

Voorwoord

‘There comes a time when you realize that everything is a dream and only those things preserved in writing have any possibility of being real’¹

De weg die leidde naar dit proefschrift was een lange weg met onderbrekingen. Het was me een genoegen! De reis begon met gevoelens van verbazing én van frustratie. In mijn werk als verzekeringsarts in bezwaar- en beroepszaken was het mij niet altijd duidelijk waarom de rechter in de beroepsfase een medisch deskundige nodig meende te hebben. Die zaken waren medisch toch al goed uitgezocht? Ook trof me de vanzelfsprekendheid waarmee het oordeel van de eenmaal ingeschakelde deskundige werd gevolgd. Vooral als dat oordeel van het mijne afweek natuurlijk. Dat op zichzelf kon ik nog wel begrijpen, maar het voelde onterecht als het rapport van de deskundige de toets der kritiek niet kon doorstaan. En dat kwam geregeld voor, vond ik. Ik kon commentaar leveren als Brugman: het incidentele succes daarvan stond in geen enkele verhouding tot de geleverde inspanning. Ik begon rapportages van medisch deskundigen te verzamelen om me zo een beter en genuanceerder beeld te kunnen vormen. Dat was ooit het begin van mijn onderzoek.

Het ongemakkelijke gevoel bleef knagen en was uiteindelijk meer dan tien jaar later de aanleiding om alle ins en outs van deze kwestie serieus te gaan onderzoeken. Ik was heel benieuwd hoe rechters zelf tegen medische zaken aankijken. Daar had ik werkelijk geen idee van. Maar hoe krijg je bij rechters een voet tussen de deur?

In dit proefschrift doe ik een poging om de vele aspecten te ontrafelen die een rol spelen bij het inzetten van medisch deskundigen door de bestuursrechter in arbeidsongeschiktheidsgeschillen. Met de ambitie om mijn medische en juridische achtergrond te verbinden heb ik daarvoor verschillende onderzoeksmethodes gebruikt. Zo kreeg ik de bijzondere kans om data te analyseren van de rechtspraak en om rechters te interviewen.

Inmiddels is me veel, maar lang niet alles, duidelijk geworden. Er is veel te zeggen over en te vinden van het beroepsproces zelf, over de keuzes die rechters maken en de besluiten die ze nemen of juist niet nemen. Gaandeweg sloeg mijn verbazing over het vanzelfsprekend volgen van de deskundige om in verbazing over het doorgaans volgen van de verzekeringsarts in zijn oordeel zónder dat er een deskundige aan te pas komt. Wie de splinter in andermans oog zoekt, loopt het risico de balk in het eigen oog over het hoofd te zien. Misschien belangrijker: ik had mij eerder niet gerealiseerd dat de rechtspositie van de rechtzoekende burger nogal wat te wensen overlaat. Het is uiteindelijk wel de bedoeling dat de rechtzoekende burger daadwerkelijk zijn recht vindt. De bron van veel dat mis kan gaan is de kenniskloof tussen de juridische en de medische discipline. Daarbij weten rechters

1. James Salter, *All That Is*, New York: Alfred A. Knopf 2013.

niet wat zij niet weten én kent het weten van medisch deskundigen ook zo zijn beperkingen.

Mijn ultieme, wellicht naïeve wens is dat alle partijen in een bestuursrechtelijk arbeidsongeschiktheidsgeschil zich committeren aan de waarheidsvinding en dat zij daarvoor de dialoog met elkaar aangaan. Het zou niet moeten gaan om ‘winnen’ of ‘verliezen’. Een pleidooi ook voor meer samenwerking en communicatie tussen bij de zaak betrokken juristen en medici.

Op basis van de onderzoeksbevindingen signaleer ik een hele reeks van knelpunten, die alle het risico met zich meebrengen dat het proces van het arbeidsongeschiktheidsgeschil aan kwaliteit verliest. Die knelpunten heb ik voorzien van aanbevelingen voor een betere – of andere – inrichting van dat proces. Op zijn minst hoop ik met dit onderzoek het inzicht in deze weerbarstige materie te hebben vergroot, en daarmee een bijdrage te leveren aan het verkleinen van de kenniskloof.

Ik heb het onderzoek tot een succesvol einde weten te brengen en dit proefschrift kunnen schrijven dankzij een aantal mensen die ik graag wil bedanken. Dineke de Groot, Rens Koenraad, Frank Koerselman, Bert Marseille, Willemijn Roozendaal en Haije Wind: wat een eer dat jullie bereid waren zitting te nemen in de promotiecommissie. Dank voor jullie aandacht, tijd en welwillende reacties.

Dank aan Arno Akkermans, bij jou klopte ik aan met mijn idee om na het onderzoek dat Dineke de Groot bij je deed, naar het deskundigenadvies in de civiele procedure, het deskundigenbericht in het bestuursrecht onder handen te nemen. Het *medisch* deskundigenbericht welteverstaan. Je was meteen vóór. Willem Bouwens, jij sloot tot mijn grote genoegen al snel aan. Een behulpzamer, deskundiger, scherpzinniger én doortastender tweetal promotoren had ik mij niet kunnen wensen. Ton Schellart, jij was het die me destijds stimuleerde om deze uitdaging aan te gaan. Je zal wel iets in me gezien hebben. Ik ken niemand die kritischer is dan jij. En dat zeg ik ‘in a loving way’. Met een bewonderenswaardige toewijding heb jij als copromotor me al die jaren met raad en daad bijgestaan. De hoeveelheid tijd die ook jij in het onderzoek hebt gestoken was geen sinecure.

Jan Brand en Teun de Vries: door jullie was mijn entree in de rechtspraak ‘smooth sailing’. Felix Kemperman en Peter Haarms: jullie gunden en gaven me de ruimte die ik nodig had. Zonder die ruimte kom je als werknemer-buitenpromovendus niet ver. Harry Hulshof, Olga van Kempen en Kees Brent: jullie bijzondere jarenlange tolerantie en compensatie van mijn afwezigheid was onmisbaar.

Fijne collega’s Eric van der Jagt en Frans Slebus: met jullie heb ik vele aangename sessies doorgebracht, al pratend, discussiërend en ‘coderend’. Paula Eken: in de laatste fase heb je me geweldig geholpen.

De uren, avonden, dagen, weekenden en weken van lezen, herlezen, schrijven en eindeloos herschrijven: zonder het geduld en de steun van jou, Marc, was er van deze wetenschappelijke onderneming helemaal niets terechtgekomen. Zonder de ‘drive’ van mijn ouders Suzan en Pieter (*‘maak het nou eens af, jongen’*) was ik er niet toe in staat geweest. Zij en – op de valreep – mijn jongste broer Tjerk maken dit sluitstuk niet mee. Aan hen draag ik dit boek op.

Jim Faas

Hoofdstuk 1

Algemene inleiding

1.1 Juridische achtergrond

In de verschillende rechtsgebieden — strafrecht, civielrecht en bestuursrecht — maken rechters gebruik van het advies van deskundigen. Rechters weten dikwijls niet welke deskundige ze precies moeten inschakelen, wat de deskundige wel en niet weet en welke vragen ze deze deskundige zouden kunnen stellen. Vervolgens moeten ze het rapport van de deskundige op zijn merites beoordelen. Omgekeerd is het voor deskundigen niet altijd precies duidelijk in welke juridische context zij moeten optreden en wat die context betekent voor hun taak.

In het strafrecht is de positie van deskundigen geprononceerd in beeld gekomen door spraakmakende en controversiële strafzaken, waar het deskundig advies achteraf niet zo deskundig bleek te zijn als vermoed én de interpretatie van dat advies door de rechter niet juist bleek te zijn.¹ Over de kwaliteit van het deskundigenadvies en van gerechtelijke uitspraken in strafzaken is veel gepubliceerd.² De Wet deskundige in strafzaken werd in 2009 aangenomen.³ Deze had onder meer als doel ‘bevordering van de kwaliteit van de inbreng van de deskundige in de rechtspleging’, ‘verbetering van de kwaliteit van de communicatie tussen deskundigen en de rechtspraak’ en ‘versterking van de positie van de verdediging’.⁴

Over het deskundigenadvies in civiele zaken vroeg De Groot zich in haar dissertatie af of de rechter de juiste vragen aan de deskundige voorlegt en of hij het deskundigenadvies kan doorgronden: ‘als hij daartoe volledig in staat zou zijn, had hij de bijstand van de deskundige waarschijnlijk niet nodig’.⁵ Dit fenomeen wordt in de juridische literatuur de ‘kennisparadox’ genoemd. De Groot concludeert dat er ten onrechte van wordt uitgegaan dat de rechter autonoom kan bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Om de verkrijging en het gebruik van deskundigenadvies te verbeteren, pleitte zij voor bijstellingen in de verdeling van de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de rechter, partijen en de deskundige.

1. P.J. van Koppen, *Paradoxen van deskundigen, over de rol van experts in strafzaken* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2004.
2. Zie bijv. T. Derksen, *Het O.M. in de fout. 94 structurele missers*, Diemen: Veen Magazines 2008; W.A. Wagenaar, H. Israëls & P.J. Koppen, *De slapende rechter. Waarom het veroordelen van burgers niet alleen aan de rechter kan worden overgelaten*, Amsterdam: Bert Bakker 2009.
3. Wet deskundige in strafzaken, *Stb.* 2009, 33.
4. Zie bijv. R.A. Hoving, *Deskundigenbewijs in het strafrecht* (diss. Groningen), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017, p. 50-53.
5. G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 13-14.

De Groot en Elbers deden kwalitatief onderzoek onder overwegend civiele rechters naar knelpunten bij de inschakeling van deskundigen.⁶ Zij vonden dat er tijdens het deskundigenonderzoek geen rechtstreekse communicatie is tussen de drie betrokken actoren (rechter, justitiabelen en deskundige). Dat blijkt lastig te zijn bij het formuleren van de vragen, tijdens het onderzoek, of bij het gebruik van het rapport van de deskundige. Deze constatering resulteerde destijds in vooral praktische voorstellen om de communicatie tussen rechters, advocaten en deskundigen rond het deskundigenonderzoek in civiele zaken te verbeteren.

Gericht onderzoek naar de positie van de deskundige in het bestuursrecht is op beperkte schaal gedaan in twee studies, beide niet van recente datum. De vergelijkende studie door Van den Berg naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve rechter en civiele rechter is gebaseerd op zeer beperkt (dossier)onderzoeksmateriaal.⁷ Een groter onderzoek van Marseille naar de effectiviteit van bestuursrechtspreek richt zich niet specifiek op inschakeling van deskundigen.⁸ Een opvallende bevinding van Marseille was dat sommige rechtbanken zeer regelmatig gebruikmaken van medisch deskundigen, terwijl andere dat bijna nooit doen. De vraag wat hiervan de oorzaak is werd in dit onderzoek niet beantwoord. Goed zicht op de stand van zaken in het bestuursrecht met betrekking tot inschakeling van deskundigen was er niet. Dit proefschrift probeert voor een deel in deze lacune te voorzien voor wat betreft de inschakeling van medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen.

In het strafrecht en in het civiele recht wordt een variëteit aan deskundigen ingeschakeld, maar in het bestuursrecht springt — naast de deskundige op het terrein van milieu en ruimtelijke ordening bij de Raad van State⁹ — de medisch deskundige eruit met een hoge concentratie in arbeidsongeschiktheidsgeschillen. Van het aantal medisch deskundigen dat in het bestuursrecht wordt ingeschakeld bestonden slechts schattingen. Het zou gaan om enkele honderden onderzoeken per jaar bij de rechtbanken en de Centrale Raad van Beroep (hierna: Centrale Raad) zou jaarlijks ongeveer honderd medisch deskundigen inschakelen.¹⁰

De focus van dit proefschrift is gericht op arbeidsongeschiktheidszaken waarbij een medisch deskundige wordt ingeschakeld. In arbeidsongeschiktheidskwesties blijkt een aanzienlijk aantal belanghebbenden na het eerste beoordelingstraject actief de beslissing over de mate van arbeidsongeschiktheid te bestrijden. In 2016 zijn 54.845 beslissingen op bezwaar afgegeven in arbeidsongeschiktheidsgeschillen;

6. G. de Groot & N.A. Elbers, 'Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak. Verslag van een onderzoek naar knelpunten en verbetervoorstellen', Raad voor de rechtspraak, *Research Memoranda* 2008, nr. 3, jaargang 4.

7. B. van den Berg, *Deskundigheid in het geding, een vergelijkend onderzoek naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve en civiele rechter* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

8. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspreek. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

9. Milieudeskundigen van de Stichting Advisering Bestuursrechtspreek. Zie hierover: www.stab.nl/overons/Pages/Over_Ons.aspx en bijv.: G. de Groot & N.A. Elbers, *Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak. Verslag van een onderzoek naar knelpunten en verbetervoorstellen*, Raad voor de rechtspraak, *Research Memoranda* 2008, nr. 3, jaargang 4, p. 66.

10. Persoonlijke mededeling T.L. de Vries, vicepresident Centrale Raad van Beroep, presentatie tijdens het symposium 'Wie is hier de deskundige?' voor bezwaarverzekeringsartsen, juni 2008.

het aantal afgehandelde beroepszaken was 10.216, ruim 18% van het aantal bezwaarzaken.¹¹ Het traject van bezwaar naar afhandeling van een beroepszaak is een proces dat enkele jaren in beslag kan nemen en waarbij van de kant van het bestuursorgaan, het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), met ingang van de bezwaarfase een verzekeringsarts Bezwaar & Beroep¹² een belangrijke rol speelt. In de bezwaarfase vormt het sociaal-medisch oordeel van deze verzekeringsarts Bezwaar & Beroep de basis voor de beslissing van UWV en in de beroepsfase is het de basis voor de verdediging van deze beslissing.

Aan het einde van het proces van arbeidsongeschiktheidsgeschillen, in de (hoger)beroepsfase, kan door de rechter een onafhankelijke medisch deskundige worden ingeschakeld. Dat gebeurt in enkele honderden gevallen per jaar. Om het medisch oordeel van de verzekeringsarts op waarde te kunnen schatten, de eventueel ingeschakelde medisch deskundige goed te kunnen aansturen en diens rapport op waarde te kunnen schatten, heeft de rechter kennis nodig van het medisch vakgebied, maar gebrek aan kennis is nu juist de reden om een medisch deskundige in te zetten.

In de rechtswetenschap is veel belangstelling voor de vraag waarom rechters soms wel en dan weer niet een deskundige inschakelen en hoe zij vervolgens met die deskundigenadviezen omgaan. De zoektocht naar criteria voor inschakeling van deskundigen was tot nog toe in het bestuursrecht tevergeefs.¹³ Daarnaast waren er – en zijn er nog steeds – signalen uit de uitvoeringspraktijk dat verschillende actoren, zoals justitiabelen en hun rechtshulpverleners en verzekeringsartsen die voor UWV rapporteren, problemen ervaren met de inschakeling van medisch deskundigen door bestuursrechters in arbeidsongeschiktheidszaken.¹⁴ Wat is bijvoorbeeld de invloed van (de kwaliteit van) het medisch oordeel van de verzekeringsarts op het inschakelen van een medisch deskundige door de bestuursrechter? Belanghebbenden en hun rechtshulpverleners schetsen de mogelijkheden om een medisch oordeel te bestrijden als beperkt en vragen zich af hoe deze als zwak ervaren positie te verbeteren is.¹⁵ In het kort: de cliënt moet zelf met goed beargumenteerde medische stukken komen. Aan deze informatie is moeilijk te geraken; behandelend artsen stellen zich, conform de geldende KNMG-richtlijn, terughoudend op.¹⁶ Hun informatie wordt vaak als niet onafhankelijk (genoeg) beschouwd, aangezien er sprake is van een behandelrelatie. Een alternatief is het door de belanghebbende zelf inschakelen van onafhankelijke medische expertise. Maar dat is een kostbare aangelegenheid: de kosten daarvan bedragen al gauw € 1000 of meer.

11. UWV kwantitatieve informatie 2016, versie 2.0, p. 64-65. Deze cijfers betreffen alle bezwaar- en beroepszaken Ziektewet, WAO, WIA, WAZ en Wajong. Dat wil zeggen niet exclusief de medisch-arbeidsdeskundige zaken.
12. Vóór 2010 werd de verzekeringsarts Bezwaar & Beroep aangeduid als bezwaarverzekeringsarts. In dit proefschrift wordt de verzekeringsarts Bezwaar & Beroep niet steeds als zodanig apart aangeduid.
13. Zie R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter? Preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht* (VAR-geschrift 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 303-312.
14. *Verslag symposium 'Wie is hier de deskundige?' voor bezwaarverzekeringsartsen*, UWV notitie, juni 2008. Zie ook: Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.
15. Zie bijv. M.F. Vermaat, 'Bewijsrecht is een nationale zaak, aldus het EHRM. Bewijsnood in Indicatiestelling in de AWBZ-zaken', *NJB* 2011/568, p. 673-675.
16. *Code gegevensverkeer en samenwerking bij arbeidsverzuim en reïntegratie*, KNMG, Utrecht, december 2006.

Op welke gronden en onder welke omstandigheden is er voor de bestuursrechter aanleiding om een deskundige in te schakelen? En als de bestuursrechter eenmaal een medisch deskundige heeft ingeschakeld, wat kan dan voor verzekeringsartsen in die fase nog een zinvolle inbreng of rol zijn?

1.2 Verzekeringsgeneeskundige achtergrond

Sinds 2005 vindt bij het Kenniscentrum Verzekeringsgeneeskunde (KCVG) wetenschappelijk onderzoek plaats. Het doel van het KCVG is het bevorderen van de kwaliteit en de wetenschappelijke onderbouwing van de verzekeringsgeneeskunde door middel van het ontwikkelen en evalueren van methoden, richtlijnen, hulpmiddelen en interventies. Wetenschappelijk onderzoek op het gebied van de verzekeringsgeneeskunde richtte zich tot dusverre uitsluitend op het werk van de uitvoerende verzekeringsarts en de sociaal-medische oordeelsvorming in de zogenaamde primaire fase: de bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid. Het verzekeringsgeneeskundige handelen in de fase van bezwaar en beroep is tot nu toe onderbelicht gebleven. Dit onderzoek is het eerste onderzoek dat zich mede richt op het handelen van de verzekeringsarts in deze vervolgfase.

Er is eerder geen dossieronderzoek verricht in beroepszaken en hogerberoepszaken. Van Muijen en Van Pelt verrichtten wel onderzoek naar kenmerken en uitkomsten van bezwaarprocedures.¹⁷ Het doel van dat onderzoek was om zicht te krijgen op kenmerken die een verband hebben met wijziging van het primaire medisch oordeel en de uitkomst van de bezwaarprocedure. Zij verwijzen naar een aantal niet-gepubliceerde studies (te weten: scripties van verzekeringsartsen in opleiding) met name over Ziektewetbeoordelingen. Uit deze studies bleek onder andere dat de kans op een gegrond bezwaar toenam indien de primaire verzekeringsarts geen informatie had opgevraagd bij de behandelend sector. Verder werd het bezwaar van cliënten met psychische klachten vaker gegrond verklaard dan bij lichamelijke klachten. Een andere studie naar uitkomsten van bezwaarprocedures in het kader van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO; de voorgangster van de Wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen, de WIA) wees uit dat wijziging van de medische grondslag met name voorkwam indien primair onvoldoende medisch onderzoek was verricht of geen dan wel onvoldoende aanvullende informatie was opgevraagd.¹⁸ Van recenter datum is het onderzoek van Hadderingh en Spanjer naar de redenen die belanghebbenden hebben om bezwaar aan te tekenen tegen een beslissing in het kader van de Ziektewet.¹⁹ Zij vergeleken belanghebbenden die bezwaar aantekenden met diegenen die geen bezwaar maakten tegen een arbeidsgeschiktheidsverklaring. Dat deden zij op basis van een door verzekeringsartsen samengestelde vragenlijst van mogelijke redenen om in bezwaar te gaan. De vragenlijst bevatte vragen over de beoordeling, de professionele houding, meningsverschillen, redenen om in bezwaar te gaan, ervaren bejegening en persoonlijke ken-

17. P. van Muijen & W.J.L. van Pelt, 'Heroverweging van het primaire medische oordeel in bezwaarprocedures', *TBV* 2009, afl. 2, p. 52-58.

18. J. Bemelmans & D. Geelkens, *Een nadere beschouwing van het primaire medische oordeel* (scriptie Amsterdam NSOH), 2002.

19. H. Hadderingh & J. Spanjer, 'Bezwaarzaken in de ziektewet bij de UWV vangnetpopulatie', *TBV* 2015, afl. 4, p. 178-182.

merken. Belanghebbenden die bezwaar aantekenden verschilden ten opzichte van belanghebbenden die géén bezwaar aantekenden met name op de aspecten: (niet) opvragen van medische informatie, ervaren van nieuwe medische feiten na contact met de verzekeringsarts, (on)tevredenheid over het lichamelijk onderzoek, (on)duidelijkheid over de procedure en de mening over de professionele houding van de verzekeringsarts. De auteurs geven de volgende adviezen om bezwaarzaken te voorkomen: altijd opvragen van medische informatie indien daarom wordt gevraagd door de belanghebbende, het duidelijk uitleggen van de procedure van de Ziektewet, tijd nemen voor lichamelijk onderzoek en het benaderen van de belanghebbende op een respectvolle en professionele wijze.

Eén onderzoek werd gevonden dat betrekking had op de beroepsfase. Waasdorp onderzocht de effecten van de verzekeringsgeneeskundige oordeelsvorming in de bezwaarfase op de daaropvolgende juridische oordeelsvorming op basis van 223 uitspraken van rechtbanken.²⁰ Een van de bevindingen in dit onderzoek was dat de reguliere verhouding tussen uitspraken gegrond versus ongegrond (1/3 vs. 2/3) in die gevallen waar de rechtbank een deskundige inzet verschuift naar meer dan 50% gegrond. Een andere opvallende bevinding was dat van de aard van de door de verzekeringsarts gepleegde acties in de bezwaarfase 'geen invloed lijkt uit te gaan' op de uitspraak in beroep. Dat wil overigens niet zeggen dat de medisch inhoudelijke overwegingen er niet toe zouden doen.

1.3 Raakvlak juridisch en medisch domein

Precies zoals in de andere rechtsgebieden roept de bestuursrechter deskundige hulp in omdat het hem aan (medische) kennis ontbreekt, terwijl datzelfde gebrek aan kennis het moeilijk maakt om de kwaliteit van het oordeel van de (medisch) deskundige naar waarde te schatten.

Zoals eerder aangegeven wordt in dit verband vaak de term 'kennisparadox' gebruikt. Dit begrip wordt door De Groot en Akkermans als volgt omschreven: 'om de deskundige goed aan te kunnen sturen en diens rapport op waarde te kunnen schatten heeft een jurist kennis nodig van het vakgebied van de deskundige, maar de omstandigheid dat hij die kennis ontbeert, geeft juist aanleiding om de deskundige in te zetten.'²¹

Met een paradox wordt volgens Van Dale een schijnbare tegenstrijdigheid bedoeld. De hiervoor aangeduide kennisparadox is dat strikt genomen niet: het gaat om een kennislacune, een terrein van onwetendheid. Wel zit er iets paradoxaals in dat een rechter ter opvulling van zijn kennislacune een deskundige inschakelt, maar bij de waardering van diens rapport weer oploopt tegen diezelfde kennislacune. Dit proefschrift concentreert zich op de *medische* kennislacune bij de bestuursrechter. Deze kan worden gedefinieerd als: 'de ontbrekende medische kennis, die het de niet-medicus belemmert, zo niet onmogelijk maakt, om de medisch-inhoudelijke kwaliteit van medische documenten en rapportages op waarde te schatten'. In dit

20. J.L. Waasdorp, *Verzekeringsgeneeskunde onder de juridische loep. Een onderzoek naar de factoren van invloed bij de juridische oordeelsvorming in beroepszaken in het kader van de WAO en verzekeringsgeneeskundige kwesties van UWV* (doctoraalscriptie Antwerpen), Antwerpen: Benelux Universitair Centrum 2003.

21. G. de Groot & A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007/10, p. 501.

verband is ook de term ‘kenniskloof’ relevant: deze term legt meer de nadruk op het verschil in kennisdomein tussen rechter en deskundigen.

De vraag is of de kenniskloof tussen de juridische en de medische discipline de kwaliteit van de rechtsgang beïnvloedt. In dit onderzoek wordt deze kwestie op een aantal verschillende manieren benaderd. Enerzijds inhoudelijk en anderzijds procedureel. Daarbij spelen twee wetenschappelijke domeinen een rol: het juridische en het medische domein.

Bij de inhoudelijke invalshoek gaat het om een medisch- en juridisch-inhoudelijk aspect.

Het gaat om de inhoudelijke kwaliteit van het medisch onderzoek en de medische rapportage van de verzekeringsarts. Voor de kwaliteit van het oordeel van de verzekeringsarts wordt gebruikgemaakt van verzekeringsgeneeskundige protocollen en standaarden²² en andere kwaliteitsprotocollen.²³ Daarnaast gaat het ook om de kwaliteit van het medisch onderzoek en de medische rapportage van de ingeschakelde medisch deskundigen: hierbij gelden de professionele normen, protocollen, standaarden en richtlijnen van de betreffende medische beroepsgroep; de *Richtlijn medisch-specialistische rapportage*,²⁴ de leidraad voor deskundigen in bestuurszaken,²⁵ en verzekeringsgeneeskundige protocollen en standaarden.

Verder gaat het om de kwaliteit van de rechterlijke uitspraak. Die moet vooral blijken uit de wijze van invulling door de rechter van de ‘motiveringsplicht’. Rechters hanteren hiervoor criteria, die ‘*tacit knowledge*’ zijn. Concrete richtlijnen of instructies bestaan hiervoor niet. De vraag is of zulke criteria kunnen worden benoemd. Een relevante vraag is daarnaast of de bestuursrechter de kwaliteit van de medische beoordeling en rapportage wel kan beoordelen en of hij daarmee of daardoor wel een goede rechterlijke uitspraak kan doen.

De procedurele invalshoek bij de professionele medische oordeelsvorming betreft de manier waarop medische gegevens worden verzameld en de bejegening van de rechtzoekende. Bij de juridisch procedurele invalshoek gaat het om de regels van de arbeidsongeschiktheidswetgeving en het Schattingsbesluit, de regels betreffende de gerechtelijke procedure zelf, zoals die zijn vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) alsmede het principes van het recht op een eerlijk proces (*‘fair trial’*) uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

22. *Verzekeringsgeneeskundige protocollen: Algemene inleiding*, Gezondheidsraad, Den Haag, 19 december 2006, nr. 2006/22.

23. *Kwaliteitstoets BVA 2006, afdeling Bezwaar & Beroep; Kwaliteitstoets BVA BAD 2009, versie 1.0*, interne UWV-documenten.

24. *Richtlijn medisch-specialistische rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband*, Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage (NVMSR), april 2016. Voorheen: *Richtlijn medisch specialistische rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband*, Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR), in samenwerking met de KNMG, Utrecht, januari 2008.

25. *Leidraad medisch deskundigen in bestuursrechtelijke zaken*, Raad voor de rechtspraak, uitgave van het Landelijk Overleg Voorzitters van de Bestuurssectoren van de rechtbanken (LOVB), augustus 2008.

1.4 Onderzoeksdoelen

Dit onderzoek exploreert de kenniskloof tussen het juridische en medische domein. Het focust op de inzet van medisch deskundigen in beroepsprocedures bij arbeidsongeschiktheidsgeschillen en heeft drie belangrijke pijlers: (de kwaliteit van) de inbreng van de verzekeringsarts in beroepszaken over arbeidsongeschiktheidsgeschillen, (de kwaliteit van) de inbreng van de eventueel door de bestuursrechter ingeschakelde onafhankelijke medisch deskundige en (de kwaliteit van) de bestuursrechtelijke uitspraak. Het centrale doel van dit onderzoek is inzicht te verkrijgen in de kenniskloof tussen het medische en het juridische domein bij arbeidsongeschiktheidsgeschillen en of, en zo ja, hoe deze kan worden overbrugd. Gegeven dit centrale doel is ervoor gekozen juist dié situatie onder de loep te nemen waarbij de twee disciplines elkaar het dichtst op de huid zitten: het moment dat de rechter kennisneemt van de medische gegevens die de basis vormen voor de beslissing over de arbeidsongeschiktheid, en hij voor de keuze staat al dan niet (extra) medische deskundigheid in te schakelen.

Het onderzoek richt zich op:

- de (mogelijke) kenniskloof tussen het medische en het juridische kennisdomein (meer concreet: hoe gaat de bestuursrechter om met c.q. hoe kijkt de bestuursrechter naar medische rapporten);
- de overwegingen van de bestuursrechter om (g)een medisch deskundige in te schakelen;
- het oordeel (sec) en de kwaliteit van de verwerking van de medische gegevens in het oordeel van de bestuursrechter;
- de kwaliteit van het proces in relatie tot de toepasselijke wet- en regelgeving (meer concreet: voldoet het proces bij arbeidsongeschiktheidsgeschillen aan de vereisten van de arbeidsongeschiktheidswetgeving, i.e. de WIA en het Schattingsbesluit, de Awb en de eisen van artikel 6 EVRM).

De maatschappelijke relevantie van het onderzoek ligt in het blootleggen van knelpunten in de huidige praktijk van arbeidsongeschiktheidsgeschillen, waarvoor op basis van de gegevens en analyses mogelijk verbetervoorstellen kunnen worden gedaan of oplossingsrichtingen worden gesuggereerd ten aanzien van de inrichting van de beroepsprocedure bij bestuursrechtelijke arbeidsongeschiktheidsgeschillen in het algemeen en het inschakelen van medisch deskundigen daarbij in het bijzonder.

Hoe de bestuursrechter kijkt naar het werk en de inbreng van de verzekeringsarts in de beroepsfase en wat de verwachtingen dienaangaande zijn is noch onderzocht noch beschreven. De verwachting is dat met behulp van de bevindingen uit dit onderzoek ook de effectiviteit van de verzekeringsgeneeskundige inbreng en oordeelsvorming in de beroepsfase kan worden verhoogd.

Dit onderzoek sluit gedeeltelijk aan bij onderzoeksthema's die aan de orde zijn gesteld in eerder onderzoek in het civiele recht. Waar mogelijk zal een vergelijking worden gemaakt met de situatie in het civiele recht en met de lessen die zijn getrokken uit onderzoek in dat rechtsgebied.

1.5 Onderzoeksvragen

De onderzoeksvragen zijn als volgt nader uitgewerkt en gerangschikt:

a) Vragen met betrekking tot algemene aspecten

- Wat is de herkomst (welke wetgeving) en wat zijn de aantallen, doorlooptijden en uitkomsten van beroepszaken, waarbij al dan niet een medisch deskundige wordt ingeschakeld? Welke ontwikkeling is hierbij te zien door de jaren heen? Welke conclusies kunnen hieraan worden verbonden?

b) Vragen met betrekking tot het inschakelen van medisch deskundigen en de invloed van de kwaliteit van medische rapportages op de uitspraak van de bestuursrechter

- Hoe kijkt de bestuursrechter naar medische rapporten?
- Op basis van welke overwegingen schakelt de bestuursrechter (g)een medisch deskundige in?
- Wat is de invloed van (de kwaliteit van) de vraagstelling op de kwaliteit van het proces?
- Welke factoren beïnvloeden of – en zo ja, in welke mate – de bestuursrechter in zijn oordeel het advies van de deskundige volgt?
- Hoe weegt de rechter de adviezen van de medisch deskundige en van de verzekeringarts tegen elkaar af en hoe gebruikt de rechter de medische gegevens in zijn uitspraak?

c) Hoe verhouden zich de bevindingen tot de toepasselijke wet- en regelgeving?

Het toetsingskader wordt gevormd door resp. de WIA/het Schattingsbesluit, de Awb en artikel 6 EVRM.

d) Vragen met betrekking tot knelpunten en (de invloed van) de kenniskloof

- Zijn er knelpunten te identificeren in beroepszaken bij het wel of niet inschakelen door de bestuursrechter van een medisch deskundige?
- Ervan uitgaande dat er sprake is van een kenniskloof tussen rechters en medisch deskundigen: ten aanzien van welke aspecten daarvan is dit problematisch? Kan die kloof worden overbrugd en (zo ja) hoe?

Na beantwoording van de onderzoeksvragen wordt in de integratiefase van het onderzoek gezien wat de analyse oplevert van de gegevens, die voortkomen uit de hiervoor genoemde onderzoeksvragen in onderlinge samenhang gezien. Een vergelijking met bevindingen uit eerder onderzoek in het civiele recht maakt daarvan deel uit. De in deze fase ook te beantwoorden vraag is:

e) Welke inzichten levert het onderzoek op theoretisch niveau op?

Het gaat hier om de inzichten, die de bevindingen uit het onderzoek opleveren in relatie tot de volgende thema's: de waarheidsvinding in samenhang met de actieve of lijdelijke houding van de bestuursrechter; de vrije bewijsleer en de (on)duidelijkheid omtrent het bewijs; de eisen die zijn te stellen aan het deskundigheidsadvies.

f) Welke aanbevelingen, voorstellen of alternatieven zijn te formuleren voor de verbetering van de kwaliteit van de procedure bij arbeidsongeschiktheidsgeschillen?

Voornamelijk op basis van de geconstateerde knelpunten in het proces en de geconstateerde gevolgen van de kenniskloof worden aanbevelingen gedaan met als belangrijkste adressant de bestuursrechter. Deze hebben de strekking de kwaliteit van het proces te bevorderen en/of de kenniskloof te overbruggen of te verkleinen. Dat geldt ook voor de in het slothoofdstuk (hoofdstuk 9) geformuleerde voorstellen en alternatieven voor aanpassing van de inrichting van het (huidige) systeem bij arbeidsongeschiktheidsgeschillen.

1.6 Onderzoeksopzet en ontwikkeling van het onderzoek

1.6.1 Methodologische verantwoording

Het onderwerp van dit onderzoek is nieuw. Er is daarom geen pasklaar theoretisch kader voorhanden. Omdat het onderwerp nieuw is, is een – overwegend – exploratief onderzoek gedaan. Daarbij is de verwachting op basis van de empirische onderzoeksresultaten inductief op een theoretisch niveau uit te komen. In verband met de inductieve wijze van werken, was op voorhand niet precies duidelijk welke onderzoeksvragen wel of niet zouden kunnen worden beantwoord aan de hand van de verkregen informatie. Om die reden is met verschillende vormen van onderzoek geprobeerd om informatie boven tafel te krijgen: literatuuronderzoek, data-analyse, dossieronderzoek, focusgroepen, interviews en analyse van jurisprudentie.

Zoals bij elk innovatief, exploratief onderzoek kunnen vraagtekens geplaatst worden bij de haalbaarheid van het krijgen van antwoorden op alle onderzoeksvragen. Dat is een kenmerk van dit soort onderzoek: men verwacht inzicht in de materie en (aanzetten tot) antwoorden op een aantal vragen te krijgen, op basis waarvan men bestaande theoretische inzichten verder kan aanvullen en aanscherpen. Dit is een andere werkwijze dan een probleemstelling ontwikkelen op basis van een uitgewerkte theorie en van daaruit deductief hypotheses voor onderzoek afleiden en die vervolgens empirisch te toetsen.²⁶

1.6.2 Onderzoeksmethoden

Hierna worden de bij de verschillende onderzoeksvragen gebruikte methoden genoemd.

26. A.D. de Groot, *Methodologie*, 's-Gravenhage: Mouton 1972; P.K. Feyerabend, *Against Method*, London: Verso 1978; M. Albinski (red.), *Onderzoekstypen in de sociologie*, Assen: Van Gorcum 1981.

1.6.2.1 Literatuuronderzoek

Een review van de bestaande literatuur over de kenniskloof, criteria voor inschakeling van deskundigen en de relevantie hiervan voor het bestuursrecht in het algemeen en arbeidsongeschiktheidsgeschillen waarbij een medisch deskundige wordt ingeschakeld in het bijzonder. Van de kennisparadox wordt gezien hoe deze in de literatuur is geduid in de verschillende rechtsgebieden (straf/civiel/bestuursrecht) in het licht van relevante theorieën. Aandacht wordt besteed aan de huidige kwalitatieve en procedurele waarborgen bij de inzet van deskundigen.

1.6.2.2 Data-analyse

Voor de beantwoording van de algemene aspecten genoemd onder a) bij paragraaf 1.5, vond een analyse plaats van historische kwantitatieve gegevens van rechtbanken en de Centrale Raad over de periode 1992-2010 met betrekking tot de inschakeling van medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen. Vergelijking van rechtbanken onderling is hierbij mogelijk. Hiervoor kon gebruik worden gemaakt van de computersystemen van de rechtbanken en de Centrale Raad. Voor raadpleging van deze systemen en gebruik van de gegevens werd toestemming verkregen van de Raad voor de rechtspraak. De data-analyse vond plaats met behulp van SPSS.

1.6.2.3 Dossieronderzoek

Een pilotdossierstudie was nodig om te beoordelen of procesdossiers zich lenen voor de beantwoording van een relevant aantal onderzoeksvragen. Hiervoor zijn dossiers van beroepszaken van UWV gebruikt. Het feitelijk dossieronderzoek is retrospectief gedaan, aangezien prospectief onderzoek praktisch niet goed uitvoerbaar was door de vaak lange doorlooptijd van beroepszaken. De gegevens uit het dossieronderzoek zijn gedeeltelijk gebruikt als input voor de focusgroepen (zie hierna).

1.6.2.4 Focusgroepen en interviews

Een deel van de resultaten van het dossieronderzoek is gebruikt als input voor de focusgroepen en interviews met in totaal 25 bestuursrechters om de onderzoeksvragen onder b) en d) genoemd in paragraaf 1.5 te beantwoorden. Dit levert inzichten op in de ervaringen, ideeën en meningen van de bestuursrechters. Kwalitatieve analyse van de – opgenomen en uitgeschreven – interviews en focusgroepen vond plaats in (in principe) vier stappen, die mede gebaseerd zijn op de ‘*Grounded Theory*’: open codering, axiale codering, selectieve codering en integratieve codering, met behulp van het programma Atlas.ti 5.2.²⁷

27. J. Corbin & A. Strauss, ‘Grounded theory research. Procedures, canons, and evaluative criteria’, *Qualitative Sociology* 1990, Vol. 13, No. 1, p. 3-21; H. Boeije, *Analyseren in kwalitatief onderzoek. Denken en doen*, Amsterdam: Boom Onderwijs 2005.

1.6.2.5 Analyse jurisprudentie

Mede naar aanleiding van het *Korošec*-arrest van het EHRM in 2015, zijn door de Centrale Raad de eisen, die aan de bestuursrechter worden gesteld in het kader van artikel 6 EVRM in het nationale recht nader ingevuld. De Centrale Raad formuleerde daartoe in juni 2017 een toetsingskader (ook wel ‘stappenplan’ genoemd). Relevante uitspraken in de periode juni 2017-januari 2018 werden geanalyseerd waarin een beroep werd gedaan op het *Korošec*-arrest c.q. op het ontbreken van *equality of arms*.

1.6.3 Gang van zaken en ontwikkeling van het onderzoek

In de beginfase van het onderzoek is besloten de onderzoeksbevindingen in de vorm van artikelen te publiceren en niet te wachten met publicatie in één keer van alle verzamelde onderzoeksgegevens aan het einde van de rit, namelijk dit proefschrift.²⁸ De gedachte hierbij was dat gedeeltes van het onderzoek daardoor eerder in het publieke domein geraken en daardoor mogelijk een dienst konden bewijzen aan het discours over de inzet van deskundigen. Het artikel over perikelen rond de vraagstelling aan medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen is in 2014 als eerste gepubliceerd in de hoop de praktijk daarmee te beïnvloeden. Zie daarvoor hoofdstuk 2 en het in hoofdstuk 8 beschreven vervolg. Voor de analyse van kwantitatieve gegevens van rechtbanken en de Centrale Raad (hoofdstuk 4) zijn data gebruikt tot en met 2010. Om die reden was het niet opportuun langdurig met publicatie van deze onderzoeksgegevens te wachten.

Bij de start van het onderzoek is een pilotdossierstudie uitgevoerd. Uit de in die studie onderzochte veertig dossiers kon niet worden gedestilleerd wat een zorgvuldige procesgang is rond de oplevering (onderzoeksfase) en becomingariëring (commentaarfase) van het deskundigenrapport. Uit de dossierstukken viel af te leiden dat de bestuursrechter zich bedient van standaardformuleringen, zowel bij zijn besluit om een of juist geen deskundige in te schakelen als bij zijn overwegingen om al dan niet het oordeel van de deskundige te volgen. De verwachting om op basis van een uitgebreid(er) dossieronderzoek duidelijk antwoord te krijgen op de vraag door welke factoren wordt bepaald waarom de bestuursrechter (g)een deskundige inschakelt en zo ja, of en in welke mate de bestuursrechter in zijn oordeel het advies van de deskundige volgt, bleek daarom irreëel. Hetzelfde gold voor de vraag hoe de bestuursrechter omgaat met de medische gegevens van de deskundige(n) in zijn uitspraak. Conclusie was dan ook dat – op basis van de bevindingen in het pilotdossieronderzoek – op een aantal onderzoeksvragen onvoldoende of geen antwoord kon worden verkregen door middel van een uitgebreider dossieronderzoek. Procesdossiers geven maar weinig geheimen prijs (zie hoofdstuk 3). Een uitgebreid dossieronderzoek, met een steekproef die representatief is, zou dan ook geen zin hebben. Om achter de overwegingen en motieven te komen die bestuursrechters hebben op relevante beslismomenten in de verschillende fases van het

28. Aangezien de artikelen fysiek reeds verschenen zijn (sommige al enige tijd geleden), is – om het onderzoeksmateriaal overzichtelijk te houden – besloten hierover geen nieuwe redactionele slag te maken. Omdat de artikelen ook los van elkaar dienden te kunnen worden gelezen, is er daardoor – vooral in de inleidingen – onvermijdelijk sprake van tekstuele overlap tussen de inleiding en het slothoofdstuk enerzijds en de artikelen anderzijds.

proces moet – zolang dit niet mogelijk is op basis van processtukken en gerechtelijke uitspraken – gebruik worden gemaakt van andere onderzoeksmethodes, zoals kwalitatief onderzoek in de vorm van focusgroepen of interviews, hetgeen dan ook is verricht (hoofdstuk 5 en 6).

In de loop van 2016 ontstond er een levendige discussie naar aanleiding van een aantal door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gewezen arresten (met name het zogenoemde *Korošec*-arrest) inzake artikel 6 EVRM 'equality of arms' in relatie tot de inschakeling van deskundigen door de bestuursrechter. Tot dan toe was het zo dat het EHRM zich inzake artikel 6 EVRM beperkte tot de positie van de deskundige die door de rechter wordt ingeschakeld. In de betreffende arresten gaat het tevens over de positie van de deskundige die door het bestuursorgaan in de prejudiciële fase wordt ingeschakeld. Deze arresten werden in 2017 gevolgd door twee gesynchroniseerde richtinggevende uitspraken van onze twee hoogste bestuursrechtelijke colleges. Aangezien deze uitspraken de kern raken van het onderwerp van dit onderzoek, was het noodzakelijk om aan deze ontwikkelingen aandacht te besteden. De neerslag hiervan is in hoofdstuk 7 te vinden, waaronder een analyse van recent verschenen relevante jurisprudentie. Ontwikkelingen na december 2018 zijn in dit proefschrift niet meegenomen.

1.7 Juridische context

De juridische context van de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling door verzekeringsartsen die door het bestuursorgaan in de prejudiciële fase worden ingeschakeld en van de inschakeling van medisch deskundigen in de beroepsfase door de bestuursrechter speelt een belangrijke rol van de beoordeling van onderzoeksvraag ad c).

1.7.1 Juridische context van arbeidsongeschiktheidsgeschillen en van het deskundigenonderzoek

Het gaat hier om een aantal arbeidsongeschiktheidsregelingen: de Ziektewet, de AAW/WAO, de WIA en de Wajong.²⁹ In de arbeidsongeschiktheidswetten is de omschrijving van het arbeidsongeschiktheids criterium van belang. Bij de WIA bijvoorbeeld gaat het om een verlies aan verdienvermogen 'als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling'.³⁰ Het arbeidsongeschiktheids criterium is nader uitgewerkt in het Schattingsbesluit.³¹ Daarbij gelden specifiek voor het oordeel van de verzekeringsarts, die als deskundige voor het bestuursorgaan optreedt, de drie kwaliteitseisen zoals geformuleerd in artikel 4 van het Schattingsbesluit: *toetsbaarheid* (de gebruikte onderzoeksmethoden, argumentatie, bevindingen en conclusies van het verzekeringsgeneeskundig onderzoek worden schriftelijk vastgelegd); *reproduceerbaarheid* (een door een andere verzekeringsarts uitgevoerd verzekeringsgeneeskundig onderzoek zal tot dezelfde bevindingen en conclusies kunnen leiden) en *consistentie* (de redeneringen en con-

29. Resp. de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten.

30. Artikel 4 en 5 Wet WIA.

31. Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten, 8 juli 2000, *Stb.* 2000, 307.

clusies van het verzekeringsgeneeskundig onderzoek zijn vrij van innerlijke tegenspraak). Daarbij moeten de vaststellingen en het onderzoek gebeuren aan de hand van *algemeen aanvaarde verzekeringsgeneeskundige onderzoeksmethoden*.

De Boer benadrukt dat er verschillende uitgangspunten zijn voor (het bepalen van de kwaliteit) van de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling.³² Enerzijds inhoudelijk: de theorie van de gebrekkigenrol,^{33,34} de ICF-classificatie³⁵ en de scripttheorie.³⁶ Anderzijds procesmatig: het belang van de zogenaamde ‘argumentatieve claimbeoordeling’, het belang van consensus van experts en van de principes van fair trial (eerlijk proces).³⁷

In arbeidsongeschiktheidskwesties blijkt een aanzienlijk aantal belanghebbenden na de eerste beoordeling actief de beslissing over de mate van arbeidsongeschiktheid te bestrijden. Het juridische kader wordt, naast het toepasselijke recht met betrekking tot het vaststellen van arbeidsongeschiktheid, gevormd door de Algemene wet bestuursrecht. De relevante wetsartikelen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) over het deskundigenonderzoek zijn de artikelen 8:34, 8:47 en 8:48.

Van belang is verder artikel 6 lid 1 EVRM, meer in het bijzonder het beginsel van equality of arms, dat de gelijkwaardigheid van procespartijen moet waarborgen. Dit artikel is ook van toepassing op socialezekerheidsprocedures.³⁸ Hoe de primaire beoordelingsfase, de bezwaarfase en de beroepsfase verlopen wordt op verschillende plaatsen in dit proefschrift beschreven (zie hoofdstuk 2, 3 en 4).

1.7.2 Eisen aan het deskundigenadvies

Koenraad noemt drie kwaliteitseisen voor het deskundigenadvies: eisen aan de adviseur zelf, eisen aan de totstandkoming van het advies en eisen aan de inhoud van het advies.³⁹ Deze relateert hij aan de eisen die artikel 3:2 Awb aan het bestuursorgaan stelt.⁴⁰ De adviseur moet voldoende deskundigheid hebben om de voor het te nemen besluit relevante feiten te kunnen achterhalen en onafhankelijk en onpartijdig zijn. Eisen aan de totstandkoming van het advies zullen strenger zijn naarmate de invloed van het advies op het te nemen besluit groter is en alle partijen dezelfde kansen moeten krijgen om invloed uit te oefenen op het onderzoek en advies van de adviseur. Ten slotte moet het advies inzichtelijk en logisch zijn; vermeld moet zijn of de bevindingen geheel op eigen onderzoek berusten of mede op

32. W.E.L. de Boer, *Quality of evaluation of work disability* (diss. Amsterdam UvA), Hoofddorp: TNO Quality of Life 2010.

33. G. Gordon, *Role theory and illness. A sociological perspective*, New Haven, Connecticut: College & University Press 1966.

34. G. Waddell & M. Aylward, *The scientific and conceptual basis of incapacity benefits*, Norwich: TSO 2005.

35. *International classification of functioning, disability and health*, World Health Organization (WHO), Geneva 2001.

36. W.K.B. Hofstee, *Principes van beoordeling. Methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie*, Lisse: Swets & Zeitlinger 1999.

37. D. Mabbett, H. Bolderson & B. Hvinden, *Definitions of disability in Europe. A comparative analysis*, Uxbridge: Brunel university 2002; W.E.L. de Boer e.a., ‘Medico-legal reasoning in disability assessment. A focus group and validation study’, *BMC Public Health* 2008, 8:335, doi:10.1186/1471-2458-8-335.

38. Zie: EHRM 27 juni 1993, zaak 14518/89, RSV 1994/69 (*Schuler-Zraggen/Zwitserland*).

39. L.M. Koenraad, ‘Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht’, *JB Plus* 2006, p. 15-33.

40. Artikel 3:2 Awb: Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.

andere feiten en bronnen, volgens welke maatstaven het onderzoek is verricht; de presentatie van de bevindingen moet controle door een andere deskundige mogelijk maken; de conclusies moeten aansluiten op en niet in tegenspraak zijn met de bevindingen. Het advies moet actueel, betrouwbaar en volledig zijn en voorzien zijn van een deugdelijke motivering.

Naast de kwaliteitseisen die gelden voor het oordeel van de verzekeringsarts is er specifiek door en voor medisch deskundigen door de Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage (NVMSR) een achttal kwaliteitseisen geformuleerd, waaraan medisch specialistische rapportages moeten voldoen: de eis van *deskundigheid*; van *zorgvuldigheid*; van *intersubjectieve toetsbaarheid*: een ander kan op basis van dezelfde feiten tot dezelfde constatering komen ('repliceerbaarheid') dan wel die verwerpen ('falsificeerbaarheid'); van *relevantie* en *zuinigheid*; van *consistentie*; van *begrijpelijkheid*; van het hanteren van een *algemeen aanvaarde onderzoeksmethode*; van *onbevooroordeeldheid*.⁴¹

1.7.3 Juridische context van het beoordelen van de medische grondslag van de arbeidsongeschiktheid

De Centrale Raad formuleerde een aantal eisen, waaraan verzekeringsgeneeskundige rapportages moeten voldoen. Dat zijn de eisen van zorgvuldigheid van totstandkoming, van consistentie en van concludentie.⁴² Wil een justitiabele met succes het medisch oordeel, dat de grondslag vormt voor de beslissing over de arbeidsongeschiktheid aanvechten dan zal hij daar in elk geval twijfel over moeten zaaien. De Centrale Raad is van mening dat het, gelet op artikel 8:69 Awb aan appellant is 'om aan te voeren en zo nodig aannemelijk te maken dat de rapportages niet op zorgvuldige wijze tot stand zijn gekomen, inconsistenties bevatten, niet concludent zijn, dan wel dat de in de rapportages gegeven beoordeling onjuist is. (...) [Dat] kan geschieden door niet medisch geschoolden. Voor het aannemelijk maken dat de gegeven beoordeling onjuist is, is in beginsel een rapportage van een regulier medicus noodzakelijk.' Kort gezegd: de zorgvuldigheidstoets en de beoordeling van consistentie en concludentie kan plaatsvinden door niet medisch geschoolden, maar voor de beoordeling van de juistheid van de medische beoordeling is het oordeel van een medicus nodig. In dit verband is ook van belang een uitspraak van de Centrale Raad waarin uitgangspunten voor de bewijslastverdeling worden geformuleerd: 'In een procedure als de onderhavige, waarbij het gaat om de beoordeling van de juistheid van de medische grondslag van een arbeidsongeschiktheidsbeslissing, is het primair aan het Uvw de medische feiten in het geding te brengen, die de correctheid van het bestreden besluit onderbouwen. Het is aan de belanghebbende om met medische (en andere) gegevens twijfel te wekken aan de correctheid van die medische grondslag.'⁴³ Uit deze uitspraak is duidelijk op te maken dat de justitiabele 'met iets moet komen', wil hij met succes twijfel zaaien.

41. *Richtlijn medisch-specialistische rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband*, Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage (NVMSR), april 2016.

42. CRvB 9 december 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU8290. In deze uitspraak verwijst de Centrale Raad naar en bestendigt eerdere uitspraken: CRvB 17 december 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR8889; CRvB 13 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT9828 en CRvB 10 januari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ6138.

43. CRvB 8 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0845.

Er is ook vaste jurisprudentie van de Centrale Raad over de vraag wanneer er reden is om een deskundige in te schakelen: 'In het algemeen gaat de Raad slechts daartoe over indien de gedingstukken dan wel de door of namens betrokkene aangedragen gegevens reden geven voor twijfel aan de juistheid van de medische beoordeling.'⁴⁴ Twijfel zaaien staat hier dus ook centraal.

1.7.4 De juridische context van het inschakelen van een deskundige

Voor de goede orde: het inschakelen van medisch deskundigen in arbeidsongeschiktheidsgeschillen geschiedt overwegend in de prejudiciële fase. Het bestuursorgaan UWV zet hiervoor 'eigen' deskundigen in. Dat zijn de verzekeringsartsen. In voorkomende gevallen kunnen verzekeringsartsen ook zelf een medisch deskundige inschakelen, bijvoorbeeld als er een grote discrepantie is tussen de eigen bevindingen en die van een behandelaar.

In de judiciële fase kan de bestuursrechter op grond van artikel 8:69 Awb bij het beroep tegen een besluit over arbeidsongeschiktheid de feiten aanvullen. In dat verband heeft de bestuursrechter de mogelijkheid zelf een deskundige te benoemen. Dit is geregeld in artikel 8:47 Awb en verder in de Procesregelingen bestuursrecht. De deskundige krijgt een onderzoekopdracht en moet een schriftelijk verslag uitbrengen van zijn onderzoek. Partijen *kunnen* worden betrokken bij het formuleren van de onderzoekopdracht en worden in de gelegenheid gesteld om op het deskundigenverslag te reageren.⁴⁵ Er is hier sprake van een *bevoegdheid* van de rechter, geen verplichting.

Relevant in dit kader is ook de motiveringsplicht van de bestuursrechter, af te leiden uit de artikelen 8:69 en 8:77 lid 1 Awb. Deze artikelen geven echter geen uitsluitel hoever de bestuursrechter moet gaan in zijn motivering. Vaste jurisprudentie van de Centrale Raad is dat uit deze artikelen niet voortvloeit dat de rechtbank in haar uitspraak op alle door een belanghebbende aangevoerde argumenten afzonderlijk heeft in te gaan.⁴⁶ De vraag die hier dan rijst is welk type beroepsgronden een serieuze motivering verdient en welke type niet.⁴⁷

Specifiek voor de vraagstelling is artikel 8:47 lid 3 nog van belang: 'Van het voornemen tot het benoemen van een deskundige als bedoeld in het eerste lid wordt aan partijen mededeling gedaan. De rechtbank kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent het onderzoek binnen een door haar te bepalen termijn schriftelijk aan haar kenbaar te maken.' Als aan partijen de gelegenheid wordt geboden hun wensen omtrent het onderzoek kenbaar te maken, ligt daar een kans om de vraagstelling te beïnvloeden door deze te bekritisieren, te becommentariëren, aan te vullen en dergelijke.

44. CRvB 3 februari 2004, ECLI:NL:CRvB:2004:AO5188.

45. Artikel 8:47 lid 5 Awb.

46. CRvB 7 april 1998, ECLI:NL:CRvB:1998:ZB7563. Hierin wordt verwezen naar CRvB 20 december 1983, RSV 1984/99.

47. Zie hierover: D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak*, Zeist: Kerckebosch 2008, p. 219: 'Als vuistregel geldt: de verliezer krijgt het volle pond. In beginsel worden al zijn stellingen besproken.'

In artikel 8:34 Awb wordt vermeld dat de deskundige verplicht is zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten te vervullen. Artikel 8:48 Awb vermeldt dat de ingeschakelde deskundige ‘voor het onderzoek van belang zijnde inlichtingen over deze persoon [kan] inwinnen bij de behandelend arts of de behandelende artsen, de verzekeringsarts en de adviserend arts van het bestuursorgaan’.

Naast de genoemde Procesregeling bestuursrecht is de Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken van toepassing.⁴⁸ De gedragscode is op verzoek van de Raad voor de rechtspraak opgesteld en geënt op de gedragscode van het Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen (NRGD).⁴⁹ Verder is er nog de Leidraad medisch deskundigen in bestuursrechtelijke zaken, een uitgave van het Landelijk Overleg Voorzitters van de Bestuurssectoren van de rechtbanken (LOVB). Deze bevat informatie voor medisch deskundigen die van belang is voor de uitvoering van de opdracht, het onderzoek en de verslaglegging.⁵⁰ In de Leidraad wordt het juridische kader geschetst in een summier beschrijving van met name de arbeidsongeschiktheidsregelingen, het Claim Beoordelings- en Borgingssysteem (CBBS)/de Functionele Mogelijkhedenlijst (FML), het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten en de Regeling verzekeringsgeneeskundige protocollen. Ook wordt aangegeven wat de deskundige kan verwachten van de vraagstelling.

In hoofdstuk 2 komt de vraagstelling uitgebreid aan bod en is onder andere een normstellend kader voor de vraagstelling geformuleerd met eisen voortkomend uit het juridische én uit het medische kader.

1.7.5 Artikel 6 EVRM

Naast datgene wat in de arbeidsongeschiktheidswetgeving c.q. het Schattingsbesluit en in de Awb is neergelegd, vormen de verschillende aspecten die het ‘fair trial’-beginsel uit artikel 6 EVRM in zich draagt, het normatieve procedurele kader. ‘Fair trial’ omvat een aantal beginselen van behoorlijke rechtspraak, zoals equality of arms, de eis van onpartijdige behandeling van het geschil, de eis van hoor en wederhoor in het onafhankelijk deskundigenonderzoek, de mogelijkheid die partijen behoren te hebben tot het doen van een contra-expertise, het motiveringsbeginsel dat geldt voor eindbeslissingen van de rechter en de eis van redelijke termijn van afhandeling.

Artikel 6 EVRM beschermt het recht op een eerlijk proces bij een rechterlijke instantie. De eerste volzin van lid 1 luidt: ‘Bij het vaststellen van zijn burgerlijke

48. ‘Procesregeling bestuursrecht 2013’. *Stcrt.* 2014, 9197. Artikel 15 van deze regeling heeft betrekking op het deskundigenonderzoek en doelt op de termijnen die in het proces in acht moeten worden genomen. Voor de inhoud van de vraagstelling zijn er geen consequenties af te leiden uit dit artikel. Deze procesregeling is inmiddels vervangen door het Procesreglement bestuursrecht rechtbanken 2017. Artikel 2.12 van dit reglement over het deskundigenonderzoek bevat geen wijzigingen ten opzichte van de eerdere regeling.

49. ‘Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken’, versie 3.7, januari 2012. Voor gerechtelijk deskundigen bij de Afdeling bestuursrechtspraak is deze gedragscode geactualiseerd: *Stcrt.* 2018, 6861.

50. *Leidraad medisch deskundigen in bestuursrechtelijke zaken*, Raad voor de rechtspraak, uitgave van het Landelijk Overleg Voorzitters van de Bestuurssectoren van de rechtbanken (LOVB), augustus 2008.

rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.' Hieruit wordt in de rechtspraak van het EHRM een aantal eisen afgeleid. Met name het recht op hoor en wederhoor, i.e. het recht op een procedure op tegenspraak (*'the right to adversarial proceedings'*). Dit houdt het volgende in: *'the opportunity for the parties to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed'*.⁵¹ Daarnaast geldt het beginsel van equality of arms: *'each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent'*.⁵² Artikel 6 EVRM stelt geen dwingende eisen aan de bij het verdrag betrokken landen hoe zij het proces moeten inrichten.⁵³

Lange tijd was de heersende opvatting dat het beginsel van equality of arms niet van toepassing zou zijn op de prejudiciële fase. Het zou alleen zien op het totale proces bij de rechter, inclusief de rol van de deskundige en het verloop van het deskundigenonderzoek.⁵⁴ Recente ontwikkelingen in de EHRM-jurisprudentie nopen tot een belangrijke nuancering: de wijze waarop de prejudiciële fase is ingericht of is verlopen – met inbegrip van het gebruikmaken van deskundigenadvies door het bestuursorgaan zelf – kan invloed hebben op de *'fairness'* van het proces bij de bestuursrechter. De (kwaliteit van de) inrichting van de tegenspraak in de prejudiciële procedure werpt als het ware zijn schaduw vooruit op de waardering van equality of arms in de beroepsfase. In hoofdstuk 7 wordt nader ingegaan op deze materie.

1.7.6 Procesvoering

De waarheidsvinding, de vraag in hoeverre de bestuursrechter zich voor de waarheidsvinding inspannt (of hij daarin een actieve of lijdelijke rol vervult) en de vrije bewijsleer spelen een belangrijke rol bij bestuursrechtelijke arbeidsongeschiktheidsgeschillen. Beide hebben invloed op de procesgang en op de rechtspositie van de klagende burger en het bestuursorgaan.

1.7.6.1 Waarheidsvinding/actieve of lijdelijke bestuursrechter

In het bestuursrecht staat van oudsher de materiële waarheidsvinding voorop.⁵⁵ Dit uitgangspunt hangt samen met de klassieke functies van het bestuursrechtelijke proces: handhaving van het objectieve recht en individuele rechtsbescherming.⁵⁶

51. T. Barkhuysen e.a., 'Right to a Fair Trial', in: P. van Dijk, F. van Hoof, e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 567.

52. T. Barkhuysen e.a., a.w., p. 563; EHRM 27 oktober 1993, 14448/88, r.o. 33 (*Dombo Beheer BV/Nederland*); EHRM 22 februari 1996, 17358/90 (*Bulut/Oostenrijk*).

53. P. Lemmens, 'De deskundige, het bestuur, de rechter en het recht van de partijen op een eerlijk proces', *NJB* 2017/472, p. 574-580.

54. P. Lemmens, a.w., p. 574.

55. Zie T. Barkhuysen & Y. Schuurmans, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', *NJB* 2012/22, p. 1515-1520.

56. A. Gerbrandy, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (preadvies NJV), 2012, p. 186.

De bestuursrechter kan de feiten aanvullen op grond van artikel 8:69 Awb ter compensatie van de ongelijkheid tussen het bestuursorgaan en de rechtzoekende. Hij mag dus feiten betrekken bij de zaak die partijen niet hebben aangevoerd. Precies omgekeerd aan de tendens in het civiele recht, waar de rechter zich meer en meer is gaan begeven op het terrein van waarheidsvinding en de regiefunctie op zich neemt, is de bestuursrechter zich sinds de invoering van de bezwaarschriftprocedure in arbeidsongeschiktheidskwesties in 1996 juist terughoudender gaan opstellen.⁵⁷ Het aantal inschakelingen van medisch deskundigen is daarna drastisch afgenomen.⁵⁸ Uit het eerder aangehaalde onderzoek van Marseille naar de effectiviteit van bestuursrechtspraak bleek dat er grote verschillen zijn tussen rechtbanken: sommige maken zeer regelmatig gebruik van deskundigen, andere bijna nooit. Ook andere auteurs constateren dat de bestuursrechtelijke beroepsprocedure zich na 1994 gestaag ontwikkelde tot een partijengeding en bestuursrechters in toenemende mate geneigd zijn om partijen verantwoordelijk te maken voor het leveren van bewijs voor de gestelde feiten.⁵⁹ Of die neiging in dezelfde mate nog altijd aanwezig is komt in hoofdstuk 7 aan de orde.

Ook als het gaat om een arbeidsongeschiktheidsgeschil zal de bestuursrechter zich tijdens de bewijslevering bezighouden met waarheidsvinding. Wanneer in dat geval bij de vaststelling van betwiste feiten andere dan juridische kennis of ervaring nodig is, kan de bestuursrechter een medisch deskundige inschakelen.

Dat de waarheidsvinding niet steeds als vanzelfsprekend op goede voet staat met de wens om tot snelle afdoening van de zaak te komen moge duidelijk zijn. De opdracht van de bestuursrechter om zelf op zoek te gaan naar de materiële waarheid staat daardoor voortdurend onder druk. Deze opdracht blijft echter vooropstaan. Dat het niet altijd mogelijk is de materiële waarheid daadwerkelijk te achterhalen doet hier niet aan af.

1.7.6.2 Vrije bewijsleer

In het bestuursrecht geldt de 'vrije bewijsleer': er is een vrije keuze aan bewijsmidelen. Nadeel voor procespartijen van deze vrije bewijsleer is dat zij zelf feiten moeten aanvoeren en hun standpunten moeten onderbouwen. Probleem is dat partijen niet altijd precies weten wat ze moeten bewijzen en hoe. Er is ook geen duidelijk gemarkeerd moment waarop ze dat door de bestuursrechter duidelijk moet worden gemaakt. De bestuursrechter is in beginsel vrij te beslissen omtrent het leveren en waarderen van bewijs. Zo beslist de rechter vaak zelf over de omvang van de bewijslevering, over de bewijslastverdeling onder partijen en over de bewijswaardering. Interessant aspect is daarom hoe de bestuursrechter de bewijslast alloceert (als hij dat al doet) en of de rechter de bewijslastverdeling voldoende expliciteert.

57. A.T. Marseille, 'De bestuursrechter en diens vrijheid. Van actief naar lijdelijk (en weer terug?)', *Trema* 2007, afl. 10.

58. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke procedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

59. L.M. Koenraad, 'De bestuursrechter en zijn deskundige', *EeR* 2016, afl. 4, p. 162; R.J.N. Schlössels, 'Hoor en wederhoor bij de bestuursrechter. Over "modern" procesrecht en het hart van een behoorlijke procedure', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht* (De Waard-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 233-250.

Volgens Schuurmans, die de bewijslastverdeling in het bestuursrecht onderzocht, zit de onduidelijkheid vooral in de bewijswaardering en minder in de bewijslastverdeling.⁶⁰ De rechter verlangt wel van het bestuursorgaan dat het de feitenvaststelling inzichtelijk maakt, maar stelt aan zichzelf niet steeds even hoge eisen. Waarom hij aan een bepaald bewijsmiddel niet veel bewijskracht toekent, wat het bestuursorgaan wel had moeten doen in het feitenonderzoek dat onzorgvuldig is bevonden en hoeveel extra bewijsmateriaal nodig zou zijn, zijn vragen die de rechter veelal onbeantwoord laat, aldus Schuurmans. Zij roept de rechter op zijn bewijsoordelen te expliciteren en te motiveren. Draagt de belanghebbende de bewijslast, dan zou duidelijk moeten zijn welke factoren bepalen dat een gegeven ‘nodig’ is en welke factoren de aanvullende onderzoeksplicht van het bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb activeren. Rust de bewijslast op het bestuursorgaan, dan zou de rechter duidelijk moeten motiveren hoe ver de onderzoeksplicht gaat. Als hij het onderzoek onzorgvuldig vindt, moet hij motiveren waarom de bewijsmiddelen onvoldoende zijn en welke extra eisen het bestuursorgaan in acht moet nemen. De vraag is ook of de klagende burger een voldoende sterke rechtspositie heeft tegenover de ‘machtige’ overheid met al zijn ‘deskundig geweld’. Hierbij is de sterkte van de bewijspositie van de justitiabele van belang. De veronderstelling is dat die bewijspositie matig is: hij moet in een arbeidsongeschiktheids geschil met medisch goed beargumenteerd tegenbewijs komen; aan deze informatie is moeilijk te geraken: behandelend artsen stellen zich namelijk, conform de geldende beroepsrichtlijnen, terughoudend op.⁶¹

1.8 Andere aspecten

In de loop van dit onderzoek kwamen interessante thema’s naar voren die het onderwerp van dit proefschrift wel raken, maar geen onderdeel vormen van de geformuleerde onderzoeksvragen. Zoals ieder exploratief onderzoek kent ook dit onderzoek zijn beperkingen. Deze thema’s vallen buiten het bestek en de ambitie van dit proefschrift en worden daarom ook niet in extenso bij de overwegingen betrokken. Ze worden hier toch genoemd omdat ze te belangrijk zijn om onvermeld te laten. Ze verdienen — in een andere onderzoekssetting — beslist nadere aandacht. Het gaat hier om andere contextaspecten dan kwaliteitseisen die rechtstreeks voortvloeien uit de toepasselijke wet- en regelgeving. De impact van deze aspecten op de medische én de juridische oordeelsvorming is niet altijd (even) zichtbaar.

1.8.1 Scheiding van behandeling en controle

Al meer dan een eeuw wordt in Nederland in de medische wereld uitgegaan van de scheiding van behandeling en controle. Nederland is hierin uniek. Op grond van die scheiding mag een behandelend arts geen medische verklaringen over zijn patiënt afgeven — ook niet op verzoek van de patiënt — die verdergaat dan feitelijke informatie over diagnose en behandeling. Een onafhankelijke arts die objectief is en deskundigheid heeft op het gevraagde gebied — zoals een verzekeringsarts

60. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006.

61. *Code gegevensverkeer en samenwerking bij arbeidsverzuim en re-integratie*, KNMG, Utrecht, december 2006.

op het gebied van arbeidsongeschiktheid – kan wel een dergelijk oordeel afgeven.⁶² Dit betekent casu quo dat behandelend artsen zich niet mogen begeven op het gebied van (waarde)oordelen over arbeidsbeperkingen en arbeidsgeschikt- of ongeschiktheid. Die scheiding van behandeling en controle heeft als oogmerk de vertrouwensrelatie tussen behandelend arts en patiënt te waarborgen en zijn privacy te beschermen. Daarnaast zou een (waarde)oordeel van de behandelend arts, gezien juist die vertrouwensrelatie, niet als voldoende onpartijdig en objectief kunnen worden opgevat.

Daar komt bij dat, in tegenstelling tot veel andere landen, in Nederland de verzekeringsgeneeskunde een apart en zelfstandig medisch specialisme is.⁶³ Tezamen met het specialisme van de bedrijfsgeneeskunde is het deskundigheidsterrein van het vaststellen van en adviseren over arbeidsbeperkingen bij uitstek het domein van de verzekeringsarts en de bedrijfsarts. In andere landen zijn behandelend artsen en medisch specialisten wel gerechtigd om hierover uitspraken te doen, in Nederland niet. Dit leidt tot bijzondere situaties daar waar deskundigen met verschillende specialistische achtergronden optreden in arbeidsongeschiktheidsgeschillen. Het is daarbij niet altijd helder wie in dat proces welke rol het beste – met welke daarbij behorende bevoegdheden en restricties – op zich kan en moet nemen onder welke specifieke omstandigheden.

1.8.2 Common sense, attributiefouten en emoties bij de waardering van het deskundigenbericht

In de argumentatie van de rechter spelen bij zijn afwegingen een aantal niet specifiek juridische noties ook een belangrijke rol. Mak en Waasdorp sommen er drie op:

- *common-sense*-argumenten: dit zijn argumenten gerelateerd aan ‘presumpties betreffende menselijk gedrag of aanwezige kennis of veronderstelde beleids-effecten of gedragseffecten van de rechterlijke beslissing’.⁶⁴ Als voorbeeld hiervan geldt het *floodgate*-argument: de vrees voor een stroom van (acties in) zaken in geval van gegrondverklaring van het beroep in een bepaalde kwestie;
- attributiemechanismen: hiermee worden allerlei psychologische valkuilen bedoeld, waar de rechter, net als ieder ander, in kan geraken. Bekende valkuilen zijn het *primacy*-effect (als eerste aangeboden informatie laat de meeste indruk achter), de *confirmatie*-bias (tunnelvisie), de attributiefout, *authority*-bias en *hindsight*-bias;
- emoties als een kenbron van inschattingen: intuïtie, ‘in de zin van door ervaring en kennis gevoed inzicht bij de rechter’. Deze emoties kunnen zowel een positieve invloed hebben, een extra alertheid opleveren en nopen tot het zoeken naar meer informatie, maar ook een negatieve invloed, daar waar de

62. Zie J.H.B.M. Willems & R.M.S. Doppegieter, ‘De scheiding van “behandeling en controle”: aan actualisering toe?’, *TBV* 2007, afl. 4, p. 184-187.

63. <https://www.bigregister.nl/documenten/publicaties/2017/03/03/lijst-specialismen-en-specialistenregisters>.

64. E. Mak & J. Waasdorp, ‘Deskundigenbenoemingen door de bestuursrechter in het medisch bestuursrecht’, in: R. Ortleip e.a. (red.), *De rechter onder vuur. Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en Rechtsstheorie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 19-39.

emotie leidt tot het selectief verzamelen van informatie die leidt tot een gewenste of sluitende argumentatie.⁶⁵

1.8.3 Epistemische dimensie van de waardering van het deskundigenbericht

Meer gericht op de waardering van (tegenstrijdige) rapporten van *verschillende* medische experts wijst Giard op het feit dat de beoordeling van arbeidsongeschiktheid onderhevig is aan beoordelingsvariatie bij dezelfde ziektegevallen. Alleen al daardoor is er een gerede kans dat de conclusie van een nieuwe expertise zal afwijken van de eerdere beoordeling: ‘zo ontstaat er niet meer, maar juist minder duidelijkheid over de werkelijke toestand; er is dan wel voldaan aan juridische abstracties, maar niet aan concrete epistemische’. Zoals Giard verder terecht opmerkt komt daar nog bij dat iedere deskundige de feiten, omstandigheden en bevindingen zal moeten interpreteren. Twee verschillende deskundigen kunnen in die interpretaties wezenlijk verschillen en tot uiteenlopende conclusies komen en dan hoeft het niet altijd duidelijk te zijn waarom dat zo is.⁶⁶ De rechter moet weten om te gaan met conflicterende uitkomsten van deskundigenrapporten in een en dezelfde zaak. Het gaat hier om de epistemische dimensie van de bewijswaardering. De Bock stelt hierover dat de rechter zijn ‘*epistemic work*’ dient te verrichten. Alleen dan is voldaan aan het vereiste voor betrouwbare kennisverkrijging op basis van het deskundigenbericht.⁶⁷ Zij heeft in haar proefschrift hiervoor vier toetsingscriteria aangedragen: relevantie, kwaliteit, consistentie en coherentie. Met deze toetsing blijft de rechter aan de ‘buitenkant’ van het deskundigenbericht; een inhoudelijke toetsing van de correctheid van de bevindingen van de deskundige vindt niet plaats. Dat is volgens De Bock te rechtvaardigen, omdat de inhoudelijke kwaliteit van het deskundigenbericht vooral moet worden gewaarborgd door de persoon van de deskundige en de kwaliteit van de vraagstelling. Ook lijkt een verdergaande rechterlijke toetsing af te stuiten op de kenniskloof. De Bock vraagt zich af of deze benadering altijd bevredigend is en meent dat deze kwestie in ieder geval aan de orde moet komen als de rechter wordt geconfronteerd met tegenstrijdige deskundigenberichten.⁶⁸ Giard en Merckelbach vinden de hiervoor genoemde criteria te globaal en pleiten voor explicitering van criteria die de rechter gebruikt bij de waardering van het deskundigenrapport. Zij stellen daarbij niet centraal *wie* de deskundige is en zelfs niet zozeer *wat* hij zegt, maar eerder *hoe* de kennis die hij ter verklaring naar voren schuift is verkregen.⁶⁹ Zo zouden deskundigen moeten worden bevraagd over de ankers van hun verklarende argumentatie. De auteurs verwijzen naar de hiërarchie in bewijskracht van typen empirisch onderzoek (oplopend van casuïstiek, seriecasuïstiek, observationeel onderzoek, quasi-experimentele studies, experimentele

65. E. Mak & J. Waasdorp, a.w., p. 29-30.

66. R. Giard, ‘Niet alleen aandacht voor een equality of arms maar ook voor de quality of arms’, *NJB* 2017/776, p. 931; R. Giard, ‘Rechters en partijdeskundigen: over de (on)deskundigheid en (on)partijdigheid van experts’, *EeR* 2017, afl. 4, p. 135-145.

67. R.H. de Bock, ‘Het deskundigenbericht als betrouwbare bron voor kennis’, *EeR* 2012, afl. 3, p. 105-111.

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

69. R. Giard & H. Merckelbach, ‘De ene deskundige is de andere niet’, *NJB* 2018/140, p. 181-188.

studies tot aan meta-analyses). Dat maakt nogal wat uit.⁷⁰ Daarnaast wijzen de auteurs erop dat deskundigen in procedures over arbeidsvermogen de volgens hen twee essentiële vragen – welk onderliggend lijden veroorzaakt de problemen bij de werknemer en in welke mate kan hij nog functioneren? – te lijf gaan met tests en analysemethoden en daarmee ‘medisch bewijs’ leveren. Kwesties van accuraatheid en reproduceerbaarheid over de juistheid van die beoordeling blijven daarbij echter vaak onbesproken.

1.9 Leeswijzer

Na deze inleiding volgt in hoofdstuk 2 het eerste artikel dat in het kader van dit onderzoek in april 2014 in *Expertise en Recht* werd gepubliceerd. Dit artikel gaat over de vraagstelling aan de deskundige, het signaleert een aantal knelpunten en bevat voorstellen voor verbetering van de vraagstelling.

Zoals aangestipt in paragraaf 1.6.3 zit er in alle daaropvolgende hoofdstukken enige tekstuele overlap en herhaling. Dit is een onvermijdelijk gevolg van het feit dat het grotendeels om gepubliceerde artikelen gaat. Dit geldt bijvoorbeeld voor de inleidende paragraaf van elk hoofdstuk c.q. artikel, maar ook voor de onderzoeksresultaten die thematisch in verschillende hoofdstukken worden behandeld.

In hoofdstuk 3 is het artikel opgenomen waarin verslag wordt gedaan van de pilot-dossierstudie die bij de start van dit onderzoek is gedaan. De vraag hier was welke geheimen procesdossiers prijsgeven. Dit artikel is in december 2016 gepubliceerd in *Expertise en Recht*. Dit artikel heeft een bijlage, met daarin de casusbeschrijvingen, die op de website van *Expertise en Recht* werd gepubliceerd. Deze bijlage is in dit proefschrift opgenomen, namelijk als bijlage A.

In hoofdstuk 4 volgen de resultaten van het onderzoek naar de historische kwantitatieve gegevens over de inzet van medisch deskundigen van rechtbanken en van de Centrale Raad. Dit resulteerde in een artikel, dat in juni 2014 is gepubliceerd in *Expertise en Recht*. Ook dit artikel heeft een bijlage, met daarin de bevindingen en détail met tabellen en figuren, die op de website van *Expertise en Recht* werd gepubliceerd. Deze bijlage is in dit proefschrift opgenomen, namelijk als bijlage B.

De dossierstudie van hoofdstuk 3 was de opstap naar de focusgroepen en interviews die zijn gehouden met bestuursrechters. De weerslag van de opvattingen over en de ervaringen met de inzet van medisch deskundigen van bestuursrechters is te vinden in hoofdstuk 5. Het in dat hoofdstuk opgenomen artikel is in juni 2017 gepubliceerd in *Expertise en Recht*. Ook dit artikel heeft een bijlage, met daarin een uitvoeriger en meer gedetailleerde weergave van de bevindingen, die op de website van *Expertise en Recht* werd gepubliceerd. De opzet en de methode van onderzoek van de focusgroepen en interviews, behorend bij hoofdstuk 5 en 6 is daarin te vinden. Deze bijlage is in dit proefschrift opgenomen, namelijk als bijlage C.

70. Het gaat hier vooral om het beoordelen van causale verbanden. Voor sommige vraagstellingen zijn bepaalde typen onderzoek niet uitvoerbaar en dus ook niet beschikbaar.

Het onderwerp van hoofdstuk 6 is wat de bestuursrechter verwacht van de verzekeringsarts in de commentaarfase nadat de medisch deskundige zijn rapport heeft uitgebracht. Dit onderdeel van het proefschrift, dat uit materiaal bestaat dat verkregen is uit de focusgroepen en interviews is niet eerder gepubliceerd.

Hoofdstuk 7 bevat een analyse van de jurisprudentie van het EHRM over artikel 6 EVRM en de gevolgen hiervan voor arbeidsongeschiktheidsgeschillen. Het in dat hoofdstuk opgenomen artikel is in juni 2018 gepubliceerd in *Expertise en Recht*. Dit artikel doet tevens verslag van een onderzoek van de nationale rechtspraak naar de toepassing van het toetsingskader dat de Centrale Raad van Beroep naar aanleiding van de EHRM-jurisprudentie in juni 2017 introduceerde. Overigens zijn over dit thema enkele andere met dit artikel samenhangende publicaties verschenen die geen onderdeel uitmaken van dit proefschrift:

- RSV 2016/27, m.nt. W.A. Faas (*Korošec/Slovenië*);
- RSV 2017/151, m.nt. W.A. Faas;
- W.A. Faas, 'Onafhankelijkheid verzekeringsartsen in het geding?', *TBV* 2017, afl. 3, p. 109-111;
- W.A. Faas, 'Equality of arms: het verlossende woord?', *TBV* 2017, afl. 8, p. 368-371.

In hoofdstuk 8 komt aan de orde hoe de evolutie van de vraagstelling is geweest na de publicatie van het eerste artikel van dit onderzoek in 2014. De door de Centrale Raad nadien aangepaste vraagstelling wordt in dit hoofdstuk besproken. Het hoofdstuk doet verslag van onderzoek naar de praktijk: hoe gaan de rechtbanken en Centrale Raad inmiddels om met de vraagstelling aan de deskundige? Dit onderdeel van het proefschrift is niet eerder gepubliceerd.

Hetzelfde geldt voor het afsluitende hoofdstuk 9, waarin de onderlinge samenhang van de artikelen wordt uiteengezet in aansluiting op dit inleidende hoofdstuk. De onderzoeksbevindingen resulteren in dit hoofdstuk in een knelpuntenanalyse. Een reeks van knelpunten is te identificeren in de verschillende fases van besluitvorming tijdens het proces van het arbeidsongeschiktheidsgeschil. Daarmee samen hangt een – ook in hoofdstuk 9 opgenomen – reeks van aanbevelingen en bespiegelingen over de inrichting van het proces.

Als bijlage D is toegevoegd een verklaring inzake de gepubliceerde artikelen, die zijn opgenomen in dit proefschrift.