

Gebrekkige regelingen en andere pijnpunten bij medisch bewijs

30

1. Inleiding

Veel juridische procedures staan of vallen met de aanwezigheid van voldoende bewijs. Voor besluiten die berusten op een medische beoordeling is dat niet anders. Wat deze besluiten evenwel bijzonder maakt, is dat het voor niet-medici inherent lastig is om medisch bewijsmateriaal te verkrijgen en vervolgens op waarde te schatten. Dat heeft zijn invloed op de bewijsregels die worden toegepast bij besluiten met medische beoordelingen. In deze bijdrage brengen wij de complexiteit van de medische bewijslevering in het sociaal zekerheidsrecht in kaart. Wij onderzoeken hoe het bestuursrechtelijke bewijsrecht, waaronder de bewijslastverdeling, bij medische beoordelingen uitwerkt (par. 2 en 3), hoe betrokkene de medische beoordeling kan weerleggen (par. 4) en hoe hij daarbij in bewijsnood kan komen, mede door de opstelling van de medische beroepsgroep (par. 5). Vervolgens bespreken wij diverse mogelijkheden om bewijsnood te voorkomen dan wel op te lossen (par. 6). Wij sluiten af met een conclusie (par. 7).

2. Hoofdregele van bestuursrechtelijk bewijsrecht

Hoewel het bestuursrechtelijke bewijsrecht niet een aparte regeling heeft gevonden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), is in de loop van de jaren toch uit enkele algemene artikelen in die wet een bewijsrechtelijk stelsel opgetrokken.² Op grond van 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 belangen te vergaren. In bestuursrechtelijke procedures zal het bestuur altijd uit moeten kunnen leggen welke gegevens het op tafel heeft gekregen en waarom het welke conclusie aan die gegevens heeft verbonden. Dat vergt zowel het zorgvuldigheds- als motiveringsbeginsel, neergelegd in de artikelen 3:2 en 3:46 Awb. Vaak brengt dit samenstel aan wettelijke bepalingen ook een bewijslast voor het bestuursorgaan met zich mee. Bij ambtshalve te nemen besluiten dient het be-

stuursorgaan aannemelijk te maken dat het rechten van belanghebbenden kan ontnemen of beperken.

Vraagt een belanghebbende een besluit aan, dan kan het bestuursorgaan op basis van artikel 4:2 lid 2 Awb verlangen dat de aanvrager de noodzakelijke gegevens verschaft, waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Dat maakt de aanvrager van een beschikking primair verantwoordelijk voor de aanlevering van bewijsmateriaal. Vaak komt het er dan op neer dat de belanghebbende de bewijslast draagt, omdat bij twijfel omtrent de feiten de aanvraag wordt afgewezen. De precieze bewijslastverdeling kan echter genuanceerd liggen, mede omdat het bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb zorgvuldig onderzoek moet doen. In dat kader dient het bestuursorgaan bijvoorbeeld de belanghebbende te begeleiden in zijn bewijsleveringsplicht en het overgelegde bewijsmateriaal te waarderen. Kan de belanghebbende redelijkerwijs niet aan het benodigde bewijsmateriaal komen, dan kan onder omstandigheden nader onderzoek van het bestuur worden verlangd.³ Bewijsnood van de belanghebbende is echter geen zelfstandige reden om verschuivingen in de bewijslastverdeling aan te brengen.⁴

Deze hoofdregels geven een zeer globale schets. Uiteraard kan in de bijzondere wet veel preciezer staan beschreven welk feitelijk onderzoek plaatsvindt en wie daarbij welke taak toekomt. Die nadere duiding van bewijsplichten in de wet is enerzijds te verwachten bij besluiten die grotendeels draaien om een medische beoordeling. Gezien de vertrouwelijkheid van de medische gegevens zal vrij nauwkeurig zijn vastgelegd hoe de gegevens worden verkregen. Anderzijds zal de invulling van het medisch onderzoek, wat expertise vergt, grotendeels aan de beroepsgroep zijn overgelaten. Mede vanwege de hang naar *evidence based medicine* vinden veel medische onderzoeken en behandelingen plaats aan de hand van door de beroepsgroep opgestelde standaarden en protocollen, waarin de resultaten van wetenschappelijk onderzoek zijn neergelegd.

Het is de vraag of besluiten met een medische beoordeling naadloos passen in het stramien van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb. In de wettelijke regimes die hieronder aan bod komen, worden de besluiten steeds op aanvraag genomen. Toch zal in de praktijk het bestuursorgaan vrijwel steeds het medisch onderzoek aan zich trekken en zorg dragen voor de bewijsverzameling. De verklaring daarvoor kan in verschillende omstandigheden worden gezocht. In de eerste plaats is een medische beoordeling niet eenvoudig voor een belanghebbende te verkrijgen. Zoals in par. 5 zal blijken adviseert de beroepsgroep behandelend artsen om geen beoordeling van hun eigen patiënt te geven. In het licht van artikel 4:2 lid 2 Awb kan dus worden betwijfeld of aanvragers 're-

1 Ymre Schuurmans is als universitair hoofddocent verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Matthijs Vermaat is advocaat te Amsterdam en partner bij Van der Woude De Graaf Advocaten.

2 Zie o.a. R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 11-116; Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005; D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler - 15 jaar bewijsrecht onder de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010, p. 261-279.

3 Zie ook Y.E. Schuurmans, 'Besluit gevraagd, bewijslast gekregen. De bewijslastverdeling bij het besluit op aanvraag', <<JB-plus>> 2004, p. 213-228.

4 Schuurmans 2005, par. 5.5.1.

delijkerwijs' aan de benodigde medische gegevens kunnen komen. In de tweede plaats dient het bestuursorgaan in het licht van het gelijkheidsbeginsel te waarborgen dat medische beoordelingen vergelijkenderwijs worden uitgevoerd. Ondanks dat 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 bestuur zal die marge liever op laten vullen door door hem ingeschakelde artsen, dan door de behandelend arts van de aanvrager. Zo kan het bestuur waarborgen dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld én de uitvoeringskosten meer in de hand houden. In de derde plaats kan het verzekeringskarakter van bepaalde wetten een rol spelen. Omdat de belanghebbende jarenlang premie heeft betaald om bij gebrek of ziekte een aanvullende uitkering te verkrijgen, heeft hij een sterk claimrecht.⁵ In de volgende paragraaf beschrijven we aan de hand van een viertal besluitvormingstrajecten de hoofdlijnen van de bewijslastverdeling in medische zaken.

3. Medische beoordelingen in het sociaal zekerheidsrecht

In veel besluitvormingstrajecten op het gebied van de sociale zekerheid is een medisch oordeel van groot belang voor het uiteindelijke resultaat. In deze paragraaf wordt voor een viertal regelingen beschreven hoe de medische beoordeling is geregeld, hoe de bewijslast ligt en in welke mate die aansluit bij het algemene bestuursrechtelijke bewijsrecht. Gekozen is voor de schatting in de arbeidsongeschiktheidsregelgeving, de indicatiestelling in de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), de medische advisering in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en de Regeling Gehandicaptenparkeerkaart (GPK). Deze besluitvormingstrajecten geven een uiteenlopend beeld van de wijze waarop de medische beoordeling in regelgeving is uitgewerkt, worden deels centraal (arbeidsongeschiktheidsregelgeving) en decentraal (overige) uitgevoerd, waarbij de rol van het medisch oordeel verschilt. Bij de GPK bijvoorbeeld is het medisch oordeel nagenoeg allesbepalend, terwijl bij de WIA ook een arbeidskundige beoordeling een grote rol speelt. De GPK is bovendien interessant om in de beschouwing te betrekken, omdat (alleen) daar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRVs) de hogerberoepsrechter is.⁶

3.1 Arbeidsongeschiktheidsregelgeving

In de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA)⁷ vormt de medische beoordeling het startpunt van de besluit-

vorming. Daarna vindt nog een arbeidskundige beoordeling plaats, afgesloten door financiële berekeningen.⁸ De wijze waarop de mate van arbeidsongeschiktheid wordt bepaald, is niet in de WIA zelf geregeld, maar in het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten (hierna: Schattingsbesluit).⁹ Daarin staat het doel van het verzekeringsgeneeskundig onderzoek en zijn de daaraan te stellen kwaliteitseisen geëxpliciteerd. Het onderzoek dient schriftelijk te worden vastgelegd, reproduceerbaar en consistent te zijn en aan de hand van algemeen aanvaarde verzekeringsgeneeskundige onderzoeksmethoden te worden uitgevoerd.¹⁰

Veel onderzoeken en behandelingen die artsen verrichten zijn door de eigen beroepsgroep geprotocolleerd. De verzekeringsarts zal terugvallen op de Regeling verzekeringsgeneeskundige protocollen arbeidsongeschiktheidswetten.¹¹ De regeling bepaalt per type diagnose aan de hand van welke methode de arbeidsongeschiktheid wordt bepaald en welke gegevens daarbij nodig zijn. De regeling dient als hulpmiddel bij de verzekeringsgeneeskundige oordeelsvorming.¹² In de bij de regeling behorende protocollen is bepaald dat gemotiveerd kan worden afgeweken van het protocol. Volgens vaste rechtspraak mogen de (bezwaar)verzekeringsgeneeskundigen van het UWV in beginsel varen op hun eigen medisch oordeel en bestaat er geen verplichting om informatie in te winnen bij de behandelend sector.¹³

Hoewel het besluit tot arbeidsongeschiktheidsuitkering op aanvraag wordt genomen, zijn de op de aanvrager liggende verantwoordelijkheden tot gegevensverstrekking nagenoeg afwezig in de WIA. Hij hoeft zijn aanvraag niet met medische gegevens te onderbouwen, maar is wel verplicht het re-integratieverslag bij de aanvraag te voegen.¹⁴ De aanvrager heeft ook de plicht om aan het medisch onderzoek mee te werken. Werkt hij onvoldoende mee en kan daardoor het recht op uitkering niet worden vastgesteld, dan bepaalt artikel 46a WIA dat de aanvrager geen uitkering toekomt.¹⁵ De bal voor het onderzoek en het vergaren van de benodigde medische gegevens ligt dus met name bij het bestuursorgaan. Indien betrokkene bezwaar maakt tegen een WIA-besluit en daarin de medische kant van de beoordeling ter discussie stelt, schakelt het UWV een tweede arts in: de bezwaarverzekeringsgeneeskundige.¹⁶ Deze is niet bij de primaire beoordeling betrokken geweest en vormt zich redelijk onafhankelijk opnieuw een oordeel over de zaak.

8 CRvB 15 juni 2012, *IJN* BW8531.

9 *Stb.* 2000, 307.

10 Art. 3 en 4 Schattingsbesluit.

11 Ministeriële regeling die door de Gezondheidsraad uitgebrachte protocollen bevat, *Stcrt.* 2006, 33.

12 CRvB 16 september 2009, *IJN* BJ7873, *USZ* 2009/297, m.n. Koolhoven; CRvB 24 augustus 2012, *IJN* BX5799.

13 CRvB 26 februari 2010, *IJN* BL6099, tenzij bijv. de behandelend sector een beredeneerd afwijkend oordeel heeft over de medische beperkingen van de betrokkene.

14 Art. 27 en 65 WIA.

15 'Niet meewerken' legt de CRvB ruim uit: daaronder valt ook de situatie waarin de aanvrager niet inhoudelijk meewerkt omdat hij weigert vragen te beantwoorden. CRvB 12 november 2010, *IJN* BO3986, *RSV* 2011/41, m.n. Rebel.

16 Art. 10, eerste en tweede lid Reglement behandeling bezwaarschriften 2009, *Stcrt.* 2009, 33.

5 D.A. Verburg, 'Three is a crowd; Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijgedingen', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 266, 267.

6 Met de herverkaveling van de rechtsmacht, die als onderdeel van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht heeft plaatsgevonden, is inmiddels de CRvB de bevoegde hogerberoepsrechter (art. 9 Bijlage 2: Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak).

7 In het vervolg van dit artikel wordt steeds naar de WIA verwezen, maar dan wordt tevens gedoeld op de overige arbeidsongeschiktheidsregelingen.

Volgens vaste rechtspraak van de CRvB is het aan de verzekerde om zijn standpunt te onderbouwen dat de prognose van de verzekeringsarts niet deugdelijk was en tegenbewijs te leveren.¹⁷ Lukt dat niet, dan is er geen reden om het oordeel van de bezwaarverzekeringsarts in twijfel te trekken.

3.2 Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten

Het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) beslist op aanvraag of iemand voor zorg¹⁸ in het kader van de AWBZ in aanmerking komt.¹⁹ De werkwijze van het indicatieorgaan is geregeld in het Zorgindicatiebesluit (ZIB).²⁰ Bij de indicatiestelling draait de medische beoordeling veel meer om voorhanden zijnde medische gegevens, dan om een medisch onderzoek aan de persoon van de aanvrager. Wellicht mede daarom zijn in het ZIB de bewijsvergaringsplichten meer uitgebreid geregeld en krijgt de taak van de aanvrager meer nadruk. Direct na de indiening van de aanvraag gaat het CIZ na of de zorgvrager toestemming geeft tot het zo nodig raadplegen van behandelende beroepsbeoefenaren en het gebruikmaken van bij hen aanwezige medische gegevens (art. 5 ZIB). In artikel 7 ZIB is bepaald dat bij het onderzoek zo veel mogelijk gebruik wordt gemaakt van gegevens die bij de aanvraag zijn gevoegd of tijdens het onderzoek ter beschikking zijn gesteld. Het ZIB kent echter geen bepaling als artikel 46a WIA, waarin de plicht tot medewerking aan het medisch onderzoek is geregeld.

De medische beoordeling vindt plaats aan de hand van op basis van artikel 11 ZIB opgestelde beleidsregels. Bij de totstandkoming van het ZIB is op deze protocollering aangedrongen, omdat de wetgever zich realiseerde dat het min of meer onvermijdbaar is dat bij de indicatie ook subjectieve overwegingen een rol spelen.²¹ In de Beleidsregels indicatiestelling AWBZ 2013²² is bijvoorbeeld uitgeschreven naar welke aandoeningen en handicaps de indicatiesteller onderzoek doet, en op welke wijze hij de daaruit voortvloeiende beperkingen vertaalt in een AWBZ-aanspraak. Voor zover er een medisch oordeel nodig is, wordt dit door bij het CIZ werkzame artsen gedaan, waarbij zij de betrokkene in het overgrote deel van de gevallen niet zelf zien.

Hoewel de aanvraag en de onderzoeksplicht in de artikelen 5, 6 en 7 ZIB nader zijn geregeld, heeft dat in de praktijk niet geleid tot meer duidelijkheid omtrent de bewijslastverdeling. Zo bestaat discussie over de reikwijdte van de onderzoeksplicht van het CIZ in het geval de aanvrager onvoldoende meewerkt aan het onderzoek. Het CIZ stelt dan al snel dat het geen aanspraak kan vaststellen omdat diagnostische gegevens ontbreken. De CRvB verwerpt echter de al-

gemene stelling dat iemand die weigert mee te werken aan een medisch onderzoek, daarmee de aandraagplicht van artikel 4:2 lid 2 Awb en artikel 7 ZIB schendt.²³ Deze artikelen zien namelijk op informatieverstrekking en niet zozeer op het verlenen van andere vormen van medewerking. In een zaak waarin betrokkene in een telefonisch gesprek weigerde toestemming te geven om medische informatie op te vragen, mocht het CIZ niet al om die reden de aanvraag afwijzen.²⁴ Artikel 6 ZIB schrijft voor waar onderzoek naar moet worden verricht en het ZIB geeft niet de mogelijkheid het onderzoek achterwege te laten indien door de behandelend sector geen medische gegevens zijn verstrekt. Ook zonder die medische gegevens zou de grondslag voor AWBZ-zorg kunnen worden bepaald, bijvoorbeeld door een gespecialiseerde medicus onderzoek te laten verrichten.²⁵ Deze lijn in de jurisprudentie wijkt enigszins af van de uitleg die doorgaans aan de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb wordt gegeven. In het algemeen is het primair de verantwoordelijkheid van de aanvrager om de aanvraag met voldoende gegevens te onderbouwen. De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan gaat niet zover dat het bij bewijsnood van de aanvrager zonder meer het onderzoek aan zich moet trekken.²⁶ Daar zijn bijkomende omstandigheden voor nodig. Zo moet de aanvraag voldoende aanknopingspunten bieden om op zinvolle wijze vervolgonderzoek te kunnen doen en speelt een rol in welke mate de benodigde gegevens in het domein van het bestuur dan wel de aanvrager liggen.²⁷ Bij de beoordeling van de onderzoeksplicht van het bestuur zal ook de (strekking van) de bijzondere wet een rol spelen en kennelijk leest de CRvB in het ZIB een afwijking of nadere invulling van de Awb. Die lezing lijkt niet helemaal overeen te komen met de toelichting op het ZIB.

“Eerst indien de op deze wijze beschikbaar gestelde gegevens [meegezonden met de aanvraag, dan wel met toestemming opgevraagd bij de behandelende artsen, YS&MV] onvoldoende inzicht geven in de zorgbehoefte van de aanvrager en de omstandigheden waarin hij zich bevindt, dan wel indien behandelend artsen niet binnen de gestelde termijnen beschikbaar zijn om door het indicatieorgaan geraadpleegd te worden, zal het indicatieorgaan zelf de ontbrekende informatie verzamelen.”²⁸

3.3 Wet maatschappelijke ondersteuning

Ingevolge de Wmo dient het college van B&W van een gemeente er zorg voor te dragen dat inwoners met beperkingen²⁹ worden gecompenseerd, voor zover deze beperkingen hun zelfredzaamheid en maatschappelijke participatie in de

17 CRvB 2 september 2011, L/JN BR6695; CRvB 23 november 2012, L/JN BY4059, r.o. 2.

18 Zoals verpleging, persoonlijke verzorging of opname in een verblijfsinstelling.

19 Het CIZ is door alle gemeenten aangewezen als onafhankelijk indicatieorgaan, zoals bedoeld in art. 9a AWBZ.

20 Stb. 1997, 447.

21 Stb. 1997, 447, p. 9.

22 Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 14 december 2012. Deze zijn door het CIZ voor de praktijk bewerkt tot de Indicatiewijzer. Zie www.ciz.nl.

23 CRvB 24 december 2009, L/JN BK8729.

24 CRvB 9 januari 2013, L/JN BY8339, RSV 2013/84; USZ 2013, 54.

25 Zie ook CRvB 3 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:832 (waarin betrokkene nog geen behandelaar heeft en een diagnose nog niet is gesteld).

26 PG Awb I, p. 205, zie nader Schuurmans 2005, p. 177-183.

27 CRvB 9 januari 2003, L/JN AF3481. Die benadering bij AWBZ is wel te herkennen in Rb. Haarlem 16 januari 2012, L/JN BV2671.

28 Stb. 1997, p. 18 (toelichting op art. 7 ZIB).

29 Mensen met een beperking of een chronisch psychisch probleem en mensen met een psychosociaal probleem maar ook mantelzorgers en vrijwilligers (art. 1, eerste lid 1 onder g onderdeel 4, 5 en 6 Wmo).

weg staan.³⁰ De Wmo heeft een bijzonder karakter, wat zijn weerslag heeft op de aanvraagprocedure. De burger heeft geen aanspraak op specifieke voorzieningen maar op resultaten, zoals het kunnen voeren van een huishouding. Hoe dat resultaat wordt bereikt, is in beginsel aan het college om te bepalen.³¹ De 'aanvraagprocedure' is in veel gemeenten inmiddels gesplitst in een inventarisatiefase (het 'gesprek') en een fase van aanvraag, beoordeling en toekenning van individuele voorzieningen.³² Het vergaren van medische informatie is daarbij lang niet altijd noodzakelijk.

De Wmo kent geen nadere bepalingen die betrekking hebben op de wijze waarop het college tot een medische beoordeling komt. Voor de gegevensverzameling vormen de bepalingen in de Awb dan ook het richtsnoer.³³ Zo heeft de CRvB herhaaldelijk uitgesproken dat uit artikel 3:2 en 4:2 lid 2 Awb voortvloeit dat het enerzijds aan het college is om zorgvuldig onderzoek te doen naar de relevante feiten en omstandigheden en anderzijds aan de aanvrager om de benodigde gegevens en stukken te verschaffen aan het college.³⁴

Gemeentelijke verordeningen geven doorgaans wel een nadere invulling aan deze plichten. Zo gaat de Modelverordening Wmo 2010 van de VNG ervan uit dat de aanvrager gegevens aanlevert omtrent zijn medische en financiële situatie en eventueel de medische indicatiegegevens op grond van de AWBZ.³⁵ In de praktijk zal vaak aan de hand van die gegevens de beoordeling plaatsvinden, hoewel de verordening dat niet zo duidelijk maakt. De Modelverordening geeft bijvoorbeeld ook aan dat het college bevoegd is de aanvrager op te roepen en door een daartoe aangewezen deskundige te laten bevragen en onderzoeken.³⁶ Een onderzoek aan de persoon door een medisch deskundige geschiedt echter alleen als het college dat noodzakelijk acht. De Wmo bevat zelf geen meewerkplicht aan dat medische onderzoek. Het medisch onderzoek is wederom geprotocolleerd, maar deze keer is dat protocol niet vastgelegd in regelgeving of beleidsregels.³⁷ De regeling van de medische beoordeling onder de Wmo levert een nogal versnipperd beeld op. Hoever de onderzoeksplicht van het bestuur gaat bij een niet-meewerkende aanvrager is niet geheel duidelijk. Enerzijds benadrukt de CRvB de algemene plicht van de aanvrager om de benodigde gegevens te verschaffen waarover hij

redelijkerwijs de beschikking kan krijgen,³⁸ anderzijds verlangt hij soms toch van het bestuur nader onderzoek, ook als de aanvrager weigert mee te werken. In het geval waarin de aanvrager geen huisbezoek toestond, oordeelde de Raad dat het college toch moest nagaan of er ook andere onderzoeksmethoden zijn om de behoefte aan huishoudelijke hulp vast te stellen, bijvoorbeeld door het raadplegen van betrokkenes zorgverleners.³⁹

Is het door de medisch adviseur verrichte onderzoek zorgvuldig tot stand gekomen en naar inhoud inzichtelijk en concludent, dan heeft betrokkene een zware kluif aan het leveren van tegenbewijs. Doorgaans heeft hij dan behoefte aan de nodige medische verklaringen, die voldoende concreet en van zekere kwaliteit moeten zijn. Uit een tweetal min of meer standaarduitspraken van de CRvB blijkt dat in zo'n geval van de aanvrager gevergd wordt aan te tonen dat hij op medische gronden op de gevraagde voorziening aangewezen is.⁴⁰

3.4 Gehandicaptenparkeerkaart

Een Gehandicaptenparkeerkaart (GPK) geeft de houder het recht te parkeren op een gehandicaptenparkeerplaats.⁴¹ Voor een GPK kunnen, kort gezegd, in aanmerking komen personen die een aantoonbare, langdurige loopbeperking hebben waardoor zij – met de gebruikelijke loophulpmiddelen – in redelijkheid niet in staat zijn zelfstandig een afstand van meer dan 100 meter aan een stuk te voet te overbruggen. Artikel 2 Regeling GPK bepaalt dat een GPK in beginsel niet wordt verleend zonder dat een geneeskundig onderzoek naar de handicap van de aanvrager heeft plaatsgehad. Over dat onderzoek is in de Regeling GPK niet meer geregeld dan dat dit door een arts van (in beginsel) de GGD wordt gedaan. In deze leemte wordt voorzien door het laatstelijk in 2008 door de Vereniging van Indicerende en Adviserende Artsen (VIA) opgestelde protocol.⁴² Het protocol biedt richtlijnen voor de procedure van het onderzoek en het opstellen van een medisch advies door sociaal geneeskundigen. De Afdeling heeft zich een aantal malen uitgelaten over de status van het VIA-protocol. De arts kan bij zijn advisering het VIA-protocol betrekken, maar een verderstrekkend gezag heeft het protocol niet. Uiteindelijk geldt bij de beoordeling of is voldaan aan het 100-metercriterium uitsluitend de tekst van artikel 1 Regeling GPK, en niet het protocol. Immers, het protocol heeft geen grondslag in de regelgeving.⁴³ Toch is het VIA-protocol in de dagelijkse keuringspraktijk in feite allesbepalend. De keurende arts ziet de aanvrager in persoon, observeert de wijze waarop hij van wachtkamer naar spreekkamer loopt en verricht vervolgens een 'gerichte anamnese, bijvoorbeeld volgens de techniek van het metho-

30 Art. 4, eerste lid Wmo.

31 CRvB 10 december 2008, LjN BG6612.

32 Art. 6 Modelverordening Wmo.

33 Zie ook Kees-Willem Bruggeman, Wilco Meijer en Hans van Rooij, 'Verzwaarde motivering of overbodige bepaling? De betekenis van artikel 2 Wmo', *PS Documenta* 2011/5 volgnr. 65.

34 CRvB 10 december 2008, LjN BG6612.

35 Inmiddels is in veel gemeenten de 'claimgerichte' verordening vervangen door een nieuwe, op de Modelverordening 2012 gebaseerde 'gekantelde' verordening, waarin een overeenkomstige bepaling is opgenomen.

36 Art. 25 Modelverordening 2010.

37 Zie de toelichting behorende bij art. 25, eerste lid Modelverordening, waar, ingevolge het amendement Miltenburg (*Kamerstukken II* (2005-2006), 30 131, nr. 65) wordt voorgesteld bij de medische advisering de systematiek te gebruiken zoals neergelegd in de International Classification of Functions, Disabilities and Impairments (ICF classificatie).

38 CRvB 10 december 2008, LjN BG6612, r.o. 4.2.4; CRvB 21 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1479.

39 CRvB 18 april 2012, LjN BW3254.

40 CRvB 27 maart 2013, LjN BZ5695 en CRvB 27 maart 2013, LjN BZ5699.

41 De verlening van de GPK is geregeld in art. 49 e.v. Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer (*Stb.* 1990, 460) en in de Regeling gehandicaptenparkeerkaart (*Stcrt.* 2001, 130).

42 www.vianieuws.nl/docs/VIA_Protocol_GPK_2008.pdf.

43 ABRvS 30 september 2009, LjN BJ8902, r.o. 2.4.1.

disch beoordelingsgesprek'.⁴⁴ Hoewel het protocol veel aandacht schenkt aan de methode komt het uiteindelijk neer op een 'inspectie à vue', wat in zekere zin een *educated guess* is. Eventueel kan aanvullend onderzoek op een loopband plaatsvinden.⁴⁵

Aan de medische beoordeling voor de GPK ligt dus primair een lichamenlijk onderzoek door een arts ten grondslag.⁴⁶ Anders dan bij de AWBZ en de Wmo vormt de inzage in het medisch dossier van de aanvrager niet een van de kernpunten voor de beoordeling. Die informatie uit medische dossiers kan ook lang niet altijd worden gebruikt omdat die 'niet is verkregen in het kader van een onderzoek dat is toegespitst op de eisen die in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Regeling zijn gesteld om voor een gehandicaptenparkeerkaart in aanmerking te komen'.⁴⁷

In de wettelijke regelingen zelf zijn geen bijzondere bepalingen te vinden over de meewerkplicht van de aanvrager. Weigert de aanvrager toestemming of werkt hij onvoldoende mee aan het onderzoek, dan brengt de Afdeling dat in beginsel voor risico van de aanvrager en hoeft er geen vervolgonderzoek te worden ingesteld.⁴⁸ Opvallend is dat de Afdeling voor deze bewijslastverdeling niet refereert aan het stelsel van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb, wat zij gewoon is te doen.

3.5 Tussenconclusie

De regeling van het medisch onderzoek is in het algemeen zeer beperkt van aard en verschilt per bestuursrechtelijke regeling. Het Schattingsbesluit, behorend bij de WIA, en de Regeling GPK spellen uit welke arts het onderzoek doet en welke eisen daaraan worden gesteld. Bij de AWBZ en de Wmo blijft dat in het midden. De inhoudelijke criteria voor het onderzoek en de beoordeling worden steeds primair door de beroepsgroep van artsen geformuleerd in medische protocollen.

Het lijkt wat toevallig welke aspecten van het medisch oordeel zijn neergelegd in een wettelijke regeling. De ene keer definieert de wet nauwkeurig het doel en de kwaliteitseisen die worden gesteld (Schattingsbesluit), een andere keer is er nauwelijks wat geregeld (Wmo). Soms zijn de medische protocollen opgenomen in een ministeriële regeling, dan in een beleidsregel, dan weer enkel in een protocol van de beroepsgroep. Bij de AWBZ staat de volgorde van informatiewinning geëxpliciteerd, in andere wettelijke kaders niet, terwijl het ook daar vaak de praktijk is dat eerst behandelinformatie wordt opgevraagd. Weinig uniformiteitsstreven lijkt ten grondslag te liggen aan de wettelijke regeling van de medische beoordeling in de verschillende besluitvormings-trajecten. Voor betrokkenen is niet gemakkelijk zelf te ach-

terhalen wat het bestuursorgaan van hem kan verwachten en wat hij van de medische beoordeling moet verwachten.

De bewijslastverdeling bij medische beoordelingen sluit maar in zeer beperkte mate aan bij het kader van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb. De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan kan, ook als de aanvrager geen gegevens aanlevert, soms behoorlijk verstrekkend zijn. De verantwoordelijkheden van de aanvrager komen in de bijzondere wettelijke regelingen weinig aan bod, waarbij ook de meewerkplicht aan het medisch onderzoek vaak in het midden blijft.

4. Weerleggen medisch advies⁴⁹

Als beroep wordt aangetekend tegen een besluit dat berust op een medische beoordeling dan vormt de kwaliteit van het gegeven advies vaak het eerste doel waarop de pijlen worden gericht. Is het voldoende zorgvuldig, inzichtelijk, consistent en hebben de arts en het bestuursorgaan aan de onderzoeksplicht voldaan?⁵⁰ Soms is dat evident niet het geval, zoals in een zaak waarin de medisch adviseur van het CIZ zijn conclusie baseerde op niet in het concrete geval getoetste, algemene ervaringsregels.⁵¹ Betrokkene kan ook succes behalen als hij aannemelijk maakt dat op hem betrekking hebbende medische informatie over het hoofd is gezien dan wel ongemotiveerd terzijde is gelegd.⁵² Voldoet de medische beoordeling aan de zorgvuldigheidseisen, dan zal betrokkene (en ook pas eerst dan)⁵³ met flink wat geschut moeten komen. Heel soms kan aan de hand van bijvoorbeeld een verklaring van een huisarts eenvoudig twijfel worden gezaaid,⁵⁴ maar vaker zal een ter zake deskundige moeten worden benaderd. Sterker nog, het overleggen van een contra-expertise⁵⁵ vormt in de praktijk haast een noodzakelijke voorwaarde om in een procedure kans op succes te hebben. Het ontbreken ervan wordt veelal op zich reeds gezien als onvoldoende gefundeerde kritiek op een deskundigenadvies.⁵⁶

Het verkrijgen van een verklaring of contra-expertise is niet gemakkelijk. Zoals in de volgende paragraaf zal blijken zijn behandelend artsen zeer huiverig zich uit te laten over de beperkingen van hun eigen patiënt. Daarnaast blijkt het in de praktijk moeilijk een arts te vinden die zich, tegen aanvaardbare kosten, uit kan laten over de bevindingen van de indicierend medicus. Lang niet elke arts beschikt over de

44 Daarin vraagt de keurende arts bijv. door welke arts de oorzaak van een loopbeperking is vastgesteld. Daarna bestudeert de arts in een gericht lichamenlijk onderzoek het looppatroon van de aanvrager. Zie Hfdst. 5 VIA Protocol (5.7).
 45 VIA protocol, p. 24. Die onderzoeksmethode is echter minder objectief dan deze lijkt, want mede afhankelijk van de inzet van betrokkene.
 46 Maar dat hoeft niet altijd; soms volstaat een medisch onderzoek ook zonder lichamenlijk onderzoek, ABRvS 19 september 2007, LjN BB3812.
 47 ABRvS 19 april 2006, LjN AW2260.
 48 ABRvS 16 februari 2011, AB 2011/109, m.nt. Damen.

49 Zie ook: M.F. Vermaat, 'Bewijsrecht is een nationale zaak, aldus het EHRM. Bewijsnood in Indicatiestelling in de AWBZ-zaken', NJB 2011/568.
 50 L.M. Koenraad, 'Deskundig tegenspreken. Beschouwingen over het betwisten van deskundigenadviezen in het bestuursprocesrecht', <<JB-plus>> 2009, p. 220-244.
 51 CRvB 4 januari 2012, LjN BV0179.
 52 ABRvS 30 juli 2003, LjN AI0530; CRvB 29 juli 2011, LjN BR4107.
 53 ABRvS 6 februari 2008, LjN BC3639.
 54 ABRvS 4 februari 2004, LjN AO2901; ABRvS 28 april 2010, LjN BM2609 (verklaring chirurg zonder medisch objectieveerbare onderbouwing).
 55 Dat kan zowel een eigen rapport van een partijdeskundige zijn, als een bespreking van het aan het bestuursorgaan uitgebrachte advies.
 56 Zie Koenraad 2009, p. 223 en N. Hoogstrate & M. Koolhoven, 'Bewijsregels bij geschillen over arbeidsongeschiktheid', PS special Bewijsrecht in de sociale zekerheid 2002, p. 56-57. Als voorbeeld twee recente uitspraken van de CRvB inzake de Wmo: CRvB 27 maart 2013, LjN BZ5695 en CRvB 27 maart 2013, LjN BZ5699.

deskundigheid om een dergelijke beoordeling uit te voeren. Zoals we in de volgende paragraaf beschrijven behoort het geven van waardeoordelen (zoals bijvoorbeeld iemands belastbaarheid) tot een afzonderlijke medische discipline. Artsen die beschikken over die expertise zijn doorgaans verbonden aan de door het bestuursorgaan ingeschakelde medische adviesdiensten. Zo heeft het CIZ de facto een monopolie als indicatiesteller, omdat er nagenoeg geen artsen zijn die niet voor het CIZ werken en wel in staat zijn om een beoordeling van een AWBZ-indicatie te verrichten. Dat het CIZ de voor haar freelance werkende adviserende artsen verbiedt om contra-expertises te verrichten maakt het er niet eenvoudiger op.⁵⁷ De beoordeling bij de GPK van het looppatroon van betrokkene in het licht van de 100-meter afstandsnorm is ook dermate specifiek, dat het lastig is een arts te vinden die met evenveel expertise de bevinding kan bestrijden.

Is de aanvrager, ondanks dit alles, in staat gebleken een contra-expertise in te winnen, dan verhoogt dat de kans op succes. Maar aan de contra-expertise worden hoge eisen gesteld en soms zijn die eisen zo specifiek dat het moeilijk is het door het bestuur ingewonnen deskundigenoordeel daadwerkelijk te ontcrachten. De ABRvS geeft bij deskundigenbewijs in het algemeen de regel dat een contra-expertise niet zozeer een andere beoordeling dient te geven, maar meer specifiek aan moet tonen dat het door het bestuur ingewonnen advies niet op deugdelijk en zorgvuldig onderzoek berust.⁵⁸ Tot dat oordeel kwam ook de ABRvS in een GPK-zaak: een andere lezing van de beperkingen van de aanvrager is onvoldoende.⁵⁹ Als een vast medisch protocol zorgvuldig is nagelopen, is het lastig om daadwerkelijk de feitenvaststelling met behulp van tegenbewijs te ontcrachten. Een andere complicerende factor is dat het onderzoek in het kader van de contra-expertise soms na de beslissing op bezwaar is verricht en dat de medische conditie van aanvrager in de tussentijd kan zijn veranderd.

Toch is er uit de rechtspraak wel een aantal voorbeelden bekend waarin de rechter de overgelegde contra-expertise volgde.⁶⁰ De Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld oordeelde dat het CIZ de door eiseres ingediende contra-expertise onvoldoende had weerlegd, omdat het CIZ slechts volstond met beschouwingen van algemene aard en, anders dan de contra-expert, geen onderzoek bij haar thuis had gedaan.⁶¹ De CRvB legde de bewijsvoeringslast om de contra-expertise te weerleggen bij het CIZ. De Raad bevestigde de uitspraak van de rechtbank omdat de contra-expertise gedeetailleerd, goed onderbouwd en inzichtelijk was.⁶²

57 Dit is MV uit eigen ervaring bekend.

58 ABRvS 17 maart 2010, AB 2010/323, m.nt. Marseille.

59 ABRvS 22 juni 2005, AB 2005/298, m.nt. Marseille. Zie voor een kritische bespreking van de wijze waarop de ABRvS de deugdelijkheid van psychiatrisch onderzoek toetst G.J.M. van Spanje & E.G. Kurtovic, 'Geen mazen in de alcoholhuik van het CBR?', *NJB* 2013/1252, p. 1328 en 1329.

60 Zie bijv. CRvB 7 augustus 2009, *LJN* BJ4936; CRvB 30 november 2012, *LJN* BY4817; CRvB 12 juli 2013, *ECLI:NL:CRVB:2013:1088*.

61 Rb. Amsterdam 3 augustus 2009, *LJN* BJ9318, *RZA* 2009/99.

62 CRvB 17 augustus 2011, *LJN* BR5315, *RZA* 2011/123.

5. Verklaringen van de behandelende sector⁶³

De aanvrager die de medische beoordeling van het bestuursorgaan wil bestrijden, zal doorgaans aandringen op gegevensverstrekking door zijn behandelend arts. Het is (huis)artsen niet toegestaan om medische gegevens te verstrekken zonder toestemming van de patiënt, artikel 7:457 BW.⁶⁴ Ingevolge artikel 7:456 BW heeft de patiënt recht op een afschrift van zijn volledige medische dossier. Is hij met klachten over een bepaalde aandoening bij de arts geweest en heeft de arts zorgvuldig een dossier bijgehouden, dan kan de patiënt die informatie uit zijn dossier vrij gemakkelijk opvragen. Lastig wordt het echter indien hij verklaringen nodig heeft over medische informatie die niet in het dossier staat genoteerd. Dan krijgt de patiënt van zijn behandelend arts veelal nul op het rekest.

De beroepsgroep KNMG (Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst) heeft richtlijnen opgesteld voor het omgaan met medische gegevens.⁶⁵ Zij ontraadt behandelend artsen geneeskundige verklaringen⁶⁶ af te geven ten behoeve van eigen patiënten. De achtergrond hiervan is dat de behandelrelatie tussen arts en patiënt vrij dient te blijven van belangenconflicten, die kunnen spelen bij het al dan niet afgeven van een geneeskundige verklaring.⁶⁷ Het geven van een waardeoordeel dat een ander doel dient dan behandeling of begeleiding moet objectief en deskundig gebeuren, door een onafhankelijke arts die deskundig is op het gebied van de vraagstelling. De behandelend arts wordt niet geacht objectief te zijn ten opzichte van zijn eigen patiënt. Daarnaast beschikt een behandelend arts meestal niet over de specifieke deskundigheid die nodig is voor het geven van een waardeoordeel. In de medische beroepsgroep ziet men het geven van waardeoordelen als een afzonderlijke expertise, waarvoor bijvoorbeeld de sociaal geneeskundige wordt opgeleid. Een diagnose wordt over het algemeen niet gezien als een waardeoordeel, een prognose over het algemeen wel.⁶⁸ Een met medische feiten onderbouwde prognose die een behandeldoel dient, wordt doorgaans ook niet als waardeoordeel gezien, aldus de Richtlijn. Deze informatie van feitelijke aard kan de behandelende arts dus wel aan de patiënt verstrekken. Patiënten

63 Zie H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute & W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghem 2008, hfdst. 4, waaraan voor deze paragraaf veel informatie is ontleend.

64 Zie ook A.C. Hendriks & J.A.H. Eekhof, 'Verzoek van medisch adviseur van verzekeraar om informatie', *Huisarts & Wetenschap* 2013, p. 130-133 en Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 181.

65 Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens, KNMG, januari 2010.

66 Een geneeskundige verklaring is een (schriftelijke) verklaring die door een arts is opgesteld, ten behoeve van een patiënt die onder behandeling van die arts staat of stond. Een geneeskundige verklaring bevat een op medische gegevens gebaseerd waardeoordeel over de patiënt en diens gezondheidstoestand.

67 Par. 3.2 Richtlijnen 2010. Op die motivering valt wel wat af te dingen. In deze strikte interpretatie van de vertrouwensrelatie lijkt de bescherming van de behandelend arts tegen de (kleine?) groep patiënten die geen nee kan horen een (te) zwaar gewicht te krijgen. De patiënt kan zo vrijwel niet de beschikking krijgen over een eenvoudige verklaring van de behandelend sector waarmee hij twijfel kan zaaien. Dat kan ook de vertrouwensrelatie schaden.

68 CTG 2008/129, 11 november 2008.

die om een waardeoordeel vragen, zullen echter doorgaans van hun behandelend arts een 'weigeringsbriefje' krijgen, dat is opgesteld door de KNMG.⁶⁹ Zodoende is het voor betrokkenen problematisch om via hun behandelende arts aan stukken te komen waarmee twijfel kan worden gezaaid over de deugdelijkheid van de medische beoordeling in het besluit. De rechterlijke macht zou zich dat dienen te realiseren bij haar overweging al dan niet een eigen deskundige te benoemen.

6. Bewijsnood voorkomen en oplossen

6.1 De deskundigenbenoeming

Enerzijds is de medische beoordeling in de sociale zekerheid behoorlijk gefaciliteerd, anderzijds is het soms bijna ondoenlijk die beoordeling te bestrijden. In vergelijking met het civiele recht wordt direct na de claim de taak tot verga- ring van het medische bewijs bij de aangesprokene, het bestuursorgaan, gelegd. Uit par. 4 en 5 blijkt vervolgens dat burgers zeer lastig aan goed medisch onderbouwd tegenbe- wijs kunnen komen. De beoordeling door de keuringsarts die het protocol niet heeft gevolgd, kan vrij gemakkelijk met een beroep op schending van het zorgvuldigheidsbe- ginsel worden bestreden. Maar wat moet de burger doen als het protocol wel is gevolgd, er een beknopt rapportje ligt, waarin de inconsistenties niet van het papier spatten? Die burger, ook diegene die medisch echt beperkter is dan geschat, verkeert snel in bewijsnood. In deze paragraaf onder- zoeken wij wijzen waarop die bewijsnood kan worden teruggedrongen.

Noem bewijsnood van belanghebbenden en de bestuurs- rechtelijke leer geeft je, indien er voldoende twijfel is om- trent de medische onderbouwing van het bestreden besluit, een actieve rechter die zelf een deskundige kan inschake- len, conform artikel 8:47 Awb.⁷⁰ De deskundigenbenoeming heeft grote potentie de bewijsnood van eiser te verlichten. Ooit was de bestuursrechter vrij ruimhartig in het bena- deren van een eigen deskundige. In de loop van de jaren is het aantal benoemingen steeds verder teruggelopen, van 26% van de arbeidsongeschiktheidszaken in 2004⁷¹, tot 11% in 2006.⁷² Een andere waardering van het beginsel van on- gelijkheidscompensatie kan daar debet aan zijn, maar ook meer praktische factoren als geld en twijfel omtrent de ob- jectiviteit spelen een rol. Overigens doen belanghebbenden ook nog wel eens een beroep op artikel 6 EVRM, dat tot een deskundigenbenoeming zou nopen. De CRvB oordeelde dat een onderzoek door een verzekeringsarts verbonden aan het UWV in het algemeen voldoet en dat artikel 6 EVRM niet

meebrengt dat de bestuursrechter steeds zelf een onafhan- kelijk medisch deskundige dient te benoemen.⁷³

Waar in het omgevingsrecht de bestuursrechtspraak ge- bruik kan maken van een vast adviesorgaan, de Stichting advisering bestuursrechtspraak (Stab), moet de rechter het in het gezondheidsrecht zonder het kompas van een eigen adviesdienst stellen. Natuurlijk kunnen in het omgevings- recht vele belangen van derden en het algemene belang van een goed milieu voor nader onderzoek pleiten. Maar niet te ontkennen valt dat het enigszins arbitrair is dat slechts op dat terrein van het bestuursrecht deskundigenadviesing is geïnstitutionaliseerd. Wij pleiten graag voor meer deskun- digenbenoemingen of een vast adviesorgaan, maar realise- ren ons dat, naar te vrezen valt, dat een roep in de woestijn is. Inschakeling van een deskundige kost tijd, geld en kan enigszins arbitrair zijn. Het is lastig om de rechter handva- ten te geven teneinde te bepalen wanneer wél voldoende twijfel is gezaaid en wanneer niet. De benoeming lijkt mede af te hangen van de persoon van de rechter en diens erva- ring in medische zaken, waarbij hij 'een niet-pluisgevoel' ontwikkelt. Een oproep tot meer deskundigenbenoeming gaat ook enigszins in tegen de stroom van snelle geschil- beslechting, met de bestuursrechter als enkel bewijsrech- telijke spelverdeler.⁷⁴ Wat zijn dan andere stappen die (ook) kunnen worden gezet?

6.2 Vergemakkelijken verkrijging medisch (tegen) bewijs

De beste remedie tegen bewijsnood is het vergemakkelij- ken van bewijsverkrijging in de bestuurlijke fase. Dat begint bij de medische beroepsgroep. Zoals wij in par. 5 hebben uiteengezet, zouden behandelend artsen zich minder auto- matisch op het weigerbriefje moeten beroepen. De behan- delend arts zou op verzoek van zijn patiënt bereid moeten zijn feitelijke informatie te verstrekken en niet alleen de in- formatie die reeds in het dossier als zodanig is opgetekend. Zonder de grenzen van zijn expertise te overtreden, zou hij bij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan het medi- sche waardeoordeel zijn patiënt een dienst doen om dat te verwoorden. Zou de medische beroepsgroep iets ruimhar- tiger zijn in het op verzoek verstrekken van informatie, dan kan de rechter ook beter bepalen of een deskundigenbenoe- ming in de rede ligt. Het antwoord van de beroepsgroep laat zich raden: de eigen arts is minder objectief, het vertroebelt de behandelrelatie en de beperkte baten voor de zorg stopt men liever in de gezondheidszorg dan in administratie en juridisch benodigde verklaringen.

69 <http://knmg.artsennet.nl/Publicaties/KNMGpublicatie/Richtlijnen-inzake-het-omgaan-met-medische-gegevens-2010.htm>.

70 Zie ook: M.F. Vermaat, 'Een puree van vage normen', *NJB* 2001, p. 1030-1037.

71 A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom juri- dische uitgevers 2004, p. 75.

72 T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007.

73 CRvB 5 oktober 2001, *USZ* 2001/288. Het EHRM doet evenmin vergaande uitspraken over deskundigenbewijs in medische zaken, omdat het bewijs- recht primair een nationale zaak is. Het Hof besteedt alleen aandacht aan het bijzondere karakter van medische deskundigheid, in die zin dat de oor- delen van medische deskundigen vaak van doorslaggevende betekenis zijn voor het rechterlijk oordeel. In dat licht onderstreept het Hof dat partijen voldoende mogelijkheden moeten hebben om op de medische bewijsstuk- ken te kunnen reageren (EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112 (*Mantovanelli*) en EHRM 27 maart 2012, *AB* 2012/240 (*Eternit*)).

74 Zie Verburg 2010.

De oprichting van een instituut waar burgers zelf die medische expertise kunnen 'inkopen' zou wellicht nog het gemakkelijkst van de grond komen. Zo gaat een asielzoeker die niet aannemelijk kan maken dat hij uit een bepaald land afkomstig is naar De Taalstudio, om een taalanalyse af te nemen die wat deskundigheid betreft niet onderdoet voor de taalanalyses van Bureau Land en Taal van de IND. Zij bieden verschillende producten aan, zoals een eigen taalanalyse, een uitgebreide dan wel beperkte contra-expertise.⁷⁵ Ook op medisch gebied zou het veel betrokkenen tegemoetkomen wanneer zij op laagdrempelige wijze de medische beoordeling door het bestuursorgaan voor een second-opinion kunnen voorleggen aan een deskundige. Uiteraard is dit voor lang niet alle aanvragers te betalen, maar ongetwijfeld zijn daarvoor creatieve oplossingen te bedenken. Zo is voorstelbaar dat eisers die een second-opinion overleggen een flinke korting krijgen op het griffierecht of een vermindering van de eigen bijdrage in het kader van de gefinancierde rechtshulp. Daarnaast zou de Raad voor Rechtsbijstand, vergelijkbaar met de subsidie voor het haalbaarheidsonderzoek in een letselschadezaak⁷⁶, subsidie kunnen verstrekken voor het laten uitvoeren van een medisch onderzoek. De second-opinion zou wederom de rechter een handvat geven bij de keuze al dan niet zelf een deskundige te benoemen. Anderzijds kan het de rechtzoekende inzicht verschaffen in zijn proceskansen.

Bij het denken over oplossingen voor bewijsnood, speelt vaak ook een rol wie de bewijsnood heeft veroorzaakt. Een aanvrager die weigert toestemming te verlenen voor het opvragen van gegevens bij zijn behandelend arts, draagt aan die bewijsnood bij. In de rechtspraak lijkt de bestuursrechter soms wel wat erg gemakkelijk over die weigering heen te stappen en legt hij op het bestuursorgaan een aanvullende onderzoeksplicht. Met de vervulling van die plicht zullen de nodige kosten zijn gemoed, die wellicht onnodig waren geweest als de aanvrager toestemming had verleend. Uiteraard kunnen er bijzondere omstandigheden zijn, waarom de rechter de onderzoeksplicht van het bestuur aanzet: bijvoorbeeld, psychische problematiek maakt dat de belanghebbende het toestemmingsverzoek niet overziet of vanwege trauma bestaan er grote bezwaren tegen de verstrekking van informatie over de oorzaak van gebreken. Die omstandigheden worden nu in de rechtspraak vrijwel niet geduid. Als hoofdregel zou dan wat ons betreft kunnen gelden dat een weigering mee te werken aan het onderzoek om met een gerichte vraag informatie bij de behandelend sector in te winnen, in beginsel voor rekening van de belanghebbende blijft.

6.3 Verbeteringen in de fase van het rechterlijk proces
Zijn er dan ook nog verbeteringen in de rechterlijke fase mogelijk naast de deskundigenbenoeming? Een eerste ge-

dachte die mogelijk opkomt is om de bewijslastverdeling aan te passen. Dat is een methode die men in het civiele recht hanteert, om structurele ongelijkheid tussen partijen te compenseren.⁷⁷ De civiele rechter doet dat bijvoorbeeld bij zaken over medische fouten door de informatieplicht/mededelingsplicht van de gedaagde partij (de arts) te zwaren. Hoewel de gedaagde niet de bewijslast draagt,⁷⁸ dient deze dan gegevens te overleggen die zich onder hem (zouden behoren te) bevinden.⁷⁹ Voor het bestuursrechtelijke proces voegt dit echter weinig toe. Omdat het bestuursorgaan bij de medische beoordeling vaak al het onderzoek aan zich heeft getrokken én het besluit moet motiveren, heeft het al de taak om alle voorhanden zijnde informatie te overleggen.

De civiele praktijk biedt evenwel nog een andere interessante constructie. In letselschadeprocedures met een medisch beoordelingstraject vormt het medische traject een van de grootste problemen in de afwikkeling van de letselschade.⁸⁰ Ter verbetering van dit afwikkelingsproces heeft de Letselschade Raad een Gedragscode Behandeling Letselschade opgezet.⁸¹ In artikel 1 *NPP richtlijnen ten aanzien van het medisch traject na verkeersongevallen*⁸² wordt aanbevolen dat in ieder letselschadedossier, behoudens in geval van gering letsel, aan beide zijden een gekwalificeerd medisch adviseur verantwoordelijk is voor het medisch traject. Uit een uitspraak van het Hof Leeuwarden blijkt dat het niet-inschakelen van een medisch adviseur onder omstandigheden kan leiden tot een beroepsfout van de advocaat.⁸³ Omdat in ieder letselschadedossier aan de kant van beide partijen een gekwalificeerd medisch adviseur verantwoordelijk is voor het medisch traject, ontstaat evenwicht in hun procesposities.

Hierin schuilt een verschil met het bestuursrecht. Het bestuursorgaan voert grotendeels het onderzoek uit in het kader van de medische beoordeling. In beroep moet eiser vol aan de bak om alsnog aan te tonen dat de door de medisch adviseur getrokken conclusies niet juist zijn. Daarbij breekt het hem als snel op dat hij niet gemakkelijk kan beschikken over een eigen medisch adviseur. Onder bepaalde bestuursrechtelijke regelingen valt te overwegen een regeling als in de letselschadepraktijk in te voeren, inclusief de subsidieregeling voor een haalbaarheidsonderzoek.

⁷⁵ www.taalstudio.nl/taalanalyse/index.html.

⁷⁶ www.rvr.org/binaries/rbv-library/medisch-haalbaarheidsonderzoek/beleidsregel%20Subsidie%20Medisch%20Haalbaarheidsonderzoek.pdf. De subsidie betreft anno 2013 een bedrag van € 200,- excl. btw. Zie verder par. 6.3.

⁷⁷ Zie uitgebreid W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*. Deventer: Kluwer 2013, m.n. p. 323 en 334 e.v.

⁷⁸ De hoofdregel van art. 150 Rv is dat die partij de bewijslast draagt die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten; in beginsel is dat de eisende partij.

⁷⁹ Bijv. HR 1 december 2000, NJ 2001/45 en HR 7 september 2001, NJ 2001/615.

⁸⁰ Zie onder meer A. Wilken, A.J. Akkermans & J. Legemaate, 'Verbetering van het medisch beoordelingstraject bij letselschade', *Verkeersrecht* 2010/12, p. 345-351. www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/onderzoeksinstituten-en-centra/projectgroep-medische-deskundigen/projecten/medisch-beoordelingstraject/index.asp.

⁸¹ www.deletselschaderaad.nl/library/repository/GBL2012.pdf.

⁸² www.deletselschaderaad.nl/library/repository/richtlijnen-medisch-traje.pdf.

⁸³ Hof Leeuwarden 5 september 2007, VR 2008/60, aangehaald in VR 2010/12, p. 347.

De bestuursrechter kan ook, los van de deskundigenbenoeming, zelf nadere stappen zetten. Een deskundigenbenoeming door de rechter verhoogt de expertise in het proces. Daarvan profiteert de procederende burger in dat concrete geval,⁸⁴ maar dit heeft weinig meer stelselmatige gevolgen. Het individuele deskundigenadvies beperkt zich immers tot de concrete zaak, kost het bestuur niets en legt geen structurele misstanden bloot. Nu hebben wij ook wel gehoord dat het opvoedeffect van een zorgvuldigheidsvernietiging zeer beperkt is. Het effect van geld is wellicht meer direct voelbaar. Ontstaat bewijsnood omdat de medische beoordeling door het bestuursorgaan volstrekt onzorgvuldig is geweest, dan lijkt ons zelf in de zaak voorzien onder omstandigheden in de rede te liggen. De financiële implicaties van de toewijzing van de gevraagde voorziening door de rechter, zullen het bestuur doen afvragen hoe dit in het vervolg kan worden voorkomen.

6.4 Waardering van de mogelijke oplossingen

In het voorgaande hebben wij een aantal mogelijke oplossingen geschetst. Verdient een daarvan de voorkeur? Wij nemen als uitgangspunt dat partijen zo veel mogelijk gelijkwaardig moeten zijn in termen van hun processuele mogelijkheden. Maatregelen die de medische bewijsverkrijging voor belanghebbenden vergemakkelijken hebben onze voorkeur, omdat deze voor een grote groep burgers bewijsnood doen verkleinen.

Omdat medische behandelaars van belanghebbenden terughoudend zijn om verklaringen af te geven en de reguliere contra-expertise zowel financieel als feitelijk moeilijk bereikbaar is, zien wij de oprichting van een laagdrempelig second-opinion-instituut als een van de voornaamste oplossingen. Aldaar kan dan het medisch advies, zonder dat het gehele onderzoek behoeft te worden overgedaan, nog eens kritisch tegen het licht worden gehouden. Het is op zich niet nodig dat een dergelijk 'instituut' door of vanwege de overheid wordt geïnitieerd. Zodra duidelijk wordt dat procedures waarin een dergelijke contra-expertise wordt overgelegd beduidend meer kans op succes bieden, zal dit al snel tot *best practice* leiden. De kosten kunnen waarschijnlijk beperkt blijven en voor minvermogenden kan een arrangement worden getroffen. Zo'n medisch oordeel biedt meerdere voordelen. Het geeft de burger een reëler zicht op zijn kansen op succes, wat overigens ook voor het bestuursorgaan kan gelden. De rechter is in een moeite door op weg geholpen bij de afweging of er sprake is van voldoende twijfel en eventueel een deskundige moet worden ingeschakeld.

7. Conclusie

De analyse van vier verschillende besluitvormingstrajecten waarin de medische beoordeling een grote rol speelt, leert

dat er behoorlijk wat verschillen zijn. De regelingen regelen niet steeds dezelfde onderwerpen, hoewel dat vaak wel voor de hand zou liggen. Zo is niet consequent doordacht welk type arts het onderzoek uitvoert, of kwaliteitseisen gesteld aan het medisch onderzoek worden uitgespeld, of een medewerkingsplicht wettelijk wordt verankerd en of informatiewinning bij de behandelend sector als eerste stap van onderzoek wordt geëxpliciteerd. Deze zeer geringe uniformiteit in bestuursrechtelijke regelgeving maakt de regelingen weinig toegankelijk.

De bewijslastverdeling bij medische beoordelingen sluit maar in zeer beperkte mate aan bij het kader van de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb. De bijzondere wettelijke regelingen bevatten weinig plichten tot gegevensverstrekking voor de aanvrager en het bestuursorgaan trekt het onderzoek naar de medische gegevens steeds aan zich. Hoever die onderzoeksplicht strekt, is niet eenduidig te bepalen. Daarbij zal een rol spelen dat bestuursrechters in hun jurisprudentie met betrekking tot de bestudeerde regelingen weinig refereren aan de algemene regels van het bestuursrechtelijke bewijsrecht.

Vervolgens hebben we beschreven dat de betrokkene die het medisch oordeel bestrijdt tegenbewijs moet leveren, waaraan hij zeer moeilijk kan komen. De behandelende sector is zeer terughoudend in het verstrekken van informatie en geeft geen waardeoordelen af. De arts van het bestuursorgaan bezit daardoor bijkans een monopolie op zijn terrein.

In deze bijdrage hebben we verschillende maatregelen de revue laten passeren die de bewijsnood van betrokkenen teniet zouden kunnen doen. De bewijsnood kan door de rechter middels de benoeming van een eigen deskundige worden gecompenseerd, maar daarmee is het initiële probleem nog niet opgelost: zonder de verklaringen van de medische sector kan de rechter niet goed bepalen wanneer gereede twijfel bestaat aan de deugdelijkheid van de medische beoordeling. Wij hebben bepleit de burger in een vroeg stadium een zetje heuvel op te geven,⁸⁵ door het mogelijk te maken om op laagdrempelige wijze het medisch oordeel voor een second-opinion voor te leggen aan een deskundige. Die laagdrempeligheid kan bijvoorbeeld worden bereikt wanneer een apart instituut ontstaat met artsen die deskundige waardeoordelen kunnen geven. Tot het zover is zal de rechter zich extra kritisch moeten opstellen ten aanzien van de uitgebrachte medische adviezen. Bij grove schendingen van de onderzoeksplicht lijkt het ons effectief wanneer de rechter al zelf in de zaak voorzien alsnog de gevraagde voorziening toekent. Een dergelijke voorziening met de botte bijl kan tot effect hebben dat bestuursorganen voldoende in hun eigen medische onderzoek investeren. En dat voorkomt dan weer bewijsnood in toekomstige gevallen.

84 Uit onderzoek van Waasdorp blijkt dat de reguliere verhouding gegrond versus ongegrond beroep (33% vs. 66%) verschuift naar meer dan 50% gegronde beroepen in gevallen waarin de rechtbank een medische deskundige benoemt. J.L. Waasdorp, *Verzekeringsgeneeskunde onder de juridische loep* (thesis master of science psychology), Antwerpen: Benelux Universitair Centrum 2003.

85 L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 26.