

# DESKUNDIGENBENOEMINGEN DOOR DE BESTUURSRECHTER IN HET MEDISCH BESTUURSRECHT: OVER BELANGENAFWEGING EN PRAGMATISME

*Elaine Mak en Jim Waasdorp*

## 1. AANLEIDING

*De heer Jansen dient bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: Uvw) wegens ziekte een aanvraag in voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Hiervoor moet hij in elk geval volledig en duurzaam arbeidsongeschikt zijn.<sup>1</sup> De beoordeling of daarvan sprake is, wordt onder meer gebaseerd op een verzekeringsgeneeskundig onderzoek.<sup>2</sup> Een verzekeringsarts van het Uvw vericht dat onderzoek en concludeert in een aan het Uvw uitgebracht medisch deskundigenadvies dat de heer Jansen niet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Op basis van dit advies wijst het Uvw de aanvraag af. In bezwaar schakelt het Uvw een tweede medisch deskundige in: de verzekeringsarts Bezwaar en Beroep van het Uvw.<sup>3</sup> Die deskundige komt tot dezelfde conclusie als de eerste arts. De heer Jansen is het met de bevindingen niet eens en wil zelf een andere medisch deskundige inschakelen. Dit lukt hem wegens gebrek aan financiële middelen echter niet en het Uvw verklaart het bezwaar ongegrond. Ook in beroep bij de bestuursrechter komt de heer Jansen niet veel verder. Volgens de bestuursrechter heeft het Uvw de conclusies van beide verzekeringsartsen aan zijn besluitvorming ten grondslag mogen leggen. Omdat de heer Jansen geen tegenbewijs heeft geleverd, ziet de bestuursrechter geen aanleiding om tegemoet te komen aan zijn verzoek een medisch deskundige te benoemen. Hij verklaart het beroep ongegrond.*

In de bestuursrechtelijke procedure zijn de partijen niet aan elkaar gelijk. Schlössels noemt bestuursorganen *repeat-players*: zij zitten goed in de materie en kunnen de rechtsstrijd inhoudelijk sturen.<sup>4</sup> De belanghebbende ziet de

---

1 Artikel 47 lid 1 aanhef en onder b Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.

2 Artikel 6 lid 1 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en artikel 2 lid 1 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten.

3 Artikel 10 lid 1 Reglement behandeling bezwaarschriften Uvw 2014.

4 R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel?', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen en T.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: Over toezicht en rechtens*, Deventer: Kluwer 2003, p. 143. Zie ook H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 254.

materie daarentegen vaak voor het eerst.<sup>5</sup> Deze ongelijkheid tussen de partijen staat op gespannen voet met het beginsel van *equality of arms*. Dit beginsel vereist volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat iedere partij een redelijke mogelijkheid heeft om haar zaak naar voren te brengen onder omstandigheden die haar niet in een substantieel nadeligere positie doen verkeren dan de wederpartij.<sup>6</sup>

Om de ongelijkheid tussen de partijen te compenseren, heeft de wetgever aan de bestuursrechter bevoegdheden toegekend om zelf onderzoek naar de feiten te doen en zich actief, niet-lijdelijk op te stellen.<sup>7</sup> Zo kan de bestuursrechter een deskundige benoemen voor onderzoek naar feiten die hij zelf wegens gebrek aan relevante kennis niet kan vaststellen.<sup>8</sup> Voorts heeft de wetgever de ongelijkheid tussen de partijen willen compenseren door een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid te laten gelden. Op die wijze kan de bestuursrechter beter inspelen op de omstandigheden van het geval. Wanneer een partij, meestal de belanghebbende, in bewijsnood komt, kan de bestuursrechter die partij tegemoetkomen zonder dat daarvoor een specifieke bewijsregel noodzakelijk is.<sup>9</sup>

Het voorbeeld van de heer Jansen maakt zichtbaar dat, ondanks de wettelijke waarborgen, sprake kan zijn van ongelijkheid tussen de partijen in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende. Het Uvw heeft twee bij dit instituut werkzame verzekeringsartsen ingeschakeld voor de vaststelling of sprake is van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid. Die artsen worden ook wel vaste deskundigen genoemd.<sup>10</sup> De heer Jansen heeft geen vaste deskundige. Er bestaat niet zoiets als een *second opinion*-instantie.<sup>11</sup> Als hij tegenbewijs wil leveren, dan zal hij zelf een medisch deskundige moeten inschakelen. Dit is niet eenvoudig. Zo is de heer Jansen er niet in geslaagd zich inhoudelijk te verweren tegen de door de verzekerings-

5 Alt 2009, p. 254. Zie voor een uitgebreide bespreking van de verhouding tussen de belanghebbende en het bestuursorgaan: A. Mallan, *Lekenbescherming in het bestuursprocesrecht* (diss. Tilburg University), Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, in het bijzonder p. 13-45 en p. 91-115.

6 EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, § 46 en de aldaar aangehaalde rechtspraak, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas.

7 PG Awb II, p. 173-177; Alt 2009, p. 255.

8 Artikelen 8:47 en 8:48 Awb (vooronderzoek) en artikel 8:60 van die wet (onderzoek ter zitting). Zie ook Mallan 2014, p. 80.

9 PG Awb II, p. 169 en 177; Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 43; Alt 2009, p. 255.

10 Zie ook infra, par. 4.

11 Zie voor een oproep tot de oprichting van een dergelijke instantie: Y.E. Schuurmans en M.F. Vermaat, 'Gebrekkige regelingen en andere pijnpunten bij medisch bewijs', *NTB* 2013, p. 188 en T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun noot bij EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, AB 2016/167, punt 6.

artsen uitgebrachte medisch deskundigenadviezen. Dit brengt mee dat hij in bewijsnood verkeert.<sup>12</sup>

Om aan bewijsnood tegemoet te komen, kan de bestuursrechter zelf een medisch deskundige benoemen. Hij neemt dan als het ware de op de belanghebbende rustende bewijslast op zijn eigen schouders. Het gaat om een bevoegdheid van de bestuursrechter. Dit betekent dat zijn procesbeslissing die strekt tot het al dan niet benoemen van een medisch deskundige een belangenafweging vereist.<sup>13</sup> Het op 8 oktober 2015 door het EHRM gewezen arrest inzake Korošec tegen Slovenië laat zien dat de bestuursrechter zich kritisch moet opstellen tegenover een door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies en dat het beginsel van *equality of arms* onder omstandigheden kan vereisen dat hij zelf een medisch deskundige benoemt.<sup>14</sup> In de praktijk zien wij echter dat de bestuursrechter zeer terughoudend van zijn bevoegdheid daartoe gebruikmaakt. Ook in de literatuur is deze trend gesignaleerd.<sup>15</sup>

Deze trend van terughoudendheid klemmt vanuit het juridisch oogpunt van de waarborg van *equality of arms*, maar ook vanuit de hedendaagse maatschappelijke eisen aan de bestuursrechtspraak. In het bijzonder wordt gewezen op de toegenomen roep om transparantie van de argumentatie van rechterlijke beslissingen, waarbij naast juridische ook relevante niet-juridische (bijvoorbeeld economische, sociologische of culturele) aspecten worden meegewogen en besproken in de belangenafweging van de bestuursrechter.<sup>16</sup> De terughoudendheid van de bestuursrechter met betrekking tot de beoordeling van medisch deskundigenadviezen en met het zelf benoemen van een medisch deskundige past in een legalistische benadering van recht en rechtspraak, waarin de correcte toepassing van de wet voorop staat.<sup>17</sup> Deze benadering verhoudt zich echter slecht met de verwachtingen van de samenleving. Een pragmatische benadering van de bestuursrechtspraak, waarin niet-juridische aspecten deel uitmaken van de belangenafweging, lijkt beter aan te sluiten bij

12 In par. 4 gaan wij uitgebreider in op de oorzaken die tot bewijsnood bij de belanghebbende kunnen leiden.

13 Vgl. L.M. Koenraad, 'Deskundig rechtspreken. Beschouwingen over de plaats van deskundigen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2007, p. 204-205.

14 Zie *infra*, par. 5.2.

15 Bijv. Schuurmans 2005, p. 226; Schlössels 2009, p. 140; W.A. Faas e.a., 'De inzet van medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidszaken: een kwantitatieve analyse over de periode 1992-2010', *E&R* 2014-3, p. 93-102 (uit het onderzoek blijkt dat de rechtbanken in de periode 1996 tot en met 2010 in gemiddeld 4,7% van de arbeidsongeschiktheidszaken een medisch deskundige hebben genoemd. Bij de CRvB lag het percentage in de genoemde periode op gemiddeld 2,6%; Bijlage bij het onderzoek, p. 1 en 3); E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortleip en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 38-40.

16 A. Hol en E. Mak, 'Van legaliteit naar pragmatisme. Over rechterlijke rede, emotie en intuïtie', *Rechtstreeks* 2010, nr. 4, p. 23-39. Zie uitgebreid *infra*, par. 3.

17 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel\*\**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 221.

de maatschappelijke behoefte, maar vereist een actievere houding van de bestuursrechter.<sup>18</sup> Deze constateringën werpen de volgende onderzoeksvraag op:

*Welke juridische en niet-juridische factoren spelen een rol in de belangenafweging die de bestuursrechter maakt bij het al dan niet benoemen van een medisch deskundige in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende en in hoeverre is een verbetering van die belangenafweging mogelijk met het oog op de waarborg van equality of arms tussen de partijen in de procedure?*

In paragraaf 2 definiëren wij twee kernbegrippen: ‘medisch bestuursrecht’ en ‘medisch deskundige’. Ook bezien wij de betrokkenheid van een medisch deskundige in de bestuursrechtelijke procedure. Vervolgens schetsen wij in paragraaf 3 het denkkader van de bestuursrechter. Daarin zetten wij de kenmerken van de legalistische en de pragmatische benadering nader uiteen en bespreken wij het toenemende belang van niet-juridische elementen in rechterlijke oordeelsvorming. In paragraaf 4 analyseren wij het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Paragraaf 5 bevat enkele praktijkvoorbeelden. Tevens geven wij indicaties van oplossingen voor betere juridische en niet-juridische oordeelsvorming door de bestuursrechter. Wij sluiten deze bijdrage in paragraaf 6 af met een conclusie.

## 2. TWEE KERNBEGRIPPEN: ‘MEDISCH BESTUURSRECHT’ EN ‘MEDISCH DESKUNDIGE’

### 2.1. Afbakening van een rechtsgebied: het medisch bestuursrecht

Deze bijdrage gaat over de belangenafweging die de bestuursrechter maakt bij het al dan niet benoemen van een medisch deskundige in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende. In dergelijke geschillen komen het bestuursrecht en de medische wetenschap samen. Wij signaleren hier een bijzonder rechtsgebied: het medisch bestuursrecht. Onder ‘medisch bestuursrecht’ verstaan wij dat deel van het bestuursrecht waarin de gezondheidstoestand van de belanghebbende bepalend is voor de uitkomst

---

18 Zie infra, par. 3.

van de bestuursrechtelijke procedure.<sup>19</sup> Deze definitie omvat veel verschillende wet- en regelgeving. Ter illustratie wijzen wij allereerst op het voorbeeld van de heer Jansen, dat tot het socialezekerheidsrecht behoort. In dit voorbeeld gaat het om de vraag of sprake is van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid. Pas als dat het geval is, komt de heer Jansen in aanmerking voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Daarnaast noemen wij de Regeling Gehandicaptenparkeerkaart. Volgens deze regeling is de medische situatie van de belanghebbende bepalend voor de vraag of hij in aanmerking komt voor een gehandicaptenparkeerkaart.<sup>20</sup> Voorts behoren delen van het vreemdelingenrecht tot het medisch bestuursrecht. Zo kan de gezondheidstoestand van een vreemdeling in de weg staan aan zijn uitzetting<sup>21</sup> en kunnen medische en psychische problemen van invloed zijn op het vermogen van een vreemdeling om zijn asielverzoek op goede wijze naar voren te brengen.<sup>22</sup>

## 2.2. De medisch deskundige en zijn betrokkenheid in de bestuursrechtelijke procedure

Kenmerkend voor het medisch bestuursrecht is de betrokkenheid van een medisch deskundige in de bestuursrechtelijke procedure. Onder ‘medisch deskundige’ verstaan wij een natuurlijk persoon die in de bestuursrechtelijke procedure door beroep of studie in staat is informatie te verschaffen over de

19 De term ‘medisch bestuursrecht’ is niet nieuw. Deze term is eerder gebruikt voor de aanduiding van (een specifiek onderdeel van) de gezondheidszorg. Zo omschrijven Nijsen en – in navolging daarvan – Arendsen het medisch bestuursrecht als een specifiek wetgevingsterrein waarbij zij zich met name concentreren op de gereguleerde informatieoverdracht tussen de diverse partijen binnen de gezondheidszorg (A. Nijsen, *Dansen met de Octopus. Een bestuurskundige visie op informatieverplichtingen van het bedrijfsleven in de sociale rechtsstaat*, Delft: Uitgeverij Eburon 2003, p. 163; R. Arendsen, *Geen bericht, goed bericht. Een onderzoek naar de effecten van de introductie van elektronisch berichtenverkeer met de overheid op de administratieve lasten van bedrijven* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 57). Daarnaast komt in de catalogus van de universiteitsbibliotheek van de Radboud Universiteit Nijmegen de term ‘medisch bestuursrecht’ voor. Daar wordt die term gebruikt voor het gezondheidsrecht. De tot op heden gebruikte omschrijvingen lijken ons niet zuiver. De term ‘medisch bestuursrecht’ suggereert een specifiek onderdeel binnen het bestuursrecht. De gezondheidszorg en het gezondheidsrecht zijn dat niet. In plaats daarvan hebben zij – en dan vooral het gezondheidsrecht – raakvlakken met zowel het bestuursrecht, als met het strafrecht, het medisch tuchtrecht en het privaatrecht. Wij zouden de term ‘medisch bestuursrecht’ dan ook niet meer willen gebruiken ter aanduiding van (een specifiek onderdeel van) het gezondheidsrecht of de gezondheidszorg.

20 Artikel 1 lid 1 aanhef en onder a tot en met e Regeling Gehandicaptenparkeerkaart. Zie ook infra, par. 2.2.

21 Artikel 64 Vreemdelingenwet 2000.

22 Zie voor het eerste en nader gehoor: artikel 3.112 onderscheidenlijk artikel 3.113 Vreemdelingenbesluit 2000.

gezondheidstoestand van de belanghebbende.<sup>23</sup> Die natuurlijk persoon kan bijvoorbeeld een huisarts, een psycholoog of een verzekeringsarts zijn.

De medisch deskundige is als volgt in de bestuursrechtelijke procedure betrokken. Het bestuursorgaan heeft de bevoegdheid om eenzijdig de inhoud van een wederkerige rechtsverhouding vast te stellen. Daar staat de plicht tegenover om te zorgen voor deugdelijke informatie teneinde de rechtspositie van de belanghebbende concreet en correct te kunnen bepalen.<sup>24</sup> In het medisch bestuursrecht betekent deze plicht dat het bestuursorgaan zich een oordeel moet vormen over de gezondheidstoestand van de belanghebbende. Bij gebrek aan de nodige kennis kan het bestuursorgaan dat niet zelf doen. De wetgever heeft het bestuursorgaan in een aantal specifieke wettelijke voorschriften verplicht om een medisch deskundigenadvies in te winnen. Wij wijzen allereerst op het voorbeeld van de heer Jansen.<sup>25</sup> Een ander voorbeeld is de vraag of de belanghebbende ten gevolge van een aandoening of gebrek in redelijkheid niet in staat is zelfstandig meer dan 100 meter aan een stuk te voet te overbruggen en om die reden in aanmerking komt voor een gehandicaptenparkeerkaart.<sup>26</sup> Meestal is het inwinnen van een medisch deskundigenadvies echter niet verplicht ingevolge een specifiek wettelijk voorschrift, maar op grond van – het algemeen geformuleerde – artikel 3:2 Awb. Die bepaling vereist van het bestuursorgaan dat het bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.<sup>27</sup>

In een – al dan niet ingevolge een specifiek wettelijk voorschrift ingewonnen – advies laat de medisch deskundige zich uit over de gezondheidstoestand van de belanghebbende. Dit advies wordt vervolgens uitgebracht aan het bestuursorgaan.<sup>28</sup> Het is dan aan het bestuursorgaan om zich ervan te vergewis-

23 Vgl. M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 242-245; B. van den Berg, *Deskundigheid in het geding: een vergelijkend onderzoek naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve en civiele rechter* (diss. Groningen), Meppel: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 3-4; L.M. Koenraad, 'Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvies in het bestuursrecht', *JBplus* 2006, p. 19.

24 Vgl. Koenraad 2006, p. 16. De term 'wederkerige rechtsverhouding' is terug te vinden in PG Awb II, p. 174.

25 In artikel 6 lid 1 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en artikel 2 lid 1 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten is het inwinnen van een medisch deskundigenadvies voorgeschreven.

26 Artikel 1 aanhef en onder a Regeling Gehandicaptenparkeerkaart, gelezen in verbinding met artikel 49 Besluit Administratieve Bepalingen inzake het Wegverkeer. Het inwinnen van een medisch deskundigenadvies wordt verplicht in artikel 2 lid 1 van voormelde regeling.

27 Vgl. Koenraad 2006, p. 20 en L.M. Koenraad, 'Deskundig tegenspreken. Beschouwingen over het betwisten van deskundigenadviezen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2009, p. 221.

28 Zie ook supra, par. 1.

sen of hij dit advies bij zijn besluitvorming mag betrekken. Het bestuursorgaan blijft namelijk verantwoordelijk voor het te nemen besluit (op bezwaar) en kan die verantwoordelijkheid niet op de medisch deskundige afschuiven.<sup>29</sup> Bij de vergewisplicht heeft het bestuursorgaan volgens Koenraad een serieus en moeilijk te ondervangen probleem, namelijk een tekort aan de nodige kennis. Dit tekort vormde immers de voornaamste reden voor het inwinnen van een medisch deskundigenadvies.<sup>30</sup> Als regel kan het bestuursorgaan dan ook volstaan met een globaal onderzoek naar de totstandkoming en de inhoud van het deskundigenadvies, met dien verstande dat wel inzage moet worden verkregen in de stukken die aan dat advies ten grondslag liggen.<sup>31</sup>

De belanghebbende kan ook zelf een medisch deskundige inschakelen om zijn gezondheidstoestand in kaart te brengen. Dit kan de belanghebbende allereerst doen voordat hij een aanvraag bij het bestuursorgaan indient, maar is daartoe niet altijd verplicht.<sup>32</sup> Het medisch deskundigenadvies kan de belanghebbende vervolgens gelijktijdig met – en ter onderbouwing van – zijn aanvraag overleggen. Meestal schakelt de belanghebbende een medisch deskundige in om de juistheid van het aan het bestuursorgaan uitgebrachte medisch deskundigenadvies te betwisten.<sup>33</sup> In beginsel mag hij hiervoor elk bewijsmiddel gebruiken, omdat het bestuursprocesrecht geen gesloten stelsel van bewijsmiddelen kent.<sup>34</sup> Wel is vereist dat het overgelegde bewijsmiddel zoveel twijfel zaait over de juistheid van het aan het bestuursorgaan uitgebrachte medisch deskundigenadvies dat het bestuursorgaan dit advies niet

29 Vgl. S.V. Hoogendijk-Deutsch, 'Advisering in het bestuursrecht', in: S.V. Hoogendijk-Deutsch en I. Samkalden, *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht (LXXX)*, Alphen aan den Rijn: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 20; Koenraad 2006, p. 16-21, 23 en 33; J.C.A. de Poorter en Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75 en 100.

30 Vgl. het spanningsveld bij de benoeming van een deskundige door de rechter. Om een advies van een deskundige inhoudelijk te kunnen beoordelen, heeft de rechter kennis nodig van het vakgebied van die deskundige, terwijl de omstandigheid dat hij die kennis niet heeft juist de reden is geweest om de deskundige te benoemen. Dit spanningsveld wordt de kennisparadox genoemd. Zie bijv. G. de Groot en A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007, p. 501; M.J.C. Schröder, 'De invloed van de authority bias op het waarderen van deskundigenbewijs', *NTBR* 2016/11, p. 76-77. Deze kennisparadox geldt uiteraard ook bij het inschakelen van een deskundige door het bestuursorgaan.

31 Koenraad 2006, p. 29.

32 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 182.

33 Zie infra, par. 4.2. In het medisch bestuursrecht is het meestal het bestuursorgaan dat als eerste zorgdraagt voor de bewijsverzameling.

34 Zie echter infra, par. 4.3, waarin wij opmerken dat in de rechtspraak vaak het overleggen van een zogeheten contra-expertise wordt vereist.

langer onverkort aan de besluitvorming ten grondslag mag leggen. Het bestuursrechtelijk bewijsrecht bepaalt wie aan zet is om bewijs over te leggen.<sup>35</sup>

In de rechterlijke fase toetst de bestuursrechter het door het bestuursorgaan genomen besluit. Ook hier is van belang dat de bestuursrechter geen specifieke kennis heeft om over de gezondheidstoestand van de belanghebbende te oordelen. Dit betekent dat de opinie van een medisch deskundige – die doorgaans buiten de expertise van de bestuursrechter valt – een overwegende invloed zal hebben op de beoordeling van de feiten en daarmee een essentieel onderdeel van het bewijs vormt.<sup>36</sup> De bestuursrechter beoordeelt of het bestuursorgaan zich in het licht van alle voorhanden medische bewijsmiddelen bij de besluitvorming heeft mogen baseren op het aan dat orgaan uitgebrachte medisch deskundigenadvies. Daarnaast kan de bestuursrechter op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb de feiten ambtshalve aanvullen. Hiertoe kan hij een medisch deskundige benoemen.<sup>37</sup>

### 3. HET DENKKADER VAN DE BESTUURSRECHTER

De geschetste kenmerken van het medisch bestuursrecht, in het bijzonder de terughoudendheid van de bestuursrechter in het benoemen van een medisch deskundige, sluiten aan bij een legalistische benadering van de bestuursrechtspraak. In deze benadering is slechts van belang of de wet op correcte wijze is toegepast door de bestuursrechter in een concrete zaak.<sup>38</sup> In een pragmatische benadering, zoals beschreven door de Amerikaanse filosoof en rechter Richard Posner, is er tevens oog voor de invloed van niet-juridische invloeden op het systeem van het recht, de persoon van de rechter en zijn denkproces.<sup>39</sup> Een dergelijke bredere benadering van rechtspraak, waarin de rechter meer is

35 Koenraad 2009, p. 221-223; Schuurmans en Vermaat 2013, p. 182. Zie *infra*, par. 4.1 en 4.2, voor een analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht.

36 Zie R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursrecht: goochelen met zekerheid?', AA 2010, p. 484; EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, § 47, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas. Vgl. de *authority bias*, die wij *infra*, in par. 3, bespreken.

37 Artikelen 8:47 en 8:48 van de Awb (vooronderzoek) en artikel 8:60 van die wet (onderzoek ter zitting).

38 Zie *supra*, par. 1.

39 R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press 2008. Deze benadering van rechtspraak sluit aan bij de stroming van het Amerikaanse rechtsrealisme, dat stelt dat rechterlijke oordeelsvorming wegens de inherente onbepaaldheid van het recht mede onder invloed staat van andere dan juridische factoren. Zie W.L.D. Wijtvliet, 'De rol van ideologie in rechterlijke oordeelsvorming', AA 2016, p. 353-362.



dan ‘la bouche de la loi’ en zijn persoon ertoe doet, hoeft overigens niet in de weg te staan aan de objectiviteit van rechterlijke oordeelsvorming.<sup>40</sup>

Een pragmatische benadering lijkt, meer dan de legalistische benadering, aan te sluiten bij de huidige maatschappelijke eisen aan de rechtspraak in Nederland. Er is vanuit de samenleving een toegenomen vraag naar transparantie met betrekking tot de persoon van de rechter<sup>41</sup> en de argumentatie van rechterlijke beslissingen.<sup>42</sup> Deze maatschappelijke roep om meer transparantie, ook van de bestuursrechtspraak, is gevoed door drie ontwikkelingen. In de eerste plaats is het gezag van publieke instituties, inclusief de rechtspraak, minder vanzelfsprekend dan voorheen.<sup>43</sup> Om gezag te behouden, moet de rechter inzetten op de kwaliteit en overtuigingskracht van de rechterlijke beslissing en op een goede communicatie met rechtzoekenden.<sup>44</sup> Met het oog op de realisatie van deze doelstellingen is bijvoorbeeld de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht ontwikkeld, waarin de bestuursrechter finale geschilbeslechting nastreeft door onder andere het gebruik van mediationstechnieken.<sup>45</sup> Ten tweede hangt de maatschappelijke roep om transparantie samen met de toegenomen macht van de rechter tot toetsing van bestuurlijk handelen. De bestuursrechter heeft door de mogelijkheid van toetsing aan internationale verdragen en de instroom van politiek gevoelige zaken meer invloed gekregen

40 Polak pleit met betrekking tot de rol van de rechter in rechtsontwikkeling voor een brede bespreking van rechtsvragen binnen de bestuursrechtspraak, bijvoorbeeld door middel van uitwisseling tussen zetels in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en afstemmingsoverleggen tussen hoogste rechters. Zie J.E.M. Polak, ‘De menselijke factor bij rechtsontwikkeling door rechters’, *NJB* 2016, p. 387-394.

41 Vgl. in het strafrecht de discussie over de benoeming van ‘apolitieke’ rechters in de Wilders-zaak.

42 Vgl. R. Ortlep, ‘Optimaliseren rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 122-127 over het belang van discursief motiveren in zaken waarin vragen van rechtsvorming en rechtseenheid spelen.

43 T. van der Meer, ‘Vertrouwen in de rechtspraak. Empirische bevindingen’, *Rechtstreeks* 2004, nr. 1.

44 C. Brinkgreve, ‘Het tanende gezag van de toga. Essay De lijdende rechter’, *RW* 2014, p. 88.

45 Y. Verkruisen en N. Doornbos, ‘De rechter als regisseur. Een verkennend onderzoek naar de ervaringen van rechtzoekenden en rechters met de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht’, *RW* 2014, p. 59-83; S.J.L. Crombach, B. van Dokkum en J.R.K.A.M. Waasdorp, *Bij de bestuursrechter. Een praktische handleiding voor de zitting bij de rechtbank*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 89-100. Zie voor twee analyses van de nieuwe zaaksbehandeling en de betekenis van die werkwijze voor de procedure in bezwaar: J.R.K.A.M. Waasdorp, ‘Ook een nieuwe zaaksbehandeling door de bezwaarschriftencommissie? Over een informelere en maatschappelijk effectievere aanpak tijdens de hoorzitting in bezwaar’, *TMC* 2015/3, p. 20-31 en J.R.K.A.M. Waasdorp, ‘De gemeentelijke bezwaarschriftencommissie. Op weg naar een informeel en effectief gesprek met de partijen tijdens de hoorzitting in bezwaar’, *Gst.* 2016/32, p. 156-162.

op de ontwikkeling van beleid.<sup>46</sup> Deze macht moet gecomplementeerd worden door de transparantie van de oordeelsvorming en motivering van rechterlijke beslissingen.<sup>47</sup> Tot slot zijn wetenschappelijke disciplines als de sociologie en de economie invloedrijker geworden in het maatschappelijke debat, hetgeen een weerslag heeft op de verwachtingen met betrekking tot de rechtspraak.<sup>48</sup> Inzichten over cognitieve processen, onder meer bij het ontstaan van rechterlijke dwalingen, zijn in toenemende mate onderdeel van de opleiding en training van juridische professionals, inclusief die van de bestuursrechter.<sup>49</sup>

In het licht van deze ontwikkelingen betreft een belangrijk onderdeel in de argumentatie van de rechter de afweging van niet-juridische elementen.<sup>50</sup> Een pragmatische benadering van rechtspraak biedt hiervoor aanknopingspunten. De niet-juridische invloeden, die een rol spelen in deze benadering, zijn divers van aard. Wij onderscheiden:<sup>51</sup>

1. *Common sense*-argumenten: argumenten gerelateerd aan presumpties betreffende menselijk gedrag of aanwezige kennis of aan veronderstelde beleidseffecten of gedragseffecten van de rechterlijke beslissing. In het bestuursprocesrecht betreft een voorbeeld de begrenzing van het beroepsrecht van belangenorganisaties met een ruime statutaire doelstelling.<sup>52</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt haar beslissing hier mede te onderbouwen met het *floodgate*-argument, dat wil zeggen de vrees voor een vloedgolf van zaken in het geval van aanvaarding van het beroepsrecht voor deze categorie.<sup>53</sup> Kritiek op het gebruik van *common sense*-argumenten is mogelijk, omdat een feitelijke grondslag ontbreekt.<sup>54</sup>
2. Attributiemechanismen: psychologische *defaults*, waarmee ook de bestuursrechter als mens is behept. Een bekend voorbeeld is de confirmatiebias, dat wil zeggen de menselijke neiging om te zoeken naar bevestiging

46 Vgl. Polak 2016, p. 388.

47 Vgl. Hirsch Ballin 2015.

48 Hol en Mak 2010, p. 24.

49 Vgl. W.A. Wagenaar, H. Israëls en P.J. van Koppen, *De slapende rechter*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009; E.G.C. Rassin, *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*, Schiedam: Scriptum 2007.

50 Vgl. de rol van experts in het strafrecht (forensisch en psychiatrisch onderzoek) en privaatrecht (medisch onderzoek in aansprakelijkheidszaken).

51 Hol en Mak 2010, p. 31-37.

52 ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008/348, m.nt. F.C.M.A. Michiels, *Gst.* 2008/141, m.nt. F.A. de Lange; ABRvS 1 oktober 2008, JB 2008/239, m.nt. R.J.N. Schlössels, *BR* 2008/188, m.nt. H.E. Woldendorp; ABRvS 1 oktober 2008, *M&R* 2008/105, m.nt. J.H. Jans.

53 J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2013, p. 10.

54 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een vervolg\*\*\**, Deventer: Kluwer 2005, nrs. 41-43.

van een hypothese met het negeren van daarbij niet-passende informatie.<sup>55</sup> Dit mechanisme lijkt van invloed te zijn geweest op het ontstaan van rechterlijke dwalingen in strafzaken, waaronder de Schiedammer Parkmoordzaak.<sup>56</sup> Een ander voorbeeld is de attributiefout, ofwel de menselijke neiging om de oorzaak van een gebeurtenis eerder te zoeken bij de handelende persoon dan bij externe factoren. Dit mechanisme kan leiden tot verkeerde aannames over causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>57</sup> Een laatste voorbeeld is de *authority bias*. Deze *bias* houdt in dat mensen geneigd zijn om ten opzichte van de mening van een deskundige veel minder kritisch te zijn dan ten opzichte van de mening van een ander. Hierdoor is de kans groot dat de mening van een deskundige veel sneller voor juist wordt aangenomen.<sup>58</sup> Onjuiste beslissingen op basis van dergelijke attributiemechanismen zijn te voorkomen door rekening te houden met alle betrokken actoren bij een zaak en aandacht te besteden aan verschillende mogelijke scenario's ten aanzien van de te beoordelen feiten. Op vergelijkbare wijze als in de andere rechtsgebieden is bewustzijn bij de bestuursrechter van deze psychologische *defaults* en training in het omgaan met de ermee verbonden valkuilen van belang voor een correcte beoordeling van de aan hem voorgelegde zaken.<sup>59</sup>

3. Emoties, als een kenbron bij het maken van inschattingen,<sup>60</sup> en intuïtie in de zin van door ervaring en kennis gevoed inzicht bij de rechter.<sup>61</sup> Een pragmatische benadering onderkent dat de klassieke benadering van rechtspraak als enkel op de rede gebaseerde oordeelsvorming te beperkt is. Emoties hebben een positieve rol in het alert maken van de rechter op bijzonderheden van een specifieke zaak. Een gevoel van onzekerheid kan bijvoorbeeld aanleiding zijn om meer informatie te zoeken of bestuderen.<sup>62</sup> Emoties hebben een negatieve rol in geval van gebruik van emotionele vuistregels die aanleiding geven tot verkeerde conclusies, zoals het selectief

55 Vgl. M. Scholten, 'Legitimatie van de rechterlijke bewijsbeslissing door het opnemen van alternatieve scenario's in de motivering', *RW* 2014, p. 42-58.

56 Rassin 2007.

57 I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008.

58 Bijv. M. Shermer, 'The Believing Brain: Why Science Is the Only Way Out of Belief-Dependent Realism', *Scientific American* 2011; R. Dobelli, *De kunst van het heldere denken. 52 denkfouten die je beter aan anderen over kunt laten*, Amsterdam: De Bezige Bij 2014, p. 38; Schröder 2016, p. 76.

59 Vgl. J.J. Rachlinski, 'Judicial Psychology', *Rechtstreeks* 2012, nr. 2, p. 15-34.

60 M. Nussbaum, *Opleving van het denken. Over menselijke emoties*, Amsterdam: Ambo/Anthos 2004, hoofdstuk 8.

61 Vgl. P. Scholten, *Algemeen Deel. Asser serie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 132.

62 M.G. IJzermans, 'De rol van rechterlijke emoties bij het oordelen', *Rechtstreeks* 2012, nr. 3, p. 26.

verzamelen van informatie dat leidt tot een sluitende argumentatie.<sup>63</sup> Voor het ontwikkelen van een betrouwbare intuïtie bij de rechter is van belang dat een gestructureerde professionele praktijk bestaat, dat wil zeggen een omgeving waarin de ervaring en kennis van de rechter mede gevormd zijn door feedback van collega's.<sup>64</sup>

In de volgende paragrafen zullen wij nagaan welke betekenis het systeem van het bestuursrechtelijke bewijsrecht en het model van de pragmatische benadering van bestuursrechtspraak hebben voor de benoeming van deskundigen in het medisch bestuursrecht.

#### 4. ANALYSE VAN HET BEWIJSRECHT IN HET MEDISCH BESTUURSRECHT

##### 4.1. Een bewijsrechtelijk stelsel

De Nederlandse wetgever heeft niet ervoor gekozen een uitgebreide regeling van bestuursrechtelijk bewijsrecht in de Awb op te nemen. Schuurmans en Vermaat wijzen erop dat in de loop van de jaren toch uit enkele algemene artikelen van die wet een bewijsrechtelijk stelsel is opgetrokken.<sup>65</sup> Op hoofdlijnen ziet dit stelsel er als volgt uit.

Gelet op artikel 3:2 Awb heeft het bestuursorgaan steeds de taak om bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. In de bestuurlijke fase zal het bestuursorgaan moeten uitleggen welke gegevens het op tafel heeft gekregen en waarom het welke conclusie aan die gegevens heeft verbonden. Hier spelen het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel een rol. Vaak brengt dit samenstel een bewijslast met zich mee voor het bestuursorgaan. Bij ambtshalve te nemen besluiten moet het bestuursorgaan aannemelijk maken dat het rechten van de belanghebbende kan ontnemen of beperken. Vraagt de belanghebbende een besluit aan – wat in de praktijk van het medisch bestuursrecht meestal het geval is – dan kan het bestuursorgaan op grond van artikel 4:2 lid 2 Awb verlangen dat de belanghebbende de noodzakelijke gegevens verschaft waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Dit betekent dat de belanghebbende primair de verantwoordelijkheid heeft voor de aanlevering van bewijsmateriaal. De precieze verdeling van de bewijslast kan echter genuanceerder liggen, omdat het bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb zorgvuldig onderzoek moet doen. In dat kader moet het bestuursorgaan de belanghebbende bijvoorbeeld begeleiden in zijn bewijsleveringsplicht en het overgelegde

63 IJzermans 2012, p. 27-28.

64 Vgl. IJzermans 2012, p. 34-35.

65 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 181 en de aldaar genoemde literatuur. Een vollediger overzicht van het bewijsrechtelijk stelsel biedt Schuurmans 2005.

bewijsmateriaal waarderen. Het gaat bij een besluit op een aanvraag dus om een wisselwerking tussen de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb.<sup>66</sup>

#### 4.2. Bewijsrecht in het medisch bestuursrecht

Het bewijsrecht in het medisch bestuursrecht sluit slechts in beperkte mate aan bij het hiervoor op hoofdlijnen geschetste stelsel van bestuursrechtelijk bewijsrecht. Het bestuursorgaan laat namelijk vrijwel altijd, dus ook als de belanghebbende een aanvraag indient, het medisch onderzoek verrichten en draagt daarmee als eerste de zorg voor de bewijsverzameling. In het voorbeeld van de heer Jansen wint het Uvw als eerste een medisch deskundigenadvies in. Schuurmans en Vermaat geven hiervoor drie redenen. In de eerste plaats is een medische beoordeling niet eenvoudig door de belanghebbende te verkrijgen.<sup>67</sup> In de tweede plaats moet het bestuursorgaan in het licht van het gelijkheidsbeginsel waarborgen dat medische beoordelingen vergelijkenderwijs worden uitgevoerd. Ondanks het feit dat vaak met protocollen wordt gewerkt, zit in de beoordeling van de diagnose, de aangewezen behandeling of de ontwikkeling van het ziektebeeld een behoorlijke marge voor interpretatie. Het bestuursorgaan zal die marge liever laten opvullen door een door hem ingeschakelde medisch deskundige dan door bijvoorbeeld een behandelend arts van de belanghebbende. Zo kan het bestuursorgaan namelijk waarborgen dat vergelijkbare gevallen gelijk worden behandeld en voorts de uitvoeringskosten meer in de hand houden. In de derde plaats kan het verzekeringskarakter van bepaalde wetten een rol spelen. Omdat de belanghebbende bijvoorbeeld jarenlang premie heeft betaald om bij ziekte een aanvullende uitkering te krijgen, heeft hij een sterk claimrecht, aldus Schuurmans en Vermaat.<sup>68</sup>

Dat het bewijsrecht in het medisch bestuursrecht slechts in beperkte mate aansluit bij het op hoofdlijnen geschetste stelsel van bestuursrechtelijk bewijsrecht, hoeft op zichzelf niet problematisch te zijn. Dit is zelfs te rechtvaardigen, gelet op de drie hiervoor gegeven redenen voor het feit dat het bestuursorgaan vrijwel steeds het medisch onderzoek laat verrichten en daarmee als eerste de zorg draagt voor de bewijsverzameling. In het medisch bestuursrecht is echter niet voorzien in een aparte regeling van bewijsrecht. Voorts wijzen Schuurmans en Vermaat erop dat sprake is van een geringe uniformiteit in bestuursrechtelijke regelgeving op dit gebied. Zo is niet consequent doordacht welk type arts het medisch onderzoek uitvoert, of kwaliteitseisen worden gesteld aan dat onderzoek, of een plicht voor de belanghebbende om mee te werken aan het onderzoek wettelijk wordt verankerd en of informatie-inwinning bij de behandelend sector als eerste stap van onderzoek wordt voorgeschreven.

---

66 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 181-182. Zie ook Koenraad 2006, p. 16-17.

67 Zie *infra*, par. 4.3.

68 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 181-182.

Schuurmans en Vermaat concluderen dan ook dat sprake is van gebrekkige wettelijke regelingen.<sup>69</sup>

#### 4.3. Bewijsnood bij de belanghebbende

Het voorbeeld van de heer Jansen laat zien dat de belanghebbende er niet altijd in slaagt om zelf een medisch deskundigenadvies in te winnen. In die gevallen kan de belanghebbende in bewijsnood verkeren ten aanzien van zijn gezondheidstoestand. Wij zien hiervoor drie oorzaken:

1. De behandelend arts is vaak niet bereid om een geneeskundige verklaring af te geven of beschikt niet over de vereiste deskundigheid;
2. In de rechtspraak worden strenge eisen gesteld aan door de belanghebbende over te leggen medische bewijsmiddelen; en/of
3. Onvoldoende financiële middelen.<sup>70</sup>

Wat betreft de eerste oorzaak van bewijsnood is van belang om te signaleren dat het bestuursorgaan een medisch deskundigenadvies inwint van een zogeheten vaste medisch deskundige.<sup>71</sup> Hieronder verstaan wij een medisch deskundige die:

1. Werkzaam is bij een niet onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan vallende adviesinstantie die over een bepaalde medische kwestie desgevraagd bij uitsluiting advies uitbrengt aan het bestuursorgaan;<sup>72</sup> of
2. Als adviseur in dienstverband werkzaam is bij het bestuursorgaan waaraan hij advies uitbrengt.<sup>73</sup>

De belanghebbende heeft niet een dergelijke vaste medisch deskundige. Hij zal dus zelf om een medische beoordeling moeten verzoeken. Hier zit de eerste oorzaak voor bewijsnood. De behandelend arts is namelijk vaak niet bereid om een geneeskundige verklaring af te geven. De Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (hierna: KNMG), de landelijke artsenfederatie, ontraadt behandelend artsen om een dergelijke verkla-

69 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185.

70 Vgl. Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185-187.

71 Zie ook supra, par. 1.

72 Een voorbeeld. Medisch deskundigenadvisering aan het bestuursorgaan in het vreemdelingenrecht geschiedt onder meer door een arts van het Bureau Medische Advisering (hierna: BMA). Het BMA is onderdeel van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, maar de arts hoeft niet in dienst te zijn van dat ministerie. Het is de arts van het BMA die bij uitsluiting een medisch deskundigenadvies uitbrengt aan het bestuursorgaan, de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, over de gezondheidstoestand van de vreemdeling. De werkwijze van het BMA is opgenomen in het Protocol Bureau Medische Advisering (te raadplegen via [www.ind.nl](http://www.ind.nl)).

73 Zie bijv. de in par. 1 genoemde verzekeringsartsen van het Uvw. Informatie over hun werkterrein en werkwijze is te vinden op [www.nvvg.nl](http://www.nvvg.nl).

ring af te geven voor de eigen patiënt.<sup>74</sup> Een geneeskundige verklaring bevat een op medische gegevens gebaseerd waardeoordeel over de patiënt en zijn gezondheidstoestand. Volgens de KNMG moet de behandelrelatie tussen arts en patiënt vrij blijven van belangenconflicten, die kunnen spelen bij het al dan niet afgeven van een geneeskundige verklaring. Het geven van een waardeoordeel dat een ander doel dient dan behandeling of begeleiding moet gebeuren door een onafhankelijke arts die deskundig is op het gebied van de vraagstelling. De KNMG acht een behandelend arts niet in staat objectief te zijn ten opzichte van zijn eigen patiënt. Daarnaast beschikt een behandelend arts volgens de KNMG meestal niet over de specifieke deskundigheid die nodig is voor het geven van een waardeoordeel en is die arts veelal niet op de hoogte van de medische criteria waaraan de instantie toetst die de verklaring nodig heeft.<sup>75</sup> Het voorgaande brengt mee dat patiënten die van hun behandelend arts een waardeoordeel vragen, doorgaans een zogeheten weigeringsbriefje krijgen. Een dergelijk briefje is opgesteld door de KNMG en bevat nadere informatie voor de patiënt over de reden(en) van de weigering.<sup>76</sup>

De tweede oorzaak voor bewijsnood bij de belanghebbende komt voort uit de strenge eisen die de bestuursrechter stelt aan door hem over te leggen medische bewijsmiddelen. Als de belanghebbende er al in slaagt om een geneeskundige verklaring van zijn behandelend arts te krijgen, dan is nog niet zonder meer gezegd dat hij daarmee een aan het bestuursorgaan uitgebracht medisch deskundigenadvies met succes kan tegenspreken. Vereist is dat de door de belanghebbende overgelegde medische bewijsmiddelen twijfel zaaien over de juistheid van het door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies. Verschil van inzicht over de uit de medische gegevens te trekken conclusies is bijvoorbeeld niet voldoende.<sup>77</sup> Voorts wordt in de rechtspraak vaak het overleggen van een zogeheten contra-expertise noodzakelijk geacht.<sup>78</sup> Koenraad definieert een contra-expertise als een nieuw onderzoek ter toetsing van dat advies. Daarmee vereist een contra-expertise een deskundige die het te toetsen deskundigenadvies bestudeert en vervolgens – op basis van eigen onderzoek – uitdrukkelijk de uitgangspunten, bevindingen en conclusies van dat advies beoordeelt. Daardoor raakt de opsteller van de contra-expertise volgens Koenraad al het ware in gesprek met de opsteller van het deskundigenadvies.<sup>79</sup> Schuurmans en Vermaat merken op dat het ontbreken

74 Zie richtlijn 3.2 van de Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens. Deze richtlijnen zijn vastgesteld door de algemene vergadering van de KNMG op 15 december 2009 en in werking getreden op 1 januari 2010.

75 Zie de toelichting bij richtlijn 3.2.

76 Zie ook Schuurmans en Vermaat 2013, p. 186-187 en de aldaar genoemde literatuur. Het weigeringsbriefje is te downloaden op [www.knmg.nl/publicatie/weigeringsbriefje](http://www.knmg.nl/publicatie/weigeringsbriefje).

77 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 188. Zie ook Koenraad 2006, p. 32.

78 Bijv. CRvB 17 oktober 2012, RSV 2012/299, JWVB 2012/193, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 8 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1173.

79 Koenraad 2009, p. 223.

van een contra-expertise veelal op zichzelf al gezien wordt als onvoldoende gefundeerde kritiek op een medisch deskundigenadvies.<sup>80</sup>

Nu hoeft de eis van een contra-expertise op zichzelf niet problematisch te zijn. De praktijk laat evenwel zien dat de belanghebbende vaak onvoldoende financiële middelen heeft om een dergelijk onderzoek te bekostigen.<sup>81</sup> Hier zit de derde oorzaak van bewijsnood. Volgens de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) heeft de bestuursrechter weliswaar op grond van artikel 8:75 Awb de mogelijkheid het bestuursorgaan te veroordelen in de kosten van een aan de belanghebbende uitgebrachte contra-expertise, maar het gaat hier om een vergoeding ‘achteraf’.<sup>82</sup> De belanghebbende zal dus eerst zelf de contra-expertise moeten bekostigen. Niet iedereen heeft hier de financiële middelen voor.<sup>83</sup> In dit verband merken wij op dat door een bijstandsgerechtigde te maken kosten voor een contra-expertise niet worden aangemerkt als uit bijzondere omstandigheden voortkomende noodzakelijke kosten als bedoeld in artikel 35 lid 1 Participatiewet.<sup>84</sup> Dit betekent dat die kosten niet vanuit die wet worden vergoed.

## 5. DE ROL VAN DE BESTUURSRECHTER IN HET MEDISCH BESTUURSRECHT

### 5.1. Wat doet de bestuursrechter?

Om aan bewijsnood bij de belanghebbende tegemoet te komen, zou de bestuursrechter zelf een medisch deskundige kunnen benoemen. De door die deskundige gemaakte kosten komen ten laste van het Rijk.<sup>85</sup> De bestuursrechter maakt van zijn bevoegdheid tot het benoemen van een medisch deskundige

80 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185 en de aldaar genoemde literatuur. Zie ook Koenraad 2009, p. 223.

81 Bijv. CRvB 9 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:908 en T.A. Vetter, ‘Slechte bewijspositie van de burger in de sociale zekerheid’, *Advokatenkollektief Oost* 20 april 2015, <http://akoost.nl/nieuws>. Vgl. Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185.

82 Bijv. CRvB 9 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:908.

83 In de literatuur wordt het verschil in financiële middelen van het bestuursorgaan en die van de belanghebbende aangeduid als financiële ongelijkheid. Zie bijv. A.G. van Galen en H.T.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht. Preadviezen VAR*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 32; Schlössels 2003, p. 142; Mallan 2014, p. 37.

84 Bijv. CRvB 3 maart 2015, *JWWB* 2015/67, *RSV* 2015/78, *USZ* 2015/141, m.nt. M.F. Vermaat. Vermaat heeft in zijn noot kritisch op deze uitspraak gereageerd en zich op het standpunt gesteld dat de CRvB helaas nog steeds weinig oog (b)lijkt te hebben voor de bewijsperikelen waarin de belanghebbende zich bevindt.

85 Zie artikel 8:36, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 8:47, eerste lid, van de Awb. Specifiek voor het medisch bestuursrecht geldt ook het bepaalde in artikel 8:48 van die wet.



echter terughoudend gebruik. Zolang de belanghebbende niet met medische bewijsmiddelen erin is geslaagd twijfel te zaaien over de juistheid van het door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies, zal de bestuursrechter geen aanleiding zien om zelf een medisch deskundige te benoemen.<sup>86</sup> Een voorbeeld is de uitspraak van de CRvB van 14 december 2015. In de zaak die tot deze uitspraak heeft geleid, heeft het Uvw de mate van arbeidsongeschiktheid van de belanghebbende na een verzekeringsgeneeskundig en arbeidsdeskundig onderzoek vastgesteld op 46,97%. Met dit percentage is de belanghebbende het niet eens. In hoger beroep heeft zij aangevoerd dat het Uvw haar klachten van migraine onvoldoende zorgvuldig heeft onderzocht en dat zij gelet op haar lichamelijke en psychische beperkingen niet in staat is om te werken. Volgens de belanghebbende is zij verdergaand beperkt dan het Uvw heeft vastgesteld. Volgens de CRvB heeft de rechtbank terecht niet getwijfeld aan de juistheid van de verzekeringsgeneeskundige rapporten. Vervolgens heeft de CRvB geoordeeld dat de belanghebbende in hoger beroep geen objectief medische informatie heeft overgelegd die haar standpunt onderbouwt dat de beperkingen die zij ondervindt als gevolg van haar depressieve klachten en haar hand-, pols- en migraineklachten door de verzekeringsarts zijn onderschat. Daarom bestaat geen aanleiding om een onafhankelijk medisch deskundige te benoemen, aldus de CRvB.<sup>87</sup>

Ook als de belanghebbende er wel in slaagt om medische bewijsmiddelen over te leggen, dan is daarmee nog niet gegeven dat de bestuursrechter zelf een medisch deskundige zal benoemen.<sup>88</sup> In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de CRvB van 20 mei 2015 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam een medisch deskundigenadvies ingewonnen van GGD Amsterdam en op basis van dit advies een aanvraag om een gehandicaptenparkeerkaart afgewezen. In hoger beroep heeft de belanghebbende onder verwijzing naar informatie van de behandelend sector (informatie van de neuroloog, huisarts en orthopedisch chirurg) betoogd dat er aanleiding is te twifelen aan het medisch deskundigenadvies. De CRvB heeft echter allereerst geoordeeld dat het medisch onderzoek van de GGD-arts niet onzorgvuldig is. Vervolgens heeft de CRvB de door de belanghebbende overgelegde informatie van de behandelend sector beoordeeld en geconcludeerd dat die informatie geen grond oplevert voor twijfel aan het oordeel van de GGD-arts.<sup>89</sup>

---

86 Schuurmans en Vermaat 2013, p. 185-186; Faas e.a. 2014, p. 93.

87 CRvB 14 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4816.

88 Vgl. *infra*, par. 4.3.

89 CRvB 20 mei 2015, ECLI:NL:CRVS:2015:3048.

## 5.2. Indicaties voor oplossingen voor betere juridische en niet-juridische oordeelsvorming

De bestuursrechter kan een schending van het beginsel van *equality of arms* voorkomen door actiever gebruik te maken van zijn bevoegdheid een medisch deskundige te benoemen. In dit verband wijzen wij op het in paragraaf 1 al genoemde arrest van het EHRM van 8 oktober 2015 inzake Korošec tegen Slovenië. In de zaak die tot dit arrest heeft geleid, ging het – kort gezegd – om de vraag of de nationale rechters voormeld beginsel hadden geschonden door hun beslissing in overwegende mate te baseren op de aan het bestuursorgaan uitgebrachte medisch deskundigenadviezen van twee door dat bestuursorgaan benoemde arbeidsongeschiktheidscommissies en voorts door geen gehoor te geven aan het verzoek van de belanghebbende om een medisch deskundige te benoemen.<sup>90</sup> Het EHRM heeft geoordeeld dat voor de beoordeling of sprake is van een schending van het beginsel van *equality of arms* de volgende drie factoren van belang zijn:

1. De aard van de aan de medisch deskundige opgedragen taak;
2. De positie van die deskundige in de hiërarchie ten opzichte van het bestuursorgaan; en
3. De rol van de medisch deskundige in de procedure en dan met name het gewicht dat de bestuursrechter aan zijn bevindingen toekent.<sup>91</sup>

Dit oordeel van het EHRM biedt de bestuursrechter een aantal richtlijnen die hij in zijn belangenafweging kan meenemen met betrekking tot het al dan niet benoemen van een medisch deskundige.<sup>92</sup> Als de bestuursrechter zijn oordeel in overwegende mate zal baseren op een of meerdere aan het bestuursorgaan over de gezondheidstoestand van de belanghebbende uitgebrachte adviezen van een medisch deskundige die banden met dat bestuursorgaan heeft, dan zal hij op zijn hoede moeten zijn en zich bijzonder moeten inspannen om de *equality of arms* van beide partijen te verzekeren.<sup>93</sup> Wij roepen de bestuursrechter op om de drie door het EHRM geformuleerde factoren, zoals hierboven weergegeven, steeds kenbaar in zijn belangenafweging te betrekken.

Naast het kenbaar in acht nemen van deze drie factoren kan de bestuursrechter sneller overwegen om een medisch deskundige te benoemen als de

90 Vgl. het in par. 1 gegeven voorbeeld van de heer Jansen en de bij het Uwv werkzame verzekeringsartsen.

91 EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië, § 52, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas. Het EHRM verwijst hier naar §§ 47-55 van zijn arrest van 5 juli 2007, nr. 31930/04, *Sara Lind Eggertsdóttir tegen IJsland*, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

92 Zie ook W.A. Faas in zijn noot bij EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië (RSV 2016/27).

93 Vgl. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun noot bij EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec tegen Slovenië (AB 2016/167, punt 4).

belanghebbende enig medisch bewijsmiddel overlegt. Dit bewijsmiddel zou volgens ons geen contra-expertise hoeven zijn. De belanghebbende kan bijvoorbeeld ook een brief van zijn behandelend arts overleggen.<sup>94</sup> Het versoepleten van de – strenge – eis van een contra-expertise<sup>95</sup> past naar onze mening beter in het bestuursprocesrecht dat geen gesloten stelsel van bewijsmiddelen kent, zodat in beginsel elk bewijsmiddel mag worden gebruikt om de juistheid van een aan het bestuursorgaan uitgebracht medisch deskundigenadvies te betwisten.<sup>96</sup> Ook als een bewijsmiddel niet op alle punten overtuigend is of als de belanghebbende in bewijsnood verkeert, zou de bestuursrechter een medisch deskundige moeten benoemen.<sup>97</sup>

Vanuit de hierboven beschreven pragmatische omgang met niet-juridische invloeden op rechterlijke oordeelsvorming kan een aantal verdere aanbevelingen worden gedaan ten behoeve van een adequate afweging van de bestuursrechter om al dan niet een medisch deskundige te benoemen. In algemene zin is de eerste doelstelling in dit verband om de bestuursrechter bewust te maken van de invloed van deze elementen, zoals *common sense*-argumenten, attributiemechanismen en professionele intuïtie, in de belangenafweging tussen het bestuursorgaan en de belanghebbende. Ten tweede heeft de bestuursrechter in de pragmatische benadering de beschikking over specifieke methoden voor de omgang met deze niet-juridische elementen.

Bij de beoordeling van het deskundigenbewijs over de gezondheidstoestand van de belanghebbende moet de bestuursrechter meer uitdrukkelijk ingaan op niet-juridische argumenten die een rol spelen in het oordeel. In de zaak van de heer Jansen kan bijvoorbeeld relevant zijn in hoeverre het oordeel over zijn volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid van invloed kan zijn op de beoordeling in volgende zaken of een ongewenste aanzuigende werking kan hebben (*floodgate*-argument).<sup>98</sup> De bestuursrechter zal in dat geval moeten inschatten of extra informatie van een door hem benoemde medisch deskundige<sup>99</sup> nodig is voor het beoordelen van de maatschappelijke gevolgen van zijn beslissing. Voor zover relevant voor zijn oordeel, zal de bestuursrechter ook in de motivering van zijn beslissing moeten ingaan op dergelijke niet-juridische argumenten.<sup>100</sup>

94 Zo had de CRvB in de zaak die heeft geleid tot zijn in par. 5.1 besproken uitspraak van 20 mei 2015 op basis van de door de belanghebbende overgelegde medische informatie van de behandelend sector ervoor kunnen kiezen een medisch deskundige te benoemen. In plaats daarvan heeft de CRvB die informatie zelf beoordeeld.

95 Zie supra, par. 4.3.

96 Zie supra, par. 2.2.

97 Vgl. De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008, p. 86-88; Koenraad 2009, p. 223 en 242; Hirsch Ballin 2015.

98 Zie supra, par. 3.

99 Of van een ander type deskundige. De Poorter pleit voor de mogelijkheid van *amicus curiae* in het bestuursrecht; De Poorter 2013, p. 32-35.

100 De Poorter 2013, p. 36; Hirsch Ballin 2015, p. 40.

Ter voorkoming van onjuiste oordelen over de feiten op basis van psychologische *defaults* is een kritische benadering van het deskundigenbewijs van belang. Naast de procesrechtelijke waarborg van *equality of arms* kan in dit verband worden gewezen op maatregelen ter verbetering van de inhoudelijke kwaliteit van het bewijs. Vóór het benoemen van een deskundige die geen banden heeft met het bestuursorgaan pleit dat de inhoudelijke waardering van de feiten kan verbeteren door het inroepen van deskundigen met verschillende affiliaties. Rechtspsycholoog Harald Merckelbach wijst erop dat rechterlijke dwalingen in strafzaken juist aan het licht zijn gekomen door de inspanningen van ‘hoogst eigenwijze’ deskundigen die geen lid zijn van een adviesinstantie.<sup>101</sup> Behalve hun onafhankelijke blik brengen deze deskundigen andere ‘sensoren’ mee voor de beoordeling van de feiten, waardoor bij hen soms een alarmbel gaat rinkelen die bij de vaste deskundigen niet afgaat.<sup>102</sup> Kortom: diversiteit in de deskundigenpool leidt tot meer correcte oordelen. Er is geen reden om aan te nemen dat dit in het medisch bestuursrecht anders zou zijn dan in het strafrecht.

Tot slot is feedback tussen individuele bestuursrechters van belang voor de ontwikkeling van een adequate professionele intuïtie met betrekking tot de waardering van medisch deskundigenbewijs.<sup>103</sup> Deze feedback kan plaatsvinden door middel van het collegiale overleg in een meervoudige kamer of door intervisie over moeilijke gevallen.<sup>104</sup> Daarnaast kan de bestuursrechter de betrouwbaarheid van zijn intuïtieve oordeel toetsen door zich bewust vragen te stellen bij de soort intuïtie die een rol heeft gespeeld, de situatie waarin dit gebeurde en de passendheid van die invloed van zijn intuïtie.<sup>105</sup> Bij de beoordeling van medisch deskundigenbewijs kan de bestuursrechter zich bijvoorbeeld afvragen of hij niet, vanuit een gevoel van zekerheid over de kwaliteit van de medisch deskundige, te snel overtuigd is van de juistheid van het door het bestuursorgaan verkregen deskundigenadvies.<sup>106</sup>

## 6. CONCLUSIE

In deze bijdrage hebben wij onderzocht welke juridische en niet-juridische factoren een rol spelen in de belangenafweging die de bestuursrechter maakt bij het al dan niet benoemen van een medisch deskundige in geschillen met betrekking tot de gezondheidstoestand van de belanghebbende en in hoeverre een verbetering van die belangenafweging mogelijk is met het oog op de

101 H.L.G.J. Merckelbach, ‘Spookrijders in de rechtszaal’, *NRC Handelsblad* 11-12 juni 2016, bijlage Wetenschap, p. 3.

102 Merckelbach 2016, p. 3.

103 Zie supra, par. 3.

104 IJzermans 2012, p. 35. Vgl. Polak 2016.

105 IJzermans 2012, p. 36.

106 Vgl. de *authority bias* die wij supra, in par. 3, bespreken.

waarborg van *equality of arms* tussen de partijen in de procedure. Wat betreft de juridische factoren zien wij dat de bestuursrechter sterk op het bestuursrechtelijk bewijsrecht leunt. Als de belanghebbende er niet in is geslaagd twijfel te zaaien over de juistheid van het door het bestuursorgaan ingewonnen medisch deskundigenadvies, dan zal de bestuursrechter niet snel zelf een medisch deskundige benoemen. Het arrest van het EHRM van 8 oktober 2015 inzake Korošec tegen Slovenië laat echter zien dat de bestuursrechter op zijn hoede moet zijn en niet al te vlug moet afzien van het benoemen van een medisch deskundige.

Wat betreft de niet-juridische factoren valt op dat deze factoren nog nauwelijks een rol lijken te spelen in de belangenafweging van de bestuursrechter in het medisch bestuursrecht, althans niet tot uitdrukking komen in zijn uitspraken. Onze analyse heeft inzichtelijk gemaakt dat op dit gebied winst is te behalen met het oog op de kwaliteit van de rechterlijke argumentatie betreffende de waardering van feitelijke en beleidsmatige aspecten door de bestuursrechter. Ook vanuit deze invalshoek is er aanleiding voor een meer actieve houding van de bestuursrechter ten aanzien van de benoeming van deskundigen in het medisch bestuursrecht.