

ANNOTATIE

Cangi e.a. t. Turkije (EHRM,48173/18) – Schending van art. 6, eerste lid, EVRM bij een door de rechter gevraagd deskundigenadvies?

S. Bakker

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 14-11-2023, ECLI:CE:ECHR:2023:1114JUD004817318 (EHRC-2023-0251)

1. Inleiding

Bij rechtszaken in het milieurecht komt het nogal eens voor dat de bestuursrechter advies vraagt aan een deskundige. Een dergelijk advies brengt bijvoorbeeld de gevolgen van het uitvoeren van een activiteit op de fysieke leefomgeving in kaart. Omdat een deskundigenadvies dan een belangrijke rol kan spelen in de rechterlijke procedure, zorgt art. 6, eerste lid, EVRM voor verschillende waarborgen voor de procespartijen.

Deze annotatie becommentarieert bovenstaand arrest waarin het EHRM ingaat op de inhoud van deze waarborgen, en de eisen die ten gevolge daarvan gelden voor het aanwenden van zo'n deskundigenadvies in de rechterlijke fase. Paragraaf 2 bespreekt de voorliggende zaak en paragraaf 3 werkt het toepasselijke juridische kader uit. Paragraaf 4 gaat vervolgens in op het oordeel van het EHRM, waarna paragraaf 5 een opmerking maakt over mogelijke tegenstrijdigheden in standaardrechtspraak van het EHRM over dit onderwerp. In paragraaf 6 wordt afsluitend de relevantie van het arrest voor de Nederlandse rechtspraak toegelicht.

Voorafgaand is het nog belangrijk om op te merken dat het hier niet gaat over situaties waarin het bestuur in de besluitvormingsfase een deskundigenadvies vraagt. Het *Korošec*-arrest^[1] heeft daar, ook in de Nederlandse rechtspraak, veel stof over doen opwaaien.^[2] Deze

annotatie (en dit arrest) gaat enkel over het advies dat op verzoek van de rechter tot stand is gekomen.

2. Wat speelt er in deze zaak?

In 2003 werd in Turkije een vergunning verleend voor goudwinning waarbij cyanide wordt gebruikt. Voorafgaand aan de vergunningverlening was een milieueffectrapportage opgesteld. Na een lange juridische procedure is in 2009, op verzoek van de bestuursrechter, een nieuw rapport (deskundigenadvies) verschenen, waarna diezelfde rechter in 2010 de klachten van de verzoekers afwees. Dit oordeel is in 2011 en 2013 bevestigd door de hoogste bestuursrechter in Turkije. De verzoekers in deze zaak hebben twee klachten ingediend bij het EHRM. Ten eerste stellen zij dat er geen mogelijkheid was om hun vragen voor te leggen aan de deskundigen. Ten tweede stellen zij dat er geen volledige inzage mogelijk was in het deskundigenadvies. Hierbij speelt dat het deskundigenadvies verwijst naar, en gebaseerd is op, oudere rapporten die niet openbaar zijn. De vraag die bij het EHRM voorligt, is of deze omstandigheden zorgen voor een schending van art. 6, eerste lid, EVRM.[3]

3. Juridisch kader

Er bestaat al richtinggevende jurisprudentie van het EHRM over schending van art. 6, eerste lid, EVRM bij deskundigenadviezen die op verzoek van de rechter tot stand zijn gekomen.[4] Voorop staat dat partijen effectief tegenspraak moeten kunnen bieden in de rechterlijke procedure. Een deskundigenadvies kan doorslaggevend zijn voor feitenbeoordeling door de rechter, en daarmee voor de beantwoording van de rechtsvraag. Om die reden zijn er omstandigheden waarin de partijen betrokken moeten worden bij de procedure voorafgaand aan het deskundigenadvies, omdat zij anders geen effectieve tegenspraak kunnen bieden bij de rechter. Op die manier wordt geborgd dat zij invloed hebben op de totstandkoming van de feiten die de rechter uiteindelijk beoordeelt.[5] De eerste klacht in de voorliggende zaak betreft de vraag of deze eis van betrokkenheid zo ver reikt dat partijen kunnen afdwingen dat zij vragen mogen voorleggen aan de deskundige.

Om een eerlijk proces mogelijk te maken, hebben partijen daarnaast het recht om kennis te nemen van, en te reageren op, al het bewijsmateriaal of de argumenten die de beslissing van de rechter beïnvloeden.[6] Dit geldt logischerwijs ook voor de deskundigenadviezen.[7] Bij de tweede klacht in deze zaak wordt echter gediscussieerd over de vraag of dat vereiste ook doorwerkt naar de onderliggende rapporten waarop een deskundigenadvies is gebaseerd.

Daarnaast wordt een aantal factoren gewogen om te bepalen of art. 6, eerste lid, EVRM is geschonden bij een deskundigenadvies in de rechterlijke fase, zijnde: de procedurele positie van de deskundigen; de manier waarop zij hun taken vervullen; en de wijze waarop de

rechters de uitgebrachte adviezen beoordelen.[8] Dat vergt een afweging van geval tot geval.

4. Oordeel in de voorliggende zaak

Het EHRM wijst de eerste klacht af. Uit art. 6, eerste lid, EVRM volgt niet dat partijen een recht hebben om vragen aan de deskundigen voor te leggen.[9] Een nationaalrechtelijke regel die de rechter de exclusieve bevoegdheid geeft om vragen aan de deskundige te stellen, is dan ook geoorloofd. Dit betekent concreet dat partijen niet kunnen afdwingen dat de vragen die zij willen stellen direct bij de deskundige terechtkomen.

De rechter moet er wel voor zorgen dat partijen daadwerkelijk kunnen deelnemen aan de procedure bij het deskundigenonderzoek 'voor zover de omstandigheden van de zaak dat vereisen'. [10] Dit kan de rechter bijvoorbeeld doen door onderzoekswensen bij de partijen op te vragen. Dat is in deze zaak ook gebeurd. Het EHRM treedt verder niet in de technische beoordeling over de verschillen tussen de onderzoeksopdracht zoals geformuleerd door de rechter, en de onderzoeksvragen zoals aangeleverd door de verzoekers. In deze casus speelt mee dat verzoekers niet hebben betoogd dat de vragen die zij wilden stellen doorslaggevend of cruciaal zouden zijn voor de uitkomst in de zaak.[11] Daarnaast ging het hier meer om een technisch-juridisch probleem, dan over de vraag of 'civil rights and obligations' geschonden waren.[12] Zo'n laatste schending zou kunnen zorgen dat er wel strijd is met art. 6, eerste lid, EVRM, maar daar is hier dus geen sprake van.

Het EHRM wijst de tweede klacht toe. De bevindingen uit het deskundigenadvies zijn gebaseerd op eerdere rapporten die waren opgesteld in opdracht van de ontwikkelaar van de goudmijn. Deze rapporten kunnen niet worden aangeduid als publieke informatie, en er kon niet vanuit worden gegaan dat verzoekers de rapporten konden raadplegen. Omdat de verzoekers niet beschikten over alle informatie waar het deskundigenonderzoek op was gebaseerd, en deze informatie wel doorwerkte in de beslissing van de rechter, is hier sprake van een schending van art. 6, eerste lid, EVRM.[13]

5. Consistentie met eerdere EHRM-rechtspraak

Het recht op een eerlijk proces is niet één op één van toepassing op de deskundigenprocedure, aangezien dat recht enkel ziet op de procedure bij een 'gerecht'. Dit heeft het EHRM uiteengezet in een standaardoverweging van het klassieke *Mantovanelli*-arrest uit 1997. ' (...) no general, abstract principle may therefore be inferred from this provision that, where an expert has been appointed by a court, the parties must in all instances be able to attend the interviews held by him (...). '[14]

Het EHRM neemt deze standaardoverweging in andere arresten over, onder verwijzing naar

Mantovanelli. Opvallend is dat bij arresten in 2016^[15] en 2018^[16] óf een kopieerfout is gemaakt, óf dat het EHRM een andere koers heeft ingeslagen. Dat is dan opmerkelijk genoeg niet opgemerkt in bijvoorbeeld de literatuur. In de zaak *Letinčić t. Kroatië* oordeelt het EHRM namelijk: ‘In particular, where an expert has been appointed by a court, the parties must in all instances be able to attend the interviews held by him (...).’^[17]

De betekenis die hieruit volgt is dat er wél een absoluut recht is om bij elke ondervraging aanwezig te zijn, terwijl het *Mantovanelli*-arrest juist precies het tegenovergestelde voorstaat. Dit kan worden verklaard door een kopieerfout, waarbij het onderdeel ‘no general, abstract principle may therefore be inferred’ uit de standaardoverweging is weggefallen.

Ik weet niet of het hier een bewuste keuze van het EHRM betreft. Als het een bewuste keuze is, stapt het EHRM daar in het bovenstaande arrest weer vanaf, omdat in het besproken arrest de oorspronkelijke overweging uit het *Mantovanelli*-arrest wordt overgenomen. Een bewuste keuze ligt echter niet voor de hand, omdat ook in *Letinčić t. Kroatië* gewoonweg wordt verwezen naar de standaardoverweging uit het *Mantovanelli*-arrest en er geen aandacht wordt besteed aan een beoogde koerswijziging.^[18]

Hoe het ook zij, dit punt is bij mijn weten nog niet eerder opgemerkt, terwijl het de moeite waard is om te vermelden. De ‘foutieve’ passage uit *Letinčić t. Kroatië* is namelijk één op één overgenomen in de Kroatische rechtspraak, waardoor een uitleg is gegeven door de nationale rechter die veel verder gaat dan wat Straatsburg vereist.^[19] En dat heeft voor de uitleg van art. 6, eerste lid, EVRM bij een door de rechter gevraagd deskundigenadvies, en daarmee de te volgen procedure, verstreckende gevolgen.^[20]

6. Ter afsluiting: relevantie voor het Nederlandse bestuursrecht

Het Nederlandse bestuursrecht regelt in art. 8:47 Awb het gebruik van een deskundigenadvies door de bestuursrechter. In het derde lid van dit artikel staat een discretionaire bevoegdheid voor de bestuursrechter om partijen de gelegenheid te geven hun wensen voor het onderzoek kenbaar te maken. De onderzoeksopdracht – met inbegrip van de onderzoeksvragen – wordt door de bestuursrechter zelf opgesteld. Het bovenstaande arrest geeft aan dat een dergelijke exclusieve bevoegdheid van de rechter om vragen te stellen op zich niet in strijd is met art. 6, eerste lid, EVRM. Wel kan het aannemelijk zijn dat het advies doorslaggevend is voor de feitenbeoordeling door de rechter, en dan vereist het EHRM dat partijen effectief kunnen deelnemen aan de totstandkoming van het deskundigenadvies.^[21] Of partijen dat effectief kunnen, hangt af van de omstandigheden van de zaak, en aan het bovenstaande arrest kunnen geen harde criteria worden ontleend.^[22] Wel noemt het EHRM twee omstandigheden die een rol spelen, alleen zijn deze erg afhankelijk van de voorliggende casuïstiek, en toegespitst op de

situatie in deze zaak.

Het vijfde lid van art. 8:47 Awb stelt partijen in de gelegenheid om na ontvangst van het deskundigenadvies een zienswijze in te dienen. Enkel het toezenden van het deskundigenadvies en de mogelijkheid om een zienswijze in te dienen, zal niet altijd een voldoende mogelijkheid tot tegenspraak zijn, zo volgt uit het bovenstaande arrest. Als een advies in sterke mate is gebaseerd op eerdere rapporten, moeten ook die eerdere rapporten geopenbaard worden bij de toezending van het advies en de mogelijkheid om daarover een zienswijze in te dienen.[23] In algemene zin volgt uit het recht op een eerlijk proces dat partijen moeten kunnen kennisnemen en kunnen reageren op alle informatie die het oordeel van de rechter beïnvloedt. Het is in mijn ogen dan ook logisch dat dit niet alleen voor het advies, maar voor de onderliggende rapporten geldt. Deze beïnvloeden immers ook het oordeel van de rechter.

Voor het milieurecht is nog belangrijk om te vermelden dat de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke ordening (STAB) bestaat. De STAB adviseert de bestuursrechter over vaak technische problematiek bij zaken in het omgevingsrecht. Dit staat ten tijde van het schrijven van deze annotatie nog in afdeling 8.2 Wet ruimtelijke ordening en art. 20.14 Wet milieubeheer, maar zal na 1 januari 2024 in art. 17.10 van de Omgevingswet worden geregeld. Inhoudelijk heeft deze omzetting geen effect. De ABRvS heeft in een aantal zaken over het gebruik van een advies van de STAB geen strijd gezien met art. 6, eerste lid, EVRM.[24] Het arrest dat hier is besproken, vormt mijns inziens geen aanleiding om deze uitspraken in een ander licht te zien.[25]

Sjoerd Bakker

Promovendus bij het Onderzoekcentrum voor Staat & Recht van de Radboud Universiteit in Nijmegen, sjoerd.bakker@ru.nl, www.ru.nl.

[1] *Korošec t. Slovenië*, EHRM, 8 oktober 2015, nr. 77212/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212.

[2] Zie bijv. ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674, AB 2017/365; CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/366, AB 2017/367 en JB 2017/163; B.J. van Ettehoven, 'De betekenis van de uitspraak *Korošec tegen Slovenië* voor het Nederlandse bestuursrecht', O&A 2016, p. 54-61 en D. de Groot, 'Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het *Korošec*-arrest', *NJB* 2017, p. 581-588.

[3] In deze zaak speelt ook nog de rechtsvraag of verzoekers ontvankelijk zijn, maar dat wordt

in deze annotatie buiten beschouwing gelaten.

[4] *Feldbrugge t. Nederland*, EHRM 29 mei 1986, nr. 8/1984/80/127, ECLI:NL:XX:1986:AC9393, nr. 8562/79, RSV 1987/23, m.nt. Haverkamp; *Mantovanelli t. Frankrijk*, EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, ECLI:NL:XX:1997:AD4449, NJ 1998/278, m.nt. H.J. Snijders.

[5] Par. 44-45.

[6] Par. 46.

[7] Par. 47. Zie ook: B. J. van Ettekovén, 'De betekenis van de uitspraak *Korošec* tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', O&A 2016/29, p. 56. NB: *Korošec* wordt in dit arrest niet genoemd, omdat daarin de vraag speelt welke waarborgen er zijn als een deskundige wordt ingeschakeld door *het bestuursorgaan*.

[8] Par. 45. In Nederlandse literatuur wordt n.a.v. *Mantovanelli* herhaald dat de te beantwoorden vraag van de deskundige identiek moet zijn aan die van de rechter, maar dat lees ik in dit arrest niet terug.

[9] Par. 48.

[10] Par. 48.

[11] Par. 50.

[12] Par. 51.

[13] Par. 46-47.

[14] *Mantovanelli t. Frankrijk*, EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, ECLI:NL:XX:1997:AD4449, NJ 1998/278, m.nt. H.J. Snijders, par. 33.

[15] *Letinčić t. Kroatië*, EHRM 3 mei 2016 nr. 7183/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0503JUD000718311, par. 50.

[16] *Devinar t. Slovenië*, EHRM 22 mei 2018, nr. 28621/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0522JUD002862115 par. 46.

[17] *Letinčić t. Kroatië*, EHRM 3 mei 2016 nr. 7183/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0503JUD000718311, par. 50.

[18] Zie ook A-G bij PHR 2 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1208, ro. 2.13: 'Hieruit mag niet een algemeen, abstract beginsel worden afgeleid, dat partijen in alle instanties moet worden

toegestaan de ondervragingen door de deskundige bij te wonen en de documenten waar hij zich op baseert in te zien.’

[19] *Letinčić t. Kroatië*, EHRM 3 mei 2016 nr. 7183/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0503JUD000718311, par. 50.

[20] Zie dit oordeel van de Kroatische rechter in paragrafen 57, 60 en 63: https://gjk-ks.org/wp-content/uploads/2020/01/ki_07_18_agj_ang.pdf

[21] Par. 48.

[22] Par. 48-49.

[23] NB: In deze zaak is niet aan de orde of er een conceptreactie moet worden gegeven.

[24] Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3389, *JM* 2019/1 m. nt. E.J.H. Plambeck.

[25] De mogelijkheid van commentaar op een conceptadvies laat ik achterwege, omdat het besproken arrest daar geen aandacht aan besteedt.