duidelijke lijn valt te ontwaren in de dagelijkse toetsingspraktijk van deskundige feitenvaststellingen.

2 FEITENVASTSTELLING EN HET RECHT

Om tot een besluit te komen moeten bestuursorgaan en rechter verschillende stappen nemen. Traditioneel onderscheidt het bestuursrecht de feitenvaststelling, de feitenkwalificatie en de belangenafweging. Eerst dient het bestuursorgaan vast te stellen wat de relevante feiten zijn in een bepaalde zaak. Bijvoorbeeld: deze jongvolwassene is gediagnosticeerd met een bepaalde psychische stoornis. Vervolgens moeten deze feiten geïnterpreteerd worden in het licht van een wettelijke norm. Kwalificeren deze feiten als ‘duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie’, wat de voorwaarde is om voor een Wajong-

⁶ Voor deze verdiepingsslag is specifiek gekeken naar de periode 1 april 2017 – april 2021.

⁷ Met dit onderzoek hebben wij niet beoogd cijfermatig inzicht te verkrijgen; het ging om het verkrijgen van een beeld van de praktijk, op basis van circa 300 uitspraken. Vanwege de selectie voor publicatie op rechtspraak.nl kan niet worden gezegd of de bestudeerde uitspraken een representatief beeld van de praktijk vormen.

uitkering in aanmerking te komen?⁸ Dat vergt een interpretatie van de feiten. Is aan de voorwaarde voldaan (geen arbeidsvermogen), dan beziet het bestuursorgaan of het tot bevoegdheidsuitoefening over wil of moet gaan (verstrekking uitkering). De vrije bevoegdheden die een bestuursorgaan kan hebben, kunnen betrekking hebben op de feitenkwalificatie (beoordelingsvrijheid) en de belangenafweging (beleidsvrijheid) (hierna spreken we van het overkoepelende ‘beslisruimte’, de terminologie die de Afdeling hanteert), niet op de feitenvaststelling. Een feit heeft zich al dan niet voorgedaan; het bestuursorgaan heeft geen door de rechter te respecteren marge om zelf te bepalen welke feiten het voor waar houdt.⁹ Dat het bestuursorgaan met onzekerheidsmarges moet werken, maakt dit niet anders. Het moet ‘aannemelijk maken’ dat de rechtsfeiten zich voordoen en de bestuursrechter toetst zonder terughoudendheid of het bestuursorgaan aan die bewijslast heeft voldaan. Zo bezien is er geen juridisch theoretische basis voor een terughoudende toetsing van de feitenvaststelling.¹⁰ In de civielrechtelijke doctrine is men daar nog wat explicieter over: de rechter zelf moet voldoende overtuigd raken van de feiten. Hij mag de beslissing van het geschil niet delegeren aan een deskundige en moet dus vol de betekenis van het deskundigenadvies toetsen.¹¹

Toch ligt het iets ingewikkelder. Een strikt onderscheid tussen een objectieve feitenvaststelling en een door politiek-bestuurlijke afweging ingegeven feitenkwalificatie valt niet altijd te maken. Feitenvaststelling en feitenkwalificatie zijn soms lastig van elkaar te onderscheiden, omdat de feitenvaststelling nogal ‘theorie- of beleidsgeladen’ kan zijn. Bij theoriegeladen feitenvaststellingen reageert het bestuur op een complexe werkelijkheid. De feitelijke situatie kan lastig worden waargenomen of gemeten, maar vormt een benadering van de werkelijkheid, waarbij het bestuur sterk leunt op theoretische en modelmatige analyses. Zo is de afbakening van de relevante markt in het mededingingsrecht het resultaat van een longitudinale analyse van de kruiselasticiteiten, die aan de hand van economische modellen wordt bepaald. De keuze voor het model bepaalt mede welke invoergegevens nodig zijn. Feitenvaststelling en –

⁸ Zie art. 1a:1, lid 1, sub b, Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong).

⁹ Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006, par. 6.4.2.

¹⁰ Al denkt men daar per rechtscultuur wisselend over. In de meeste bestuursrechtelijke stelsels kan de bestuursrechter met behulp van een volle toets zelf de feiten vaststellen, maar in bijvoorbeeld het Britse en Amerikaanse bestuursrecht hecht men veel waarde aan expertise en legt de rechter een meer marginale toets aan, zie o.a. Y.E. Schuurmans, ‘Legitimatie van machtsuitoefening; een rechtsvergelijkende analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht’, in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer & Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* (preadvies NvVR, nr. 69), Nijmegen: Wlp 2009, p. 59-100.

¹¹ G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 396.

kwalificatie kunnen lastig als afzonderlijke fases van elkaar worden onderscheiden.¹²

Dat zelfde geldt voor beleidsgeladen feitenvaststellingen. Denk daarbij aan de kunstsubsidie voor ‘vernieuwende kunst’ of de ongewenstverklaring van een vreemdeling ‘in het belang van de internationale betrekkingen’.¹³ Wat er precies aan feiten is voorgevallen (waren er 3 of 5 acteurs? hoe groot zijn de bestanden die heimelijk zijn onderschept?) is voor de bevoegdheidsuitoefening beperkt van belang. Het gaat vooral om de betekenis van die feiten in de specifieke bestuurlijke context, waarvan het bestuursorgaan kennis draagt. Bij sterk beleidsgeladen feitenvaststellingen gaat het debat vaak minder om de ‘kale feitenvaststelling’, maar vooral om de interpretatie, waardoor verwacht kan worden dat de rechter zich terughoudend opstelt.

Ook als feitenvaststelling en feitenkwalificatie strikter van elkaar zijn te onderscheiden als afzonderlijke stappen, kunnen beleidsmatige overwegingen de feitenvaststelling mede bepalen. Het komt regelmatig voor dat feiten via verschillende methodes kunnen worden vastgesteld, waarbij de ene methode meer vals-positieve of vals-negatieve uitkomsten geeft, de ene duurder is in de uitvoering of tijdige besluitvorming compliceert en de ander minder belastend is voor de burger of hem meer mogelijkheden biedt om de feitenvaststelling stapsgewijs te volgen en weerleggen.¹⁴ Juist in het bestuursrecht zijn feitenvaststellingen niet enkel het resultaat van de toepassing van een wetenschappelijke methode, maar óók van beleidsmatige keuzes in snelle en efficiënte rechtsbedeling, beïnvloed door politieke context en door uitvoering opgebouwde expertise.¹⁵ Uiteraard hangt het af van de aard van de bestuurstaak hoe zwaar die beleidsmatige context speelt, waarbij uitmaakt of de onderzoeksmethode incidenteel of veelvuldig moet worden toegepast. Zo kan een discussie over de wetenschappelijke degelijkheid van een deskundigenonderzoek verweven raken met beleidsmatige keuzes. Het verschilt daarbij per rechtscultuur hoe de bestuursrechter expertise benadert en in welke mate hij

¹² Vgl. D.A. Verburg, ‘Three is a crowd: Feitenvaststelling bij gerechtelijke procedures in meerpartijengedingen’, in: R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman & D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks nr. 142), Den Haag: BJu 2009, p. 238.

¹³ Artikel 67 Vw 2000, eerder behandeld in Y.E. Schuurmans, ‘De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht’, in: R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman & D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks nr. 142), Den Haag: BJu 2009, p. 130.

¹⁴ Denk onder meer aan de uiteenlopende wijzen waarop iemands arbeidsongeschiktheid kan worden vastgesteld, hoe CO₂ uitstoot van bouwprojecten kan worden gemeten, de populatie van beschermde vogelsoorten kan worden geteld of de homoseksuele geaardheid of geloofsovertuiging van asielzoekers kan worden bepaald. Zie ook Y.E. Schuurmans, ‘De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht’, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 31-43.

¹⁵ S.A. Shapiro, ‘The failure to understand expertise in administrative law: the problem and the consequences’, *Wake Forest Law Review* (50) 2015, p. 1097-1153.

over de band van rationaliteit en wetenschappelijk bewijs de discretionaire ruimte van een bestuursorgaan verkleint.¹⁶ In de meeste Europese landen lijkt een wat terughoudende toetsing van expertise de bestuursrechtelijke cultuur,¹⁷ waarbij verwacht kan worden dat de keuze in onderzoeksmethode terughoudend wordt getoetst.

Lange tijd is vrijwel alleen over de band van discretionaire bevoegdheden over de toetsingsintensiteit in het bestuursrecht gedacht. De laatste decennia krijgt de doorwerking van fundamentele rechten in het bestuursrecht steeds meer nadruk.¹⁸ Mensenrechtenbescherming kan een andere opstelling van de rechter vergen. Zo werd al snel duidelijk dat voor de terughoudende toetsing bij punitieve besluiten geen plaats was onder artikel 6 EVRM.¹⁹ Maar ook andere fundamentele rechten kunnen meebrengen dat de bestuursrechter kritischer kijkt naar de rechtmatigheid van de inmenging in deze fundamentele rechten.²⁰ Die strengere toets komt niet enkel tot uitdrukking in een intensievere toets aan het evenredigheidsbeginsel, maar ook aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.²¹ Bestuursorganen moeten uitleggen dat de inmenging proportioneel is en hoe zij de belangen hebben afgewogen, waarvoor de feitelijke onderbouwing van die belangen deugdelijk moet zijn. Mogelijk benoemt de rechter de mensenrechtelijke context als een argument om een deskundigenoordeel meer indringend te toetsen.

Daarnaast stelt artikel 6 EVRM zelfstandig eisen aan het gebruik van expertise in beroep. Die eisen vloeien voornamelijk voort uit het beginsel van

¹⁶ C. Donnelly, 'Participation and expertise: judicial attitudes in comparative perspective', in: S. Rose-Ackermann, P.L. Lindsteh & B. Emerson (red.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 370-385.

¹⁷ C. Donnelly, 'Participation and expertise: judicial attitudes in comparative perspective', in: S. Rose-Ackermann, P.L. Lindsteh & B. Emerson (red.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 370-385, en Y.E. Schuurmans, 'Legitimatie van machtsuitoefening; een rechtsvergelijkende analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht', in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer & Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?* (preadvies NvvR, nr. 69), Nijmegen: Wlp 2009, p. 59-100.

¹⁸ Zie o.a. T. Barkhuysen, R.G. Becker & M.L. van Emmerik, 'Toetsing van overheidshandelen in het Nederlands publiekrecht', in: L.F. Wiggers-Rust & S. Lierman (red.), *Naar een eenvormige(r) toetsing. Maten en gewichten bij omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publiek- en privaatrecht in België en Nederland*, Oisterwijk: Wlp 2020, p. 13-32.

¹⁹ ABRvS 4 juni 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2229, JB 1996/172.

²⁰ A.E.M. Leijten, 'Als het om fundamentele rechten gaat: bestuursrechtelijke toetsing bezien vanuit grondrechtelijk perspectief', *TvCR* 2017, p. 51 en A.E.M. Leijten, 'De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias', *AA* 2020, p. 901-910.

²¹ ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, 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*).

hoor- en wederhoor en van wapengelijkheid tussen partijen, zo leren klassiekers als *Mantovanelli* en *Korošec*.²² Deze beginselen stellen eisen aan de invloed van partijen op de totstandkoming van het deskundigenbericht en aan hun mogelijkheden om bewijsmateriaal in te brengen. In paragraaf 4 zullen we onderzoeken of over de band van artikel 6 EVRM ook eisen worden gesteld aan de toetsingsintensiteit.

Een analyse van de juridische dogmatiek leidt, samenvattend, tot de volgende veronderstellingen, die in paragraaf 4 worden getoetst. Bij een theorie- of beleidsgeladen feitenvaststelling toetst de bestuursrechter de feitenvaststelling, waaronder het deskundigenadvies, terughoudend. Vormt het bestreden besluit een sterke inmenging in een fundamenteel recht, dan toetst de rechter de feitenvaststelling, waaronder het deskundigenadvies, meer indringend.

3 FEITENFASTSTELLING EN EPISTEMOLOGIE

De rechter die meer intensief wil toetsen, loopt niet alleen tegen discretionaire bevoegdheden en politieke wensen aan, maar ook tegen de grenzen van zijn eigen kennis. Hij is een expert in juridische normen, maar niet in geluidsmetingen, inschattingen van arbeidsvermogen of de effectiviteit van geneesmiddelen. De rechter die meer intensief wil toetsen, loopt tegen de bekende kennisparadox op.²³ Hij moet zich soms verlaten op deskundigen, maar ontbeert de inhoudelijke kennis om die deskundigen de maat te nemen. Over welke band zou de rechter dan toch de toetsing van het deskundigenbewijs kunnen intensiveren?

Veel juristen zoeken de oplossing in het selecteren van de juiste deskundige, die relevante en actuele kennis heeft om de door de rechter gestelde vraag te beantwoorden. In dat kader zijn vanuit verschillende gremia registers opgesteld, die een zekere borging moeten bieden voor de basiskwalificatie van deskundigheid, omdat de ingeschrevene aan bepaalde opleidings- en toelatingseisen voldoet.²⁴ Daarnaast gaat veel aandacht uit naar de vraagstelling aan de deskundige, omdat deze van grote invloed kan zijn op het antwoord dat door hem wordt gegeven.²⁵ Beide elementen zijn zonder meer belangrijk,

²² EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112, m.nt. A.W. Heringa, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli*); EHRM 8 oktober 2015, *AB* 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *RSV* 2016/27, m.nt. W.A. Faas. (*Korošec*).

²³ Zie o.a. R.A. Hoving, 'De deskundigenparadox: een schijnbare tegenstelling', *AA* 2018, p. 86-89.

²⁴ Zie o.a. R. Giard, 'Dwalende deskundigen: over de persoon achter het deskundigenonderzoek', *EeR* 2014/3; B.J. van Ettekovén, 'De deskundige deskundige. Over registers en de "disclosure statement"', *O&A* 2016/53; R.A. Hoving, 'De deskundigenparadox: een schijnbare tegenstelling', *AA* 2018, p. 86-89.

²⁵ O.a. L.M. Koenraad, 'Deskundig rechtspreken: Beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2007, p. 202-223; J. Faas, A.J. Akkermans,

maar staan niet garant voor een deugdelijk deskundigenoordeel. Dat advies kan nog steeds onjuistheden en redeneerfouten bevatten. Bovendien lenen beide elementen (benoeming en vraagstelling) zich beperkt voor 'intensivering' van de rechterlijke toets.

Kan de rechter de *inhoud* van het advies wel meer intensief toetsen? Juristen zijn geneigd om het accent te leggen op factoren die ze zelf kunnen beoordelen, zoals relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie.²⁶ Volgens Giard en Merckelbach zijn dat veel te algemene criteria om de toetsing van expertise te operationaliseren (en kunnen deze ook tegen waarheidsvinding ingaan, bijvoorbeeld omdat stereotypering heel helder, simpel en coherent op papier kan worden gezet, maar daarmee nog niet waar is).²⁷ Ook lastig is dat een *kritische* analyse op deze factoren niet als vanzelf plaatsvindt, *juist bij expertise*. 'Om te beginnen geldt dat hoe complexer de informatie is, des te minder een persoon geneigd is om de informatie te beoordelen aan de hand van de rationele denkwijze. Daarnaast komt uit onderzoek naar voren dat hoe minder kennis een persoon van een (vak)gebied bezit, hoe minder die persoon geneigd is om de rationele denkwijze te betrekken bij het besluitvormingsproces.'²⁸ Bij deskundigeninformatie geldt dus nog sterker dat mensen als 'default modus' varen op een intuïtieve beoordeling. Daarbij doemt de zogenaamde *authority bias* op. Deze komt er kort gezegd op neer dat mensen informatie afkomstig van een autoriteit, ongeacht de kwaliteit van de argumenten, als overtuigender ervaren dan wanneer die niet afkomstig is van een autoriteit. 'Ook blijkt uit onderzoek dat een persoon die tot zijn besluit komt door af te gaan op de autoriteitspositie van degene die informatie aan hem verstrekt, hoewel zijn oordeel simpelweg op basis van de heuristiek [intuïtieve oordeelsvorming] tot stand is gekomen, de totstandkoming van zijn beslissing veelal toeschrijft aan de inhoud van de informatie.'²⁹ Deze bias hoeft niet tot grote problemen te leiden,

W.H.A.C.M. Bouwens & A.J.M. Schellart, 'De vraagstelling aan medisch deskundigen in bestuursrechtelijke arbeidsongeschiktheidsgeschillen: 'time for a change!'', *EeR* 2014/2.

²⁶ Vgl. R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

²⁷ R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, 'De ene deskundige is de andere niet', *NJB* 2018/140, par. 2.

²⁸ M.J.C. Schröder, 'De invloed van de authority bias op het waarderen van deskundigenbewijs', *NTBR* 2016/11, p. 79, met verwijzing naar C.L. Hafer, K.L. Reynolds & M.A. Obertynski, 'Message comprehensibility and Persuasion: Effects of Complex Language in Counterattitudinal Appeals to Laypeople', *Social Cognition* (14) 1996, afl. 4, p. 317-337 en L.R. Fabrigar, R.E. Petty, S.M. Smith & S.L. Crites Jr., 'Understanding Knowledge Effects on Attitude-Behavior Consistency: The Role of Relevance, Complexity, and Amount of Knowledge', *Journal of personality and Social Psychology* (90) 2006, afl. 4, p. 556-577.

²⁹ M.J.C. Schröder, 'De invloed van de authority bias op het waarderen van deskundigenbewijs', *NTBR* 2016/11, p. 80, met verwijzing naar C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases', *Cornell Law Review* (93) 2007, afl. 1, p. 1-44; J.J. Rachlinski, 'Judicial Psychology', *Rechtstreeks* 2012, nr. 2, p. 16-20;

omdat zorgvuldig handelende deskundigen vaak tot een valide oordeel komen, waarop de rechter af mag gaan. Toch behoeft de bias aandacht, zeker gezien de politiek- en beleidsmatige context van bestuurlijke besluitvorming. De *authority bias* leidt ertoe dat rechters gemakkelijker zonder rationele toets het deskundigenoordeel overnemen, waarop het bestuursorgaan kan anticiperen teneinde politiek gevoelige besluiten *judge proof* te maken. Deze psychologische mechanismes maken dat de enkele beslissing om expertise 'meer indringend te toetsen' niet als vanzelf tot een kritischer oordeel leidt. Dat voorstellen moet worden omgezet in concrete acties om de rationele denkwijze 'aan te zetten'.

'Naar onze mening is de rechter meer gebaat bij een methodologische invalshoek die te ontleen is aan de empirische wetenschappen. Centraal daarin staat niet wie de deskundige is en zelfs niet zozeer wat hij zegt, maar eerder hoe de kennis die hij ter verklaring naar voren schuift is verkregen.'³⁰ Giard en Merckelbach leggen dus meer het accent op de methodologische wijze waarop de deskundige zijn informatie verkrijgt en toepast op het concrete geval.³¹ Zij menen dat het wel degelijk mogelijk is een onderscheid en hiërarchie in specialistische kennis aan te brengen, niet zozeer door deskundigheden op te delen in klassen, maar de methodologie te rubriceren en tussen verschillende methodologieën te differentiëren. De rechter zou zich meer moeten realiseren of hij leunt op casuïstische beschrijvingen, descriptieve of experimentele studies, waarbij de meta-analyse van verschillende experimentele studies de meest solide kennis oplevert. Enig inzicht in de methodologie is nodig om te begrijpen waar mogelijke redeneerfouten op kunnen treden. Zo kan de rechter zich meer beredeneerd afvragen of de methode causaliteit kan blootleggen, of de methode tot reproduceerbare bevindingen leidt, of hij zich laat misleiden door de base-rate-neglect (specifieke informatie uit verband trekken en onvoldoende waarde hechten aan de kleine kans dat deze specificiteit voorkomt). Ook dient hij het *reference class problem* onder ogen te zien (komt deze casus op cruciale punten overeen met de gevallen in de steekproef / de gevallen waarvoor de beleidsmatig gekozen methode is ontwikkeld?) en het G2i-probleem, dat bevraagt hoe generieke kennis naar het niveau van de individuele casus kan worden teruggebracht.³² Daarbij past wel de kanttekening dat de methodologische

R.W.M. Giard, 'Onwetendheid', *EeR* 2014/3, p. 82; L.F.H. Enneking, I. Giesen & R. Rijnhout, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilogie. Handboek Empirie en Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 1018-1020.

³⁰ R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, 'De ene deskundige is de andere niet', *NJB* 2018/140, p. 183.

³¹ R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, 'De ene deskundige is de andere niet', *NJB* 2018/140, par. 4.

³² Zie nader R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, 'De ene deskundige is de andere niet', *NJB* 2018/140. Zie ook C. Puthuppally, 'Science, Expertise and Due Deference', *KING's Student Law Review* (5) 2014, afl. 2, p. 83-98.

bevraging vooral werkt bij de deskundige die zich op wetenschappelijke kennis beroept. De deskundige die primair vaart op ervaring en intuïtie valt lastiger langs deze meetlat te leggen.³³

Naast het vergroten van de kennis van de rechter (zowel specifieke expertise, als methodologische en epistemologische kennis), kan de toetsing van het deskundigenoordeel geïntensiveerd worden door daar meer tijd en aandacht aan te besteden én daar verantwoording over af te moeten leggen. Uit psychologisch onderzoek blijkt een sterk, positief verband tussen de conditie van verantwoording en de tijd die personen besteden aan een taak.³⁴ Een relevant experiment voerden Schillemans en Giesen onlangs uit naar oordeelsvorming door (ook) rechters. In dat experiment bleek dat de tijd die mensen besteedden aan het experiment sterk samenhangt met het aantal correct gememoreerde feiten en een meer argumentatieve redeneerstijl.³⁵ Het experiment bevestigde ook dat personen die vooraf weten dat zij over hun oordeelsvorming publiekelijke verantwoording moeten afleggen, tot een hogere kwaliteit van oordelen komen dan zij die dat niet hoeven. 'De praktische consequentie is vooral dat toezichthouders en rechters er goed aan doen te garanderen dat zij opereren in een passende verantwoordingscontext; voor de rechterlijke praktijk zou dat bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de eisen die gesteld worden aan de (omvang van de) rechterlijke motivering ten minste gehandhaafd en eerder verstevigd dan afgezwakt moeten worden.'³⁶ Giard en Merckelbach maken hier ook een punt van en wijzen op de riskante asymmetrie in de rechtspraak.³⁷ Rechters plegen het volgen van een deskundige niet te motiveren; alleen wanneer de rechter van dat deskundigenoordeel wil afwijken, dient hij daarvoor een voldoende motivering te geven.³⁸ Vanuit de kennisleer is dat een onlogische regel. Willen we dat expertise meer indringend wordt getoetst, dan moet de rechter meer tijd aan zijn beoordeling besteden en weten dat hij daar verantwoording over af moeten leggen blijktens een motivering.

³³ Vgl. G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 410-411.

³⁴ T. Schillemans & I. Giesen, 'De kwaliteit van (juridische) oordelen. Verslag van een experiment over verantwoording, bias en de kwaliteit van beoordelingen bij toezichthouders en in de rechtspraak', *NJB* 2020/182, p. 187, met verwijzing naar M. Aleksovska, T. Schillemans & S. Grimmelikhuijsen, 'Lessons from five decades of experimental and behavioral research on accountability: A systematic literature review', *Journal of Behavioral Public Administration* (2) 2019, afl. 2, 1-18.

³⁵ T. Schillemans & I. Giesen, 'De kwaliteit van (juridische) oordelen. Verslag van een experiment over verantwoording, bias en de kwaliteit van beoordelingen bij toezichthouders en in de rechtspraak', *NJB* 2020/182, p. 188.

³⁶ T. Schillemans & I. Giesen, 'De kwaliteit van (juridische) oordelen. Verslag van een experiment over verantwoording, bias en de kwaliteit van beoordelingen bij toezichthouders en in de rechtspraak', *NJB* 2020/182, p. 192. Zie ook G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 380.

³⁷ R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, 'De ene deskundige is de andere niet', *NJB* 2018/140, par. 6.

³⁸ HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478, *NJ* 2004/74, r.o. 3.6.

Enige analyse van de epistemologische dimensie leidt, samenvattend, tot de volgende veronderstellingen. De rechter die deskundigenbewijs inhoudelijk meer kritisch wil toetsen, loopt op tegen de kennisparadox en *authority bias*. Wij veronderstellen dat de rechter daarom zijn toevlucht zoekt in procedurele aspecten als de keuze voor en de vraagstelling aan de deskundige en de borging van voldoende inspraak door partijen. Een geïntensiveerde toets op de inhoud van het advies kan alleen blijken uit de motivering van de uitspraak, waarbij de rechter aandacht besteedt aan de methodologie van het onderzoek. Hoe beter de argumentatie is uitgeschreven, hoe sterker de aanwijzing is voor rationele oordeelsvorming.

Bij dit alles speelt wel de kanttekening dat de bestuursrechter afhankelijk is van het partijdebat. De deugdelijkheid van het deskundigenbewijs wordt niet ambtshalve beoordeeld. Alleen wanneer de beroepsgronden van eiser daar aanleiding toe geven, zal de rechter verantwoorden waarom hij het oordeel al dan niet overneemt.

4 MOTIVERING TOETSINGSINTENSITEIT DESKUNDIGENADVIES

Hoe de bestuursrechter deskundigenadviezen in de rechtspraktijk toetst, is lastig systematisch in kaart brengen. De relevante zoektermen zijn vaak weinig onderscheidend en gebruikte termen wisselen nogal eens. Zo blijkt een volle toetsing soms letterlijk uit die bewoording door de rechter, een andere keer uit de uitgebreide weergave van het ingewonnen deskundigenadvies, de standpunten van partijen en het daarop aansluitende oordeel van de rechter. De ene keer wordt gesproken van een deskundige, expertise of advies, een andere keer beschikt de behandelend ambtenaar over een specifieke deskundigheid (zoals de bezwaarverzekeringsarts) en is de advisering meer impliciet. De rechtspraakanalyse in paragraaf 4 en 5 is gebaseerd op een brede query, waarna we hebben gezien óf de rechter de toetsingswijze expliciteert en óf zichtbaar is dat hij over de band van procedurele aspecten dan wel onderzoeksmethodologie de beoordeling van het deskundigenadvies intensiveert.

4.1 Toetsing deskundigenadvies op inhoud en op procedure

Is het bestreden besluit op een deskundigenadvies gebaseerd, dan bestaat de toetsing van dat besluit doorgaans voor een belangrijk deel uit de toetsing van het advies. Uit uitspraken is geregeld af te leiden hoe indringend de rechter het deskundigenadvies toetst. Gaat het om een beoordeling van de *inhoud* van

het advies, dan stelt de rechter zich doorgaans terughoudend op.³⁹ Is differentiatie op inhoud mogelijk, dan preciseert de bestuursrechter welke elementen hij wél indringend toetst en welke elementen niet. Is bijvoorbeeld voor de te beantwoorden (deel)vraag geen specialistische kennis of ervaring noodzakelijk waarover slechts een deskundige beschikt, dan mag de rechter zijn eigen oordeel in de plaats stellen van dat van het bestuur of de deskundige. Gedacht kan daarbij worden aan de vraag of een planologische wijziging als gevolg waarvan planschade is geleden voorzienbaar was,⁴⁰ of de vraag of sprake is van causaal verband.⁴¹ Heeft de deskundige zich over zo'n vraag uitgelaten, dan toetst de rechter diens oordeel op dit punt indringend.

Een indringende toetsing vindt ook plaats als het gaat om de *procedurele* kanten van het deskundigenadvies: zijn er vraagtekens te plaatsen bij de keuze van de persoon of organisatie van de deskundige,⁴² en is het advies wel zorgvuldig tot stand gekomen? Bij dit laatste aspect kan gedacht worden aan de vraag of de belanghebbende door de deskundige is gehoord,⁴³ en of het medisch onderzoek zorgvuldig is geweest.⁴⁴ Ook de motivering van het advies van de deskundige,⁴⁵ en de vraag of de gedachtegang van de deskundige voldoende inzichtelijk en controleerbaar is,⁴⁶ worden indringend getoetst. Zo verlangt bijvoorbeeld het CBB bij deskundigenadvisering in het kader van subsidietenders dat puntenscores worden toegelicht, die worden uitgesplitst naar individueel beoordelende adviescommissieleden.⁴⁷ Door de motivering indringend te toetsen, komt de praktijk overigens soms toch uit op een vrijwel volle toets van de inhoud het deskundigenadvies. Vooral als het onderzoek van de deskundige sterk geprotocolleerd is en het resultaat van de deskundigenadvisering en besluitvorming regelmatig aan de rechter wordt voorgelegd, kan hij de stap naar een meer inhoudelijke toetsing maken.⁴⁸ Ten slotte wordt

³⁹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2930, Rb. Overijssel 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3797 en Rb. Amsterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4210.

⁴⁰ ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3715, AB 2015/51, m.nt. H. Wiersema.

⁴¹ ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2462.

⁴² ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:374, AB 2021/121, m.nt. S. Schuite, JB 2021/50, m.nt. R. Bronsema (*Groningse aardbevingsschade*).

⁴³ ABRvS 8 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4.

⁴⁴ CRvB 15 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4312.

⁴⁵ CRvB 31 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3446.

⁴⁶ ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2953; CBB 22 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:297, AB 2017/152, m.nt. E.M.J. Hardy, JB 2017/14.

⁴⁷ Zie nader E.M.J. Hardy & L.W. Verboeket, 'Deskundigenadvisering in subsidie- en aanbestedingsrecht', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. W. den Ouden*, Deventer: Kluwer 2021, p. 67-86, i.h.b. p. 77.

⁴⁸ Zo trokken de Wajong zaken en het duurzame arbeidsvermogen specifiek onze aandacht in het rechtspraakonderzoek. Zie bijv. CRvB 28 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1953, USZ 2018/280; CRvB 31 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1694, r.o. 4.3. 'Vervolgens is in die uitspraak overwogen dat het aan de bestuursrechter is de vraag te beantwoorden of het Uwo

ook de vraag of de belanghebbende voldoende in de gelegenheid is geweest het deskundigenadvies van het bestuursorgaan te betwisten ('equality of arms') door de rechter vol getoetst.⁴⁹

De rechter expliciteert dus geregeld of hij vol of terughoudend toetst. Toch zien we ook legio uitspraken waarin je niet aan de terminologie of expliciete motivering kan afleiden welke toetsingsintensiteit de rechter aanlegt. Zo zijn er uitspraken waarin de rechter het deskundigenoordeel en partijdebat zeer uitgebreid weergeeft en daarop reageert – wat wij interpreteren als een indringende toets – zonder dat dat expliciet wordt gemaakt.⁵⁰

De variëteit in toetsingsintensiteit lijkt niet anders als het gaat om toetsing van het advies van een *door de rechter zelf* ingeschakelde deskundige. Ook bij zijn 'eigen' deskundige geldt dat hij de inhoud van dat advies terughoudend toetst,⁵¹ tenzij die deskundige zich uitlaat over een aspect waarvoor geen deskundige kennis vereist is.⁵² Gaat het om de procedurele kant van de advisering (de persoon van de deskundige en of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen), dan toetst hij indringend.⁵³ Hoofddregel is dat de bestuursrechter het advies van een door hemzelf benoemde deskundige volgt, als de motivering hem overtuigend voorkomt. Neemt de rechter dat deskundigenadvies niet over, dan moet hij zijn keuze motiveren. Speelt dit in eerste aanleg, dan toetst de appelrechter vervolgens indringend of de motivering van de rechtbank van haar aanknopingspunten voor twijfel hem overtuigen.⁵⁴

Ons valt op dat de vrij uitgebreide aandacht in de literatuur voor de selectie van de persoon van de deskundige en de deugdelijkheid van de vraagstelling, slechts beperkt terug te zien is in de rechtspraak. Er zijn maar weinig

met toepassing van de methode SMBA, de daarbij ondersteunende systemen en de in het Compendium opgenomen werkinstructie in de voorliggende zaak voldoende invulling heeft gegeven aan artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en of de gehanteerde werkwijze heeft gevoerd tot een resultaat dat de toetsing aan de artikelen 3:46 en 7:12 van de Awb kan doorstaan. Het gaat daarbij steeds om een volle toetsing van de besluitvorming.'

⁴⁹ ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674 en CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/365, 366 en 367, m.nt. L.M. Koenraad & A.M.L. Jansen, JB 2017/163, m.nt. A.M.M.M. Bots, USZ 2017/326, m.nt. E. van den Bogaard, RSV 2017/151, m.nt. W.A. Faas.

⁵⁰ Bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juni 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3363 en Rb. Rotterdam 24 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12203; ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:495; allemaal zaken waarin de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (STAB) adviseert.

⁵¹ ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2825 en ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:250.

⁵² Rb. Limburg 9 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6428.

⁵³ Rb. Limburg 21 juni 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:5712.

⁵⁴ CRvB 23 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1615, AB 2018/266, m.nt. A.C. Hendriks.

zaken waarin partijen daarover debat voeren en uitspraken waarin de letterlijke vraag aan de deskundige is opgenomen.⁵⁵

Of de rechter de indringende(r) toetsing van de procedurele kant als compensatie ziet voor de terughoudende(r) toetsing van de inhoud valt uit uitspraken niet op te maken. Ons inziens k n een terughoudende toets van de inhoud daarmee ook niet volledig worden gecompenseerd. Dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen, zegt immers niet als vanzelf iets over de juistheid van de inhoud daarvan, en andersom betekent een gebrekkige totstandkoming niet per definitie dat daarom het advies ook inhoudelijk niet zou deugen. Daar komt bij dat een procedureel gebrek doorgaans redelijk eenvoudig is op te lossen terwijl dat vaak niet leidt tot een materieel andere uitkomst. De belanghebbende is over het algemeen meer gebaat bij constatering van een ‘inhoudelijk’ gebrek, dan van een ‘procedureel’ gebrek.

4.2 Reden toetsingsintensiteit

Voor de hand ligt dat de terughoudende toetsing van de inhoud van een deskundigenadvies in verreweg de meeste gevallen wordt ingegeven door het gebrek aan kennis bij de rechter. Bij toetsing van het advies van de door de rechter ingeschakelde deskundige zal het vaak zelfs de enige factor zijn. Soms benoemt de rechter het gebrek aan de benodigde kennis expliciet: ‘Daarbij is van belang dat de rechter, die zelf niet over de daarvoor vereiste deskundigheid beschikt, de conclusie van de StAB slechts terughoudend kan toetsen.’⁵⁶ Dezelfde terughoudende opstelling neemt de rechter aan als de deskundigheid uit ervaring en intuïtie bestaat: ‘De bestuursrechter kan een taxatie slechts terughoudend toetsen. Daarbij is van belang dat de waardering van onroerende zaken niet slechts door het toepassen van een taxatiemethode plaatsvindt, maar daarbij ook de kennis, ervaring en intuïtie van de desbetreffende deskundige een rol spelen.’⁵⁷

Bij toetsing van het advies van een door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige speelt niet alleen (ontbrekende) kennis van de rechter een rol, maar ook de beslissruimte van het bestuursorgaan: ‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) kan de rechter een door een bestuursorgaan aan zijn besluitvorming ten grondslag gelegde deskundigenoordeel slechts terughoudend toetsen. *De maatstaf bij de te verrichten toetsing is niet de eigen waardering door de rechter van de nadelen van de planologische wijziging, maar de vraag of grond bestaat voor het oordeel dat het bestuursorgaan, gelet op de motivering van het advies, zich bij de besluitvorming in redelijkheid niet op dat deskundigenoordeel heeft kunnen*

⁵⁵ Dat gebeurt bijvoorbeeld wel in Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juni 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3363, Rb. Rotterdam 24 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12203, CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:1035.

⁵⁶ ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2825, r.o. 10.2.

⁵⁷ ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2953, r.o. 8.1.

baseren [cursief IO, YS]. Dit laat onverlet dat de besluitvorming dient te voldoen aan de eisen die door het recht aan de zorgvuldigheid en de motivering worden gesteld en dat de rechter de besluitvorming daaraan dient te toetsen.⁵⁸ Oftewel: de rechter kan de nadelen van de planologische wijziging wel zelf waarderen, maar die taak ligt primair bij het bestuursorgaan. De rechter benoemt daarbij niet of het deskundigenoordeel ziet op de feitenvaststelling of de feitenwaardering, noch of het om een feitenvaststelling gaat die sterk theorie- of beleidsgeladen is.

In de jurisprudentie hebben wij, anders dan we op basis van paragraaf 2 vermoedden, geen aanwijzingen gevonden dat ook de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op een fundamenteel recht van belang is voor de toetsingsintensiteit van deskundigenadvisering. Het recht op effectieve rechtsbescherming kan uiteraard vragen om bepaalde informatie- en reactiemogelijkheden van belanghebbenden,⁵⁹ maar de mensenrechtelijke dimensie werkt niet zichtbaar door op de intensiteit waarmee de rechter de inhoud van een advies toetst.

4.3 Toetsing besluit zonder deskundigenadvies

Waar bij de toetsing van de inhoud van een deskundigenadvies de nadruk vooral ligt op kennis, en in mindere mate op beslissruimte, is dit anders bij de toetsing van een besluit, waar geen deskundigenadvies aan ten grondslag ligt. Daar speelt de beslissruimte van het bestuursorgaan een doorslaggevende rol. Zo worden de uitleg en toepassing van wettelijke regels indringend getoetst in het geval deze geen beslissruimte aan het bestuursorgaan bieden.⁶⁰ Is die beslissruimte er wel, dan zal de rechter doorgaans terughoudendheid betrachten.⁶¹ Een terughoudende toetsing neemt niet weg dat een bestuursorgaan bij de vraag of het gebruik wil maken van zijn bevoegdheid zorgvuldig te werk moet gaan, alle belangen tegen elkaar moet afwegen en zijn besluit deugdelijk moet motiveren. Of dit is gebeurd, toetst de rechter indringend, over de band van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.⁶² In zoverre zien we dus een

⁵⁸ ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:176, AB 2015/270 m.nt. G.M. van den Broek, r.o. 11.1.

⁵⁹ Vgl. E.M.J. Hardy & L.W. Verboeket, 'Deskundigenadvisering in subsidie- en aanbestedingsrecht', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. W. den Ouden*, Deventer: Kluwer 2021, p. 67-86.

⁶⁰ CRvB 12 mei 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM4422.

⁶¹ Gedacht kan daarbij worden aan de gevallen waarin beoordeeld moet worden of het bestuursorgaan ervoor had mogen kiezen de hardheidsclausule niet toe te passen, ABRvS 9 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1462, of een verkeersbesluit wel of juist niet te nemen, ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1431, AB 2018/234, m.nt. L.J.A. Damen en ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2518.

⁶² ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, 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 gaswinningenzaak*).

parallel met de toetsing van deskundigenadviezen, waarin ook de meer procedurele aspecten over de band van de algemene beginselen meer indringend worden getoetst. Die parallel zien we niet als het gaat om de inbreuk op een fundamenteel recht. Waar die mensenrechtelijke dimensie, zoals wij hiervoor al signaleerden, geen rol lijkt te spelen bij de toetsingsintensiteit van deskundigenadviezen, is deze soms wel van belang in gevallen waarin aan de besluitvorming geen deskundigenadvies ten grondslag ligt. Gedacht kan dan worden aan punitieve besluiten, zoals het besluit tot oplegging van een boete.⁶³

Ook bij de toetsing van besluiten waar geen deskundigenadvies aan ten grondslag ligt, preciseert de bestuursrechter welke elementen hij wél indringend toetst en welke elementen niet, wanneer differentiatie op de inhoud mogelijk is. Ook dan zien we dat expertise een rol speelt. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar in de lijn van de Afdeling met betrekking tot de geloofwaardigheidsbeoordeling van het asielrelaas, waarin zij minder terughoudend is gaan toetsen.⁶⁴ 'De bestuursrechter toetst een onderdeel van een besluit dat bepaalde (...) keuzes inhoudt, feitelijk complex of ingewikkeld is, of *deskundigheid vereist die bij het bestuursorgaan aanwezig is*, en waardoor het bestuursorgaan *beslissingsruimte* heeft [cursief IO,YS], anders dan onderdelen van een besluit waarvoor dit niet geldt'.⁶⁵ Gaat het om de beoordeling of er tegenstrijdigheden zitten in de verklaringen van de vreemdeling en of die tegenstrijdigheden betrekking hebben op essentiële onderdelen van het asielrelaas, dan toetst de rechter indringend. 'Door de bestuursrechter kan immers zonder meer worden vastgesteld of uit de rapporten van die gehoren blijkt dat een vreemdeling tegenstrijdig heeft verklaard', aldus de Afdeling.⁶⁶ Dat ligt anders voor de feitelijke oordelen waar ervaring aan ten grondslag ligt. 'Doordat het door een vreemdeling in zijn asielrelaas gestelde vaak niet te verifiëren is, is de geloofwaardigheidsbeoordeling van de staatssecretaris van die niet met bewijs gestaafde verklaringen en vermoedens, een *mede op zijn ervaringsgegevens gebaseerde, vergelijkenderwijs gemaakte inschatting* [cursief IO,YS] of het door een vreemdeling gestelde daadwerkelijk is gebeurd. Dit werkt door in de positie van de bestuursrechter in dergelijke asielzaken.'⁶⁷ De feitenvaststelling wordt dus niet in zijn geheel terughoudend beoordeeld; de rechter beziet welke stappen in de feitenvaststelling hij ook zelfstandig kan zetten, omdat daar geen bijzondere expertise voor nodig is. Het bestuursorgaan moet vervolgens zijn oordeel ge-

⁶³ ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2630, CRvB 2 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2871 en CBb 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:186. Uit laatstgenoemde uitspraak blijkt dat de indringende toetsing voortvloeit uit artikel 6 EVRM.

⁶⁴ Zie voor een uitgebreidere beschouwing over de toetsingsintensiteit in asielzaken de bijdrage in deze bundel van K. Geertsema & A. Terlouw, 'De invloed van fundamentele rechten op de toetsingsintensiteit in het vreemdelingenrecht', par. 3.

⁶⁵ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195, m.nt. M. Reneman, r.o. 5.3.3.

⁶⁶ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195, m.nt. M. Reneman, r.o. 7.1.

⁶⁷ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195, m.nt. M. Reneman, r.o. 8.1.

baseerd op ervaring ook daadwerkelijk relateren aan zijn kennis (over landenrapporten en vergelijkbare asielaanvragen); een louter subjectief oordeel over de bevreemdendheid van een verklaring voldoet niet, ook niet met een beroep op zijn beslissruimte.⁶⁸ Interessant is dat deze rechtsontwikkeling naar een meer indringende toetsing, net als onder artikel 6 EVRM, vanuit het Europese recht is ingezet.⁶⁹

Al met al kunnen we concluderen dat de bestuursrechter geregeld motiveert hoe en waarom hij een deskundigenoordeel toetst. Welk belang met een bepaalde toetsingsintensiteit wordt gediend, wordt daarbij niet benoemd; de nadruk lijkt meer te liggen op wat de rechter *kán*. Zo wijst hij er zelf op dat de mate van expertise die het feitelijk oordeel behoeft van belang is, maar ook de beslissruimte die het bestuursorgaan heeft. De procedurele aspecten rond een deskundigenoordeel zegt hij intensief te toetsen, net als de zorgvuldigheid en motivering. Op de inhoud van het deskundigenoordeel houdt de rechter afstand, al zien we dat de rechter preciseert welke inhoudelijke elementen hijzelf kan beoordelen, zoals bijvoorbeeld de tegenstrijdigheid van informatie, en welke elementen niet. De benadering in de rechtspraak lijkt eerder praktisch dan theoretisch. Vergt een besluit een deskundigenbeoordeling dan neemt de rechter snel beslissruimte aan, zonder meer theoretisch te differentiëren in welke mate de discretionaire ruimte zich ook over de feitenvaststelling uitstrekt.

5 TOETSINGSINTENSITEIT DESKUNDIGENADVIES INTENSIVEREN?

Een indringender toetsing van de inhoud van een advies is wenselijk vanuit het perspectief van de burger en een inhoudelijke controle van bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening. In paragraaf 3 zetten wij uiteen dat hiervoor, vanwege psychologische mechanismen als de *authority bias*, concrete acties van de rechter nodig zijn om de rationele denkwijze ‘aan te zetten’. Dit kan enerzijds door als rechter inzicht te verkrijgen in de methodologie die de deskundige heeft gebruikt en anderzijds door in de uitspraak beter te motiveren *waarom* een advies al dan niet wordt gevolgd.

⁶⁸ ABRvS 24 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1499, AB 2020/289, m.nt. M. Reneman, r.o. 3.1.

⁶⁹ Het vereiste van een volle rechterlijke beoordeling van de feiten is gebaseerd op jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 11 januari 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA5147, AB 2007/76, m.nt. B.P. Vermeulen (*Salah Sheekh t. Nederland*), paragraaf 136) en het Hof van Justitie (HvJEU 28 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:524, AB 2011/304, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Samba Diouf*)), zie M. Reneman, annotatie bij ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195. Zie ook K.E. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2015.

5.1 Intensivering methodologische bevraging

In de rechtspraak zien we voorbeelden, waarin de rechter motiveert waarom het bestuursorgaan een bepaalde onderzoeksmethode heeft kunnen selecteren, waarbij hij uitlegt welke feitelijke informatie op basis van een bepaalde methode wordt vergaard en dat de methode is gevalideerd.⁷⁰ Ook kan hij duiden waarom de door appellanten voorgestelde alternatieve taxatiemethode niet geschikt is, omdat de aan de betreffende Ke-methode ten grondslag liggende uitgangspunten (een langdurige woningmarktanalyse in de buurt van Schiphol) niet representatief zijn voor de situatie rond Lelystad Airport.⁷¹ In wezen refereert de rechter hier aan het *reference class problem*, zoals benoemd in paragraaf 3. De rechter kan ook kritisch zijn op de vertaling van algemene (medische) inzichten naar de situatie van belanghebbende, waarmee hij het G2i-probleem aanstipt.⁷² Ook al komt een bestuursorgaan beslissruimte toe, een bestuursorgaan moet de rechter wel uit kunnen leggen waarom de geselecteerde onderzoeksmethode voor de betreffende besluitvorming het meest valide is.⁷³

Soms is de beoordeling door de rechter meer impliciet. Hij geeft dan uitvoerig het standpunt van verweerder ten aanzien van de deugdelijkheid van de methode van het deskundigenadvies weer (of het oordeel van de Stab) en ook de beroepsgronden, waarna de rechter overweegt dat het bestuursorgaan de bevindingen van het deskundigenonderzoek over heeft kunnen nemen.⁷⁴ Daar tegenover staan dan uitspraken waarin de rechter niet veel meer overweegt dan dat hij in het door eisers aangevoerde geen grond ziet dat in het deskundigenadvies niet van de juiste gegevens is uitgegaan en dat onvoldoende is bestreden dat de bevindingen niet kloppen.⁷⁵ Soms is wel duidelijk dat elke onderzoeksmethode berust op aannames en onzekerheden en dat het bestuursorgaan tot een redelijke keuze moet komen, zonder dat duidelijk is

⁷⁰ CRvB 27 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1968, *USZ* 2018/205 en *RSV* 2018/164, methodiek loonwaardeberekening Wajong.

⁷¹ Rb. Midden-Nederland 2 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1427, r.o. 28, ook al toetst de rechtbank terughoudend. Ook Rb. Amsterdam 12 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:808 zet de verschillende methodes inhoudelijk tegen elkaar af. Het bestuursorgaan heeft beslissruimte en duidelijk is dat eiser niet een meer valide methode naar voren heeft gebracht.

⁷² CRvB 5 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1018, *RSV* 2018/107, m.nt. A.H. Rebel, *USZ* 2018/154, m.nt. E. van den Bogaard, r.o. 4.5.

⁷³ Rb. Midden-Nederland 19 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2337.

⁷⁴ Rb. Noord-Holland 23 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:4424 over statistisch significant verband tussen afname ganzenpopulatie en aantal baankruisingen op Schiphol; Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juni 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3363 over de verschillende methodes om de warmtestralingsbelasting te beoordelen.

⁷⁵ Zie bijv. ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2427 over de methode van de berekening van de bezettingsgraad van hotelkamers in het betreffende verzorgingsgebied.

waarin de methodes verschillen.⁷⁶ Daar zou de rechter een stap in de rechtsbescherming kunnen zetten door meer expliciet stil te staan bij het verschil in methodologie.

De bestuursrechter is het beste tot die meer inhoudelijke beoordeling van deskundigenbewijs in staat indien zijn kennis wordt vergroot, ofwel door specialisatie op een deelgebied, dan wel door een meer methodologische en epistemologische scholing. Of deze instrumenten zullen worden ingezet en tot een meer intensieve beoordeling van deskundigenadviezen leiden, betwifelen we. Allereerst is van belang dat het bestuursrecht uit talloze deelgebieden bestaat, van vreemdelingenrecht tot arbeidsongeschiktheidsrecht en van omgevingsrecht tot financieel bestuursrecht, waarbij ook binnen die deelgebieden veel verschillende typen zaken voorkomen. Een bestuursrechter zal niet op al deze gebieden worden ingezet, maar zijn werkterrein zal ook zeker niet beperkt zijn tot 'slechts' één type zaak, zoals vreemdelingen- of milieuzaken. Dit maakt het vergaren van specialistische kennis lastig, nog los van de tijd die dergelijke kennisvergaring kost.⁷⁷ Bovendien moet hierbij worden bedacht dat veel gerechten een roulatiebeleid kennen, waarbij rechters in minimaal twee sectoren (bijvoorbeeld strafrecht en bestuursrecht) inzetbaar moeten kunnen zijn.⁷⁸

Ten tweede wijzen wij op de kanttekening die wij al in paragraaf 3 plaatsten: de methodologische bevraging werkt vooral bij de deskundige die zich op meer wetenschappelijke kennis beroept en minder bij de deskundige die vaart op ervaring en intuïtie. In veel van de gevallen waarin een bestuursorgaan een beslissing neemt, gaat het niet zozeer om 'pure wetenschappelijke kennis', maar spelen juist ervaring en intuïtie een belangrijke rol of kan er gebruik gemaakt worden van verschillende methodologieën. Denk aan de hiervoor al genoemde inschatting van planologisch nadeel, de taxatie, de vraag of een gebouw als monument moet worden aangewezen en de vraag of een bedrijf levensvatbaar is in het kader van het Besluit bijstand voor zelfstandigen. Vragen die doorgaans niet eenduidig met 'ja' of 'nee' te beantwoorden zijn en waar de methodologie, als die al is gebruikt, minder bepalend is dan ervaring, intuïtie en expertise door vergelijkende beoordeling. Vergroting van de kennis van de rechter zal in die gevallen niet altijd soelaas bieden.

⁷⁶ ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3819 (schatting inkomensderving); ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1656 (begroting inkomensschade aan de hand van de *discounted cash flow* methode, dan wel de KWIN methode).

⁷⁷ Vgl. de bijdrage in deze bundel van R.J.N. Schlössels, 'Beleidsruimte als zwart gat?', par. 7. Schlössels onderstreept het belang van functionele verantwoordelijkheid als factor van toetsingsintensiteit; de rechter kan niet zelf in expertise voorzien.

⁷⁸ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 021, nr. D, p. 6-7.

5.2 Intensivering motivering rechterlijk oordeel

De bestuursrechter kan door een stapsgewijze motivering van zijn beoordeling van het deskundigenadvies zijn inhoudelijke toetsing rationaliseren en daarmee intensiveren. De algemene rechtsregel dat het bestuursorgaan / de rechter mag afgaan op een deskundigenadvies dat zorgvuldig tot stand is gekomen, deed ons op voorhand vermoeden dat de motivering van het rechterlijk oordeel doorgaans niet veel om het lijf zou hebben. 'Hetgeen eiser tegen het deskundigenadvies heeft ingebracht, verschaft geen aanknopingspunten voor twijfel aan de deugdelijkheid van dat advies', of een of andere bezweringsformule verwachtten wij veelvuldig aan te treffen.

Op het gebied van de motivering van de uitspraken werden wij echter positief verrast. Niet alleen toetst de rechter waar mogelijk of (goed) is gemotiveerd waarom een bepaalde methode is gebruikt, ook zagen wij uitspraken waarin de rechter de inhoud van een deskundigenadvies zeer uitgebreid weergeeft, voordat hij de daartegen aangevoerde beroepsgronden beoordeelt.⁷⁹ Dit doet hij zowel in de gevallen dat hij het advies volgt als in de gevallen dat hij dat niet doet. Dat neemt niet weg dat de rechter nog steeds niet altijd weergeeft wat het standpunt van de deskundige is en hoe hij dat heeft onderbouwd.⁸⁰ Nu dit een relatief makkelijke manier voor de rechter is om de toetsing te intensiveren, is er op dit vlak winst te behalen.

Al met al is het mogelijk om de inhoudelijke toetsing van deskundigenadviezen te intensiveren. De gemakkelijkste stap die de bestuursrechter daarin kan zetten, is het – in alle zaken die daarom vragen – nader uitwerken van de motivering van zijn beoordeling van het deskundigenadvies. Een stapsgewijze inventarisatie, afweging en beoordeling van argumenten bevordert een rationale denkwijze en daarmee waarheidsvinding. Een meer methodologische beoordeling loont, maar vooral bij beoordelingen die op meer wetenschappelijke expertise berusten. Indringender toetsing op vlakken waar vooral ervaring en intuïtie een rol spelen, en onze indruk is dat dat in het bestuursrecht relatief vaak voorkomt, is lastiger te bereiken. De grootste slag die de rechter dan kan maken, is vragen om een motivering van het besluit, waarin die ervaring onderbouwd naar voren komt. Dat vergt meer dan een betoog in beroep 'dat dit de vaste lijn is van het bestuursorgaan', maar een illustratie aan de hand van concrete en vergelijkbare voorbeelden.

Een normatieve vraag is of de bestuursrechter deze intensivering steeds moet nastreven, in het bijzonder wanneer het bestuursorgaan beslissruimte toekomt. Dat antwoord is afhankelijk van het bredere en nog in ontwikkeling

⁷⁹ Bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juni 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3363 en Rb. Rotterdam 24 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12203; ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:495; allemaal zaken waarin de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (STAB) adviseert.

⁸⁰ Zie voor een voorbeeld waar het niet is gebeurd: ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3589.

zijnde debat rondom de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter in de *Administrative State*.⁸¹ Vele wetenschappers voelen voor een meer intensieve toetsing, al blijft expertise, opgebouwd door een handeling (besluiten) heel vaak te verrichten (*craft expertise*), een kernelement van de bestuurlijke taak.⁸²

Bij de sterk beleidsgeladen feitenvaststellingen uit paragraaf 2 en de primair op ervaring en intuïtie gebaseerde (vergelijkenderwijs uitgevoerde) feitenvaststellingen, blijft beslisruimte ons inziens een factor die om een meer terughoudende toets vraagt, omdat het om een kunde vraagt die de rechter niet in gelijke mate zich eigen kan maken.

6 CONCLUSIE

In deze bijdrage onderzochten we hoe indringend of terughoudend de bestuursrechter een deskundigenadvies toetst. Op basis van theorie over de aard van bestuursbevoegdheden verwachtten wij dat de rechter niet alle feitenvaststellingen indringend toetst. Bij de kwalificatie van de feiten in het licht van de wettelijke norm kan het bestuur over bijzondere expertise beschikken en discretie toekomen. Is de feitenvaststelling vervolgens sterk theorie- of beleidsgeladen, dan kleurt die discretie niet alleen de feitenkwalificatie, maar ook de daaraan voorafgaande feitenvaststelling. Juist bij die complexe feitenvaststellingen zal het bestuur regelmatig gebruik maken van adviezen van deskundigen. Die adviezen worden door de rechter op zorgvuldigheid getoetst, maar wij verwachtten dat hij daarbij als hoofdregel een terughoudende toets uitvoert. Aan de andere kant is voorstelbaar dat de toenemende aandacht voor mensenrechtenbescherming en de eigen verantwoordelijkheid van de rechter om die mensenrechtenbescherming te garanderen, hem aanzetten deskundigenadviezen meer indringend te toetsen bij besluiten die een forse inmenging in een fundamenteel recht vormen.

Op basis van epistemologische kennis verwachtten we dat de rechter vooral de procedurele aspecten rond deskundigenbewijs bewaakt en intensief toetst. Een meer indringende toets op de inhoud kan een rechter eigenlijk alleen uitvoeren als hij zijn *authority bias* overwint, door stapsgewijs de methodologische stappen en redeneerwijze van de deskundige te bevragen. Ook het (uitgebreider) motiveren van uitspraken en inzichtelijker maken waarom een

⁸¹ Zie o.a. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortley & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: BJu 2015, p. 7-58; C.R. Sunstein & A. Vermeule, *Law & Leviathan. Re-deeming the Administrative State*, Cambridge: Harvard University Press 2020.

⁸² Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortley & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: BJu 2015, p. 38-40; S.A. Shapiro, 'The failure to understand expertise in administrative law: the problem and the consequences', *Wake Forest Law Review* (50) 2015, p. 1097-1153.

deskundigenadvies wel of juist niet gevolgd kan worden, draagt bij aan een vollere toetsing. Het afleggen van verantwoording over het oordeel dwingt een rechter immers daar beter over na te denken.

Uit ons rechtspraakonderzoek blijkt dat de rechter regelmatig motiveert dat hij terughoudend of juist indringend toetst. Bij deskundigenadvisering maakt hij daarbij grofweg een onderscheid tussen de procedurele kant van het advies en de inhoudelijke kant. De procedurele aspecten kan hij goed vol toetsen, waaronder de motivering. Dat doet hij dan ook. De inhoud toetst hij daarentegen doorgaans terughoudend. In zoverre volgt de toetsingsintensiteit van deskundigenadvisering de toetsingsintensiteit van besluitvorming in de gevallen waarin het bestuursorgaan geen deskundige inschakelt. De reden voor de terughoudende toetsing van de inhoud is echter anders. Bij deskundigenadviezen is deze, en dat verrast niet, vooral het gebrek aan kennis bij de rechter, en in mindere mate de beslisruimte van het bestuursorgaan. Of sprake is van een (forse) inmenging in een fundamenteel recht lijkt helemaal niet van belang. De toetsingsintensiteit lijkt regelmatig meer praktisch (wat *kán* de rechter) dan theoretisch (waar zit precies de beslisruimte van het bestuursorgaan) te worden bepaald. Opvallend is verder dat de bestuursrechter – waar mogelijk – het deskundigenoordeel lijkt op te splitsen in elementen die hij wel zelf kan beoordelen (zoals bijvoorbeeld de voorzienbaarheid van een planologische wijziging) en elementen waarvoor dat niet kan. Daarmee lijkt ‘de toetsingsintensiteit’ fijnmaziger en meer gedifferentieerd te worden, wat we ook in het algemene bestuursrecht zien.

Een meer inhoudelijke toetsing van een deskundigenoordeel is tot op zekere hoogte mogelijk, namelijk door de rechter methodologisch gereedschap in handen te geven voor de toetsing van meer wetenschappelijke expertise en door de rechter meer verantwoording over zijn oordeel te laten afleggen, in de vorm van een uitgebreidere motivering in de uitspraak. Uit ons rechtspraakonderzoek blijkt dat de rechter zich van deze mogelijkheden bedient, al valt op beide onderdelen (methodologie en motivering) nog een slag te maken. We zien dat hoe meer een methode is uitgedacht en beredeneerd en de toepassing op het concrete geval is gemotiveerd (zoals bij advisering door de Stab), hoe inhoudelijker de rechter zich in de deskundigenbeoordeling mengt, waarbij de diepgang van het debat een volle toets veronderstelt. Echter, is het deskundigenoordeel vooral gebaseerd op ervaring en intuïtie, dan heeft de rechter aan dat methodologische gereedschap niet veel en is het voor hem lastig zijn vinger op eventuele zere plekken in het advies te leggen. Dat kan discussie uitlokken: verdient een meer subjectief oordeel nu juist respect, omdat het om bestuurlijke beslisruimte gaat, of mag de rechter dan juist ook een eigen oordeel vellen, omdat er geen objectieve argumenten zijn? Het bestuursorgaan dat zich op ervaringsdeskundigheid beroept moet in ieder geval iets laten zien van die door ervaring opgebouwde inzichten, wat een subjectief oordeel te boven gaat. Vele bestuursrechtelijke rechtstelsels zien *craft expertise* als een

waarde en kunde van het bestuur, die niet door de rechter kan worden overgenomen. Bij sterk beleidsgeladen feitenvaststellingen en de primair op ervaring en intuïtie gebaseerde (vergelijkenderwijs uitgevoerde) feitenvaststellingen, blijft beslisruimte ons inziens een factor die om een meer terughoudende toets vraagt, niet op procedure aspecten, maar wel op de inhoud.