VU Research Portal

Het deskundigenadvies in de civiele procedure

de Groot, G.

2008

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Link to publication in VU Research Portal

citation for published version (APA)
de Groot, G. (2008). *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Kluwer.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

Download date: 29. Mar. 2024

Het deskundigenadvies in de civiele procedure

Lay-out: Max van Garling – Redactie/DTP-bureau Diligentia – Deventer

Deze dissertatie is ook verschenen in de serie Recht en Praktijk, nr. 165, onder ISBN 978-90-13-06050-8.

VRIJE UNIVERSITEIT

HET DESKUNDIGENADVIES IN DE CIVIELE PROCEDURE

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. L.M. Bouter,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de faculteit der Rechtsgeleerdheid
op woensdag 10 december 2008 om 15.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Gerdineke de Groot

geboren te Haarlem

promotor: prof.mr. A.J. Akkermans

Woord vooraf

> 'Die Wissenschaft hat sich aufgerollt wie ein weiter, unabsehbarer Weg, die schweren und schmerzhaften Entwicklungen der Menschen, der Einzelnen und der Massen, füllen die nächsten Jahrtausende als eine unendliche Aufgabe und Arbeit aus.'[1]

Dat schreef Rainer Maria Rilke rond 1900, een tijd waarin wetenschap en techniek sprongen voorwaarts maakten. Eén van de sporen op die onafzienbare weg leidt naar de vraag of de vooruitgang iets betekent voor civiele rechtspraak in zaken waarin de bijstand van een deskundige nodig is. Ja en nee, denk ik. Dat niemand alles kan weten, is van alle tijden. Van deze tijd is misschien dat er wel erg veel is dat een mens niet kan weten. Ook van alle tijden is dat het in de rechtspraak niet gaat om weten alleen, maar ook om zijn, (in)voelen en doen.

Vanuit zulke perspectieven heb ik nagedacht over de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige in de civiele procedure. Dit boek is de weerslag ervan. Op de voorzijde is een spiegeltelescoop afgebeeld uit de collectie van het Teylers Museum in Haarlem. Een telescoop staat voor mij symbool voor de vervlochtenheid van de taken van de rechter en de deskundige in een civiele procedure. Met een telescoop kunnen verre voorwerpen dichterbij worden waargenomen, staat bij het schrijven van dit voorwoord in Wikipedia. Een deskundige brengt zijn kennis, ervaring en intuïtie dichter bij de rechter. Waarnemingen van een deskundige dienen van oudsher als een instrument om de eigen waarneming van de rechter te ondersteunen. Symbolisch vind ik ook dat een rechter best zelf door een telescoop kan kijken, maar dat daarmee niet is gezegd dat hij hetzelfde kan zien en dezelfde interpretatie aan zijn waarnemingen kan geven als iemand die deskundig is in het kijken naar voorwerpen met behulp van een telescoop. Toch moet de rechter een eigen oordeel geven in een zaak en zijn beslissing goed uitleggen aan partijen en derden. Dat dilemma heeft mij bezig gehouden bij het schrijven van dit boek.

Veel meer mensen hebben een rol gespeeld in de totstandkoming van het boek dan ik hier kan noemen. Allereerst dank ik prof. mr. W.D.H. Asser, mr. A. Hammerstein, prof. mr. C.E.C. Jansen, prof. mr. C.J.J.C. van Nispen en prof. mr. J.B.M. Vranken voor hun bereidheid zitting te nemen in de promotiecommissie en voor de aandacht die zij aan het boek hebben gegeven. Arno Akkermans dank ik voor

---

1 Manfred Engel, Ulrich Fülleborn, Horst Nalewski & August Stahl, *Rainer Maria Rilke: Werke. Kommentierte Ausgabe in vier Bänden*, Frankfurt am Main: Insel 1996, Band 4, p. 304.

zijn bereidheid om als promotor op te treden en voor onze vele socratische gesprekken, die ik als een zeldzaam feest heb ervaren. Dat wij elkaar hebben ontmoet, is aan Wil Tonkens te danken. Het onderwerp lag mede dankzij Greta Beins voor de hand, die mij in 2000 vroeg rolrechter te worden. De Amsterdamse rolrechter had destijds mede tot taak om de gekste vragen in lopende deskundigenonderzoeken te beantwoorden, ook als er geen antwoord te vinden was. Mijn belangstelling voor deskundigenbewijs sloeg daardoor om in nieuwsgierigheid. Carla Eradus is de 'stille vennoot' in mijn ontwikkeling. De Raad voor de rechtspraak gaf mij gelegenheid om met het onderwerp bezig te zijn. De rechtbank Amsterdam heeft mij ruimhartig kansen geboden om met rechtspraak en wetenschap bezig te zijn. De medewerkers van de Praktizijnsbibliotheek pasten grootmoedig hardheidsclausules toe op alle uitleenregels. De Vrije Universiteit bood mij alles wat een binnenbuitenpromovenda zich kan wensen. Het enthousiasme van velen die ik heb leren kennen tijdens mijn 'deskundigenactiviteiten', was waardevol, evenals de steun van familie, vrienden en collega's. Dit boek was er niet gekomen zonder het geduld en de computerkennis van mijn echtgenoot Ronald de Feijter. Het werd geschreven in Amsterdam, Mezzegra, Pontresina, Sulden, Varenna, Wenen en de Thalys.

Verkorte inhoudsopgave

Lijst van afkortingen XIX

1 Inleiding 1
1.1 Het deskundigenadvies in de civiele procedure 1
1.2 Het probleem 3
1.3 De vraagstelling 6
1.4 Context van probleem en vraagstelling 6
1.5 Wat maakt het probleem actueel? 21
1.6 Een instrumentele benadering van het probleem en de vraagstelling 24
1.7 Overzicht van de inhoud 25

2 De procesrechtelijke verhouding tussen partijen en de rechter 33
2.1 Inleiding 33
2.2 Doel van de civiele procedure 34
2.3 Kenmerken van civiele procedures en civiel procesrecht 34
2.4 De rolverdeling tussen partijen en de rechter 41
2.5 Waarheidsvinding in de verhouding tussen partijen en de rechter 57

3 Hoofdlijnen en achtergronden van de positie van de deskundige 67
3.1 Inleiding 67
3.2 De huidige wettelijke regeling van deskundigenbewijs 67
3.3 Deskundigen in de civiele procedure bij de Romeinen 71
3.4 Wetsgeschiedenis van deskundigenbewijs 75
3.5 Historische verwevenheid van deskundigenbewijs en plaatsopneming 80

4 Inschakeling van een deskundige 91
4.1 Inleiding 91
4.2 Relatie met de vraagstelling 91
4.3 Introductie van hoofdlijnen van het deskundigenadvies in enkele andere landen 92
4.4 Nederland kent grenzen 122
4.5 Invloed van partijen 124
4.6 Invloed van de deskundige 133
4.7 Invloed van de rechter 135

5 Onpartijdig en naar beste weten 169
5.1 Inleiding 169
5.2 Relatie met de vraagstelling 169
5.3 Onpartijdigheid en het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM 170
5.4 'Onpartijdig en naar beste weten' buiten Nederland 185
5.5 Onpartijdigheid van deskundigen 214
5.6 Naar beste weten 238

6 Het feitenonderzoek van de deskundige 251
6.1 Inleiding 251
6.2 Feitenonderzoek van de deskundige buiten Nederland 252
6.3 De positie van Nederland in het feitenonderzoek van de deskundige in Europa 284
6.4 Feitenonderzoek van de deskundige 286
6.4.1 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van een deskundige 286
6.4.2 Het feitenonderzoek van een deskundige 296
6.4.3 Opmerkingen en verzoeken 328

7 De verdere procedure en de beslissing na deskundigenadvies 345
7.1 Inleiding 345
7.2 De verdere procedure en beslissing na deskundigenadvies buiten Nederland 347
7.3 De positie van Nederland in Europa in de situatie na deskundigenadvies 378
7.4 De verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies 381
7.5 De bewijswaardering van een deskundigenadvies 392
7.6 Nieuwe feiten 427

8 Beschouwing 431
8.1 Inleiding 431
8.2 Drie uitgangspunten bij de verdere beantwoording van de vraagstelling 431
8.3 Twee problematische aspecten van deskundigenbewijs naar huidig recht 433
8.4 Thematische beantwoording van de vraagstelling 442
8.5 Tot besluit 477

Samenvatting 479

Summary 487

Lijst van aangehaalde literatuur en andere stukken 493

Rechtspraakregister 535

Trefwoordenregister 557

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen XIX

1 Inleiding 1
1.1 Het deskundigenadvies in de civiele procedure 1
1.2 Het probleem 3
1.3 De vraagstelling 6
1.4 Context van probleem en vraagstelling 6
1.4.1 Inleiding 6
1.4.2 Normatief kader 7
1.4.3 Waarheidsvinding 8
1.4.4 Kennisparadox: weet de rechter wat hij niet weet? 13
1.4.5 Bewijslevering ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen 15
1.4.6 De taak van de deskundige in de verhouding tussen partijen en de rechter 19
1.4.7 Rechtsontwikkeling 20
1.4.8 Het voorlopig deskundigenadvies 21
1.5 Wat maakt het probleem actueel? 21
1.6 Een instrumentele benadering van het probleem en de vraagstelling 24
1.7 Overzicht van de inhoud 25
1.7.1 Doelen en wensen 25
1.7.2 Opzet van dit boek 27
1.7.3 Keuzes in opzet en onderzoeksmateriaal 28

2 De procesrechtelijke verhouding tussen partijen en de rechter 33
2.1 Inleiding 33
2.2 Doel van de civiele procedure 33
2.3 Kenmerken van civiele procedures en civiel procesrecht 34
2.3.1 Civiel procesrecht in de sleutel van privaatrecht en publiekrecht 34
2.3.2 Het private en het publieke domein 35
2.3.3 Keuzes bij de verdeling van bevoegdheden over partijen en de rechter 37
2.3.4 Fundamentele beginselen van procesrecht 40
2.4 De rolverdeling tussen partijen en de rechter 41
2.4.1 Inleiding 41
2.4.2 De begrippen partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter 41
2.4.3 De regiefunctie van de rechter ten aanzien van het procesverloop 42
2.4.4 Eigen of gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het procesverloop 48
2.4.5 De rolverdeling tussen partijen en de rechter bij de afbakening van de rechtsstrijd 50
2.5 Waarheidsvinding in de verhouding tussen partijen en de rechter 57

3 Hoofdlijnen en achtergronden van de positie van de deskundige 67
3.1 Inleiding 67
3.2 De huidige wettelijke regeling van deskundigenbewijs 67
3.2.1 Inleiding 67
3.2.2 De procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter 68
3.2.3 Rechten en plichten van partijen 68
3.2.4 Rechten en plichten van de deskundige 69
3.3 Deskundigen in de civiele procedure bij de Romeinen 71
3.3.1 Vermenging van de huidige functies van rechter en deskundige 71
3.3.2 Het naklassieke cognitieproces: voorloper van de huidige civiele procedure 72
3.3.3 Bewijs 73
3.3.4 Deskundigenbewijs 74
3.4 Wetsgeschiedenis van deskundigenbewijs 75
3.5 Historische verwevenheid van deskundigenbewijs en plaatsopneming 80
3.5.1 Inleiding 80
3.5.2 Plaatsopneming en deskundigenbewijs vóór 1795 80
3.5.3 Plaatsopneming en deskundigenbewijs in de Code Louis van 1667 82
3.5.4 Plaatsopneming en deskundigenbewijs sinds het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811 85

4 Inschakeling van een deskundige 91
4.1 Inleiding 91
4.2 Relatie met de vraagstelling 91
4.3 Introductie van hoofdlijnen van het deskundigenadvies in enkele andere landen 92
4.3.1 Een internationale glijdende schaal 92
4.3.2 Verenigde Staten van Amerika 93
4.3.2.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen 93
4.3.2.2 Keuze van de deskundige 96
4.3.2.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht 96
4.3.3 Engeland 97
4.3.3.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen 97
4.3.3.2 Keuze van de deskundige 102
4.3.3.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht 103
4.3.4 Spanje 104
4.3.4.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen 104
4.3.4.2 Keuze van de deskundige 105
4.3.4.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht 105
4.3.5 België 106
4.3.5.1 Wijziging van de wettelijke bepalingen 106
4.3.5.2 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen 106
4.3.5.3 Keuze van de deskundige 107
4.3.5.4 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht 108
4.3.6 Duitsland 109
4.3.6.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen 109
4.3.6.2 Keuze van de deskundige 112

	4.3.6.3	Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht	112
4.3.7	Oostenrijk		115
	4.3.7.1	De keuze om een deskundigenadvies in te winnen	115
	4.3.7.2	Keuze van de deskundige	116
	4.3.7.3	Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht	116
4.3.8	Zwitserland		117
	4.3.8.1	Naar een uniform procesrecht	117
	4.3.8.2	De keuze om een deskundigenadvies in te winnen	117
	4.3.8.3	Keuze van de deskundige	118
	4.3.8.4	Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht	119
4.3.9	Zweden		120
4.3.10	Frankrijk		120
	4.3.10.1	De keuze om een deskundigenadvies in te winnen	120
	4.3.10.2	Keuze van de deskundige	121
	4.3.10.3	Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht	121
4.4	Nederland kent grenzen		122
4.5	Invloed van partijen		124
4.5.1	De keuze om een deskundigenadvies in te winnen		124
4.5.2	Keuze van de deskundige		130
4.5.3	Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht		132
4.6	Invloed van de deskundige		133
4.6.1	De keuze om een deskundigenadvies in te winnen		133
4.6.2	Keuze van de deskundige		134
4.6.3	Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht		134
4.7	Invloed van de rechter		135
4.7.1	De keuze om een deskundigenadvies in te winnen		135
	4.7.1.1	Discretionaire bevoegdheid naar huidig recht	135
	4.7.1.2	Discretionaire bevoegdheid en bewijslevering	136
	4.7.1.3	Discretionaire bevoegdheid in oudere rechtspraak en eigen wetenschap van de rechter	142
	4.7.1.4	Invloed van ervaringsregels	146
	4.7.1.5	Invloed van het beginsel van hoor en wederhoor	150
	4.7.1.6	Het gat van de wisselwerking van discretionaire bevoegdheid en ervaringsregels	152
4.7.2	Keuze van de deskundige		155
4.7.3	Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht		161
5	**Onpartijdig en naar beste weten**		169
5.1	Inleiding		169
5.2	Relatie met de vraagstelling		169
5.3	Onpartijdigheid en het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM		170
5.3.1	Inleiding		170

5.3.2	Het recht op een eerlijk proces		170
5.3.3	Het beginsel van hoor en wederhoor		172
5.3.4	Beoordeling van klachten over partijdigheid van een deskundige		174
	5.3.4.1	De zaak Bönisch/Oostenrijk	175
	5.3.4.2	Equality of arms en onpartijdigheid van een deskundige	176
	5.3.4.3	De zaak Brandstetter/Oostenrijk	177
	5.3.4.4	Maatstaf bij de beoordeling van een klacht over partijdigheid van een deskundige	179
	5.3.4.5	De zaak Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland	179
	5.3.4.6	Invloed van de beschikbaarheid van deskundigen op de eis van onpartijdigheid	181
	5.3.4.7	Partijdigheid van een deskundige kan de onpartijdigheid van het gerecht aantasten	182
5.3.5	Gevolgen van een gebrek in de onpartijdigheid		184
5.4	‘Onpartijdig en naar beste weten’ buiten Nederland		185
5.4.1	Inleiding		185
5.4.2	Landen met wrakingsregels		186
	5.4.2.1	België	186
	5.4.2.2	Duitsland	189
	5.4.2.3	Frankrijk	195
	5.4.2.4	Oostenrijk	197
	5.4.2.5	Spanje	201
	5.4.2.6	Zwitserland	202
5.4.3	Engeland		206
5.4.4	Verenigde Staten van Amerika		214
5.5	Onpartijdigheid van deskundigen		214
5.5.1	De eis van onpartijdigheid		214
5.5.2	De eis van onpartijdigheid in het verleden		215
5.5.3	Casuïstiek		218
	5.5.3.1	De rechter heeft uit eigen wetenschap vertrouwen in de deskundige	218
	5.5.3.2	Ongunstig oordeel	218
	5.5.3.3	Belangenverstrengeling	219
	5.5.3.4	Contacten met één partij	222
	5.5.3.5	Betrokkenheid van een deskundige bij dezelfde zaak of dezelfde materie	224
	5.5.3.6	Betekenis van het eigen oordeel van een deskundige over zijn onpartijdigheid	227
	5.5.3.7	Klacht over partijdigheid van deskundige doorbreekt appelverbod niet	229
	5.5.3.8	Beoordeling van een klacht over partijdigheid van een deskundige blijft achterwege	230
5.5.4	Voorstellen om de eis van onpartijdigheid duidelijker in te vullen		234
5.6	Naar beste weten		238
5.6.1	Betekenis in het civiele procesrecht		238
5.6.2	Civiele rechtspraak		240
5.6.3	Tuchtrechtspraak		246
	5.6.3.1	Medische tuchtrechtspraak	246
	5.6.3.2	Tuchtrechtspraak van registeraccountants	247
5.6.4	Voorstellen om ‘naar beste weten’ duidelijker in te vullen		249

6	**Het feitenonderzoek van de deskundige**		251
6.1	Inleiding		251
6.2	Feitenonderzoek van de deskundige buiten Nederland		252
6.2.1	Inleiding		252
6.2.2	Engeland		253
	6.2.2.1	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige	253
	6.2.2.2	Het feitenonderzoek van de deskundige	254
	6.2.2.3	Na het onderzoek	257
6.2.3	Frankrijk		259
	6.2.3.1	Contradictoir deskundigenonderzoek	259
	6.2.3.2	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige	263
	6.2.3.3	Het feitenonderzoek van de deskundige	263
	6.2.3.4	Na het onderzoek	265
6.2.4	België		267
	6.2.4.1	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige	267
	6.2.4.2	Het feitenonderzoek van de deskundige	268
	6.2.4.3	Na het onderzoek	270
6.2.5	Oostenrijk		271
	6.2.5.1	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige	271
	6.2.5.2	Het feitenonderzoek van de deskundige	272
	6.2.5.3	Na het onderzoek	274
6.2.6	Duitsland		275
	6.2.6.1	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige	275
	6.2.6.2	Het feitenonderzoek van de deskundige	276
	6.2.6.3	Na het onderzoek	280
6.2.7	Spanje		280
6.2.8	Zwitserland		281
	6.2.8.1	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige	281
	6.2.8.2	Het feitenonderzoek van de deskundige	282
	6.2.8.3	Na het onderzoek	283
6.3	De positie van Nederland in het feitenonderzoek van de deskundige deskundige in Europa		284
6.4	Feitenonderzoek van de deskundige		286
6.4.1	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van een deskundige		286
	6.4.1.1	Zelfstandig of onder leiding van de rechter	286
	6.4.1.2	Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van een deskundige in het verleden	290
	6.4.1.3	Toezicht van de rechter op tijd en plaats van het onderzoek	290
	6.4.1.4	De raadsheer-commissaris in het familierecht	292
	6.4.1.5	Toezicht op de medewerking van partijen	293
	6.4.1.6	Toezicht op de medewerking van derden	296
6.4.2	Het feitenonderzoek van een deskundige		296
	6.4.2.1	De betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van een deskundige	296
	6.4.2.2	De betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het voorlopig deskundigenonderzoek	302
	6.4.2.3	De belangenafweging en de onderzoekshandelingen van een deskundige	307

	6.4.2.4	De bijeenkomst met (een) partij(en)	308
	6.4.2.5	Verkrijging van informatie	310
	6.4.2.6	Onderzoek van zaken	320
	6.4.2.7	Onderzoek van personen	324
6.4.3	Opmerkingen en verzoeken		328
	6.4.3.1	Inleiding	328
	6.4.3.2	Het wettelijk voorschrift over opmerkingen en verzoeken in verleden en heden	329
	6.4.3.3	Opmerkingen en verzoeken bij de deskundige naar aanleiding van het deskundigenadvies	332
	6.4.3.4	Hoe raken partijen op de hoogte van elkaars opmerkingen en verzoeken?	335
	6.4.3.5	Reactie van een deskundige op de opmerkingen en verzoeken van partijen	337
	6.4.3.6	Opmerkingen en verzoeken als middel om de opdracht aan te vullen of uit te breiden	340
	6.4.3.7	Gevolgen van een verzuim in de naleving van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken	341
7	**De verdere procedure en de beslissing na deskundigenadvies**		345
7.1	Inleiding		345
7.2	De verdere procedure en beslissing na deskundigenadvies buiten Nederland		347
7.2.1	Inleiding		347
7.2.2	Duitsland		349
	7.2.2.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies	349
	7.2.2.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies	352
7.2.3	Oostenrijk		360
	7.2.3.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies	360
	7.2.3.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies	361
7.2.4	Spanje		363
	7.2.4.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies	363
	7.2.4.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies	364
7.2.5	Engeland		365
	7.2.5.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies	365
	7.2.5.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies	366
7.2.6	Zweden		367
7.2.7	Frankrijk		368
	7.2.7.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies	368
	7.2.7.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies	369
7.2.8	België		371
	7.2.8.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies	371
	7.2.8.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies	372

7.2.9	Zwitserland		373
	7.2.9.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies	373
	7.2.9.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies	374
	7.2.9.3	Nieuwe feiten in het deskundigenadvies	378
7.3	De positie van Nederland in Europa in de situatie na deskundigenadvies		378
7.3.1	De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies		378
7.3.2	De bewijswaardering van een deskundigenadvies		380
7.4	De verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies		381
7.4.1	Voorlopig deskundigenbericht		381
7.4.2	Het vervolg van de bodemprocedure		382
	7.4.2.1	Het processuele debat van partijen na deskundigenadvies	382
	7.4.2.2	Andere deskundigen benoemen	385
	7.4.2.3	Toelichting van een deskundigenadvies door de deskundige	386
7.5	De bewijswaardering van een deskundigenadvies		392
7.5.1	Vrije bewijswaardering		392
7.5.2	De overtuiging van de rechter		395
	7.5.2.1	De vorming van de overtuiging van de rechter	395
	7.5.2.2	Geen marginale toetsing van een deskundigenadvies	396
	7.5.2.3	Beschouwing van een deskundigenadvies in samenhang met ander bewijsmateriaal	397
	7.5.2.4	Uitleg van een deskundigenadvies	398
	7.5.2.5	De motivering van een deskundigenadvies als hulpmiddel bij de vorming van de overtuiging	398
7.5.3	Motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies		402
	7.5.3.1	De motivering van een rechterlijke uitspraak	402
	7.5.3.2	Responderen op de stellingen van partijen	404
	7.5.3.3	Motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies in lagere rechtspraak	405
	7.5.3.4	Cassatierechtspraak over de nadere motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies	407
	7.5.3.5	De motiveringsplicht en ‘de aard van het bewijsmateriaal’	416
	7.5.3.6	De motiveringsplicht en ‘de aard en de mate van precisering van de door partijen aangevoerde bezwaren’	419
7.6	Nieuwe feiten		427
8	**Beschouwing**		431
8.1	Inleiding		431
8.2	Drie uitgangspunten bij de verdere beantwoording van de vraagstelling		431
8.3	Twee problematische aspecten van deskundigenbewijs naar huidig recht		433
8.3.1	Inleiding		433
8.3.2	Zeggenschap van een partij over de feiten die in een deskundigenonderzoek worden betrokken		434
8.3.3	De taak van de rechter en de verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige		437
8.4	Thematische beantwoording van de vraagstelling		442
8.4.1	De keuze om een deskundigenadvies in te winnen		442
8.4.2	De keuze van de deskundige		449

8.4.3 De keuze van de vragen die aan de deskundige worden voorgelegd 454
8.4.3.1 Inleiding 454
8.4.3.2 Deskundigenadvies ter voorlichting van de rechter: de eerste en de tweede vraag 455
8.4.3.3 Deskundigenadvies als bewijsmiddel en deskundigenadvies met het oog op de toepassing van ervaringsregels 462
8.4.4 De uitvoering van de opdracht door de deskundige en de participatie van partijen 463
8.4.5 De verdere behandeling van de zaak en de beslissing na deskundigenadvies 468
8.4.5.1 Inleiding 468
8.4.5.2 De verdere behandeling van de zaak 469
8.4.5.3 De beslissing na deskundigenadvies 472
8.5 Tot besluit 477

Samenvatting 479

Summary 487

Lijst van aangehaalde literatuur en andere stukken 493

Rechtspraakregister 535

Trefwoordenregister 557

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi, Juridisch studentenblad
aant.	aantekening
ACCG	Admiralty Commercial Courts Guide (Engeland en Wales)
Adv.bl.	Advocatenblad
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BBl	Bundesblatt (Zwitserland)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland, Oostenrijk)
BGBl	Bundesgesetzblatt (Duitsland, Oostenrijk)
BGE	Bundesgericht (cassatierechter Zwitserland)
BGH	Bundesgerichtshof (cassatierechter Duitsland)
BHAC	Bedrijfshuuradviescommissie
Bopz	Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
B.S.	Belgisch Staatsblad
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Duitsland)
BW	Burgerlijk Wetboek
CdC	Cour de Cassation (Frankrijk)
CEA	Civil Evidence Act 1995 (Engeland en Wales)
CG	Chancery Guide (Engeland en Wales)
CPA	Civil Procedure Act 1997 (Engeland en Wales)
CPC 1806	Code de procédure civile 1806 (Frankrijk)
CPC	Code de procédure civile (Frankrijk)
CPC	Code de procédure civile du 12 septembre 1966 (Wallis, Zwitserland)
CPR	Civil Procedure Rules (Engeland en Wales)
CTG	Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
DD	Delikt en Delinkwent
EB	EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Zwitserland)
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
FRE	Federal Rules of Evidence (Verenigde Staten van Amerika)
Fw	Faillissementswet
GebAG	Gebührenanspruchsgesetz 1975 (Oostenrijk, BGBl. 1975/136)
GW	Gerechtelijk Wetboek (België)
GG	Grundgesetz (Duitsland)

Gw	Grondwet
HvC	Hof van Cassatie (België)
HR	Hoge Raad
HRJ	Hoge Raad voor de Justitie (België)
JB	Jurisprudentie bestuursrecht
JBPr	Jurisprudentie burgerlijk procesrecht
JN	Jurisdiktionsnorm (Oostenrijk)
JVEG	Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscher-innen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs- und entschädigungsgesetz) (Duitsland)
KB	Koninklijk Besluit
KBvG	Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders
Ktr.	Kantonrechter
LEC	Ley de 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Spanje)
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
Losbl.	Losbladig
L&S	Letsel & Schade
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NFI	Nederlands Forensisch Instituut
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Duitsland)
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
NP	Nieuwsbrief Personenschade
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Duitsland)
NTvG	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
OGH	Der Oberste Gerichtshof (cassatierechter Oostenrijk)
OLG	Oberlandesgericht (Duitsland)
Ontwerp 1804	Voorstel tot de wetten omtrent het Bewijs van 1804
par.	paragraaf
PD	Practice Direction (Engeland en Wales)
PIE	Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims (Engeland en Wales)
PRG	Praktijkgids
QBG	Queen's Bench Guide (Engeland en Wales)
Rb.	Rechtbank
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, Informationen und Berichte mit Nachrichten der Studiengesellschaft für Privatrechtliche Auslandsinteressen e.V.
RM	Rechtsgeleerd Magazijn: tijdschrift voor binnen- en buitenlandsche rechtsstudie
RTG	Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig weekblad

SDG	Sachverständigen- und Dolmetschergesetz (Oostenrijk) (Wet van 19 februari 1975, BGBl 136)
S&S	Schip & Schade
Stb.	Staatsblad
SZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TMD	Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TvR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
VROM	Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
VR	Verkeersrecht
Vzr.	Voorzieningenrechter
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
Wet AB	Wet algemene bepalingen
Wet BIG	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
WGBO	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7: 446-468 BW)
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wrra	Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren
WvSr	Wetboek van Strafrecht
WvSv	Wetboek van Strafvordering
WVW	Wegenverkeerswet 1994
ZPO	Zivilprozessordnung (Duitsland, Oostenrijk)
ZPO Bern	Gesetz über die Zivilprozessordnung van 7 juli 1918 van het kanton Bern (www.sta.be.ch)
ZPO Zürich	Gesetz über den Zivilprozess van 13 juni 1976 van het kanton Zürich (www.zhlex.zh.ch)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1 Inleiding

1.1 Het deskundigenadvies in de civiele procedure

Dit boek gaat over waarheidsvinding in het civiele recht in zaken waarin door de rechter een deskundigenadvies[1] wordt ingewonnen. Wie een conflict met iemand heeft over een burgerlijk recht, kan onder andere voor de gang naar de civiele rechter kiezen. De civiele rechter heeft tot taak een beslissing te geven in het geschil dat partijen aan hem voorleggen. Geschillen over burgerlijke rechten en rechtsbetrekkingen kunnen over allerlei onderwerpen gaan. De civiele rechter moet ook een beslissing geven als hij onvoldoende vertrouwd is met het onderwerp van het geschil. Wezenlijk voor civiele rechtspraak is nu eenmaal, dat er een rechter is om een knoop door te hakken wanneer mensen dat zelf niet (meer) kunnen of willen. Daarom mag de rechter bij de behandeling van een geschil advies inwinnen bij een derde, die in het Nederlandse procesrecht 'deskundige' wordt genoemd. Van Dale omschrijft een deskundige als een persoon die door beroep of studie in het bijzonder bevoegd (vermoedelijk in de zin van: bekwaam) is tot het beoordelen van een zaak.

Grenzen aan het begrip van de werkelijkheid
Deskundigen worden in de civiele rechtspraak voornamelijk ingeschakeld om waarnemingen te doen en te interpreteren. Hun bijdrage strekt ertoe dat partijen en de rechter de werkelijkheid in het geschil zo goed mogelijk begrijpen. In het verleden betrof het veelal waarnemingen die de rechter ook zelf zou kunnen doen. Bij de interpretatie ervan was echter kennis en ervaring nodig waarover de rechter niet beschikte. In Europa betreffen oude voorbeelden van deskundigenbewijs basale vermogensrechtelijke aspecten van het bestaan, zoals landmeting in een grensgeschil, of de duur van een zwangerschap in het kader van een vaderschapsactie. Door ontwikkelingen in wetenschap en techniek is in de loop der eeuwen het aantal mogelijke onderwerpen van civiele geschillen en deskundigenonderzoek toegenomen. Wie bijvoorbeeld tegenwoordig in een civiele procedure moet bewijzen dat een zeeschip met lading en al is vergaan, kan zonodig technisch onderzoek laten verrichten om te achterhalen waar het schip op de zeebodem ligt. Wellicht

1 In dit boek worden het deskundigenbericht en het deskundigenverhoor (art. 194 lid 1 Rv) samen als 'deskundigenadvies' aangeduid. Met 'deskundigenadvies' wordt uitsluitend gedoeld op het deskundigenadvies dat wordt uitgebracht in opdracht van de rechter, tenzij anders is vermeld.

worden er onder water beeldopnamen van het gezonken schip gemaakt. In de tijd van Hugo de Groot werd noodgedwongen volstaan met een bewijsvermoeden:

> '§ 10. In gevalle 't schip ofte goed gezonden na Europa ofte Barbarye, jaer ende dagen, ofte verder zynde gezonden, twee jaren, na haer vertrek van de eerste ladingplaetze agterblyven, zonder dat daer van tyding werd gehoort, zoo werd het schip gehouden voor verloren.'[2]

De stand van wetenschap en techniek is inmiddels van dien aard, dat de rechter allerlei waarnemingen niet meer zelf kan doen. Het is tegelijk steeds moeilijker voor de rechter geworden om de interpretatie van waarnemingen door de deskundige te begrijpen, zelfs als de deskundige zo begrijpelijk mogelijk verslag uitbrengt. Er zijn tegenwoordig talloze waarnemingen en interpretaties van waarnemingen die een mens alleen kan volgen wanneer hij daartoe door beroep of studie bekwaam is geworden.

Rechtspraak en werkelijkheid
Dit heeft gevolgen voor de mate waarin de rechter in staat is de betekenis van een deskundigenadvies voor de beslissing te beoordelen. Wanneer de rechter de (on)juistheid van een deskundigenadvies niet volledig kan nagaan, maar wel gehouden is een beslissing te geven, kan zich de situatie voordoen dat een beslissing onvoldoende recht doet aan de werkelijkheid in het geschil van partijen, of dat het beeld ontstaat dat het geschil feitelijk wordt beslist door de deskundige. Dat vinden de meeste mensen niet aanvaardbaar. Een rechterlijke beslissing moet begrijpelijk zijn met het hoofd, invoelbaar met het hart, en uitvoerbaar met de benen. Mensen willen hun gerationaliseerde voorstelling van de werkelijkheid verenigen met hun intuïtieve beleving van wat eerlijk is. Wie gelijk heeft, moet gelijk kunnen krijgen. In juridische termen: een rechterlijke beslissing dient controleerbaar en aanvaardbaar te zijn voor partijen en derden.

De optimale bijdrage van een deskundigenadvies aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing
Mijn uitgangspunt is dat een deskundigenadvies in een civiele procedure een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van de rechter in het geschil van partijen. Dat is in mijn ogen althans een voorwaarde om tot een controleerbare en aanvaardbare beslissing in het geschil van partijen te komen in gevallen waarin de rechter onvoldoende vertrouwd is met het onderwerp van het geschil. De kunst is om in de huidige complexe samenleving een situatie te creëren waarin het meer werkelijkheid is dan fictie dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Onmisbaar hierbij is naar mijn overtuiging dat de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen partijen, rechter en deskundige in een geschil zodanig zijn verdeeld dat ieder van hen in het eigen domein bevordert dat

2 Hugo de Groot, *Inleydinge Tot de Hollandsche Rechts-geleertheyt, III.Boek, 24. Deel, Van Verzeekering*, in: Van Groenewegen van der Made 1727, p. 369.

een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Dat is echter niet eenvoudig.

1.2 Het probleem

Een civielrechtelijke zaak begint gewoonlijk bij een natuurlijke of rechtspersoon die meent aan het civiele recht een aanspraak op een ander te kunnen ontlenen om iets te geven, te doen of na te laten, en deze aanspraak wil verwezenlijken. Als hij er met de ander niet uitkomt en kiest voor de gang naar de civiele rechter, legt hij aan zijn vordering of verzoek feiten ten grondslag. De wederpartij kan daar andere feiten tegenover stellen. Feiten die tussen partijen in geschil zijn en de rechter aan zijn beslissing ten grondslag wil leggen, moeten door bewijslevering komen vast te staan (art. 149 lid 1 Rv).[3] In een civiele procedure wordt een feit bewezen geacht als de rechter een redelijke mate van zekerheid heeft gekregen over de waarheid van de te bewijzen feiten.[4] Tijdens de bewijslevering houdt de rechter zich bezig met waarheidsvinding, met de bedoeling een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing te geven in het geschil van partijen. Sommige feiten kan de rechter uit eigen waarneming ophelderen. Ook kan hij inlichtingen vragen aan een partij of een bewijsopdracht geven aan (één van) partijen, waarna bijvoorbeeld bewijsstukken kunnen worden overgelegd of getuigen kunnen worden gehoord.

Waarheidsvinding door middel van een deskundigenadvies
Wanneer bij de vaststelling van betwiste feiten andere dan juridische kennis of ervaring nodig is, kan de bijstand van een deskundige worden ingeroepen (art. 194 Rv).[5] Het kan bijvoorbeeld gaan om voorlichting door een medisch deskundige over de vraag of iemand gezondheidsklachten heeft als gevolg van een ongeval, of door een bouwdeskundige over de vraag of bepaalde verbouwingswerkzaamheden ondeugdelijk zijn uitgevoerd. De deskundige geeft in het deskundigenadvies gemotiveerd antwoord op de vragen van de rechter. Daarnaast strekt een deskundigenadvies (één van beide) partijen veelal tot bewijs. In de meeste gevallen waarin de rechter een deskundigenadvies heeft ingewonnen, volgt de rechter het advies bij de vaststelling van de betwiste feiten waarop het betrekking heeft. Wie de waarheidsvinding kan beïnvloeden die gepaard gaat met de totstandkoming van een deskundigenadvies, heeft dus niet alleen invloed op het deskundigenadvies, maar in de meeste gevallen ook op de uitkomst van de procedure.

---

3 Als het feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels betreft, mag bewijslevering achterwege blijven (art. 149 lid 2 Rv).
4 Zie par. 7.5.2.1.
5 De rechter kan zich ook over zuiver juridische vragen door deskundigen laten voorlichten (HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 1, m.nt. JBMV). Het deskundigenadvies over rechtsvragen valt buiten het bestek van dit boek.

Welke feiten worden in een deskundigenadvies betrokken?
Naar Nederlands civiel procesrecht is onvoldoende duidelijk wie van de procesdeelnemers – partijen (en hun raadslieden), rechter en deskundige – in welke mate bepaalt en behoort te bepalen welk deskundigenonderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Wanneer een deskundigenadvies wordt ingewonnen, hebben partijen, de rechter en de deskundige invloed op de waarheidsvinding. Aan ieders invloed liggen wettelijke bevoegdheden ten grondslag. Partijen bepalen welke feiten tussen hen in geschil zijn (art. 24 Rv). De rechter bepaalt aan de hand van het processuele debat van partijen over de vordering en het verweer of ten aanzien van (een deel van) de feiten een deskundigenadvies wordt ingewonnen (art. 194 lid Rv en art. 149 Rv). Doorslaggevend hierbij is niet of volgens (een) partij(en) ter vaststelling of beoordeling van bepaalde feiten een deskundigenadvies nodig is, maar of de rechter met het oog op de (motivering van de) beslissing behoefte heeft aan een deskundigenadvies (art. 230 lid 1 onder e Rv in verband met de art. 19, 24 en 149 Rv). Wanneer de rechter een deskundige inschakelt, bepaalt hij na overleg met partijen welke vragen in de opdracht aan de deskundige worden opgenomen (art. 194 lid 2 Rv). Partijen zijn verplicht mee te werken aan het onderzoek (art. 198 lid 3 Rv). Zij hebben het recht bij de deskundige opmerkingen te maken en verzoeken te doen (art. 198 lid 2 Rv). De deskundige die de benoeming heeft aanvaard, moet de opdracht onpartijdig en naar beste weten volbrengen (art. 198 lid 1 Rv). Het deskundigenadvies kan zo mede worden beïnvloed door eventuele normen op het vakgebied van de deskundige met betrekking tot waarheidsvinding. Het deskundigenadvies moet met redenen zijn omkleed (art. 198 lid 4 Rv) om partijen en de rechter gelegenheid te bieden de waarde ervan te beoordelen.[6] Nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, kunnen partijen er bij de rechter op reageren (art. 19 Rv). Het is overgelaten aan het oordeel van de rechter in feitelijke instantie of hij (een onderdeel van) het deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag legt (art. 152 lid 2 Rv).

Diversiteit van de rechtspraktijk
Deze wettelijke bevoegdheden van partijen, rechter en deskundige geven in onderling verband beschouwd geen antwoord op de vraag wie nu bepaalt welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. In de rechtspraktijk doen zich met enige regelmaat kwesties voor die een relatie hebben met deze vraag en zich zonder inzicht in de samenhang tussen de bevoegdheden van de procesdeelnemers niet of moeizaam laten beantwoorden. Enkele voorbeelden van dergelijke vragen kunnen dit illustreren.

Mag de rechter de gevolgen van een ziekte zonder medisch deskundigenadvies vaststellen? Vroeger wel, maar tegenwoordig is dat minder vanzelfsprekend.[7] Mag de rechter een zaak zonder deskundigenadvies afdoen als hij in een eerder stadi-

6 Bijv. conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense onder 9 bij HR 25 november 2005, *LJN* AT9053.
7 Vroeger: bijv. HR 18 november 1927, *NJ* 1928, p. 151-153. Tegenwoordig: bijv. HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, m.nt. F.C.B. van Wijmen. Zie par. 4.7.1.3 en 7.5.3.4.

um van de procedure heeft geoordeeld dat een deskundigenadvies nodig is? Soms mag dat wel, soms niet.[8]

Mogen partijen van de deskundige verlangen dat hij bepaalde feiten in het deskundigenadvies betrekt of er juist buiten houdt? Dat is onduidelijk. De rechter bepaalt over welke punten het oordeel van de deskundige wordt gevraagd (art. 194 lid 1 Rv). Anders dan in Engeland, Frankrijk en Spanje, mogen partijen de opdracht aan de deskundige formeel niet uitbreiden of aanvullen door middel van opmerkingen en verzoeken (ar. 198 lid Rv),[9] maar vooral bij een voorlopig deskundigenbericht is de praktijk wel eens anders. Mag een partij met een beroep op privacy medische informatie aan haar wederpartij onthouden die zij wel ter kennis brengt van de deskundige? Wel wanneer het deskundigenadvies wordt geblokkeerd (art. 7:464 lid 2 onder b BW) en buiten de procedure blijft, niet wanneer het deskundigenadvies in het processuele debat van partijen wordt betrokken.[10] Vergelijkbare vragen spelen buiten het gezondheidsrecht, bijvoorbeeld of een partij met een beroep op haar bedrijfsgeheim een aangifte vennootschapsbelasting aan haar wederpartij mag onthouden die zij wel aan de deskundige overhandigt.

Moet de deskundige in het advies ingaan op de opmerkingen en verzoeken van partijen? Dat is onduidelijk.[11] Kunnen de opmerkingen en verzoeken van partijen de rechter noodzaken om de deskundige ter zitting te horen? Anders dan in Duitsland, Engeland en Oostenrijk is dat in Nederland niet het geval, wanneer de rechter zich voldoende voorgelicht acht en hij de beslissing toereikend kan motiveren.[12]

Stel dat aan een deskundige de vraag is voorgelegd of op een röntgenfoto een bepaalde afwijking te zien is. Hij ziet dat de afwijking weliswaar niet zichtbaar is op de foto, maar hij constateert ook dat de foto uit de verkeerde hoek is genomen en de afwijking reeds daarom niet zichtbaar is. Moet (of mag) hij dit laatste ook vermelden in zijn antwoord wanneer tussen partijen niet in geschil is of de juiste foto is gemaakt? De antwoorden van de deskundige op de vragen van de rechter moeten met redenen zijn omkleed (art. 198 lid 4 Rv). Onduidelijk is echter of de deskundige deze verklaring ook behoort te geven wanneer tussen partijen niet in geschil is of de juiste foto is gemaakt. Als hij wel vermeldt dat de verkeerde foto is gemaakt en deze kwestie tot dan toe geen onderdeel was van het processuele debat van partijen, is ook onduidelijk of dit onderdeel van het deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag mag worden gelegd.[13]

Als laatste voorbeeld van vragen die zich voordoen in de rechtspraktijk en niet goed te beantwoorden zijn zonder inzicht in de samenhang tussen de bevoegdheden van partijen, rechter en deskundige: mag aan de deskundige precies dezelfde

---

8 Wel: bijv. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433, *NbBW* oktober 2001 p. 110-112, m.nt. R.J.P. Kottenhagen. Niet: HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493. Zie par. 4.5.1.

9 Zie par. 6.4.3.6.

10 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626.

11 Terughoudend: HR 30 juni 2006, *LJN* AX3410, r.o. 3.5.3. Zie par. 6.4.3.5.

12 Zie par. 7.4.2.3 en 7.5.3.

13 In par. 8.4.3.2 ga ik er nader op in. Het voorbeeld is afkomstig uit een discussie tijdens de PAO-opleiding Gerechtelijk Deskundige van de Universiteit Leiden in 2006.

vraag worden voorgelegd als de door de rechter te beantwoorden vraag? Dat is in Nederland onduidelijk. In Engeland bijvoorbeeld wordt het niet bezwaarlijk gevonden.[14]

1.3 De vraagstelling

In essentie staan in de genoemde voorbeelden telkens twee vragen centraal. De eerste betreft de vraag wie bepaalt en zou moeten bepalen welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken als de rechter overweegt om een deskundigenadvies in te winnen of daartoe overgaat. De tweede vraag is in hoeverre degene die dat bepaalt en zou moeten bepalen, rekening moet houden met de feiten die volgens de andere procesdeelnemers in de waarheidsvinding moeten worden betrokken. Deze twee centrale vragen kunnen worden samengevat in de overkoepelende vraag wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. In dit boek wil ik een antwoord geven op de twee centrale vragen, kortheidshalve ook weergegeven met de samengevatte vraag.

Als een rode draad loopt door het boek heen dat het antwoord afhankelijk is van de balans in de zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten en de taak van de rechter in de civiele procedure. Een terugkerend thema is ook dat ik de vraag beschouw tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De mate waarin dit mogelijk is, hangt tot op zekere hoogte af van de wijze waarop partijen, rechter en deskundige invulling geven aan hun taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden in de civiele procedure. Enkele elementen van deze thema's licht ik nader toe in de volgende paragraaf.

1.4 Context van probleem en vraagstelling

1.4.1 Inleiding

De context van het probleem en de vraagstelling is breed en laat zich niet uitputtend vermelden. Hierna schets ik ter oriëntatie aspecten die herhaaldelijk naar voren zullen komen in mijn beschouwing van de vraag wie in welke mate bepaalt of zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Een scharnierpunt in de meeste ervan is dat het erom gaat een balans te vinden in de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige met betrekking tot deskundigenonderzoek, die het vertrouwen rechtvaardigt dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van de civiele rechter.

1.4.2 Normatief kader

Juristen die met overheidsrechtspraak zijn belast, hebben behoefte aan een deskundigenadvies als zij een beslissing moeten geven in een zaak waarin (ook) andere dan juridische kennis en ervaring nodig is. Inschakeling van een deskundige is, voor zover te overzien, tamelijk universeel mogelijk in landen waarin juristen met overheidsrechtspraak zijn belast. Dat geldt zowel in het civiele recht als in het strafrecht en bestuursrecht. De taken kunnen echter ook anders worden verdeeld. De Romeinen hebben civiele 'overheidsrechtspraak' gekend waarin de rechter geen jurist hoefde te zijn, maar zich door juristen kon laten adviseren.[15] Met waarheidsvinding hield niet de overheidsrechter zich bezig, maar een deskundige die met instemming van partijen was aangewezen en *iudex* werd genoemd.[16] Een variant van deze andere taakverdeling bestaat nog in Zwitserland, waar een arbitraal vonnis een deskundigenadvies kan vervangen. De rechter is er dan zelfs aan gebonden.[17] Het gaat er dus niet zozeer om wie welke taak heeft in de waarheidsvinding. Essentieel is of met een bepaalde taakverdeling is gewaarborgd dat de waarheid zo veel mogelijk daadwerkelijk kan worden gevonden in een eerlijk proces, dat voor een ieder tegen aanvaardbare kosten toegankelijk is, en binnen een redelijke termijn kan eindigen met een gemotiveerde en uitvoerbare rechterlijke beslissing.[18] Dit gedachtegoed is verankerd in art. 6 lid 1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en mede aan art. 6 lid 1 EVRM ontleende fundamentele beginselen van Nederlands procesrecht, zoals het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv). Art. 6 lid 1 EVRM bepaalt, voor zover hier van belang:

> 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...) heeft een ieder 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.'

De vraagstelling staat in dit normatieve kader. Het gedachtegoed van art. 6 lid 1 EVRM is dus een belangrijk referentiepunt in mijn beschouwing van de Nederlandse wettelijke regeling van deskundigenbewijs en de relevante rechtspraak en literatuur.

---

14 Zie par. 4.3.3.3 (Engeland) en 4.7.3 (Nederland).

15 Waar in dit boek Romeins procesrecht ter sprake komt, gebeurt dat steeds met de kanttekening dat over Romeins procesrecht slechts fragmentarisch gegevens beschikbaar zijn en het moeilijk is een betrouwbaar beeld ervan te krijgen. Zie hierover bijv. Metzger 2005, p. 1-3.

16 Zie par. 3.3.1.

17 Zie par. 7.2.9.2.

18 Hoewel de aanvaardbaarheid van kosten en doorlooptijd op zichzelf ook vallen onder het begrip 'eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM', breng ik in dit boek een scheiding aan tussen enerzijds de meer materiële begrippen uit de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, zoals onpartijdigheid of *equality of arms*, en anderzijds de aanvaardbaarheid van kosten en doorlooptijd. De reden daarvan is dat in dit boek de aandacht voornamelijk uitgaat naar inhoudelijke aspecten van deskundigenonderzoek. De kostenaspecten en de duur van deskundigenonderzoek komen verder alleen zijdelings aan de orde.

1.4.3 Waarheidsvinding

Feiten die tussen partijen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, dienen in de procedure te worden opgehelderd. De bedoeling hiervan is dat de rechter een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing geeft in het geschil van partijen. Wanneer een deskundigenadvies wordt ingewonnen ten aanzien van feiten die tussen partijen in geschil zijn, behoort het deskundigenadvies dan ook een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De bevoegdheden van degenen die zijn betrokken bij een civielrechtelijke zaak waarin een deskundigenadvies wordt ingewonnen, behoren hen hiervoor zo goed mogelijk toe te rusten. Hierbij passen in de context van het probleem en de vraagstelling drie kanttekeningen van algemene aard.

Geschilbeslechting en waarheidsvinding
Allereerst is in het civiele recht een zekere discrepantie mogelijk tussen geschilbeslechting en waarheidsvinding. De procespartijen bepalen de inhoud van vordering en verweer en de omvang van het processuele debat. Slechts feiten die tussen partijen in geschil zijn, mogen in de procedure worden opgehelderd.[19] Partijen bepalen in zekere mate dus ook welke waarheid in het geschil kan worden gevonden.[20] Deze discrepantie roept vanouds de fundamentele vraag op of partijen door de rechter zonder meer moeten worden gevolgd in de feiten waarover zij het eens zijn, dan wel of daaraan grenzen mogen worden gesteld, bijvoorbeeld in het belang van de waarheidsvinding. Zo ben ik eens voor de vraag gesteld of als vaststaand moest worden aangenomen dat een pand in Amsterdam eind twintigste eeuw was getroffen door een raketinslag, waarover partijen het eens waren.

Op dit punt wordt wel onderscheid gemaakt tussen ‘formele’ en ‘materiële’ waarheid.[21] Wanneer het gaat om waarheidsvinding ten aanzien van feiten binnen de rechtsstrijd van partijen, wordt van de formele of partijwaarheid gesproken. Knigge heeft dit de ‘afgesproken waarheid’ genoemd: de waarheid waarvan wordt uitgegaan omdat alle betrokkenen het daarover eens zijn.[22] Het begrip formele waarheid wordt hier voornamelijk benaderd vanuit de vrije beschikking van partijen over hun burgerlijke rechten. Cleiren benadert de kwestie meer vanuit het perspectief van geschilbeslechting. Volgens haar wordt in een procedure de werkelijkheid vanuit juridisch perspectief geconstrueerd. Zij noemt dit juridische waarheidsvinding, die naast feitenvaststelling volgens logische, empirische en ervaringsgerichte wetenschappen een materieelrechtelijke en een processuele component heeft.[23] Aan beide benaderingen ligt een afweging ten grondslag van

19 De rechter mag echter ook bewijs verlangen van gestelde, niet betwiste feiten waaraan een partij een rechtsgevolg verbonden wil zien dat niet ter vrije bepaling van partijen staat (art. 149 lid 1 Rv). Zo wordt soms DNA-onderzoek gelast in afstammingszaken waarin partijen het erover eens zijn of de man de vader van een kind is. Vgl. HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106, r.o. 3.6.
20 Zie par. 2.4.5 en 2.5.
21 Zie o.a. Asser 1991, p. 4, met vindplaatsen in noot 16; Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 4-6; Grosheide 2000.
22 Knigge 2006, p. 34.
23 Cleiren 2001, p. 11.

het belang van de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten tegen het belang van partijen en derden dat geen rechterlijke beslissingen worden gegeven die niet waarheidsgetrouw zijn.

Deze belangenafweging ontbreekt in het begrip materiële waarheid. Met materiële waarheid wordt de waarheid aangeduid van in geschil zijnde feiten zoals zij zich in werkelijkheid hebben voorgedaan. Aan het begrip materiële waarheid ligt de hypothese ten grondslag dat gebeurtenissen die zich in het verleden hebben voorgedaan en waarover partijen van mening verschillen, in één werkelijkheid zijn te vatten. De praktijk leert dat er gevallen zijn waarin mensen de werkelijkheid verschillend beleven en een uiteenlopende reconstructie geven van gebeurtenissen die relevant zijn voor een rechterlijke beslissing. Wanneer verschillende versies worden gepresenteerd van gebeurtenissen die zich in het verleden hebben voorgedaan, hoeft dat geen aanwijzing te zijn dat feiten onvolledig of onjuist worden gepresenteerd, maar kan het er ook op duiden dat de werkelijkheid door partijen verschillend is beleefd. In zoverre is het begrip materiële waarheid naar mijn opvatting niet minder relatief dan het begrip formele waarheid. Zonder het vakgebied van de filosofie te willen betreden, ga ik er in dit boek vanuit dat in de waarheidsvinding in een civiele procedure de waarheid moet worden gezocht en gevonden die zo veel mogelijk overeen komt met de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid.

Dit uitgangspunt is essentieel bij de beantwoording van de vraagstelling. Het potentiële spanningsveld tussen geschilbeslechting en waarheidsvinding in het civiele recht daarentegen is op zichzelf niet wezenlijk voor het probleem en de vraagstelling. In de praktijk wordt een deskundigenadvies namelijk niet zozeer ingewonnen in gevallen waarin partijen het eens zijn over een bepaald feit en onzeker is of dat feit wel strookt met de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid. Het wordt vooral ingewonnen in gevallen waarin partijen het *niet* eens zijn over feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. De rechter analyseert dan welke feiten tussen partijen in geschil zijn, wat vaak gepaard gaat met uitleg van de stellingen van partijen. Het spanningsveld tussen geschilbeslechting en waarheidsvinding kan dan wel min of meer relevant worden, bijvoorbeeld wanneer een partij meent dat een bepaalde kwestie ten onrechte in de opdracht aan de deskundige is betrokken. Ter discussie staat dan niet dat de omvang van de rechtsstrijd wordt bepaald door het processuele debat van partijen. Het gaat er slechts om of bepaalde feiten binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen relevant zijn in een deskundigenonderzoek dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Het potentiële spanningsveld tussen geschilbeslechting en waarheidsvinding in civiele zaken speelt in mijn visie dan ook geen rol van fundamentele betekenis bij de optimalisering van de bijdrage van een deskundigenadvies aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van het geschil, ook al is het een gegeven referentiepunt.

Relativiteit van waarheidsvinding

Een volgende kanttekening is dat ‘waarheidsgetrouw’ een relatief begrip is, ook buiten het potentiële spanningsveld tussen geschilbeslechting en waarheidsvinding in het civiele recht. In bewijsrechtelijke handboeken wordt wel onderscheid

gemaakt tussen bewijs in juridische zin en logisch wetenschappelijk bewijs.[24] Onder bewijs in juridische zin wordt verstaan dat voor de jurist een feit bewezen is, als hij een redelijke mate van zekerheid heeft verkregen over de waarheid van de te bewijzen feiten.[25] Met logisch wetenschappelijk bewijs wordt bedoeld het trekken van conclusies door het met elkaar in verband brengen van feiten en regels op zodanige wijze, dat twijfel aan de juistheid van de conclusie is uitgesloten, waarbij vooral wordt gedacht aan wiskundig en natuurwetenschappelijk bewijs.[26] Hiermee wordt in feite aangeknoopt bij het klassieke ideaal van de oude Grieken dat natuurlijke verschijnselen strikt logisch wetenschappelijk kunnen worden verklaard door deductie met behulp van hogere wetten of waarheden.[27] Met het onderscheid wordt minder goed tot uitdrukking gebracht dat algemeen is aanvaard dat logisch wetenschappelijk niet met zekerheid is vast te stellen dat de waarheid van een feit is bewezen. Door een verschijnsel wetenschappelijk te verklaren, wordt getracht de waarheid zo getrouw mogelijk te benaderen. Verklaringen berusten op hypothesen, waarin naast deductie ook waarneming en intuïtie (inductie) van betekenis zijn. Hypothesen kunnen door voortschrijdende (wetenschappelijke) inzichten worden vervangen door andere hypothesen.

Naarmate de opinie van een deskundige meer is ingegeven door ervaringskennis en intuïtie en minder door axioma's, is de mate van zekerheid waarmee een deskundige op zijn vakgebied een wetenschappelijk verantwoorde uitspraak kan doen, relatiever. Deskundigenadviezen worden meestal ingewonnen over kwesties waarover deskundigen wetenschappelijk verantwoord en gemotiveerd van mening kunnen verschillen. Een eenvoudig voorbeeld uit het verkeersrecht kan dit verduidelijken. De rechter aan wie een vordering tot vergoeding van overlijdensschade (art. 6:108 BW) na een verkeersongeval ter beslissing is voorgelegd, vraagt een arts niet om vast te stellen of iemand is overleden, maar of er op medisch vakgebied aanwijzingen zijn dat iemand door het verkeersongeval om het leven is gekomen. Deze vraag kan, anders dan de vraag of iemand is overleden, niet axiomatisch worden beantwoord, maar wordt beantwoord met behulp van waarnemingen in combinatie met kennis en ervaring op medisch vakgebied en intuïtie.

In dit boek wordt als een gegeven beschouwd dat een deskundigenadvies meestal bewijs bevat dat een relatieve mate van zekerheid over de waarheid van de te bewijzen feiten verschaft en vatbaar is voor tegenbewijs. De kwestie in hoeverre met deskundigenbewijs zekerheid kan worden verschaft over de waarheid van te bewijzen feiten, zal weliswaar ter sprake komen, maar steeds vanuit het perspectief dat het erom gaat dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van het geschil.

---

24 Vgl. Rechtbank Groningen sector kanton 28 juni 2007, *L&S* 2007, 175, r.o. 4: 'Zekerheid is wel wat alle betrokkenen, inclusief de kantonrechter, zouden willen, maar het recht verlangt geen natuurkundig bewijs van de (on)juistheid van beweringen.'

25 Zie par. 7.5.2.1.

26 Scheltema p. 35. Zie ook Asser/Anema/Verdam 1953, p. 36-37; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4.

27 Bijv. Kwa 2005, p. 25.

Maatschappelijk belang van waarheidsvinding
Een derde kanttekening heeft betrekking op het maatschappelijk belang van waarheidsvinding in civiele zaken. In het strafrecht hebben zich in Nederland zaken voorgedaan waarin de rechter achteraf bezien ten onrechte is afgegaan op de juistheid van een deskundigenadvies,[28] of ten aanzien waarvan, ook nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden, in discussie blijft of de rechter op een deskundigenadvies mocht afgaan.[29] Ook in andere landen hebben zich dergelijke zaken voorgedaan.[30] Een pregnant voorbeeld in Nederland biedt de zaak over de Schiedammer parkmoord.[31] In deze zaak hadden twee medewerkers van het Nederlands Forensisch Instituut na onderzoek van het DNA-materiaal twijfels over de betrokkenheid van de verdachte (Kees B.) bij het feit, maar die twijfels hebben hun weg naar de behandelende rechters niet gevonden.[32] De twee betrokken medewerkers van het NFI waren het erover eens dat in de onderzochte mengprofielen het profiel voorkwam van een onbekend persoon, dat niet van het slachtoffer Nienke was of van Maikel, die in haar nabijheid was toen het delict werd gepleegd. Ook waren zij het erover eens dat het profiel van de verdachte niet was terug te vinden in de mengprofielen. Het volledig ontbreken van sporen van de verdachte en het aantreffen van celmateriaal van een onbekend persoon, gaf hen aanleiding tot twijfels over de betrokkenheid van de verdachte bij het feit. Eén van de medewerkers is in eerste aanleg en hoger beroep ter terechtzitting gehoord, de ander alleen in hoger beroep. In hun verklaringen hebben zij hun twijfels niet kenbaar gemaakt. Zij zeggen dat dat kwam doordat niet de juiste vragen werden gesteld, ook niet door de officier van justitie of de advocaat-generaal, aan wie zij hun twijfels voordien kenbaar hadden gemaakt. Zij gaven ter zitting antwoord op de gestelde vragen en hebben niet spontaan aanvullende punten opgebracht.[33] Posthumus vond de gang van zaken fundamenteel onjuist:

> ‘Benadrukt moet worden dat een getuige-deskundige ‘naar zijn geweten’ zijn werk moet kunnen doen. Dat kan betekenen dat twijfels ongevraagd naar voren gebracht moeten worden. Een andere mogelijkheid zou zijn dat de officier zulke twijfels moet doorgeven aan de rechter en de ver-

28 Bijv. HR 26 juni 2001, *NJ* 2001, 564, m.nt. Sch (*herziening Puttense moordzaak*); HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 364 (S*chiedammer parkmoord*); HR 25 januari 2005, *LJN* AS1872 (*herziening Schiedammer parkmoord*).
29 Bijv. HR 18 maart 2008, *LJN* BA1024 (*afwijzing verzoek herziening Deventer moordzaak*); HR 14 maart 2005, *NJ* 2007, 345, m.nt. P.A.M. Mevis (*Lucia de B.*).
30 Zie bijv. in Frankrijk: Bourcier & De Bonis 1999, en in Engeland: Choo 2006, p. 283; Hodgkinson & James 2007, p. 29 en 645. In bijv. de zaken *R v Cannings*, [2004] EWCA Crim. 01, en *R v Clark*, [2003] EWCA Crim. 1020, ging het om de kans dat zich in één gezin bij herhaling wiegendood voordeed. Beide vrouwen verloren meerdere keren een baby. De doodsoorzaak werd niet opgehelderd. De deskundige, Sir Roy Meadow, verklaarde dat de kans verwaarloosbaar was dat zich in één gezin herhaaldelijk wiegendood voordeed. De vrouwen werden veroordeeld wegens moord. Herziening volgde toen duidelijk werd dat er sprake kon zijn van een genetische component. De kwestie leidde tot commotie in de media en reputatieschade voor de deskundige. Hij werd aanvankelijk uit het beroepsregister geschrapt, maar had succes met zijn hoger beroep daartegen (*Meadow v General Medical Council*, [2006] EWHC 146 (Admin.)).
31 HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 364 (S*chiedammer parkmoord*); HR 25 januari 2005, *LJN* AS1872 (*herziening Schiedammer parkmoord*).
32 Brief van de Minister van Justitie van 13 september 2005 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 800 VI, nr. 168, p. 3.
33 Rapport-Posthumus 2005, p. 45-46.

> dediging. (...) in het algemeen moet professionele twijfel die geuit wordt door het NFI als zwaarwegend worden beschouwd en in het strafproces onderwerp van bespreking worden gemaakt. Dat is in de onderhavige zaak in onvoldoende mate gebeurd. Dat heeft in het nadeel van Kees B. uitgewerkt.'[34]

Complicerend is dat een deskundige in een strafzaak meestal niet beschikt over het dossier. Dat kan voor een deskundige een reden zijn om terughoudend te zijn met het uiten van twijfels. Ook kan het hierdoor lastig voor een deskundige zijn om te beoordelen of hij voldoende informatie heeft om een gefundeerde mening te kunnen geven. De Puttense moordzaak illustreert dit. De bewijsconstructie in deze zaak bleek onhoudbaar toen vast kwam te staan dat de opvatting van een als deskundige gehoorde gynaecoloog niet was gebaseerd op de volledige en relevante feiten die bleken uit (onderzoek en analyse van) het aangetroffen sporenmateriaal.[35] In zijn noot plaatste Schalken kanttekeningen bij de dialoog in deze zaak tussen politie, justitie, rechter en deskundige:

> '9. (...) Het is ronduit griezelig om te moeten constateren dat de hele bewijsconstructie in zo'n gewichtige strafzaak van het ene naar het andere uiterste kan kantelen enkel op grond van de opvatting van één enkele deskundige. Dit roept tal van vragen op. Ging het wel om een bekwame deskundige? Waarom was de getuige-deskundige zo slecht geïnformeerd? (...) Had de deskundige niet zelf het initiatief moeten nemen om meer concrete informatie te verlangen – het gaat in een strafproces toch niet om een abstracte vraagstelling – en anders zijn opinie in dat licht moeten relativeren? Of hadden politie en justitie hem beter op zijn rol moeten prepareren (prof. Eskes bij de Hoge Raad: "Ik heb het gewicht van mijn rol in het proces onderschat")? Had de rechter zich niet actiever moeten opstellen, bijv. door zich ervan te overtuigen over welke informatie de deskundige beschikte of door een tweede getuige-deskundige in te schakelen? En wat ging er mis bij de ondervraging op de zitting (prof. Eskes bij de Hoge Raad: "Mijn optreden bij het Hof heb ik als zeer onaangenaam ervaren")? Of stond deze deskundige onvoldoende sterk in zijn schoenen om zo'n voorname rol in het strafproces te kunnen spelen (prof. Eskes bij de Hoge Raad: "De Advocaat-Generaal twijfelde aan mijn deskundigheid op een bepaald punt. Daar kan ik niet tegen")?'

Wanneer aan het belang van de waarheidsvinding onvoldoende recht wordt gedaan in deskundigenonderzoek of in de verdere procedure en beslissing na deskundigenonderzoek, kan dat leiden tot beslissingen die niet stroken met de werkelijkheid. De Minister van Justitie schreef bij de aanbieding van het Rapport-Posthumus aan de Tweede Kamer:

---

34 Rapport-Posthumus 2005, p. 48.
35 HR 26 juni 2001, *NJ* 2001, 564, m.nt. Sch (*herziening Puttense moordzaak*).

> 'Een justitiële dwaling is een schrikbeeld voor de rechtsstaat en een schok voor de samenleving en het rechtsbestel. Het schokt het vertrouwen dat de burger moet kunnen hebben in het recht en de rechtsgang, het wekt verontwaardiging over het onrecht dat geleden is en schept onrust over mogelijk andere, soortgelijke gevallen in het verleden of in de toekomst.'[36]

Op zichzelf kan het zich ook in civielrechtelijke zaken voordoen dat de rechter achteraf bezien ten onrechte is afgegaan op de juistheid van een deskundigenadvies. Inherent aan de noodzaak om een deskundige in te schakelen, is immers dat de jurist kennis en ervaring mist die nodig is voor de beslissing, waardoor hij ook de juistheid van een deskundigenadvies meestal niet ten volle kan doorgronden. Ook in het civiele recht is het maatschappelijk niet aanvaardbaar dat rechten en plichten van een persoon in strijd met de werkelijkheid worden vastgesteld. Wanneer de civiele rechter op grond van een deskundigenadvies een beslissing neemt die haaks staat op de werkelijkheid, is er weliswaar geen sprake van toepassing van dwangmiddelen die inbreuk maken op de persoonlijke vrijheid,[37] maar de potentiële gevolgen van een rechterlijke dwaling in civiele zaken moeten naar mijn opvatting niet worden onderschat. Als zich in civiele zaken die de gemoederen bezig houden, rondom het gebruik van een deskundigenadvies soortgelijke gebeurtenissen zouden voordoen als in de Schiedammer parkmoord, kan dat evenzeer het vertrouwen van de burger in het recht, de rechtsgang en de rechtsstaat schokken. In de hypothetische situatie bijvoorbeeld dat in effectenleasezaken gebruik zou worden gemaakt van deskundigenbewijs en naderhand zou blijken dat het deskundigenbewijs niet strookt met de werkelijkheid, zijn de potentiële gevolgen ernstig, niet alleen voor het vertrouwen van de burger in recht, rechtsgang en rechtsstaat, maar ook voor de Nederlandse economie, gezien het financiële belang dat met de effectenlease-affaire als geheel is gemoeid.

1.4.4 Kennisparadox: weet de rechter wat hij niet weet?

De bevoegdheid van de rechter om zich te laten bijstaan door een deskundige (art. 194 Rv) is een discretionaire bevoegdheid. Het deskundigenadvies wordt geacht te strekken ter voorlichting van de rechter. Het is overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt of hij van deze bevoegdheid gebruik maakt.[38] Nadat een deskundigenadvies is uitgebracht, is het in de verdere procedure meestal (ook) een bewijsmiddel. De wettelijke regeling van het deskundigenadvies is ondergebracht in het bewijsrecht (art. 194-199 Rv). Een partij heeft beperkte mogelijkheden om de rechter ertoe te bewegen een deskundigenadvies in te winnen in het kader van de bewijslevering.[39]

---

36 Brief van de Minister van Justitie van 13 september 2005 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 800 VI, nr. 168, p. 1.

37 Dat kan zich wel voordoen in Bopz-zaken, of wanneer een deskundigenadvies zou worden ingewonnen ter beantwoording van de vraag of wegens een psychische stoornis geen lijfsdwang dient te worden verbonden aan een veroordeling (vgl. Hof Amsterdam 26 april 2007, *LJN* BB0896, *JBPr* 2008, 6, m.nt. M. Beekhoven van den Boezem, en Hof Leeuwarden 10 oktober 2007, *LJN* BB5471, *JBPr* 2008, 10).

38 Zie par. 4.7.1.

39 Zie par. 4.5.1.

Kenmerkend voor het gebruik van de discretionaire bevoegdheid in de praktijk is dat de rechter in de meeste gevallen zonder hulp van een deskundige bepaalt welke feiten (die in geschil zijn) hij zelf kan vaststellen en ten aanzien van welke feiten hij eerst een deskundigenadvies wil inwinnen. De rechter die een deskundige inschakelt, bepaalt na overleg met partijen in de opdracht aan de deskundige tot welke feiten het deskundigenonderzoek zich uitstrekt (art. 194 lid 2 Rv). Ook hier heeft een partij beperkte mogelijkheden om de rechter ertoe te bewegen een deskundigenadvies ten aanzien van bepaalde feiten in te winnen.

Eigenlijk is bij de afweging of kennis en ervaring op een ander vakgebied nodig is, (een deel van) die kennis en ervaring al nodig. De rechter weet in dit stadium niet altijd voldoende precies wat hij niet weet. Dit is door Akkermans de 'kennisparadox' genoemd: 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.[40] De kans bestaat dat de rechter een verkeerde inschatting maakt van de noodzaak om de in geschil zijnde feiten vast te stellen met behulp van een deskundigenadvies en in de waarheidsvinding ten onrechte geen gebruik maakt van een deskundigenadvies. Broeders meent dat sprake is van een 'kennisillusie' wanneer de rechter ten onrechte denkt dat hij het wel begrijpt.[41]

Complicaties in het feitenonderzoek

Het lijkt misschien een zeldzaamheid dat de rechter een verkeerde inschatting maakt van de noodzaak om een deskundigenadvies in te winnen. Van de rechter mag worden verwacht dat hij een deskundige inschakelt als hij betwijfelt of hij beschikt over voldoende kennis en ervaring voor de beslissing.[42] Toch betreft het in werkelijkheid een terugkerend probleem en een complicerende factor tijdens deskundigenonderzoek. Onderdeel van de vrijheid van de rechter om een deskundigenadvies in te winnen is dat hij bepaalt welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd. De vraagstelling is richtinggevend voor het onderzoek van de deskundige. Doordat de rechter niet altijd weet wat hij op een ander vakgebied niet weet, stelt hij mogelijk onvolledige of onjuiste vragen, die niet (voldoende) leiden tot opheldering van de in geschil zijnde feiten die relevant zijn voor de beslissing. Ook kan een deskundigenonderzoek in de praktijk worden gecompliceerd doordat één van partijen of de deskundige andere vragen relevant acht dan de rechter aan de deskundige heeft voorgelegd. Dit kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat de deskundige feiten opheldert die (één van) partijen buiten het geschil wil houden, of dat een partij met opmerkingen en verzoeken het deskundigenonderzoek probeert te sturen in de richting van eigen vragen. Met eventuele ontspo-

40 De Groot en Akkermans 2007, p. 501. Hierover ook M.F.J.M. de Werd, noot onder 1 bij EHRM 5 juli 2007, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*).

41 Broeders 2007b, p. 57.

42 Maar het gaat wel eens mis, zie bijv. in Nederland HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, m.nt. F.C.B. van Wijmen, HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493, of in Duitsland BGH 3 juli 2002, *NJW* 2002 p. 3112-3113, IV ZR 205/01; BGH 22 november 2005, VI ZR 330/04; BGH 19 januari 2006, III ZR 121/05 (zie par. 4.3.6.1).

ringen raakt de rechter in menig geval pas bekend bij het concipiëren van de uitspraak, want een deskundigenonderzoek onttrekt zich grotendeels aan de waarneming van de rechter.

1.4.5 Bewijslevering ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen

Een deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter vindt vrijwel nooit plaats ten overstaan van de rechter.[43] Partijen mogen bij het onderzoek opmerkingen maken en verzoeken doen (art. 198 lid 2 Rv). Dit gebeurt meestal (ook) schriftelijk. Het onderzoek van de deskundige waarbij de rechter niet aanwezig is, geschiedt slechts in tegenwoordigheid van partijen voor zover partijen binnen de grenzen van de opdracht aanwezig mogen zijn, bijvoorbeeld bij de bezichtiging van een woning.[44] Het deskundigenadvies wordt meestal in schriftelijke vorm uitgebracht. Partijen mogen erop reageren (art. 19 Rv). De deskundige wordt daarna vrijwel nooit gehoord. De bewijswaardering van een deskundigenadvies is overgelaten aan het oordeel van de rechter (art. 152 lid 2 Rv).

Deskundigenbewijs wordt dus slechts ten dele bijgebracht ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. Hiervoor is een wettelijke basis. De rechter kan bepalen dat de deskundige het onderzoek zelfstandig kan verrichten of onder leiding van de rechter (art. 198 lid 2 Rv). Het huidige deskundigenadvies heeft zich waarschijnlijk ontwikkeld uit de plaatsopneming waarbij de rechter zich door een deskundige liet vergezellen.[45] In deze vorm werd deskundigenbewijs geleverd ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. Dat kon kostbaar en tijdrovend zijn. Tegenwoordig is het gebruikelijk dat de deskundige het onderzoek zelfstandig verricht, gevolgd door een schriftelijk rapport.

Onmiddellijkheidsbeginsel

Er wordt tegenwoordig wel belang aan gehecht dat bewijslevering zo veel mogelijk plaatsvindt ten overstaan van de rechter, en partijen aanwezig of vertegenwoordigd kunnen zijn om de bewijslevering te kunnen controleren en effectief commentaar te kunnen leveren op bewijsmateriaal. Dit wordt wel aangeduid als het onmiddellijkheidsbeginsel.[46] De rechter behoort zich zo veel mogelijk uit eigen waarneming ter openbare terechtzitting een gemotiveerd oordeel te vormen

---

43 Bijv. wel wanneer de rechter een comparitie ter plaatse of een plaatsopneming houdt en zich daar laat voorlichten door een deskundige.

44 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS; HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234; HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435. Zie par. 6.4.2.6.

45 Zie par. 3.5.

46 In dit boek wordt met het onmiddellijkheidsbeginsel bedoeld dat bewijslevering plaatsvindt ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. In de literatuur hebben de begrippen middellijk en onmiddellijk bewijs naast deze betekenis ook een andere betekenis, waarin onder onmiddellijk of direct bewijs wordt begrepen het bewijs van het te bewijzen feit en onder middellijk of indirect bewijs het bewijs van andere feiten dan het te bewijzen feit, waaruit de rechter het bestaan van het te bewijzen feit afleidt. Zie Asser 2004 nr. 3; Asser/Anema/Verdam 1953, p. 41; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 23; Scheltema 1939, p. 113. In Duitsland wordt in laatstgenoemde zin van materiële onmiddellijkheid gesproken en wordt bewijslevering ten overstaan van de rechter formele onmiddellijkheid genoemd. Zie bijv. Völzmann-Stickelbrock 2005, p. 367-368.

over de betekenis van bewijsmateriaal voor het bewijs van betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Hierbij moet worden bedacht dat een gebeurtenis in het verleden niet door de rechter kan worden vastgesteld door middel van onmiddellijke waarneming. Kenmerkend voor bewijsbeslissingen is dat ze in enige mate worden samengesteld uit onzekerheden. Bewijslevering ten overstaan van de rechter is dan een waarborg voor de juistheid van de toch al middellijke reconstructie van een historische gebeurtenis. Bewijslevering ten overstaan van de rechter ter openbare terechtzitting is bovendien een element in het systeem dat rechtspraak legitimeert. Voor de legitimatie van rechtspraak zijn openbaarheid en motivering van rechterlijke uitspraken essentieel, naast de grondwettelijke waarborgen waarmee de benoeming van rechters is omgeven.[47] In dit systeem hoort ook thuis dat partijen de bewijslevering rechtstreeks kunnen volgen. Dat geeft hun gelijkwaardige mogelijkheden om het oordeel van de rechter te beïnvloeden en te controleren of het proces eerlijk verloopt. Dat partijen adequaat moeten kunnen participeren in de procedure bij de rechter, ook als een deskundigenonderzoek wordt verricht, is onderdeel van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[48] Op zichzelf is geen eis van art. 6 lid 1 EVRM dat bewijslevering in een civiele procedure plaatsvindt ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. Het gaat erom of de procedure als geheel, waaronder de wijze waarop het bewijs wordt verkregen, eerlijk verloopt.[49]

Onmiddelijkheidsbeginsel in andere landen

In het Duitse civiele procesrecht is wettelijk voorgeschreven dat bewijslevering plaatsvindt ten overstaan van de rechter (§ 355 ZPO), evenals in Oostenrijk (§ 276 lid 1 ZPO). Dit houdt echter niet in dat het deskundigenonderzoek ten overstaan van de rechter moet plaatsvinden of dat een deskundige in plaats van de rechter zonder meer partijen en derden mag horen.[50] In Duitsland en Oostenrijk wordt uit het voorschrift afgeleid dat de rechter betrokken is bij de instructie van de zaak, leiding geeft aan het deskundigenonderzoek en betrokken is bij de beslissing na bewijslevering.[51] De beslissing van de rechter wordt dan geacht te berusten op bewijslevering ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen.[52] In Engeland is uitgangspunt dat bewijslevering ter zitting ten overstaan van de rechter plaatsvindt (en op initiatief van partijen). Met de Civil Procedure Rules zijn hieraan in 1999 echter beperkingen gesteld, onder andere doordat een deskundigenadvies in beginsel schriftelijk wordt uitgebracht (CPR 35.5 lid 1).[53]

---

47 Zie over de eis van openbaarheid bijv. Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, nrs. 115 en 132, en over de motiveringseis bijv. Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, nrs. 182-190.
48 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS, r.o. 33 (*Mantovanelli/Frankrijk*). Zie par. 5.3.3.
49 Zie par. 5.3.2.
50 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a, nr. 11.
51 Zie voor Duitsland bijv. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402, nr. 2, en voor Oostenrijk bijv. Rechberger & Simotta 2003, nr. 637.
52 Völzmann-Stickelbrock 2005, p. 368 onder bb en p. 380 onder c.
53 Zie par. 4.3.3.

Onmiddelijkheidsbeginsel in strafzaken
Anders dan het Nederlandse civiele bewijsrecht, kent het Nederlandse strafprocesrecht een algemene regel op grond waarvan bewijslevering behoort plaats te vinden ten overstaan van de rechter: de zittingsrechter moet beraadslagen naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting (art. 348 en 350 WvSv). De betekenis van het onmiddellijkheidsbeginsel kan sinds het de-auditu-arrest van 1926[54] in een zaak echter worden beperkt tot bewijslevering door voorlezing of samenvatting van de bewijsstukken (en bewijs door eigen waarneming van de zittingsrechter (art. 340 WvSv)), tenzij de rechter ambtshalve, op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte ter zitting getuigen of deskundigen hoort of een plaatsopneming houdt. Onder invloed van art. 6 lid 1 en lid 3 aanhef en onder d EVRM, vooral van het recht op tegenspraak van de verdachte, zijn er tegenwoordig omstandigheden waarin niet uitsluitend op de stukken recht mag worden gedaan, maar getuigen of deskundigen door de zittingsrechter behoren te worden gehoord, waarbij de verdachte (meestal) en de officier van justitie tegenwoordig mogen zijn.[55]

Onmiddellijkheidsbeginsel in civiele zaken
De eisen die met betrekking tot het onmiddellijkheidsbeginsel voortvloeien uit het concept van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, zijn in strafzaken niet zonder meer dezelfde als in civiele zaken. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens beschouwt het onmiddellijkheidsbeginsel als een belangrijke waarborg voor een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, maar vindt dat de burgerlijke rechter meer speling dan de strafrechter heeft bij de naleving ervan, omdat in burgerlijke zaken geen voorschriften gelden zoals die van art. 6 lid 2 en 3 EVRM.[56]

Hoewel het Nederlandse civiele bewijsrecht geen algemene wettelijke regel kent dat bewijslevering moet geschieden ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen, is uit diverse wettelijke voorschriften af te leiden dat dit wel een regel van Nederlands civiel bewijsrecht is. Zo is bij het getuigenverhoor geregeld dat de rechter de getuigen hoort en partijen vragen mogen stellen aan de getuigen (art. 179 Rv). Ook de plaatsopneming (art. 201 Rv) wordt verricht door de rechter. Partijen hebben bij de plaatsopneming het recht opmerkingen te maken en verzoeken te doen en kunnen de plaatsopneming bijwonen. De regel komt verder tot uitdrukking in de uitzondering dat in een meervoudig behandelde zaak bewijslevering mag plaatsvinden ten overstaan van één van de rechters die lid zijn van de meervoudige kamer (art. 15 lid 4 Rv en art. 16 lid 5 Rv). Een uitvloeisel van het onmiddellijkheidsbeginsel is ook het wettelijk voorschrift dat de uitspraak en daarmee de bewijswaardering zo veel mogelijk (mede) worden gedaan door de

54 HR 20 december 1926, *NJ* 1927, 85.
55 Zie over het onmiddellijkheidsbeginsel in het strafrecht Corstens 2008, p. 61 en 682-690; Garé 1994; Mols 1991.
56 EHRM 9 maart 2004, *NJ* 2005, 13 (*Pitkänen/Finland*).

rechter ten overstaan van wie bewijs is bijgebracht (art. 155 lid 1 Rv). Tot 1 januari 2002 kende alleen het getuigenbewijs dit voorschrift (art. 212 Rv 1988). In de negentiende eeuw werd het als een waarborg voor deugdelijke rechtspraak gezien dat de rechter voor wie een getuigenverhoor heeft plaatsgevonden, meewerkt aan de uitspraak.[57] Sinds 1 januari 2002 staat het voorschrift in de algemene bepalingen van bewijsrecht en geldt het dus ook voor de bewijswaardering van een deskundigenadvies. In de rechtspraak komt eveneens tot uitdrukking dat bewijslevering ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen een regel van Nederlands civiel bewijsrecht is, bijvoorbeeld doordat de rechter verklaringen die zijn afgelegd ter comparitie of bij pleidooi en die niet zijn opgenomen in het proces-verbaal, uit eigen waarneming voor het bewijs mag gebruiken.[58]

Onmiddellijkheidsbeginsel en deskundigenonderzoek in civiele zaken
De controlemogelijkheden van partijen en de rechter op waarheidsvinding door een deskundige worden echter beperkt door de geringe mate waarin partijen en de rechter de verrichtingen van de deskundige tijdens een deskundigenonderzoek waarnemen. In Nederland is de participatie van partijen in een deskundigenonderzoek relatief beperkt, anders dan in België en Frankrijk.[59] Hieraan wordt na het deskundigenonderzoek slechts tegemoet gekomen doordat partijen bij de rechter schriftelijk op het deskundigenadvies mogen reageren. Anders dan in Duitsland en Oostenrijk, hebben partijen geen aanspraak op een mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies ten overstaan van de rechter.[60] Anders dan in Engeland, is in Nederland niet geregeld dat de deskundige de vragen van partijen naar aanleiding van een schriftelijk deskundigenadvies dient te beantwoorden.[61] De afweging van de belangen van waarheidsvinding in een eerlijk proces inclusief controlemogelijkheden, de kosten van de procedure en de doorlooptijd[62] leidt niet in elk land tot dezelfde uitkomsten. In de hoofdstukken 4-7 zal naar voren komen dat het accent bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies in Nederland op de taken van de rechter ligt. De zeggenschap van partijen over de vaststelling en verwezenlijking van hun burgerlijke rechten is daaraan ondergeschikt.

57 Van Boneval Faure 1893, IV-2 p. 109; Hartogh 1895, p. 57-59; De Pinto 1857, II-1, p. 346. Het voorschrift stond oorspronkelijk niet in Rv 1838, maar is in 1896 toegevoegd in art. 203 Rv 1838 (*Stb*. 1896, 103). In de Staatscommissie-Gratama is ter sprake gekomen dat het voorschrift vaak werd overtreden en een dode letter was (Notulen Staatscommissie-Gratama 1911-1920 (1913), p. 280-281).

58 HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 250, m.nt. WMK; HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286, m.nt. Ma. De voor het bewijs gebezigde inhoud van de verklaringen moet dan wel kenbaar zijn uit de uitspraak (HR 11 januari 1991, *NJ* 1991, 595, m.nt. JBMV).

59 Zie par. 6.2 en 6.4.

60 Zie par. 7.2.2.1, 7.2.3.1 en 7.4.2.3.

61 Zie par. 6.2.2.3 en 6.4.3.5.

62 Onder doorlooptijd wordt de tijd verstaan die in één instantie verstrijkt tussen het aanbrengen van de zaak en de afdoening van de zaak.

1.4.6 De taak van de deskundige in de verhouding tussen partijen en de rechter

Hoewel een deskundigenadvies grote invloed kan hebben op de uitkomst van de procedure, is tamelijk ondoorzichtig wat de inhoud is van de taak van de deskundige in de waarheidsvinding en welke plaats deze taak heeft in de verhouding tussen partijen en de rechter. Wie als deskundige kan worden benoemd, is niet gedefinieerd. In de twintigste eeuw is vergeefs geprobeerd om tot een wettelijke definitie te komen.[63] Deskundige is wie als zodanig door de rechter wordt benoemd met het doel gegevens te verschaffen die de rechter nodig heeft om een beslissing te geven in het geschil van partijen. Wel is in de wet opgenomen dat de deskundige de opdracht onpartijdig en naar beste weten dient te vervullen (art. 198 lid 1 Rv). In het onderzoek en advies moet hij zich richten naar de vraagstelling van de rechter. Hij zal zich tevens laten leiden door kennis en ervaring op zijn vakgebied. Hij kan gebonden zijn aan normen op zijn vakgebied. Bij de opheldering van feiten op zijn vakgebied houdt hij zich bezig met waarheidsvinding. In hoeverre hij zich in het onderzoek en bij de beantwoording van de vraagstelling iets gelegen moet laten liggen aan de vrijheid van partijen om te bepalen welke feiten tussen hen in geschil zijn en aan de rechter ter beslissing worden voorgelegd, is onduidelijk. De Duitse rechter bijvoorbeeld moet zonodig bepalen van welke feiten de deskundige moet uitgaan en in welke mate de deskundige bevoegd is de te bewijzen feiten op te helderen (§ 404a lid 2-4 ZPO). Ook is in Nederland niet helder of de deskundige een eventuele onvolledigheid of onjuistheid in de vraagstelling mag of moet signaleren. Het komt in de praktijk voor dat de deskundige in het onderzoek en advies zonder overleg afwijkt van de vraagstelling, of dat de deskundige juist wel het overleg met de rechter over de vraagstelling zoekt, maar nul op het rekest krijgt. In Duitsland is de deskundige wettelijk verplicht onmiddellijk opheldering te vragen aan de rechter wanneer hij twijfels heeft over de inhoud en reikwijdte van de opdracht,[64] en is de rechter verplicht op verzoek van de deskundige de opdracht toe te lichten (§ 404a lid 2 ZPO). Ook in Engeland (CPR 35.15 lid 1) en Frankrijk (art. 245 lid 2 CPC) kan de deskundige de rechter om instructies ten behoeve van het onderzoek vragen. De Duitse rechter moet zonodig ook bepalen in hoeverre de deskundige partijen in het onderzoek mag betrekken (§ 404a lid 4 ZPO). In Nederland mogen partijen aanwezig zijn bij onderzoek ter plaatse, maar is onduidelijk of, en zo ja, in hoeverre de deskundige aan partijen gelegenheid moet bieden om andere onderzoekshandelingen bij te wonen.[65] Deskundigen hebben volgens de Hoge Raad binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid om onderzoek te verrichten op de wijze die hun het beste voorkomt.[66]

---

63 Zie par. 4.7.1.2.
64 § 407a lid 3 ZPO. Volgens Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a, nr. 10, spreekt het voorschrift voor zich, maar houdt men zich er in de praktijk niet altijd aan.
65 De Groot 2007a. Zie par. 6.4.2.1.
66 Zie par. 6.4.1.1.

1.4.7 Rechtsontwikkeling

Elementen van de vraag wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan, worden soms in cassatie aan de Hoge Raad voorgelegd. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad wordt het gebruik van de bevoegdheid om een deskundigenadvies in te winnen, overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt.[67] Een rechtsklacht tegen de beslissing om (g)een deskundige in te schakelen, heeft geen kans van slagen.[68] Ook de bewijswaardering van een deskundigenadvies is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt (art. 152 lid 2 Rv). Als met rechts- en motiveringsklachten wordt opgekomen tegen het gebruik van de bevoegdheid tot inschakeling van deskundigen of tegen de waardering van deskundigenbewijs, toetst de Hoge Raad of het oordeel van de lagere rechter geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is. In cassatie worden beperkte eisen gesteld aan de motivering van het oordeel van de lagere rechter en wordt een ruime betekenis gegeven aan de vrijheid die bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies wordt gelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt. De Hoge Raad acht het bijvoorbeeld niet uitgesloten dat de rechter een klacht over partijdigheid van een deskundige impliciet in zijn bewijsoordeel weerlegt.[69] De wettelijke eis dat een deskundige de opdracht onpartijdig vervult (art. 198 lid 2 Rv), is dan ondergeschikt aan de vrije bewijswaardering van de rechter in feitelijke instantie en heeft geen zelfstandige betekenis.

Het is naar mijn mening onbevredigend dat de rechter een verweer dat de eerlijkheid van de bewijslevering raakt, onbesproken mag laten in een situatie waarin de controle op de eerlijkheid van de bewijslevering wordt beperkt doordat de bewijslevering niet of nauwelijks plaatsvindt ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. Juist als de waarneming van de bewijslevering beperkt is, bestaat de kans dat een dergelijk verweer niet tijdig en voldoende kan worden ontwikkeld om voor expliciete toetsing in aanmerking te komen. Dat de rechter de klacht impliciet in zijn bewijsoordeel mag weerleggen, heeft echter op zichzelf een goede reden. De vrijheid van de rechter in feitelijke instantie bij de inschakeling van deskundigen en bij de bewijswaardering maakt het de rechter mogelijk steeds een beslissing te nemen die hij gelet op alle feiten en omstandigheden van het geval rechtvaardig acht. De keerzijde hiervan is dat de terughoudende toetsing in cassatie uit het oogpunt van rechtsontwikkeling weinig oplevert. Wanneer de rechter in feitelijke instantie in een zaak wordt geconfronteerd met een aspect van de vraag wie in welke mate bepaalt en behoort te bepalen welk deskundigenonderzoek naar welke feiten wordt gedaan, zal hij in cassatierechtspraak niet veel aanknopingspunten vinden voor een antwoord.

---

67 Zie par. 4.7.1.1.
68 Zie par. 4.5.1.
69 HR 25 november 2005, *LJN* AT9053. Zie par. 5.5.3.8.

1.4.8 Het voorlopig deskundigenadvies

Naast het deskundigenadvies in de bodemprocedure is er het voorlopig deskundigenadvies,[70] dat op verzoek van een partij kan worden gelast voordat een zaak aanhangig is en tijdens een reeds bij de burgerlijke rechter aanhangige procedure (art. 202 Rv).[71] Minstens zo onduidelijk als met betrekking tot het deskundigenadvies in de bodemprocedure is wie bij het voorlopig deskundigenadvies in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Mag of moet de rechter een toewijsbaar verzoek zonder meer toewijzen als hij voorziet dat het voorlopig deskundigenadvies niet goed bruikbaar zal zijn in de verdere buitengerechtelijke onderhandelingen van partijen, of voor het bewijs in een eventuele bodemprocedure? De opdracht aan de rechter om in de beschikking de punten te vermelden waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd, impliceert een eigen verantwoordelijkheid van de rechter voor de vraagstelling (art. 205 lid 1 Rv en art. 194 lid 1 Rv). Bij de uitvoering van het voorlopig deskundigenonderzoek is de rechter zo mogelijk meestal nog minder betrokken dan bij de uitvoering van het deskundigenonderzoek in de bodemprocedure. In de lagere rechtspraak zijn uiteenlopende opvattingen te vinden over de regie van de rechter bij een voorlopig deskundigenonderzoek.[72]

In dit boek wordt niet afzonderlijk ingegaan op de vraag wie bij een voorlopig deskundigenonderzoek bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Omdat een voorlopig deskundigenadvies in beginsel kan worden gebruikt alsof het in de bodemprocedure is uitgebracht (art. 207 Rv), wordt het waar relevant wel betrokken in de beschouwing van deze vraag in het kader van de bodemprocedure.

1.5 Wat maakt het probleem actueel?

Tot een aantal jaren geleden was er in Nederland relatief weinig aandacht voor het gebruik van deskundigenbewijs in het civiele recht. In de meeste procesrechtelijke handboeken die zijn verschenen sinds het begin van de negentiende eeuw wordt summier ingegaan op de wettelijke regeling en de toepassing ervan in cassatie. Allerlei toepassingsvragen uit de praktijk van de lagere rechter zijn niet beschreven.

In de afgelopen jaren is de belangstelling toegenomen voor problemen die gepaard gaan met de inschakeling van deskundigen door de rechter.[73] Het is moei-

---

70 In dit boek worden het voorlopig deskundigenbericht en het voorlopig deskundigenverhoor (art. 202 en 194 lid 1 Rv) wel als 'voorlopig deskundigenadvies' aangeduid, ook al is het voorlopig deskundigenverhoor in de praktijk een zeldzaamheid.

71 Zie par. 4.5.1.

72 Zie par. 6.4.2.2.

73 Zie met betrekking tot medisch deskundigenonderzoek bijv. de activiteiten en publicaties van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging (www.rechten.vu.nl/iwmd); Asser e.a. 2001; Ekelmans 2007b; Giard en Stolker 2003; De Groot & Elbers 2008; Leenen 1993; Louwerse 1999; Slabbers en Mulder 2001; Zwagerman 2008; met betrekking tot financieel deskundigenonderzoek bijv. De Groot & Elbers 2008; →

lijk om de redenen daarvan te benoemen. Wellicht is er enig verband met algemene ontwikkelingen, bijvoorbeeld met de toegenomen invloed op het procesrecht van mede aan art. 6 EVRM ontleende fundamentele rechtsbeginselen zoals het beginsel van hoor en wederhoor, of met de ontwikkelingen in de stand van techniek en wetenschap die het aantal potentiële onderwerpen van civiele zaken aanzienlijk hebben doen toenemen. Denkbaar is ook dat de aandacht voor deskundigenbewijs iets te maken heeft met de behoefte aan toezicht op de rechter, in het bredere perspectief van de toegenomen behoefte aan toezicht.[74] Deskundigenbewijs is dan te positioneren als een middel om juridische relevante gebeurtenissen te doorgronden en rationeel gemotiveerde en controleerbare rechterlijke uitspraken te doen.

Actualiteit in andere landen

De groeiende aandacht voor deskundigenbewijs in de afgelopen jaren is niet tot Nederland beperkt. In de Verenigde Staten van Amerika is het gebruik van deskundigenbewijs in de laatste dertig jaar aanzienlijk toegenomen en spreken critici wel van *trial by expert*: het proces wordt gewonnen door de partij die zich laat bijstaan door de deskundige die de rechter of de jury beter kan overtuigen dan de deskundige(n) van de wederpartij. De *Federal Rules of Evidence* (FRE) geven partijen zeer ruime mogelijkheden om eigen deskundigen aan rechter of jury te presenteren.[75]

In Duitsland heeft de wetgever in 1991 aanleiding gezien in de wettelijke regeling van deskundigenbewijs bepalingen op te nemen die de dialoog tussen rechter en deskundige moesten stimuleren (§ 404a en 407a ZPO). Verder is in Duitsland in 2006 wettelijk geregeld dat het inwinnen van een deskundigenadvies achterwege kan blijven, wanneer een bruikbaar deskundigenadvies voorhanden is dat in een andere procedure is uitgebracht (§ 411a ZPO).[76]

In Engeland stond Lord Woolf aan de basis van de ontwikkeling van de *Civil Procedure Rules*,[77] die in 1999 in werking zijn getreden. Hij was van mening dat veel civiele procedures onnodig kostbaar werden doordat deskundigen vaak zonder noodzaak werden ingeschakeld. Hij vond ook dat bij deskundigen nogal eens een gebrek aan onpartijdigheid te constateren viel.[78] Zijn aanbevelingen hebben de

---

Hermans 2006; Kooger 2005; Labohm & Dusamos 2005; Pheijffer 2000; Wesseling-van Gent 2006; Van der Zanden 2005; met betrekking tot ict-deskundigenonderzoek bijv.: Slijk, Ruiterman & Schers 2002; algemeen bijv.: Van Boom en Borgers 2004; De Groot 2004a; De Groot 2004b; Hammerstein 1995; Hermans 2005; Klaassen 2002; Themanummer 'Schadevaststelling en de rol van de deskundige', *NTBR* 2007-10, ook gepubliceerd als: G.G. Hesen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008.

74 Zie over toezicht bijv. de NJV-preadviezen van A.A. van Rossum en L.F.M Verhey & N. Verheij, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005.

75 McCormick on Evidence (p. 23) noemt een studie uit het einde van de jaren tachtig, waaruit bleek dat in procedures bij *California Superior Court* in 86% van alle procedures deskundigen werden gehoord, wat een gemiddelde opleverde van 3.3 deskundigen per procedure (McCormick on Evidence 1999, p. 23).

76 Wet van 22 december 2006, *BGBl.* I, p. 3416, in werking sinds 31 december 2006 (tweede *Justizmodernisierungsgesetz)*.

77 De Civil Procedure Rules (www.dca.gov.uk), mogelijk gemaakt door de Civil Procedure Act 1997, bevatten een eenvormige regeling voor de behandeling van civiele zaken door *Court of Appeal*, *High Court* en *county courts*. Zie par. 4.3.3.1.

78 Acces to Justice, Final report 1996, Chapter 13, Expert Evidence, onder 1.

regie over de inschakeling van deskundigen verplaatst van partijen naar de rechter (CPR 35.4), maar niet bewerkstelligd dat de rechter in plaats van partijen bepaalt welke feiten in de waarheidsvinding in een deskundigenonderzoek worden betrokken (CPR 35.8).

In Frankrijk is in 2004 in opdracht van de Franse Minister van Justitie het Rapport-Magendie uitgebracht door een commissie onder voorzitterschap van Jean-Claude Magendie, president van de rechtbank van Parijs. In het rapport worden, kort gezegd, aanbevelingen gedaan om de verhouding tussen snelheid en kwaliteit in de rechtspraak te verbeteren. In het rapport wordt uitvoerig stilgestaan bij knelpunten en verbetervoorstellen rondom deskundigenbewijs. Enkele suggesties hebben geleid tot wetswijziging.[79]

In België zijn de wettelijke bepalingen van deskundigenbewijs in 2007 gewijzigd.[80] Ook hier achtte de wetgever het wenselijk om de dialoog tussen rechter en deskundige met een wetswijziging te bevorderen.

Versterking van de regiefunctie van de rechter

Met de herziening van het civiele procesrecht per 1 januari 2002 in Nederland is versterking van de regiefunctie van de rechter in civiele zaken beoogd.[81] De rechter wordt geacht erop toe te zien dat partijen voortvarend en efficiënt procederen. De wetgever heeft bevoegdheden van de rechter en verplichtingen van partijen in de wet opgenomen die strekken tot waarheidsvinding, bijvoorbeeld de bevoegdheid van de rechter om een partij te bevelen bepaalde stukken over te leggen (art. 22 Rv) of de verplichting van partijen om aan een deskundigenonderzoek mee te werken (art. 198 lid 3 Rv).[82] Rondom het wetgevingsproces stond hernieuwd in de belangstelling hoe de rol van de rechter, waaronder zijn rol in de waarheidsvinding, zich verhoudt tot de autonomie van partijen ten aanzien van het onderwerp van het geschil en de omvang van de rechtsstrijd.[83] In de Rechtspraak is op de wetswijziging onder andere het Project Versterking regiefunctie van de rechter van het Programma civiele sectoren van de Raad voor de rechtspraak gevolgd. Dit project had tot doel maatregelen te treffen die kunnen bewerkstelligen dat de procedure voortvarend en effectief verloopt, de doelmatigheid wordt verbeterd, de doorlooptijden worden verkort en de publiekstevredenheid wordt vergroot.[84] Het project heeft naast handleidingen voor de civiele rechter, waaronder een handleiding over deskundigenbewijs, een gepubliceerde Leidraad deskundigen in civiele zaken opgeleverd, die aanwijzingen voor deskundigen bevat.[85] Zo bezien staan de beoog-

79 Zie par. 6.2.3.
80 Zie par. 4.3.5.1.
81 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 58.
82 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 6 en 58.
83 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 63-91; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 45-60; Duk 2003; Ekelmans 2003; Giesen 2006, p. 103-106; Hammerstein 2003, p. 60; Klaassen 2005; Snijders 2003, p. 1699-1700; Storme 2004, p. 152. Zie par. 2.4.
84 Over het project bijv. Jaarverslag Rechtspraak 2005, p. 26 (www.rechtspraak.nl > Gerechten > RvdR > Publicaties); Rammeloo en Knapen 2006.
85 www.rechtspraak.nl > Naar de rechter > Landelijke regelingen > Sector civiel recht.

de versterking van de regiefunctie van de rechter en de toegenomen aandacht voor deskundigenbewijs in de context van het oude[86] dilemma dat een eerlijke procedure niet te kostbaar en tijdrovend moet zijn.[87]

1.6 Een instrumentele benadering van het probleem en de vraagstelling

In par. 1.4 is herhaaldelijk ter sprake gekomen dat deskundigenbewijs in Nederland slechts in beperkte mate wordt geleverd ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. Als dat anders zou zijn, zouden partijen, rechter en deskundige directer met elkaar kunnen afstemmen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Het is op zichzelf denkbaar om de invloed van het onmiddellijkheidsbeginsel in de procedure te vergroten in zaken waarin (wellicht) de bijstand van een deskundige nodig is. De rechter zou bij twijfel of hij zelf voldoende kennis en ervaring heeft om in een zaak een beslissing te nemen, hierover in tegenwoordigheid van partijen met een deskundige van gedachten kunnen wisselen. Als een deskundigenonderzoek nodig zou zijn, zou dit kunnen plaatsvinden ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen, voor zover dat niet afstuit op uitvoeringsproblemen of andere gewichtige bezwaren, zoals het recht van een partij om medisch onderzoek buiten tegenwoordigheid van de wederpartij te ondergaan (art. 7:464 lid 1 BW en art. 7:459 BW). De deskundige die schriftelijk rapporteert, zou daarna kunnen worden gehoord door de rechter in tegenwoordigheid van partijen.

De keerzijde van een absolutere toepassing van het onmiddellijkheidsbeginsel is dat de kosten van een deskundigenadvies, die naar geldend recht voor (één van) de procespartijen komen (art. 199 en art. 195 Rv), zullen oplopen. Te verwachten is dat ook de overige proceskosten van partijen zullen toenemen, omdat een partij kosten moet maken om (met haar rechtshulpverlener) de verrichtingen van de deskundige te kunnen bijwonen. In de reactie van partijen op het deskundigenadvies bij de rechter hoeft misschien niet of nauwelijks meer over eventuele ontsporingen in het deskundigenonderzoek te worden gedebatteerd, maar het ligt overigens niet voor de hand dat kosten en tijd zullen worden bespaard. Ook na een getuigenverhoor, waarin bewijs is geleverd ten overstaan van de rechter, wil menige partij haar visie geven op de betekenis van het bewijsmateriaal voor de vordering en het verweer.

Vergroting van de invloed van het onmiddellijkheidsbeginsel op deskundigenbewijs stuit dan ook gemakkelijk op bezwaren. De verhouding tussen het belang

86 Van Caenegem beschreef bijv. de introductie van de verkorte procedure van het romeins-canonieke procesrecht in de dertiende eeuw in de context van de eeuwigdurende frictie tussen de hang naar enerzijds een zorgvuldige en eerlijke procedure en anderzijds een efficiënte en effectieve procedure (Van Caenegem 1973, p. 21). Zie ook Van Rhee 1997; Van Rhee 1998; Van Rhee 2000; Van Rhee 2004.

87 Felsö e.a. rapporteren in het kader van een maatschappelijke kosten-baten-analyse als individuele effecten van lange doorlooptijden op personen die direct betrokken zijn bij een procedure: meerwerk, meer ruimte om taken te vervullen, emotionele effecten (onzekerheid, stress, frustratie), effecten van vertraging en invloed op de kwaliteit van de uitspraak (Felsö e.a. 2007, p. v-vii).

van de zaak en de kosten van een civiele procedure kan disproportionele vormen aannemen. Ook is te verwachten dat de doorlooptijd van een procedure zal toenemen door een deskundigenonderzoek ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen, al was het maar omdat het praktisch niet eenvoudig zal zijn de rechter, partijen en de deskundige herhaaldelijk bijeen te brengen.[88] Een grotere invloed van het onmiddellijkheidsbeginsel bij deskundigenbewijs is in de meeste zaken in de praktijk dan ook niet haalbaar of genereert andere problemen, waarvan de gevolgen als zwaarwegend kunnen worden ervaren door zowel de partij die een voortvarende behandeling wenst van haar zaak tegen een aanvaardbare prijs, als de Staat die zorg moet dragen voor die voortvarende behandeling en de kosten draagt van overheidsrechtspraak.

Bestaande procesrechtelijke mechanismen en instrumenten
In dit boek is niet richtinggevend of deskundigenbewijs wordt geleverd ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. Bij de beantwoording van de twee centrale vragen gaat mijn aandacht uit naar procesrechtelijke instrumenten of mechanismen waarmee kan worden bevorderd dat een deskundigenadvies in een civielrechtelijke zaak een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De gedachte is dat met zulke instrumenten of mechanismen het belang van een eerlijk proces evenwichtig kan worden afgestemd op het belang dat binnen een redelijke termijn uitspraak wordt gedaan en de kosten van de procedure inclusief deskundigenbewijs de toegang tot de rechter niet onredelijk belemmeren.

Ik zal in dit boek betogen dat dergelijke instrumenten en mechanismen besloten liggen of kunnen worden aangebracht in kort gezegd de toepassing van de bevoegdheid tot benoeming van deskundigen (art. 194 Rv), de opdracht van de rechter aan de deskundige, de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige in het feitenonderzoek van de deskundige, en het gebruik van het deskundigenadvies in de beslissing.

1.7 Overzicht van de inhoud

1.7.1 Doelen en wensen

Mijn doel met dit boek is natuurlijk allereerst om een antwoord te geven op de vraag wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Op de

88 Eshuis heeft voor Nederland een mediane doorlooptijd van een contradictoire civiele zaak bij een rechtbank, zonder speelveldwijzigingen en nadere onderzoekshandelingen (dus in de regel een zaak die wordt afgedaan op basis van een dagvaarding, een conclusie van antwoord en een comparitie na antwoord) van 245 dagen berekend. Door een enquête, plaatsopneming en/of deskundigenonderzoek loopt de mediane doorlooptijd op tot 722 dagen (Eshuis 2007, p. 171-172). Eerder vermeldde hij dat de doorlooptijd van een zaak die in 2003 bij een civiele sector van een rechtbank werd aangebracht en waarin een deskundigenonderzoek werd gelast, meer dan twee keer zo lang was als de doorlooptijd van een zaak zonder deskundigenonderzoek (Eshuis 2005, p. 12).

achtergrond spelen echter een paar persoonlijke wensen die hun sporen hebben nagelaten.

Het verbaast mij al jaren dat we relatief weinig weten van deskundigenbewijs, terwijl de uitkomst van een deskundigenonderzoek zoveel gewicht in de schaal pleegt te leggen. Zo wonderlijk is het trouwens niet dat de rechtsontwikkeling ten aanzien van deskundigenbewijs beperkt is. Eshuis heeft berekend dat in 2003 in 4% van de zaken die werden behandeld door de civiele sectoren van de rechtbanken een deskundigenadvies in opdracht van de rechter is uitgebracht.[89] Als er weinig deskundigen worden benoemd, is er alleen daarom al weinig kans op rechtsontwikkeling. Ondanks de beschikbare literatuur en rechtspraak over deskundigenbewijs, kan het in de rechtspraktijk behoorlijk lastig zijn om een antwoord te vinden op rechtsvragen die zich kunnen voordoen bij de toepassing van deskundigenbewijs. Ik wilde een aantal rechtsvragen die zich in de diverse stadia van de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies kunnen voordoen wel eens systematisch doordenken, met behulp van kennis die in andere landen beschikbaar is.

Het achterliggende doel hiervan is een bijdrage te leveren aan het wetenschappelijke debat over de wijze waarop in de rechtspraktijk gebruik wordt gemaakt van andere dan juridische kennis en ervaring. Dit debat is in mijn beleving in Nederland nog steeds niet goed op gang gekomen. Het wordt voornamelijk gevoerd aan de hand van incidenten, zoals het rapport uit 2003 van de Stichting De Ombudsman 'Onderhandelen met het mes op tafel',[90] of geruchtmakende strafzaken. In zulke incidenteel gestuurde discussies kan volgens mij niet of nauwelijks recht worden gedaan aan de complexiteit van het onderwerp. Het is bovendien een onderwerp dat de duurzaamheid van de rechtsstaat raakt. De controleerbare en aanvaardbare motivering van een rechterlijk oordeel vormt immers samen met de openbaarheid van rechtspraak en de (grond)wettelijke waarborgen voor de benoeming van de rechter de democratische legitimatie van overheidsrechtspraak. Het onderwerp verdient naar mijn idee daarom een fundamenteler debat.

Tegelijk wilde ik de resultaten van mijn denkproces toegankelijk maken voor de rechtspraktijk. Dit had gevolgen voor de opzet van het boek, wat ik toelicht in par. 1.7.3.

Een volgende wens komt voort uit het debat dat in de afgelopen jaren is gevoerd onder de noemer 'Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht'. Het debat over de fundamentele herbezinning gaat, evenals de wetswijzigingen in het civiele procesrecht per 1 januari 2002, in de kern over een herijking van de balans in de verhouding tussen partijen en de rechter. Deze balans staat in het teken van een oude, onoverbrugbare tegenstelling: er moet snel en goedkoop recht worden gedaan aan partijen, maar rechtspraak kost tijd en geld (en

89 Eshuis 2007, p. 171. Onderzoek op basis van schattingen in de Rechtspraak liet een vergelijkbaar beeld zien (De Groot & Elbers 2008, par. 3.3 en 6.2.1).

90 Te vinden op www.deombudsman.nl, evenals 'Over leven in de medische letselschadepraktijk', een rapport uit 2008 van de Stichting De Ombudsman over de afdoening van medische aansprakelijkheidszaken.

rechtspraak met gebruik van een deskundigenadvies kost nog meer tijd[91] en geld). Bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies wordt de verhouding tussen partijen en de rechter gecompliceerd door een derde met eigen rechten en plichten: de deskundige. In dit boek wilde ik ook de betekenis doordenken van ideeën over de verhouding tussen partijen en de rechter in het debat over de fundamentele herbezinning voor de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies.

Inspiratie voor mijn gedachten over de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies vond ik minstens even diepgaand in de activiteiten van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging van de Vrije Universiteit.[92] In de projectgroep zoeken we in samenwerking met de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen naar oplossingen voor knelpunten bij de totstandkoming van een medisch deskundigenrapport, dat wordt uitgebracht in opdracht van (een) partij(en) of de rechter. Het streven van de projectgroep is om een bijdrage te leveren aan verbeteringen in de afwikkeling van letselschadezaken in en buiten rechte.

Tenslotte heb ik een idealistische wens. Ik zou graag zien dat we in het Nederlandse civiele recht geen drama's met deskundigenbewijs hoeven te beleven. Een drama laat zich met een boek niet verhinderen. Toch lijkt het me de moeite waard om proactief na te denken over instrumenten waarmee kan worden gewaarborgd dat met een deskundigenadvies recht wordt gedaan aan de werkelijkheid in het geschil van partijen. Dat het ook in een civiele procedure niet voor zich spreekt dat feiten overeenkomstig de werkelijkheid worden vastgesteld, heeft Bruinsma al in 1988 laten zien.[93]

1.7.2 Opzet van dit boek

De opzet van het boek vloeit voort uit de vraagstelling en de sporen van mijn doelen en wensen. In hoofdstuk 2 ga ik eerst in op de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter en daarna op het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure, twee belangrijke referentiepunten bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies. In hoofdstuk 3 introduceer ik de positie van de deskundige in de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter. Voor een goed begrip van het huidige recht schets ik in hoofdstuk 3 ook de historische ontwikkeling van deskundigenbewijs in het civiele recht. In de hoofdstukken 4 tot en met 7 ga ik thematisch in op aspecten van de vraagstelling. In hoofdstuk 4 staat de keuze om een deskundigenadvies in te winnen centraal. Hoofdstuk 5 gaat over twee aspecten van de persoon van de deskundige, namelijk diens verplichting om de opdracht 'onpartijdig' en 'naar beste weten' te vervullen. Het feitenonderzoek van de deskundige is onderwerp van hoofdstuk 6. Het gebruik van een deskundigenadvies in

91 Eshuis 2007, p. 172.
92 Zie over de activiteiten van de projectgroep: www.rechten.vu.nl/iwmd.
93 De eerste druk van *De Hoge Raad van onderen* van Freek Bruinsma verscheen in 1988 (Bruinsma 1999).

de beslissing van de rechter komt in hoofdstuk 7 aan de orde. Tot slot worden in hoofdstuk 8 de antwoorden op onderdelen van de vraagstelling verzameld en in onderlinge samenhang beschouwd.

1.7.3 Keuzes in opzet en onderzoeksmateriaal

Zoals gezegd was het mijn wens om het boek ook toegankelijk te maken voor de rechtspraktijk. Dat heeft een rol gespeeld in de keuze om in hoofdstuk 3 een kort overzicht te geven van deskundigenbewijs naar huidig recht en de hoofdstukken 4-7 thematisch op te zetten. Daarnaast zijn er vrij veel verwijzingen binnen het boek opgenomen. Verder heb ik in de hoofdstukken 4-7 geprobeerd in de bewoordingen en zo mogelijk in de indeling tot uitdrukking te brengen wat ik beschrijf: geldend Nederlands recht, buitenlands recht, of de vervlechting van Nederlands en buitenlands recht in eigen gedachten over wenselijke bijstellingen van Nederlands recht.

Externe rechtsvergelijking
In het rechtsvergelijkend onderzoek is mijn aandacht uitgegaan naar landen waarin ik voldoende overeenkomsten en verschillen met het Nederlandse civielrechtelijke deskundigenbewijs verwachtte aan te treffen om problemen te analyseren en ideeën voor oplossingen op te doen. Ik heb mij beperkt tot deskundigenbewijs in de bodemprocedure, tenzij anders is vermeld. Het onderscheid tussen het Angelsaksische en het continentale rechtssysteem speelt bij deskundigenbewijs wel een rol, maar de vragen van civielrechtelijk deskundigenbewijs zijn in Europa eigenlijk zo vergelijkbaar dat het onderscheid in dit boek geen prominente plaats inneemt.[94]

Niet in elk land kon ik evenveel informatie verzamelen. In aflopende mate van verdieping heb ik het civielrechtelijke deskundigenbewijs aan de hand van wetgeving, literatuur en zo mogelijk ook rechtspraak[95] verkend in Duitsland, Frankrijk, Engeland,[96] België, Zwitserland,[97] Oostenrijk, Spanje, de Verenigde Staten van Amerika en Zweden.

Duitsland en Frankrijk dienden als belangrijke inspiratiebronnen van overeenkomsten in de uitgangspunten en verschillen in de uitwerking en toepassing van deskundigenbewijs. In Engeland is uitgangspunt dat partijen bepalen of er des-

94 Het onderscheid tussen het Angelsaksische en het continentale rechtssysteem is traditioneel gebruikelijk bij rechtsvergelijking in het materiële recht (David & Jauffret-Spinosi 2002; Zweigert & Kötz 1996). Of het ook relevant is voor het procesrecht, staat daarmee niet op voorhand vast. Rechtsvergelijking in het procesrecht bevindt zich eigenlijk nog in de voorfase van de ontwikkeling van een methode (zie bijv. Zekoll 2008, p. 1328).

95 Wanneer de vindplaatsen uitsluitend zijn voorzien van zaaknummers, zijn de uitspraken te vinden op de website waarop de rechtspraak in het desbetreffende land van overheidswege wordt gepubliceerd, tenzij anders is vermeld. De vindplaatsen van de geraadpleegde websites zijn opgenomen in het rechtspraakregister.

96 Waar in dit boek Engeland wordt genoemd, wordt op Engeland en Wales gedoeld.

97 Het betreft het Zwitserse civiele procesrecht dat regels bevat voor de gewone civiele procedure. Buiten beschouwing blijft het federale procesrecht (*Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess*), dat ondere andere regels bevat voor deskundigenbewijs (art. 57-61) in civielrechtelijke zaken tussen de Zwitserse Staat en de kantons (art. 120 *Bundesgerichtsgesetz*).

kundigenbewijs wordt geleverd en de rechter de bewijslevering kan beperken. Op het continent is het (meestal) andersom. Dat vond ik op zichzelf al een reden om Engeland te betrekken in mijn onderzoek naar de balans in de taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van partijen, rechter en deskundige in de civiele procedure. In België heeft het deskundigenbewijs in 2007 een interessante wetswijziging ondergaan, die in par. 4.3.5.1 ter sprake komt. Oostenrijk kon alleen al niet worden gemist omdat ik er ooit met plezier een jaar heb gestudeerd, nog daargelaten dat het Oostenrijkse procesrecht van Franz Klein begin twintigste eeuw in Nederland een bron van inspiratie is geweest om waarheidsvinding een centralere plaats te willen geven in het civiele procesrecht.[98] Zwitserland betrok ik in het onderzoek omdat ik benieuwd was of Friedrich Schillers Wilhelm Tell was verankerd in Zwitsers deskundigenbewijs, anders gezegd, hoe strikt gereguleerd en gecontroleerd de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige naar Zwitsers recht zou zijn in vergelijking met omringende landen.[99] In Barcelona ontdekte ik bij toeval dat Spanje zich een paar jaar geleden op het kruisvlak van het continentale en het Angelsaksische systeem heeft begeven. Dat was aanleiding om in dit boek ook enige aandacht te besteden aan deskundigenbewijs in Spanje.

De focus van het rechtsvergelijkend onderzoek ligt op deze landen in Europa. Mijn toch al niet zo grote interesse voor de Verenigde Staten van Amerika is in de loop van het onderzoek verminderd toen mijn indruk werd bevestigd dat de verschillen met het Nederlandse deskundigenbewijs wel erg groot zijn. De rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige in de Verenigde Staten van Amerika staat relatief ver af van die op het continent. Dat is bijvoorbeeld te zien aan het fenomeen dat een partij zichzelf als deskundige kan doen horen, zoals in par. 5.4.4 is vermeld. Het rechtsvergelijkend onderzoek naar deskundigenbewijs in de Verenigde Staten van Amerika is zeer beperkt en blijft vanaf hoofdstuk 6 achterwege.

Het gedeelte over Zweden heeft weinig diepgang, doordat ik geen Zweeds lees en niet-Zweedse bronnen beperkt beschikbaar zijn. De informatie biedt wel een extra aanwijzing dat de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies in een civiele procedure in landen in Europa niet ver uiteenloopt. Dat was aanleiding om er toch gebruik van te maken.

Beschrijving en gebruik van buitenlands recht

De beschrijving van buitenlands recht staat in de hoofdstukken 4-7 steeds in een afzonderlijke paragraaf. In elk hoofdstuk volgt op het rechtsvergelijkend overzicht een overgangsparagraaf naar het Nederlandse recht, waarin essentiële overeenkomsten en verschillen worden gesignaleerd. Daarna worden de resultaten van het rechtsvergelijkend overzicht meegewogen in de analyse en beschouwing van het

98 Zie voor een overzicht: Van Rhee 2005b.

99 Het toneelstuk *Wilhelm Tell* van Friedrich Schiller uit 1804 gaat over de vrijheid van het individu in een geordende gemeenschap, in de woorden van Johann Wolfgang von Goethe over *das Gefühl der Freiheit und Sicherheit unter dem Schutze vaterländischer Gesetze* (Friedrich Schiller, *Sämtliche Werke, Band II*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (oorspr. Gerhard Fricke & Herbert G. Göpfert (ed.), München: Carl Hanser Verlag 1981), p. 1283).

Nederlandse recht. Bij de keuze voor deze werkwijze heeft meegespeeld dat er veel details van deskundigenbewijs nodig waren om de grote lijnen te schetsen in de vergelijking en synthese van buitenlands en Nederlands recht. Ook denk ik dat met deze presentatie de informatie over buitenlands recht en Nederlands recht eenvoudig toegankelijk is voor de lezer die voornamelijk in één van beide geïnteresseerd is. De doorslag gaf echter dat deze aanpak in mijn visie inzicht geeft in de onderbouwing van mijn analyse van de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige naar Nederlands recht, en in mijn standpunten over wenselijke bijstellingen van het Nederlandse recht.

In hoofdstuk 4 worden in het rechtsvergelijkend overzicht niet alleen de thema's van dit hoofdstuk besproken, maar ook hoofdlijnen van het deskundigenadvies in andere landen geïntroduceerd. De hoofdlijnen vind ik van belang voor een goed begrip van de positie van de deskundige in de verhouding tussen partijen en de rechter in andere landen, dat onmisbaar is om het rechtsvergelijkend onderzoek te gebruiken bij de analyse van Nederlands recht. Zij dienen ook als kader voor de thema's van de rechtsvergelijkende overzichten van de hoofdstukken 5-7.

Leeswijzer: glijdende schaal

De rechtsvergelijkende overzichten in de hoofdstukken 4, 6 en 7 beginnen met een leeswijzer, waarin ik de landen plaats op een glijdende schaal van wederzijdse afhankelijkheid van partijen en de rechter in een procedure waarin een deskundigenadvies wordt ingewonnen. Aan de uiterste zijden van de schaal is de invloed van hetzij partijen, hetzij de rechter doorslaggevend. Het rechtsvergelijkend overzicht volgt de glijdende schaal. De leeswijzer borduurt voort op het perspectief van de vraagstelling, waarin de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige centraal staan tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage dient te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Met de leeswijzer wordt hopelijk ook enigszins tegemoet gekomen aan het feit dat de keerzijde van mijn aanpak is dat de rechtsvergelijkende overzichten als een wat taaie opsomming kunnen worden ervaren.
In hoofdstuk 5 was een leeswijzer met een glijdende schaal niet zinvol, omdat de deskundige hierin niet wordt beschouwd in de verhouding tussen partijen en de rechter, maar zijn taak wordt belicht om een deskundigenadvies onpartijdig en naar beste weten tot stand te brengen.

Historische achtergronden

In hoofdstuk 3 en ook wel in andere hoofdstukken bespreek ik historische aspecten van deskundigenbewijs. Dat doe ik om problemen van vandaag beter te begrijpen. Meer dan een beeld van de historische achtergronden van deskundigenbewijs naar huidig recht wil ik er niet mee schetsen. Met name heb ik niet de ambitie om het vak van de rechtshistoricus te beoefenen.

Interne rechtsvergelijking: privaatrecht

Een onderdeel van de vraagstelling laat zich ook wel beschouwen als een uitwerking van de vraag wie welke mededelings- en informatieplichten heeft in de verhouding tussen partijen, rechter en deskundige. Dat onderdeel had zich geleend

voor rechtsvergelijking binnen het privaatrecht, namelijk met het contractenrecht. In menig dienstverleningscontract speelt immers evenzeer het probleem dat opdrachtgever en opdrachtnemer niet deskundig zijn op elkaars deskundigheidsgebied en mechanismen in hun rechtsverhouding nodig hebben om de foutkans te beperken.[100] De oplossingen lijken praktisch gezien op elkaar: het ligt bijvoorbeeld voor de hand dat door middel van communicatie tussen partijen, rechter en deskundige, respectievelijk opdrachtgever en opdrachtnemer, kan worden bevorderd dat zij weten wat zij van elkaar mogen verwachten en elkaars bijdrage kunnen duiden. Eén van mijn aanbevelingen zal ook op dit vlak liggen. Waar het echter om gaat, is of zo'n praktische aanbeveling kan worden voorzien van een onderbouwing in het juridische systeem waarin een deskundigenadvies wordt verkregen en gebruikt. Dat is geen contractueel systeem. De vraagstelling is gepositioneerd in de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige in een civiele procedure. Elders heb ik betoogd dat door de benoeming van een deskundige geen privaatrechtelijke overeenkomst tot stand komt (noch tussen rechter en deskundige, noch tussen deskundige en partijen), omdat de aard en inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter daaraan in de weg staan.[101] Het onderzoek waaruit dit betoog voortkomt, biedt een voorbeeld waaraan is te zien dat de contractuele onderbouwing van een praktische oplossing niet gemakkelijk is te plaatsen in de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige. Het onderzoek had betrekking op de vraag of een door de rechter benoemde deskundige zijn aansprakelijkheid op voorhand kan beperken. Het leek problematisch wanneer een deskundige zijn aansprakelijkheid niet op voorhand zou kunnen beperken, omdat dienstverleners in het contractenrecht kort gezegd hun aansprakelijkheid voor fouten in beginsel wel op voorhand mogen beperken, tenzij er sprake is van opzet of grove schuld, of van een wettelijk beletsel. In mijn visie kon dit resultaat in de civiele procedure echter niet met een privaatrechtelijke overeenkomst worden bereikt. Ik heb daartoe uiteengezet dat de rechter in de verhouding tot partijen zijn positie als onafhankelijke rechter verliest, wanneer hij (namens de Staat) een contract sluit met de deskundige. De contractuele oplossing volstond ook niet, want door een contract met de Staat heeft de deskundige partijen niet gebonden aan zijn voorwaarden, terwijl een aansprakelijkstelling naar verwachting eerder afkomstig zal zijn van een partij dan van de Staat. De oplossing werd gezocht en gevonden in het procesrechtelijke domein: het procesrecht verlangt van de deskundige dat hij de benoeming aanvaardt. Aan de aanvaarding kan hij in zijn rechtsverhouding tot partijen in beginsel een voorwaarde met betrekking tot aansprakelijkheidsbeperking verbinden, tenzij er sprake is van een wettelijk beletsel.

Kortom, een vergelijking van de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige en de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer biedt aanknopingspunten voor praktische oplossingen. Het systeem van het contractenrecht is echter zodanig anders dan het systeem van het civiele procesrecht waarin een deskundigenadvies wordt verkregen en gebruikt, dat de vergelijking voor het

100 Zie bijv. Pinna 2003.
101 De Groot 2004a; De Groot 2004b. Zie ook par. 2.3.1 en hoofdstuk 4 noot 362.

overige niet vruchtbaar is. Daarom heb ik mij geconcentreerd op rechtsvergelijking vanuit het perspectief dat civielrechtelijk deskundigenbewijs onderdeel is van het civiele procesrecht, en heb ik een vergelijking met het contractenrecht achterwege gelaten.

Interne rechtsvergelijking: strafrecht en bestuursrecht
De vraagstelling bleek zich niet goed te lenen voor interne rechtsvergelijking met deskundigenbewijs in het strafrecht en het bestuursrecht. In dit boek beschouw ik zoals gezegd het civielrechtelijke deskundigenbewijs vanuit de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden over partijen, rechter en deskundige. Uitgangspunten zijn hierbij dat partijen zeggenschap hebben over hun burgerlijke rechten en de rechter tot taak heeft om een beslissing te geven in het geschil van partijen. Deze uitgangspunten gelden niet in de verhouding tussen het Openbaar Ministerie, de verdachte en de strafrechter. Voor zover ze in het bestuursrecht wel gelden, heeft de zeggenschap van partijen over het onderwerp van het geschil nauwelijks tot gevolg dat partijen participeren in het deskundigenonderzoek. Dit waren de belangrijkste redenen om in dit boek vrijwel geen aandacht te besteden aan deskundigenbewijs in het strafrecht en het bestuursrecht.[102]

Cassatierechtspraak en lagere rechtspraak
Bij de analyse van het huidige Nederlandse recht heb ik een behoorlijke hoeveelheid lagere rechtspraak gebruikt.[103] Lang niet alle vragen van deskundigenbewijs bereiken de Hoge Raad. In uitspraken van rechtbanken en hoven is te zien hoe in de rechtspraktijk invulling wordt gegeven aan de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies. Lagere rechtspraak kan daardoor ook problemen zichtbaar maken, of enig licht werpen op (uniforme rechtstoepassing in) de beantwoording van een rechtsvraag van deskundigenbewijs.

102 Zie over deskundigenbewijs in bestuursrechtelijke zaken bijv. Van den Berg 1999; Koenraad 2006, en over deskundigenbewijs in strafzaken bijv. Hielkema 1996; Van Koppen 2004; Nijboer 2006.
103 Wanneer wordt verwezen naar een uitspraak van een rechtbank, wordt gedoeld op een uitspraak van de sector civiel, tenzij is vermeld dat het een uitspraak van de sector kanton betreft.

2 De procesrechtelijke verhouding tussen partijen en de rechter

2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik uiteengezet dat dit boek gaat over de vraag wie in de verhouding tussen partijen, rechter en deskundige bepaalt en zou moeten bepalen welk deskundigenonderzoek naar welke feiten wordt gedaan, tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. In dit hoofdstuk staat de procesrechtelijke verhouding tussen partijen en de rechter centraal, die het fundament is van de procesrechtelijke verhouding tussen partijen, rechter en deskundige en een belangrijk referentiepunt is bij de beantwoording van de vraagstelling. Eerst maak ik enkele opmerkingen over het doel van de civiele procedure (par. 2.2) en de voornaamste kenmerken van civiele procedures en civiel procesrecht (par. 2.3). Vervolgens sta ik stil bij twee onderdelen van de rolverdeling tussen partijen en de rechter die voor de vraagstelling relevant zijn, namelijk de rolverdeling tussen partijen en de rechter ten aanzien van het procesverloop en hun rolverdeling bij de afbakening van de rechtsstrijd (par. 2.4). Tot slot ga ik nader in op de betekenis en de reikwijdte van waarheidsvinding in de verhouding tussen partijen en de rechter (par. 2.5).

In essentie gaat dit hoofdstuk over de zeggenschap van partijen over de vaststelling en verwezenlijking van hun burgerlijke rechten en de taak van de rechter om een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing te geven in het geschil van partijen, twee aspecten die in hoofdstuk 8 behoren tot de uitgangspunten van de beantwoording van de vraagstelling. Hiermee gaat het ook over de juiste balans in de verhouding tussen partijen en de rechter, waarover sinds mensenheugenis regelmatig discussie is. Zoals vermeld in par. 1.7.1, is het debat in de afgelopen jaren vooral gevoerd onder de noemer 'Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', waarop herhaaldelijk zal worden ingegaan.

2.2 Doel van de civiele procedure

Het doel van de civiele procedure is dat personen hun burgerlijke rechten eerlijk, effectief en efficiënt kunnen doen vaststellen en verwezenlijken.[1] Bij dit doel past

1 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 8.

het uitgangspunt dat in de civiele procedure zo veel mogelijk de waarheid behoort te kunnen worden gevonden ten aanzien van feiten waarop een partij zich in de procedure beroept, die door de wederpartij zijn betwist en waaraan de door de partij ingeroepen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden.

Asser, Groen & Vranken hebben een herwaardering bepleit van de opvatting dat de civiele procedure er primair op is gericht de procespartijen in staat te stellen hun burgerlijke rechten te verwezenlijken en conflicten daarover te beslechten. Zij vonden de opvatting dat de civiele procedure strekt tot recht- en titelverschaffing[2] te beperkt en te eenzijdig. Volgens hen is de verhouding tussen civiel procesrecht en privaatrecht dynamisch en wederkerig en zijn de bevordering van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid zelfstandige doelen van het civiele proces.[3] Hiervoor hebben zij weinig bijval gekregen.[4] De Minister van Justitie heeft recht- en titelverschaffing nadien het primaire doel van het civiele proces genoemd en acht de bevordering van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid hieraan ondergeschikt.[5]

2.3 Kenmerken van civiele procedures en civiel procesrecht

2.3.1 Civiel procesrecht in de sleutel van privaatrecht en publiekrecht

De rechten en plichten die met toepassing van het civiele procesrecht kunnen worden vastgesteld, behoren tot het civiele recht. Het doel van de civiele procedure brengt mee dat het civiele procesrecht een dienende functie heeft ten opzichte van het materiële civiele recht.[6] In de negentiende eeuw was de privaatrechtelijke context van de civiele procedure richtinggevend in het civiele procesrecht. Nadien is betoogd dat het civiele procesrecht van gemengd privaatrechtelijke en publiekrechtelijke aard is.[7] In een civiele procedure is het geschil van partijen privaatrechtelijk van aard. Het civiele procesrecht regelt ook de verhouding tussen partijen en de rechter, die van publiekrechtelijke aard is. De Staat stelt een voorziening ter beschikking aan de burger waarmee van een bevoegd orgaan een beslissing in een civiele zaak[8] kan worden verkregen waarvan de naleving kan worden

2 Snijders beschouwt titelverschaffing als een sequeel van rechtsverschaffing (Snijders 2003, p. 1698).
3 Asser, Groen & Vranken 2003, hoofdstuk 4; Asser, Groen & Vranken, 2006 hoofdstuk 3.
4 Kritisch: Adviescommissie burgerlijk procesrecht IR 2004, onder 5; Adviescommissie burgerlijk procesrecht ER 2006, onder 1a; Hoge Raad en Parket over 'Een nieuwe balans' 2004, p. 4; Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Advies inzake Asser, Groen & Vranken 2004, onder 3; Nederlandse Orde van Advocaten, Advies inzake 'Een nieuwe balans' 2004, onder 10; Snijders 2003, p. 1698. Anders: Hammerstein 2003, p. 59; Storme 2004, p. 151.
5 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 8 (kabinetsreactie op het Eindrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht).
6 dviescommissie burgerlijk procesrecht IR onder 5; Adviescommissie burgerlijk procesrecht ER 2006, onder 1; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 33; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 1; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 42; Stein/Rueb 2007, p. 1.
7 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 43; Brenninkmeijer 1993, p. 2; Heemskerk 1974, p. 15 (met verwijzingen naar oudere literatuur); Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 2; Storme 2004, p. 152.
8 Onder burgerlijke of civiele zaken worden dagvaardings- en verzoekschriftprocedures begrepen (*Kamerstukken II* 1999/2000, 27 181, nr. 3, p. 53). Deze procedures hebben direct of indirect betrekking op burgerlijke →

afgedwongen. Zowel de privaatrechtelijke als de publiekrechtelijke context van het civiele procesrecht beïnvloeden de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige. Beide hebben gevolgen voor het antwoord op de vraag wie in de verhouding tussen partijen, rechter en deskundige bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan.

2.3.2 Het private en het publieke domein

In het civiele recht is van oudsher leidend dat burgerlijke rechten en plichten ter vrije bepaling van partijen zijn,[9] tenzij de wet anders bepaalt. Hiermee gaat vanouds de opvatting gepaard dat de Staat zich in beginsel niet behoort te mengen in materiële burgerlijke rechtsbetrekkingen. Voorop staat het zelfbeschikkingsrecht van de burger. Dit gedachtegoed heeft lange tijd ook de procesrechtelijke vaststelling van die rechtsbetrekkingen door de overheidsrechter beheerst,[10] met als gevolg dat partijen heer en meester waren over de aanvang, inhoud en omvang van de procedure, het procesverloop en de beëindiging van de procedure zonder rechterlijke uitspraak. De rechter behoorde zich met betrekking tot al deze onderdelen lijdelijk te gedragen. In de negentiende eeuw werd het civiele procesrecht vanuit rechtsstatelijk perspectief voornamelijk toegepast als een verplicht alternatief voor eigenrichting. Het belang van waarheidsvinding werd wel onderkend, maar was in de praktijk ondergeschikt aan de processuele vrijheden van partijen.

Relativering van het private perspectief van het zelfbeschikkingsrecht
Hierin is langzaam maar zeker verandering gekomen. Tegenwoordig vervult het civiele procesrecht gezien het primaire doel van de civiele procedure nog steeds een functie in de vaststelling en verwezenlijking van burgerlijke rechten van een persoon. Het civiele procesrecht heeft daarnaast echter een eigen positie in het publieke domein.[11] In de loop der tijd is het primaat van het private zelfbeschikkingsrecht gerelativeerd onder invloed van andere perspectieven met een voornamelijk publiek karakter.

De mate waarin personen burgerlijke rechten kunnen verwezenlijken
In essentie zijn deze meer publieke perspectieven terug te voeren op veranderende opvattingen over de mate waarin personen dienen te beschikken over mogelijkheden om hun burgerlijke rechten te verwezenlijken en over de taak van de Staat om die mogelijkheden ter beschikking te stellen. Om te beginnen kan hier worden gedacht aan de invalshoek van de grondrechten. Burgers hebben in relatie tot de Staat klassieke, sociale en economische grondrechten. Grondrechten hebben allereerst betekenis in de rechtsverhouding tussen de Staat en de burger.

---

rechten van een persoon of burgerlijke rechtsbetrekkingen tussen personen. Met het begrip 'persoon' worden natuurlijke personen en rechtspersonen bedoeld.

9 Dit komt bijv. tot uitdrukking in art. 1:1 BW (voor rechtspersonen: art. 1:1 en 2:5 BW) en art. 3:32 BW.

10 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 67-68.

11 Zie over functies van de civiele procedure bijv.: Balanceren en vernieuwen 2004, hoofdstuk 2.

Sommige grondrechten hebben ook horizontale werking in het privaatrechtelijke rechtsverkeer tussen personen. Het zelfbeschikkingsrecht van de ene burger kan bijvoorbeeld concurreren met aanspraken die een andere burger ontleent aan het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Gw) of met het gewicht dat de Staat toekent aan het belang van de zelfredzaamheid van de burger. Ongelijkheidscompensatie in het civiele (proces)recht berust op het uitgangspunt dat machtsverhoudingen in rechtsbetrekkingen tussen personen niet (meer) als vrijwel onveranderlijk worden beschouwd, maar als een factor die onder omstandigheden correctie behoeft door middel van een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk instrument waarmee wordt beoogd te bevorderen dat burgerlijke rechten daadwerkelijk kunnen worden verwezenlijkt.

Ook op andere terreinen manifesteert zich de eigen positie van het civiele procesrecht in het publieke domein. Vanuit ideologisch perspectief heeft het civiele procesrecht betekenis voor het behoud en de verdere ontwikkeling van de democratische rechtsstaat.[12] Dit is bijvoorbeeld te zien aan de prominente plaats die het recht op een eerlijk proces mede onder invloed van art. 6 lid 1 EVRM in het civiele procesrecht heeft gekregen.[13] Het civiele procesrecht wordt vanuit rechtseconomisch perspectief geacht doelmatig bij te dragen aan het functioneren van de rechtsstaat.[14] De geschilbeslechtende functie van de civiele procedure heeft in het publieke domein betekenis vanuit sociaal perspectief. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de inrichting van een structuur voor mediation naast rechtspraak, waarmee de overheid tegemoet wil komen aan de behoefte om in sommige gevallen voorrang te geven aan conflictoplossing boven geschilbeslechting.[15] Ook wordt tegenwoordig onderkend dat een adequaat functionerend civiel procesrecht economisch noodzakelijk is. Dit is bijvoorbeeld te zien aan de totstandkoming van Europese civielprocesrechtelijke verordeningen[16] of de inspanningen van de Nederlandse overheid rondom individuele privaatrechtelijke geschillen met potentieel grote gevolgen voor de economie, zoals de effectenleaseproblematiek.[17]

---

12 Bijv. Kabinetsreactie op het rapport 'Een maatschappelijke orde' van de Commissie Advocatuur, *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 800, VI, nr. 13, p. 6; Kabinetsreactie op het Eindrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 8.

13 Zie over de invloed van art. 6 EVRM op het civiele procesrecht bijv. WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' 2001, p. 64-69; Hammerstein 2004; Lindenbergh 2004, p. 113-114.

14 Deze benadering krijgt o.a. aandacht in het WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' 2001. Vgl. Balanceren en vernieuwen 2004, p. 18-19.

15 Brief van de Minister van Justitie van 19 april 2004, *Kamerstukken II,* 2003/04, 29 528, nr. 1; Kabinetsreactie op het Eindrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 9-10.

16 De Europese Commissie schrijft op haar website (www.ec.europa.eu) over justitiële samenwerking in civiele zaken: '(...) the main objective of cooperation in civil law is to establish better collaboration between the authorities of Member States to facilitate the movement of these citizens and commercial activities'. Zie ook de 'Europese gerechtelijke atlas op het gebied van burgerlijke zaken' op de website van de Europese Commissie, en voor een overzicht van de verordeningen bijv. Israël & Saarloos 2007, p. 677-697.

17 Bijv. *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 965, nr. 2 (brief van de Minister van Financiën van 25 juni 2003 over de betrokkenheid van de overheid bij geschilbeslechting in effectenleasezaken), nr. 11, p. 7, en nr. 14, p. 9 (toezeggingen van de Ministers van Financiën en Justitie ten aanzien van de beschikbaarheid van rechtsbijstand via de Raden voor rechtsbijstand).

Wijzigingen in de bevoegdheden van partijen en rechter door verschuivingen in het private en publieke domein
De veranderende opvattingen over de mate waarin personen hun burgerlijke rechten moeten kunnen verwezenlijken en de taak van de Staat daarin, hebben in de twintigste eeuw hun weerslag gevonden in wijzigingen in de verdeling van bevoegdheden over partijen en de rechter in het civiele procesrecht. Gedacht kan worden aan de vervanging van de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van het procesverloop door de regiefunctie van de rechter, of aan de aandacht van de wetgever voor het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure.[18] Dat deze vertaalslag zich voordoet, spreekt eigenlijk voor zich. Het civiele procesrecht is een onmisbare schakel in de keten waarin burgerlijke rechten kunnen worden verwezenlijkt, omdat de Staat in het civiele procesrecht voorzieningen biedt waarmee verkregen aanspraken kunnen worden vastgesteld en in beginsel ook afgedwongen. Als het civiele procesrecht onvoldoende soelaas biedt bij de verwezenlijking van gerechtvaardigde materieelrechtelijke aanspraken, of andersom te vaak met succes kan worden gebruikt voor de verwezenlijking van niet door het recht beschermde aanspraken, zoals aanspraken in strijd met de waarheid, is de kans reëel dat het de zwakste schakel wordt. Het ligt immers niet in de rede dat in het ongelijk gestelde personen daarmee langdurig genoegen zullen nemen. Dit aspect wordt in het publieke domein serieus genomen. Dat blijkt onder andere uit het rechtsmiddel herroeping: wettelijk is geregeld dat een rechterlijke uitspraak kan worden herroepen wanneer de uitspraak berust op door de wederpartij in het geding gepleegd bedrog of op stukken waarvan de valsheid na de uitspraak is komen vast te staan, of als een partij na de uitspraak stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden (art. 382-392 Rv).[19]

2.3.3 Keuzes bij de verdeling van bevoegdheden over partijen en de rechter

Bij de (her)inrichting of wijziging van het civiele procesrecht worden door de eeuwen heen telkens keuzes gemaakt in de verdeling van bevoegdheden over partijen en de rechter. Dat gebeurt vanuit een visie op de taken en verantwoordelijkheden van partijen en de rechter bij de verwezenlijking van burgerlijke rechten. Die visie is zoals gezegd in de loop der tijd onder invloed van sociale, maatschappelijke, economische en Europese ontwikkelingen aan verandering onderhevig. Met (wijzigingen in) de verdeling van procesrechtelijke bevoegdheden wordt vastgelegd met welke procesrechtelijke middelen burgerlijke rechten kunnen worden verwezenlijkt. Kan een procesdeelnemer doorslaggevende keuzes maken in de civiele procedure? In welke mate kan hij de keuzes van de andere procesdeelnemers beïnvloeden? Op dit punt laten zich met betrekking tot de civiele procedure vier categorieën bevoegdheden onderscheiden.[20]

---

18 Zie resp. par. 2.4.3 en par. 2.5.
19 Zie over het rechtsmiddel herroeping bijv. Ten Kate & Korsten-Krijnen 2005.
20 Vgl. Sutter 1998, p. 201 e.v.

Aanhangigheid en onderwerp van de procedure
De eerste categorie betreft de bevoegdheid om een procedure te beginnen, het onderwerp ervan te bepalen en een lopende procedure te beëindigen. Worden deze bevoegdheden bij een partij neergelegd, dan biedt de Staat een partij rechtsbescherming voor zover die partij rechtsbescherming verlangt. De rechter komt alleen in actie als een partij een vordering[21] aanhangig maakt. Hij wijst niet meer of anders toe dan door een partij is gevraagd en niet minder dan door de wederpartij is erkend. Partijen kunnen hun geschil elk moment aan de beoordeling van de rechter onttrekken. Het is aan een partij of er een rechtsmiddel tegen de beslissing van de rechter wordt ingesteld. De zeggenschap van een partij, die partijautonomie wordt genoemd, vloeit voort uit het zelfbeschikkingsrecht van een persoon over zijn burgerlijke rechten. De partijautonomie kan worden beperkt door de Staat. Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer het instellen van een rechtsmiddel afhankelijk wordt gemaakt van rechterlijk verlof.

De mate waarin een partij zeggenschap heeft over de civiele procedure, bepaalt mede de invulling van de rol van de rechter. Hoe meer zeggenschap een partij heeft, hoe lijdelijker de rechter is. Hoe minder zeggenschap een partij heeft, hoe actiever de rechter dient te zijn.

De feitelijke grondslag van het geschil
Een tweede categorie bevoegdheden heeft betrekking op de afbakening van het feitencomplex dat hoort bij het onderwerp van de procedure. Hier gaat het erom wie bepaalt welke feiten in het geschil, de beoordeling van het geschil en de beslissing worden betrokken, en op welke wijze feiten worden opgehelderd die tussen partijen in geschil zijn. Uit de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten vloeit voort dat zij het onderwerp van de vordering en het verweer kiezen en hun standpunten bepalend zijn voor de feiten die in geschil zijn. Ten aanzien van de overige punten kan hun zeggenschap niet volledig zijn. De rechter heeft tot taak een beslissing te geven in het geschil van partijen. Onderdeel van de beslissingsbevoegdheid is dat wordt vastgesteld welke feiten tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Op het Europese continent is, anders dan in Engeland, uitgangspunt dat een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing door een onpartijdige en onafhankelijke rechter vergt dat een partij, gezien haar belang bij de zaak, geen volledige zeggenschap heeft over de wijze waarop feiten worden opgehelderd die tussen partijen in geschil zijn. Dit brengt mee dat de rechter een actieve rol heeft bij de toepassing van het bewijsrecht.

Voor de verdeling van bevoegdheden in de tweede categorie is echter niet alleen de taak van de rechter in het geschil van partijen van belang. Ook speelt bijvoorbeeld een rol welke opvattingen er leven over de verantwoordelijkheid van partijen jegens elkaar en de rechter (en de deskundige), of welke visie de Staat

21 In dit boek wordt omwille van de leesbaarheid de terminologie van de dagvaardingsprocedure gebruikt. Het onderscheid tussen de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure heeft weinig betekenis meer. Zie Wesseling-van Gent 1987, p. 77-106. De Minister van Justitie wil de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure in elkaar schuiven tot één basismodel (*Kamerstukken II*, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 19).

heeft op de reikwijdte van zijn taak om burgers in staat te stellen burgerlijke rechten te verwezenlijken. Een duidelijk voorbeeld biedt de discussie naar aanleiding van de Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht over de vraag of partijen tijdens een civiele procedure een gezamenlijke verantwoordelijkheid hebben voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van het proces, of ieder een eigen verantwoordelijkheid.[22]

Proceshandelingen en procestempo

Een derde categorie bevoegdheden betreft de proceshandelingen die kunnen worden verricht voordat er uitspraak wordt gedaan: wie bepaalt of de procedure voornamelijk schriftelijk of mondeling verloopt, wie bepaalt welke processtukken een partij in het geding mag brengen om de rechter van haar standpunt te overtuigen, en wie bepaalt of er een mondelinge behandeling plaatsvindt? Een vierde categorie betreft het tempo waarin wordt geprocedeerd en beslist. Deze twee categorieën worden hierna gezamenlijk aangeduid als het procesverloop. Ook bij het procesverloop hangt de mate van zeggenschap van partijen en de rechter af van de toedeling van bevoegdheden door de Staat op basis van heersende opvattingen over de noodzaak om beperkingen aan te brengen in de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten, bijvoorbeeld wegens het gewicht dat wordt toegekend aan de verantwoordelijkheid van partijen om voortvarend en efficiënt te procederen. Het tempo waarin wordt geprocedeerd is in het private domein relevant voor de effectiviteit van het zelfbeschikkingsrecht van partijen. In het private en publieke domein is het tempo van invloed op de effectiviteit van de rechtsbescherming die de Staat met het civiele procesrecht biedt. In de woorden van Zuckerman:

> 'Procedural freedom needs to be circumscribed just as any other freedom, because unlimited freedom for one party can mean injustice or lack of freedom for the opponent. Most modern procedures impose time limits, because without time limits the system could not guarantee the resolution of disputes, and party freedom in procedure would be ineffectual, as the process would grind to a halt.'[23]

Vier categorieën bevoegdheden en deskundigenonderzoek

De verdeling in vier categorieën bevoegdheden is behulpzaam om in de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige na te gaan wie bepaalt welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Op het eerste gezicht verdienen misschien vooral de bevoegdheden van de tweede categorie aandacht, waarin het gaat om de afbakening van de feitelijke grondslag van het geschil en de opheldering van feiten die in geschil zijn. Vanuit de gedachte dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing, zijn echter ook aspecten uit de andere categorieën relevant. In de eerste categorie valt bijvoorbeeld de vraag of partijen de rechter kunnen binden aan

22 Zie par. 2.4.4.
23 Zuckerman 2006b, p. 353.

een deskundigenadvies dat zij in hun rechtsverhouding als waarheid willen aanvaarden.[24] Tot de derde categorie behoort bijvoorbeeld de vraag of in de verdeling van bevoegdheden met betrekking tot het procesverloop is gewaarborgd dat onduidelijkheden in een deskundigenadvies kunnen worden opgehelderd voordat de rechter beslist.[25]

2.3.4 Fundamentele beginselen van procesrecht

De verhouding tussen partijen en de rechter in de civiele procedure wordt beheerst door – mede aan art. 6 lid 1 EVRM ontleende – fundamentele beginselen van civiel procesrecht. Dat zijn beginselen die moeten worden nageleefd om van een behoorlijke civiele procedure te kunnen spreken. De meeste ervan zijn ook buiten de landsgrenzen algemeen erkend. Ze worden ook wel hoofdbeginselen, algemene beginselen of fundamentele eisen genoemd. In de literatuur worden als fundamentele beginselen van civiel procesrecht aangemerkt het beginsel van hoor en wederhoor, het beginsel van onpartijdigheid van de rechter, het beginsel van openbaarheid van rechtspraak, het motiveringsbeginsel[26] en de partijautonomie. Ook worden er wel toe gerekend: het recht op behandeling van een zaak in twee instanties, de mogelijkheid van cassatie, verplichte procesvertegenwoordiging, het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn en het beginsel dat rechtspraak voor de burger niet kosteloos is.[27]

In dit hoofdstuk komen, toegesneden op de vraag wie in de verhouding tussen partijen, rechter en deskundige bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan, voornamelijk de partijautonomie en het beginsel van hoor en wederhoor ter sprake. Met partijautonomie wordt de zeggenschap van een partij over de civiele procedure aangeduid, zoals vermeld in par. 2.3.3. Het is een beginsel van burgerlijk procesrecht dat partijen bepalen of, en zo ja, in hoeverre zij hun geschil aan de rechter voorleggen.[28]

Het beginsel van hoor en wederhoor omvat het recht op rechterlijk gehoor en het recht op tegenspraak.[29] Het recht van partijen om door de rechter te worden gehoord, verplicht de rechter om partijen te horen alvorens te beslissen. De rechter beslist, behoudens toestemming van de partij die het aangaat, slechts op grondslag van gegevens tot kennisneming waarvan en uitlating waarover aan beide partijen voldoende gelegenheid is gegeven (art. 19 Rv).[30] Partijen hebben recht op gelijkwaardige kansen in het processuele debat, dat wil zeggen gelijkwaardige

---

24 Zie par. 7.5.1.
25 Zie par. 7.4.2.
26 Zie par. 7.5.3.1.
27 Van Boneval Faure 1893, I, p. 107-119; Haardt 1970; Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 6-12; Jongbloed 2001, p. 21; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 27 e.v.; Snijders & Wendels 2003, p. 29; Stein/Rueb 2007, p. 15-36; Wesseling-van Gent 1987, p. 107-123.
28 HR 8 juni 2007, *LJN* AZ6096. Zie over partijautonomie par. 2.4.2.
29 Bijv. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 32.
30 Vaste rechtspraak, bijv. HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130, m.nt. WHH, met oudere vindplaatsen in conclusie A-G en noot; HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. HJS; HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 172, m.nt. HJS; HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4, m.nt. JBMV (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*); HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 178, besproken door Coenraad 2007b. Zie ook Coenraad 2000.

kansen om de rechter van het eigen standpunt te overtuigen (*equality of arms*) en het standpunt van de wederpartij te weerspreken (*adversarial principle*). Zowel de rechten die partijen aan het beginsel van hoor en wederhoor ontlenen als de verplichting van de rechter om het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen, zijn relevant in de relatie van partijen en de rechter met de deskundige, zoals in dit boek herhaaldelijk ter sprake zal komen.

De eisen dat de procedure binnen een behoorlijke termijn moet kunnen eindigen met een rechterlijke uitspraak[31] en de kosten van de procedure niet in de weg behoren te staan aan de effectieve toegang tot de rechter,[32] krijgen in het vervolg van dit hoofdstuk niet als zodanig aandacht, maar hier en daar duiken aspecten ervan op die inherent zijn aan een rolverdeling tussen partijen en de rechter die past bij het doel van de civiele procedure.

2.4 De rolverdeling tussen partijen en de rechter

2.4.1 Inleiding

De verhouding tussen partijen en de rechter in de civiele procedure wordt bepaald door de verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden over partijen en de rechter in de vier categorieën die ik heb beschreven in par. 2.3.3. Kortheidshalve wordt hierna gesproken van de rolverdeling tussen partijen en de rechter ten aanzien van de aanvang, inhoud en omvang van de procedure, het procesverloop en het einde van de procedure.

2.4.2 De begrippen partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter

Lange tijd werd de rolverdeling tussen partijen en de rechter gekenschetst met de begrippen partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter. In de literatuur is in discussie in hoeverre lijdelijkheid (nog) een beginsel van civiel procesrecht is.[33] In rechtspraak wordt het begrip lijdelijkheid nog gebruikt, ook wel in de zin van beginsel. Zo staat in een overweging van de Hoge Raad in 1993 over de regel dat de rechter niet mag treden buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen, niet het zelfbeschikkingsrecht van een persoon voorop, maar de lijdelijkheid van de rechter:

> '(...) het beginsel van lijdelijkheid van de burgerlijke rechter in gedingen die betrekking hebben op de ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen, brengt mede dat de rechter bij het aanvullen van rechtsgronden niet mag treden buiten de grenzen van

31 Art. 20 Rv. Zie over de redelijke termijn in civiele procedures bijv. Van der Helm & Wesseling-van Gent 1996; EVRM R&C, par. 3.6.6; Jacobs & White 2006, p. 187.

32 EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, m.nt. EAA (*Airey/Ierland*). Zie bijv. EVRM R&C, par. 3.6.1.8.

33 Bosch-Boesjes 1991, p. 236-238; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 65 (en de overige door hen in noot 112 genoemde literatuur(verwijzingen)); Chorus 1987; Giesen 2001, p. 23-24; Klaassen 2007, p. 1358; Smith 2004, p. 14-18; Snijders 2007, p. 81-82.

de rechtsstrijd van partijen en zich evenmin mag baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij te wier behoeve die ambtshalve aanvulling van rechtsgronden moet plaatsvinden, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.'[34]

Ook nadien is het begrip lijdelijkheid in civiele procedures gebruikt.[35] De Minister van Justitie noemde lijdelijkheid nog bij de vernieuwing van het burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 een beginsel, zij het met de kanttekening dat het gewicht ervan minder groot was dan voorheen.[36] Wat hiervan zij, met de begrippen partijautonomie en lijdelijkheid is de rolverdeling tussen partijen en de rechter in de civiele procedure niet vast omlijnd. Partijen en de rechter verhouden zich tot elkaar als communicerende vaten. Hun taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden kunnen verschillen al naar gelang het gaat om de aanvang, inhoud en omvang van de procedure, het procesverloop of het einde van de procedure. Ook vinden onder invloed van de tijdgeest verschuivingen in de rolverdeling plaats. Onder invloed van sociale, economische, maatschappelijke of Europese ontwikkelingen, zoals aangestipt in par. 2.3.2, kunnen veranderende of voortschrijdende inzichten in de taken en verantwoordelijkheden van partijen en de rechter tot wijzigingen in hun bevoegdheden leiden.

2.4.3 De regiefunctie van de rechter ten aanzien van het procesverloop

In en buiten Nederland bestaat geen verschil van mening over het uitgangspunt dat het initiatief om een civiele procedure te beginnen in een democratische rechtsstaat bij een partij ligt. Hetzelfde geldt voor de keuze om als verwerende partij in een procedure te verschijnen. Dit vloeit voort uit de opvatting dat een persoon in beginsel vrij is om burgerlijke rechtsbetrekkingen aan te gaan, te beëindigen en de gevolgen daarvan te bepalen.[37] Deze vrijheid is slechts aan beperkingen onderhevig voor zover rechtsgevolgen niet ter vrije bepaling van partijen staan, of de belangen van anderen beperkingen opleggen.

Zeggenschap van partijen over het procesverloop
Bij de totstandkoming van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838 (Rv 1838) was de wetgever van mening dat de rechter, nadat een procedure door een partij aanhangig was gemaakt, ook lijdelijk behoorde te zijn ten aanzien van het procesverloop.[38] Het werd als een logisch gevolg van de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechtsbetrekkingen gezien dat zij tevens de zeggenschap

34 HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 94, r.o. 3.4.3.3 (*Van Schijndel/Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*).
35 Bijv.: conclusie A-G Huydecoper onder 11 bij HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 394, *JBPr* 2002, 4, m.nt. H.W. Wiersma; conclusie A-G Verkade onder 3.25 bij HR 18 juni 2004, *LJN* AO6920; de klacht in cassatie dat het hof onvoldoende lijdelijk is geweest, vermeld door A-G Langemeijer onder 3.4 bij HR 23 december 2005, *LJN* AU4793; conclusie A-G Timmerman onder 3.10-12 bij HR 10 februari 2006, *LJN* AU7473 over de lijdelijkheid van de Ondernemingskamer.
36 *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 5.
37 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 76; Bosch-Boesjes 1991, p. 77-78; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 5; Wesseling-van Gent 1987, p. 121.
38 Bosch-Boesjes 1991, p. 22.

hadden over het verloop van een procedure over hun burgerlijke rechtsbetrekkingen. De rechter werd geacht geen zeggenschap te hebben over bijvoorbeeld de voortvarendheid waarmee partijen procedeerden of de eenparige wens van partijen om meer conclusies te nemen dan het wettelijk toegestane aantal. Evenmin mocht de rechter de zaak ambtshalve instrueren door bijvoorbeeld tegen de zin van partijen een comparitie te gelasten.

Naar een actievere rechter

Vooral in verband met het tijdsbeslag en de kosten van de civiele procedure is in de loop van de negentiende en twintigste eeuw herhaaldelijk in discussie geweest of de rechter een actievere rol moest krijgen ten aanzien van het procesverloop.[39] Met de Wet Hartogh werden eind negentiende eeuw wijzigingen aangebracht in het procesrecht die beperking van tijdsbeslag en kosten tot doel hadden.[40] In 1923 kreeg de rechter de bevoegdheid om in elke stand van het geding een inlichtingencomparitie te gelasten (art. 19a Rv 1838, art. 88 Rv).[41] In 1924 veranderde de bevoegdheid van de rechter om termijnen voor het nemen van conclusies en aktes in overeenstemming met het verlangen van partijen te bepalen, in de bevoegdheid partijen te volgen in hun éénstemmige voorstel, tenzij dit tot onredelijke vertraging van de procedure zou leiden (art. 143 Rv 1838).[42] Na een wetswijziging in 1937 mocht de rol (art. 125 lid 3 Rv) worden behandeld door een enkelvoudige in plaats van een meervoudige kamer.[43] In de tweede helft van de twintigste eeuw zijn grote delen van de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van het procesverloop vervangen door de regiefunctie van de rechter. Richtinggevend waren ontwikkelingen rond de comparitie na antwoord, de rol en het bewijsrecht, drie onderwerpen waarmee deskundigenbewijs een relatie heeft. De ontwikkelingen passen in de mede aan art. 6 lid 1 EVRM ontleende gedachte dat partijen en de rechter verantwoordelijk zijn voor een voortvarend procesverloop.[44]

Comparitie na antwoord

In 1966 begon de rechtbank Rotterdam op de voet van art. 19 en 19a Rv schikkings- en inlichtingencomparities te gelasten in zaken waarin de conclusies van eis en antwoord waren genomen. De rechtbank Roermond volgde tien jaar later, de meeste andere rechtbanken midden jaren tachtig. In 1989 werd de rechter wettelijk verplicht na de conclusie van antwoord te beoordelen of de zaak geschikt was voor een comparitie na antwoord (art. 141a Rv 1838).[45] Het bleef een schikkings- en inlichtingencomparitie (art. 19 en 19a Rv 1838). De rechter kreeg tevens

39 Zie Bosch-Boesjes 1991, hoofdstuk 2, Opvattingen over de lijdelijkheid van de rechter in het civiele geding in de 19e en 20e eeuw.
40 Wet van 7 juli 1896, *Stb.* 1896, 103. Zie: Hartogh 1896; Wesseling-van Gent (*Burgerlijke Rechtsvordering*) (oud), Boek 1, Titel 3, aant. 2, Lex Hartogh.
41 Wet van 5 mei 1923, *Stb.* 1923, 189.
42 Wet van 28 juli 1924, *Stb.* 1924, 372. Zie Bosch-Boesjes 1991, p. 39.
43 Wet van 9 december 1937, *Stb.* 1937, 208.
44 Zie noot 31 in dit hoofdstuk.
45 Wet van 25 oktober 1989, *Stb.* 1989, 483. Zie Ten Berg-Koolen 2000; Bosch-Boesjes 1991, p. 48-49; Van den Reek 1997, p. 24-28; Wesseling-van Gent 1987, p. 148.

de bevoegdheid om partijen in het kader van de comparitie te gelasten bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen en bepaalde stellingen toe te lichten.[46] Ook mag de rechter sindsdien ter comparitie een bewijsopdracht geven. Als een deskundigenonderzoek nodig is, kan ter comparitie het overleg met partijen over de te benoemen persoon en de te stellen vragen plaatsvinden en het deskundigenonderzoek direct worden gelast. De comparitie kan ook met een deskundigenonderzoek worden gecombineerd, hetgeen vooral praktisch is wanneer de rechter tijdens een comparitie ter plaatse een object (huis, boom, erfgrens, etc.) bezichtigt waarover een geschil aanhangig is en hij daarbij behoefte heeft aan deskundige voorlichting.

Sinds 1 januari 2002 gelast de rechter een comparitie na antwoord, tenzij de zaak niet geschikt is voor een comparitie (art. 131 Rv).[47] De dwingende formulering van de hoofdregel illustreert de regiefunctie van de rechter ten aanzien het procesverloop, temeer als wordt bedacht dat partijen verplicht zijn ter comparitie te verschijnen (art. 87 en 88 Rv). Met de wetswijzigingen per 1 januari 2002 werden verder bevoegdheden van de rechter en verplichtingen van partijen in de wet opgenomen waarmee de rechter, anders dan vóór 1 januari 2002, een correct en compleet beeld van het geschil van partijen kan krijgen.[48] Hoewel het volgens de tekst van art. 131 Rv nog steeds om een schikkings- en inlichtingencomparitie gaat, is het de bedoeling dat de comparitie een volwaardige mondelinge behandeling van het geschil is, die re- en dupliek en pleidooi kan vervangen.[49] De rechter heeft dus de regie over het procesverloop na de conclusie van antwoord. Partijen hebben invloed op het procesverloop via hun zeggenschap over de inhoud en omvang van het geschil. Het processuele debat kan de rechter aanleiding geven tot instructie van de zaak, waaronder bijvoorbeeld het gelasten van een deskundigenonderzoek.

Procesreglementen

De regiefunctie van de rechter ten aanzien van het procesverloop komt verder tot uitdrukking in sommige procesreglementen die sinds de jaren negentig door de Rechtspraak tot stand zijn gebracht.[50] In het Programma Versterking Rechterlijke

46 Vranken schreef in 1995 dat deze bevoegdheid in 1989 ten onrechte was beperkt tot de inlichtingencomparitie. Evenals in België en Frankrijk behoorde de rechter de bevoegdheid volgens hem algemeen te hebben (Vranken 1995, nr. 23).

47 De wetswijziging volgde op de experimenten met het versneld regime (Rapport van de Gemengde Commissie uit de advocatuur en de rechterlijke macht inhoudende voorstellen om te komen tot meer efficiency in civiele procedures (Commissie-Punt) 1995). Zie Hidma 1999; Punt 1999; Van Veggel 1996.

48 Zie par. 2.4.5.

49 Dit komt in de wet tot uitdrukking doordat partijen geen aanspraak hebben op conclusies van re- en dupliek als de rechter een comparitie na antwoord heeft gelast (art. 132 Rv) en doordat pleidooi kan worden geweigerd in zaken waarin partijen hun standpunt tijdens de comparitie na antwoord in voldoende mate mondeling hebben kunnen uiteenzetten (art. 134 Rv). Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 327 (MvT) en p. 330-331 (Nota); Verschoof 2004, p. 339-340. De praktijk is nog wel eens anders, waarover: Alt 2005; Böhmer 2004; Ten Haaft 2005; Ten Haaft 2006.

50 De procesreglementen zijn onder andere te vinden op www.rechtspraak.nl.

Organisatie[51] is het landelijk uniform rolreglement voor de civiele sectoren van de rechtbanken (LR) tot stand gebracht. Ook de sectoren kanton van de rechtbanken en de civiele sectoren van de gerechtshoven kennen landelijk (vrijwel) uniforme rolreglementen. Geen van de procesreglementen kent bepalingen om een deskundigenonderzoek te stroomlijnen.[52] In de procesreglementen is uitgangspunt dat de rechter een meer of minder actieve taak heeft in de handhaving van termijnen en het toestaan van proceshandelingen. Hoe actiever de rechter, hoe geringer de autonomie van partijen ten aanzien van het procesverloop. De aandacht voor de ontwikkeling van procesreglementen geeft in wezen uitdrukking aan een vrij fundamentele omslag in het denken en handelen van civiele rechters, die eveneens tot uitdrukking komt in de gewijzigde naam voor de taak van de rechter ten aanzien van het procesverloop: lijdelijkheid heeft hier plaatsgemaakt voor 'de regiefunctie van de rechter'. In de sectoren civiel en kanton heeft de regiefunctie van de rechter ten aanzien van het procesverloop een vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt en is op dit punt nauwelijks meer sprake van autonomie van partijen. Het rolreglement van de civiele sectoren van de hoven is echter nog gebaseerd op de lijdelijkheid van de rechter en de autonomie van partijen ten aanzien van de voortvarendheid van het procesverloop.[53]

Bewijsrecht

In het bewijsrecht werd de regiefunctie van de rechter ten aanzien van het procesverloop geïntroduceerd met de inwerkingtreding van het nieuwe bewijsrecht op 1 april 1988. De voorbereiding van deze wetswijziging was in gang gezet met het voorontwerp van de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving van 1959.[54] Onder het tot 1988 geldende bewijsrecht mochten partijen niet door alle middelen bewijs leveren en was de rechter niet steeds vrij in de waardering van het bewijs. Richtinggevend bij de wetswijziging van 1988 was de opvatting dat de rechter binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil grote vrijheid moet hebben in bewijskwesties.[55] De rechter kreeg in 1988 instructiebevoegdheden die de waarheidsvinding konden dienen en waarmee hij kon ingrijpen in het procesverloop, zoals de bevoegdheid om ambtshalve getuigenbewijs op te

51 Het Programma Versterking Rechterlijke Organisatie (PVRO) was een gezamenlijk initiatief van de Zittende Magistratuur en het Ministerie van Justitie. Van 1999 tot 2002 werden onder de vlag van PVRO voorafgaand aan de oprichting van de Raad voor de rechtspraak allerlei activiteiten ontplooid die voor de organisatie van de rechtspraak van belang zijn, waaronder activiteiten ten aanzien van het bestuur van de gerechten, personeelsbeleid, werkprocessen, technische infrastructuur en financieel beheer.

52 Elders heb ik daartoe aanbevelingen gedaan (De Groot & Elbers 2008, p. 8, Aanbevelingen, onder 3).

53 Zie bijv. hoofdstuk 2 van het Landelijk procesrolreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (*Stcrt*. 2008, 145). Dat partijen bij het hof het procesverloop mogen domineren, is bijv. te zien in HR 9 maart 2007, *LJN* AZ4407. In het rolreglement van de civiele kamer van de Hoge Raad is de regie van de rolraadsheer over het verrichten van proceshandelingen door partijen strakker vorm gegeven dan in de rolreglementen van de hoven.

54 Zie over de herziening van het bewijsrecht: Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*) (oud), Boek 1, Titel 3, Inleiding bewijsrecht, aant. 2; Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 5-9; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 3.

55 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 49.

dragen van betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden (art. 192 Rv 1988, art. 166 lid 1 Rv).[56]

De verantwoordelijkheid van de rechter voor het procesverloop bij de toepassing van het bewijsrecht komt tot uitdrukking in het arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Dombo/Nederland.[57] In deze civiele procedure tussen de vennootschap Dombo en haar bank NMB, waren onder andere de tijdens onderhandelingen gemaakte afspraken in geschil. Dombo wenste haar voormalige bestuurder als getuige te horen. Dit werd door het hof geweigerd, omdat een partij destijds (tot 1 april 1988) niet als getuige kon worden gehoord en de directeur van Dombo, die kort tevoren was teruggetreden, als partijgetuige werd aangemerkt. Nadat Dombo andere getuigen had doen horen, werd door de bank onder andere de directeur van het betrokken bankfiliaal als getuige voorgebracht. Dombo voerde vergeefs aan dat de bankdirecteur als partijgetuige moest worden aangemerkt en dat het in strijd was met een eerlijk proces als die wel zou worden gehoord en de directeur van Dombo niet. Het cassatieberoep hiertegen werd verworpen.[58]

Dombo klaagde bij het Europese Hof in Straatsburg dat door de ongelijke behandeling van haar directeur en de directeur van het bankfiliaal in het getuigenverhoor art. 6 lid 1 EVRM was geschonden. Het EHRM gaf Dombo hierin gelijk. Slechts twee personen waren aanwezig geweest bij het maken van de door Dombo gestelde en te bewijzen afspraken, te weten de directeur van Dombo en de bankdirecteur. Zij hadden op voet van gelijkwaardigheid onderhandeld. Daarom was in het kader van een eerlijk proces, waarin beide partijen gelijke kansen hebben om de juistheid van hun standpunt te bewijzen, niet in te zien dat de één wel en de ander niet als getuige over de onderhandelingen mocht verklaren. Door de directeur van Dombo niet als getuige te horen, werd Dombo in een substantieel nadeliger bewijspositie dan de bank geplaatst. Dat was in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

De rechter moet in voorkomende gevallen dus beoordelen of de toepassing van zijn nationale procesrecht in de weg staat aan een eerlijke, efficiënte en effectieve civiele procedure in de zin van art. 6 lid 1 EVRM en zijn regie ten aanzien van het procesverloop zonodig aanpassen.

Regiefunctie ten aanzien van procestempo en deskundigenonderzoek

Vergeleken bij de voortschrijdende ontwikkeling van de regiefunctie van de rechter voor het procesverloop, valt op dat de rechter weinig regie heeft over het procestempo in zaken waarin een deskundigenonderzoek wordt gelast. Wanneer een deskundigenonderzoek wordt gelast (art. 194 Rv), bepaalt de rechter de termijnen waarbinnen de deskundige met het onderzoek moet beginnen en dient te advise-

56 Dit was een verruiming ten opzichte van de bevoegdheid om ambtshalve een getuigenverhoor te gelasten als de rechter dat tot de beslissing der zaak dienstig en nodig achtte (art. 199 Rv 1838).

57 EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS.

58 HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 725, m.nt. WHH (*Dombo/NMB*).

ren (art. 197 Rv). In de meeste gevallen verricht de deskundige het onderzoek zelfstandig (art. 198 lid 2 Rv). De zaak onttrekt zich dan aan de waarneming van de rechter, totdat er na deskundigenadvies een mondelinge behandeling plaatsvindt, of een uitspraak wordt geconcipieerd. Dat is alleen anders wanneer een partij of de deskundige zich tijdens het deskundigenonderzoek tot de rechter wendt. Is het deskundigenadvies niet binnen de gestelde termijn gereed, dan kan de verdere behandeling van de zaak worden aangehouden.

Termijnbewaking door de gerechten vindt wel plaats, maar de regie daarop is voor verbetering vatbaar en het ontbreekt aan uniforme rechtstoepassing bij de handhaving van de termijnen.[59] Dit heeft gevolgen in de balans tussen partijen en de rechter. De partij die voortvarend wil procederen, verwacht van de rechter een actieve houding om erop toe te zien dat het deskundigenadvies tijdig wordt ingeleverd. De partij die op vertraging uit is, kan gebrekkige termijnbewaking feitelijk benutten om invloed uit te oefenen op de voortgang van het deskundigenonderzoek, bijvoorbeeld door vertraging in te bouwen in de uitoefening van haar bevoegdheid om een bepaald onderzoek bij te wonen, of opmerkingen te maken en verzoeken te doen (art. 198 lid 2 Rv). In feite heeft een partij dus (enige) zeggenschap over het procestempo in zaken waarin een deskundigenonderzoek wordt gelast. Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens verbiedt het EVRM niet dat (verdragsstaten als beginsel hanteren) dat partijen zeggenschap hebben over de voortgang van de procedure. Wanneer het procestempo – *the initiative and the power of advancing matters* – echter geheel in handen is van partijen, ontslaat dat de rechter niet van de verplichting om de naleving te waarborgen van de eis dat een procedure binnen een redelijke termijn wordt voltooid, ook wanneer een deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter plaatsvindt.[60]

De behoefte aan termijnbewaking

De behoefte aan bewaking van het procestempo in zaken waarin een deskundigenadvies wordt uitgebracht, is bepaald niet minder dan in zaken zonder deskundigenadvies. Een deskundigenadvies inwinnen betekent namelijk dat de doorlooptijd van de behandeling van een zaak aanzienlijk oploopt, ook wanneer het deskundigenadvies voortvarend tot stand komt. Eshuis heeft berekend dat de doorlooptijd[61] van een zaak die in 2003 bij een civiele sector van een rechtbank werd aangebracht en waarin een deskundigenbericht werd gelast, meer dan twee keer zo lang was als de doorlooptijd van een zaak zonder deskundigenonderzoek.[62]

---

59 De Groot & Elbers 2008, par. 5.3.2.5, 5.4.3.5 en 6.4.4.

60 Bijv. EHRM 25 juni 1987, *NJ* 1990, 231, m.nt. EAA (*Capuano/Italië*).

61 Onder doorlooptijd wordt de tijd verstaan die in één instantie verstrijkt tussen het aanbrengen van de zaak en de afdoening van de zaak. De tijd tussen het aanhangig maken van de zaak bij dagvaarding en het aanbrengen ervan telt dus niet mee in de doorlooptijd.

62 Eshuis 2005, p. 12. Volgens Marseille heeft deskundigenonderzoek in het bestuursprocesrecht eveneens aanzienlijke gevolgen voor de doorlooptijd (Marseille 2004, p. 82).

2.4.4 *Eigen of gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het procesverloop*

In 2003 bepleitten Asser, Groen & Vranken dat partijen en de rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid hebben voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van het proces. De gezamenlijke verantwoordelijkheid leidt volgens hen tot een vorm van samenwerking die wordt gekenmerkt door een algemene plicht tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces. Partijautonomie kan in hun opvatting niet meer als een richtinggevend beginsel dienen. Het uitgangspunt dat partijen de grenzen van de rechtsstrijd bepalen, willen zij verenigen met een actieve opstelling van partijen en de rechter ten aanzien van de inhoud en omvang van het voorwerp van het proces, op zowel het juridische als het feitelijke vlak. In de rolverdeling tussen partijen en de rechter is de rechter naar hun mening niet (meer) gehouden om de door partijen gekozen gronden voor vordering en verweer zonder meer te aanvaarden. Waar hij meent dat de grenzen van de rechtsstrijd niet adequaat zijn getrokken om te komen tot een verantwoorde beslechting van het geschil, is hij vrij die grenzen ter discussie te stellen.[63] De reacties waren wisselend.[64] In het Eindrapport hebben Asser, Groen & Vranken benadrukt dat zij niet willen tornen aan het uitgangspunt dat het in de eerste plaats de procespartijen zijn die de feitelijke gegevens verschaffen en dat partijen in principe het laatste woord hebben over de grondslagen van het proces, maar de strikte verdeling van taken tussen partijen en rechter willen nuanceren vanuit de visie dat de procesdeelnemers gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor een voortvarend, efficiënt en effectief proces. De grondslag hiervan zien zij in de algemene maatschappelijke norm dat men over en weer rekening houdt met elkaars gerechtvaardigde belangen.[65]

Kabinetsreactie op het Eindrapport Fundamentele herbezinning
In de kabinetsreactie op het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht onderschrijft de Minister van Justitie de gedachte dat partijen in een civiele procedure verplichtingen hebben jegens elkaar en de rechter, maar geeft hij de voorkeur aan de term 'eigen verantwoordelijkheid' boven 'gezamenlijke verantwoordelijkheid'.[66] Partijen hoeven volgens de Minister niet samen te werken in de civiele procedure, maar ieder van partijen moet vanuit het eigen

63 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 77-83. Zie eerder Asser 1999.
64 De positieve en negatieve reacties op het uitgangspunt van de gezamenlijke verantwoordelijkheid waren vrijwel unaniem kritisch over de gedachte dat de rechter zich actief mag mengen in de feiten die partijen aan vordering of verweer ten grondslag leggen. Zie Adviescommissie burgerlijk procesrecht IR 2004, onder 6 en 8; Adviescommissie burgerlijk procesrecht ER 2006, onder 6; Coenraad en Giesen 2007, p. 786-787; Duk 2003, p. 65; Giesen 2006, p. 104; Hammerstein 2003, p. 59-60; Hoge Raad en Parket over 'Een nieuwe balans' 2004, nr. II; Hovens 2003, p. 554; Ingelse 2004, p. 45 e.v.; Ingelse 2006, p. 27-29; Nederlandse Orde van Advocaten, Advies inzake 'Een nieuwe balans' 2004, onder 12; Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Advies inzake Asser, Groen & Vranken 2004, nr. 17; Raad voor de rechtspraak, Advies over het Eindrapport, 2007, onder 1; Schoordijk 2004, p. 165; Snijders 2003, p. 1700; Storme 2004, p. 152-153; Ynzonides 2006, p. 15.
65 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 48-51.
66 In gelijke zin Raad voor de rechtspraak, Advies over het Eindrapport, 2007, onder 1.

belang en de eigen verantwoordelijkheid het nodige doen om de rechter in staat te stellen tot een uitspraak te komen. De Minister wil het algemene beginsel vastleggen dat op ieder van partijen de verantwoordelijkheid rust om bij te dragen aan de oplossing van hun geschillen.[67] Als voorbeeld van een bepaling waarin de eigen verantwoordelijkheid van een partij reeds tot uitdrukking komt, wordt in de kabinetsreactie de verplichting van partijen genoemd om mee te werken aan de totstandkoming van een deskundigenbericht (art. 198 lid 3 Rv). De Minister meent dat hij met zijn standpunt afwijkt van het advies van de Adviescommissie burgerlijk procesrecht dat van partijen niet kan worden gevergd zich te gedragen naar (billijkheids)normen die verder gaan dan voortvloeit uit hun materiële rechtsverhouding. Met betrekking tot de verantwoordelijkheid van de rechter acht de Minister het denkbaar dat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.[68]

Eigen opvatting

Naar mijn opvatting hebben partijen en de rechter (en de deskundige) een eigen verantwoordelijkheid om te zorgen dat een civiele procedure voortvarend, efficiënt en effectief verloopt. Meer specifiek meen ik dat ieder van hen een eigen verantwoordelijkheid heeft om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies binnen de grenzen van het geschil van partijen een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Hoewel ieder eigen verantwoordelijkheden *heeft*, worden de eigen verantwoordelijkheden van de procesdeelnemers volgens mij tot op zekere hoogte gezamenlijk *gedragen*, omdat de eigen verantwoordelijkheid van de een er niet toe mag leiden dat de ander diens eigen verantwoordelijkheid niet meer kan dragen.

Het begrip 'eigen verantwoordelijkheid' kan naar mijn opvatting niet los worden gezien van de (samenhang in de) taken en bevoegdheden van de afzonderlijke procesdeelnemers. Dan kan er – mede gezien het zelfbeschikkingsrecht van een persoon over zijn burgerlijke rechten – eigenlijk geen misverstand over zijn dat van partijen niet wordt gevergd dat zij zich gedragen naar (billijkheids)normen die niet stroken met hun materiële rechtsverhouding. De onderscheiden procesdeelnemers hebben weliswaar uiteenlopende taken en bevoegdheden in de civiele procedure, maar mogen niet louter 'ieder voor zich' opereren. Bij het gebruik van de eigen bevoegdheden hebben zij binnen de grenzen van de materiële rechtsverhouding in geschil verantwoordelijkheid jegens elkaar om andermans taken en bevoegdheden niet illusoir te maken. Wanneer aan de eigen verantwoordelijkheid op deze wijze invulling wordt gegeven, lijkt het onderscheid met de gezamenlijke

67 *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 11. De Raad voor de rechtspraak adviseert daarentegen de verdere ontwikkeling van het beginsel van eigen verantwoordelijkheid aan de praktijk over te laten (Raad voor de rechtspraak, Advies over het Eindrapport, 2007, p. 4).

68 *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 13. Zie Lewin 2006, die een aanbeveling in deze zin heeft gedaan onder verwijzing naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba.

verantwoordelijkheid van Asser, Groen & Vranken mij overigens meer een woordenspel dan een wezenlijk inhoudelijk verschil.

Mijn opvatting komt voort uit de gedachte dat het zelfbeschikkingsrecht van een persoon over zijn burgerlijke rechten voorop staat, maar dat het primaat van het zelfbeschikkingsrecht verloren kan gaan wanneer het op den duur onvoldoende is gewaarborgd. Dat vergt een zekere mate van sturing, die vanuit het publieke domein komt wanneer het erom gaat dat beslissingen van de overheidsrechter 'controleerbaar en aanvaardbaar' (waarover par. 7.5.3) dienen te zijn. Van dit laatste is onderdeel dat een beslissing zo waarheidsgetrouw mogelijk is. In hoofdstuk 8 zal ik uiteenzetten dat de sturing ontoereikend is ten aanzien van de eigen verantwoordelijkheid van partijen en de rechter voor de totstandkoming van een deskundigenadvies dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Die eigen verantwoordelijkheid komt naar huidig recht niet optimaal tot uitdrukking in de verdeling van hun taken en bevoegdheden met betrekking tot de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies.

2.4.5 De rolverdeling tussen partijen en de rechter bij de afbakening van de rechtsstrijd

Met de regels dat de rechter de opdracht aan de deskundige formuleert na overleg met partijen (art. 194 lid 1 en 2 Rv) en de deskundige het onderzoek zelfstandig of onder leiding van de rechter verricht (art. 198 lid 2 Rv), is niet zonder meer duidelijk naar welke feiten de deskundige onderzoek mag verrichten. Het Duitse en het Franse civiele procesrecht kennen in de wettelijke bepalingen over deskundigenbewijs regels die stimuleren dat tussen rechter en deskundige waar nodig overleg plaatsvindt over de feiten die in een deskundigenonderzoek worden betrokken.[69] In de Nederlandse situatie ziet de rechter erop toe of met het deskundigenadvies niet wordt getreden buiten de regels met behulp waarvan de omvang van de rechtsstrijd wordt bepaald.[70] Hierna wordt ingegaan op deze regels in de situatie zonder deskundigenonderzoek.[71]

De eis

De partij die een zaak aanhangig maakt, formuleert haar vordering in het inleidende processtuk. Zij legt aan haar vordering feiten ten grondslag en beroept zich op een rechtsgevolg van die feiten. De stelplicht[72] van de eisende partij heeft aller-

69 Zie voor Duitsland par. 4.3.6.3 en par. 6.2.6.1 en voor Frankrijk par. 6.2.3.2.

70 Zie par. 6.4.1.

71 De regels met behulp waarvan de omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep wordt bepaald (waarover bijv.: Ras/Hammerstein 2004; Snijders & Wendels 2003), komen in dit boek niet ter sprake. Deze regels zijn wel van invloed op de feiten die in een deskundigenonderzoek in hoger beroep kunnen worden betrokken. Zij hebben echter na de afbakening van de omvang van de rechtsstrijd bij de toepassing van deskundigenbewijs in beginsel geen andere gevolgen dan in eerste aanleg.

72 Van der Wiel gebruikt het woord stellast voor de stelplicht (Van der Wiel 2004, p. 8-15 en 220-223). Hij merkt op dat rechtsplichten en lasten, die beide uit normen van objectief recht volgen, ertoe strekken aan bepaald gedrag gevolgen te verbinden, maar dat handelen in strijd met een rechtsplicht in beginsel rechtens niet geoorloofd is en handelen in strijd met een last wel. De partij die een stelplicht heeft, handelt niet ongeoorloofd door niet te voldoen aan de stelplicht, maar verliest in het algemeen de procedure. In dit boek wordt het woord 'stelplicht' gebruikt.

eerst betrekking op de eis en de gronden van de eis (art. 111 lid 2 onder d Rv). Daarnaast moet de eisende partij in het inleidende processtuk de verweren vermelden die gedaagde voorafgaand aan de procedure tegen de eis heeft aangevoerd en de gronden van die verweren (art. 111 lid 3 Rv). Deze mededelingsplicht wordt de substantiëringsplicht genoemd. Het voorschrift is per 1 januari 2002 ingevoerd om een einde te maken aan de praktijk dat de eisende partij in de dagvaarding het kruit droog hield en niet het werkelijke geschil zichtbaar maakte.[73] Verder behoort de eisende partij in het inleidende processtuk de bewijsmiddelen te noemen waarover zij kan beschikken en de getuigen die zij kan doen horen 'ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis' (art. 111 lid 3 Rv). Hier wordt gedoeld op het bewijs van de feiten waarvan eiser weet of kan verwachten dat gedaagde die in de procedure zal betwisten.[74] Deze mededelingsplicht wordt de bewijsaandraagplicht genoemd.

Het verweer
De partij die verweer wil voeren, moet eventuele excepties en haar antwoord ten principale tegelijk naar voren brengen (art. 128 lid 3 Rv). Als gedaagde een verweer onvoldoende substantieert, kan de rechter het verweer zonder nader onderzoek passeren en de door de eisende partij gestelde feiten als onvoldoende gemotiveerd weersproken aan de beslissing ten grondslag leggen (art. 149 Rv). De omvang van de motiveringsplicht van gedaagde hangt in belangrijke mate af van het processuele debat van partijen. De bewijsaandraagplicht geldt eveneens voor gedaagde (art. 128 lid 5 Rv).

De verdere behandeling van het geschil
Partijen kunnen vervolgens op elkaars standpunten reageren. Dat gebeurt in eerste aanleg ter comparitie (art. 131 Rv) of bij conclusies van repliek en dupliek (art. 132 Rv), eventueel gevolgd door een pleidooi (art. 134 Rv). De comparitie is sinds 1 januari 2002 hoofdregel en schriftelijk voortprocederen uitzondering (art. 131 Rv). De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering en verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv). De rechtsgronden vult de rechter zonodig ambtshalve aan (art. 25 Rv). Tot 1 januari 2002 ontbrak een bepaling zoals art. 24 Rv en werd uit de regel dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult (art. 48 Rv 1838), afgeleid dat het de rechter was verboden feiten aan te vullen.[75] Met 'feiten' worden 'rechtsfeiten' bedoeld. Het gaat, in de constellatie van de omvang van de rechtsstrijd, om feiten of omstandigheden waarop een partij een standpunt baseert en waaraan het materiële recht gevolgen verbindt, terwijl die gevolgen door die partij worden ingeroepen. Rechtsfeiten worden onderscheiden van rechtsgronden,

73 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 279 (MvT). Vgl. Vranken 1995, nr. 21.
74 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 280 (MvT).
75 Smith 2004, p. 21; Vranken 1995, nr. 43-47; Vriesendorp 1970, nr. 26-66. Zie over ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees en Nederlands recht: Freudenthal & Van Ooik 2007; Hartkamp 2007; Snijders 2007.

de rechtsregels op grond waarvan een rechtsgevolg aan een rechtsfeit wordt verbonden.[76]

Feitenonderzoek

In het systeem waarin partijen bepalen op welke rechtsfeiten zij zich ter onderbouwing van hun vordering of verweer beroepen en de rechter de rechtsgronden aanvult, is de rolverdeling tussen partijen en de rechter gebaseerd op het onderscheid tussen (rechts)feit en recht(sgrond).[77] De toepassing van dit systeem in de rechtspraktijk is niet eenvoudig en niet in scherpe criteria te vatten.[78] Nog daargelaten dat feit en recht in de werkelijkheid zelden zuiver van elkaar kunnen worden onderscheiden,[79] past de huidige rolverdeling tussen partijen en de rechter niet meer in een strak onderscheid tussen (het door een partij te stellen) feit en (het door de rechter aan te vullen) recht. De betekenis van de regel dat de rechter niet mag treden in de door partijen gekozen grondslag van de vordering en het verweer, is gerelativeerd onder invloed van de opkomst van ambtshalve bevoegdheden van de rechter die gemeenschappelijk hebben dat zij passen bij het doel van de civiele procedure. De meeste van deze bevoegdheden maken het mogelijk het belang van de waarheidsvinding in de civiele procedure voorop te stellen. De bevoegdheid om ambtshalve een comparitie te gelasten heeft de toon gezet. De positieve herformulering in art. 24 Rv van de verboden feitenaanvulling is per 1 januari 2002 gepaard gegaan met de codificatie van de verplichting van partijen om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Tegelijk is de reeds bij de comparitie bestaande bevoegdheid van de rechter om een partij te gelasten bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen, uitgebreid tot de bevoegdheid van de rechter om dit in alle gevallen en in elke stand van de procedure te bevelen (art. 22 Rv).[80] Deze bevoegdheid komt bovenop de bevoegdheid van de rechter om partijen te gelasten de dagvaarding of de conclusie van antwoord aan te vullen als niet is voldaan aan de mededelingsplichten (art. 120 lid 4 Rv; art. 128 lid 5 Rv). Gevoegd bij de hoofdregel dat na de conclusie van antwoord een comparitie plaatsvindt, werd de vernieuwing van de dagvaardingsprocedure door de wetgever in 2002 gezocht in de intensivering van het feitenonderzoek onder (bege)leiding van de rechter en in het eerder op gang brengen daarvan door partijen.[81] De rechter wordt vanouds aangespoord tot volledigheid in de

76 Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 2; Asser Procesrecht/VeegensKorthals Altes & Groen 2005, nr. 90; Vriesendorp 1970, nr. 30.

77 Smith 2004, p. 12

78 Vranken 1995, nr. 47.

79 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 69-70; Tjong Tjin Tai 2002, p. 31.

80 Een partij kan dit volgens art. 22 Rv weigeren wegens gewichtige redenen. Als de rechter de weigering niet gerechtvaardigd acht, kan de rechter uit de weigering de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Die gevolgtrekking zal nadelig kunnen zijn voor de kansen in de procedure van de partij die haar verplichtingen niet nakomt (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 154-157). De rechter moet voordien een partij meedelen dat hij de weigering niet gerechtvaardigd acht en haar in de gelegenheid stellen alsnog aan het bevel te voldoen (HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4, m.nt. JBMV (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*).

81 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 279-280 (MvT). Positief over deze vernieuwing: Hoge Raad en Parket over 'Een nieuwe balans' 2004; Röell 2004, p. 39; Schoordijk 2004, p. 164. Kritisch over het effect op de doorlooptijden: Giesen 2005, onder 2.2.

beoordeling van het geschil doordat hij moet beslissen op al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht (art. 23 Rv) en niet mag weigeren te beslissen (art. 26 Rv, art. 13 Wet AB). De rechter mag verder een verandering of vermeerdering van eis ambtshalve buiten beschouwing te laten (art. 130 Rv), ambtshalve bewijs opdragen (art. 162 Rv, art. 166 Rv), ambtshalve getuigen met elkaar confronteren en vragen aan partijen stellen tijdens een getuigenverhoor (art. 179 lid 2 en 3 Rv). Partijen hebben ook bevoegdheden aan de rechter moeten afstaan, bijvoorbeeld per 1 april 1988 de bevoegdheid om gezamenlijk een bepaalde deskundige van hun voorkeur te doen benoemen.[82] Het gebruik van al deze rechterlijke bevoegdheden en de controle op het gebruik staan in de sleutel van het beginsel van hoor en wederhoor, eveneens per 1 januari 2002 gecodificeerd (art. 19 Rv):

> 'De rechter stelt partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht, een en ander tenzij uit de wet anders voortvloeit. Bij zijn beslissing baseert de rechter zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.'

Van de verboden feitenaanvulling naar verantwoordelijkheden van partijen en de rechter

In de rechtspraak is een verschuiving waarneembaar bij de beoordeling van de vraag of de rechter buiten het processuele debat van partijen is getreden. Die beoordeling geschiedde onder het tot 1 januari 2002 geldende recht volgens de maatstaf van de aanvulling van rechtsgronden (art. 25 Rv) en de verboden feitenaanvulling. Tegenwoordig wordt de negatief geformuleerde verboden feitenaanvulling omschreven als een positieve verantwoordelijkheid van de rechter om de zaak te onderzoeken op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd (art. 24 Rv) en wordt deze verantwoordelijkheid veelvuldig in één zin genoemd met de verplichting van de rechter om het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen (art. 19 Rv). Het staat de rechter niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer zijn ten grondslag gelegd. Daardoor zou namelijk de wederpartij te kort worden gedaan in haar recht zich naar behoren te kunnen verdedigen.[83] Omgekeerd staat het de rechter dus wel vrij om, naast het gebruikelijk geval waarin de beslissing wordt gebaseerd op feiten en omstandigheden die door een partij uit zichzelf aan

82 Art 223 Rv 1838, art. 194 lid 2 Rv.

83 Bijv. HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 158; HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 233; HR 12 mei 2006, *LJN* AV8720; HR 15 september 2006, *NJ* 2006, 507, besproken door Boonekamp 2007, p. 17-18; HR 24 november 2006, *LJN* AY7929; HR 12 januari 2007, *LJN* AZ1492, besproken door Coenraad 2007c, p. 125-126. Evenmin mag de rechter oordelen op grond van niet in het geding gebleken feiten en omstandigheden waarvan de rechter zich op eigen initiatief op de hoogte heeft gesteld: HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 679, m.nt. WHH; HR 10 november 2006, *LJN* AZ1899, *JBPr* 2007, 31, m.nt. H.L.G. Wieten.

haar vordering of verweer ten grondslag gelegd, de beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden en die door een partij in reactie op het standpunt van de wederpartij of op vragen van de rechter in de vordering of het verweer zijn betrokken, mits de wederpartij zich hiertegen naar behoren heeft kunnen verdedigen. De rechter wordt langs deze weg gestimuleerd om met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor actief te onderzoeken welke feiten partijen beogen aan vordering en verweer ten grondslag te leggen en hen hierover waar nodig opheldering te vragen. Partijen mogen (ook) dan geen feiten achterhouden die van belang zijn voor de beslissing (art. 21 Rv) of door een oneerlijke proceshouding beletten dat feiten aan het licht komen die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van de procedure kunnen leiden.[84] De autonomie van partijen ten aanzien van de inhoud en omvang van het geschil is gerelativeerd ten gunste van de waarheidsvinding die geschiedt binnen de grenzen van de vordering en het verweer en met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor.

Betekenis van de verantwoordelijkheden van partijen en de rechter voor het onderzoek van de zaak

Dit alles is van invloed op het onderzoek van de zaak (art. 24 Rv) dat aan de beslissing voorafgaat. In het onderzoek van de zaak laten zich twee situaties onderscheiden, namelijk de situatie waarin schriftelijk wordt geprocedeerd en eventueel gepleit en de situatie waarin in eerste aanleg een comparitie wordt gehouden. In de eerste situatie onderzoekt de rechter geheel of grotendeels buiten aanwezigheid van partijen welke feiten zij aan de vordering en het verweer ten grondslag leggen en welke daarvan tussen hen vaststaan en in geschil zijn. Het onderzoek tijdens de comparitie (die een volwaardige mondelinge behandeling van de feitelijke en juridische geschilpunten behoort te behelsen)[85] staat nog in het teken van de ontwikkeling van het processuele debat tussen partijen over de (grondslag van de) vordering en het verweer, maar biedt de rechter tegelijk de kans om met partijen te analyseren wat hen verdeeld houdt en wat er nodig is voor een oplossing. De rechter heeft dus invloed op de ontwikkeling van het geschil.[86] In de onderzoeksfase ter comparitie houdt de rechter er rekening mee dat een beslissing van hem kan worden verlangd. In de daaropvolgende beslissingsfase zullen de hoofdregels van het bewijsrecht leidend zijn (art. 149 Rv). Dat wil zeggen dat de rechter slechts die feiten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig het bewijsrecht zijn komen vast te staan. Verder moet de rechter feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen als aanvaarding van een stelling zou leiden tot een rechtsge-

84 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 45, m.nt. HJS onder HR 13 december 1996, *NJ* 1998, 46; HR 19 december 2003, *NJ* 2005, 181, m.nt. HJS.
85 Zie noot 49 in dit hoofdstuk.
86 Asser 1999, p. 18.

volg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels tenslotte mogen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd ongeacht of zij zijn gesteld en behoeven geen bewijs.

Toepassing van de wisselwerking tussen het onderzoek van de zaak en de keuze van de te bewijzen feiten

Ingewikkeld en casuïstisch is in hoeverre de wisselwerking tussen het onderzoek van art. 24 Rv en de regels van art. 149 Rv aan de rechter de vrijheid geven om te treden in de feitelijke grondslag van de vordering en het verweer zonder afbreuk te doen aan zijn onpartijdigheid en het beginsel van hoor en wederhoor. Als de rechter bij de beslissing gebruik wil maken van feiten of omstandigheden die in het onderzoek naar voren zijn gekomen, moet hij zich ervan vergewissen dat ze door een partij aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Anders wordt de wederpartij tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen.[87] Het gaat er niet meer zozeer om of de rechter zich binnen de grenzen van de vordering, het verweer en het processuele debat van partijen mag inlaten met de feiten die partijen stellen. Reeds bij geringe aanknopingspunten mag hij aan een partij vragen of zij met bepaalde verstrooid aangetroffen stellingen bedoelt een bepaald standpunt in te nemen, als deze vraag past in het doel van de civiele procedure. Essentieel is dat de interventie van de rechter zijn onpartijdigheid niet beschadigt, dat hij aan partijen gelegenheid geeft op zijn interventie te reageren, en dat hij bij het verdere onderzoek en de beslissing de door partijen getrokken grenzen van het processuele debat respecteert.[88] Uitgangspunt is nog steeds dat de rechter zich bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen alleen op die gegevens van feitelijke aard mag baseren die aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd,[89] waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en die zij ten processe ter discussie hebben kunnen stellen.[90] Van de rechter mag in het algemeen worden verlangd dat hij in de individuele zaak kan inschatten tot waar hij zijn kennis en ervaring ten dienste kan stellen van partijen door met ieder van hen mee te denken zonder mee te procederen. Terwijl de rechter ter comparitie onderzoekt welke feiten tussen partijen wel en niet in geschil zijn, kunnen partijen de rechtsstrijd onder zijn leiding zonodig nader afbakenen. De rechter houdt in het oog dat het processuele debat kan bijdragen aan een uitkomst van het geschil die zich verdraagt met de vordering en het verweer en met het doel van de civiele procedure. Het valt op dat in de reac-

87 HR 29 maart 1996, *NJ* 1996, 421; HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 92; HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 158.

88 Onjuist is de opvatting dat de rechter op dit punt nimmer initiatief zou mogen nemen, aldus HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460, *JBPr* 2004, 15, m.nt. K. Teuben, hersteld bij HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 461, m.nt. JBMV. Het moet echter wel evident zijn, gelet op het verloop van het processuele debat, dat het initiatief op zijn plaats is, zo blijkt uit HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231, r.o. 4.3.2, besproken door Roos 2008, p. 105-106.

89 Volgens Snijders is partijautonomie een leidend beginsel en essentieel uitgangspunt, dat inherent is aan een burgerlijk recht en het burgerlijk proces; vanuit deze gedachte moeten volgens hem de grenzen van de partijautonomie worden bepaald (Snijders 2003, p. 1700).

90 HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460, *JBPr* 2004, 15, m.nt. K. Teuben, hersteld bij HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 461, m.nt. JBMV. Zie ook de in noot 30 in dit hoofdstuk genoemde rechtspraak.

ties op de door Asser, Groen & Vranken bepleite rolverdeling tussen partijen en de rechter, vaak naar voren komt dat van de rechter een actieve houding mag worden verwacht, vooral als het erom gaat partijen voor fouten of nalatigheden te behoeden die in hoger beroep kunnen worden hersteld.[91]

De moeilijkheidsgraad van de toepassing van art. 24 Rv en art. 149 Rv is desondanks niet gering, in verband waarmee de Minister van Justitie in de wet wil verduidelijken dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op de mogelijkheden om stellingen en feiten aan te vullen.[92] Ook dan zal het van de omvang van de rechtsstrijd volgens de vordering, het verweer en het processuele debat van partijen afhangen in hoeverre de rechter in overleg met partijen mag onderzoeken welke feiten in geschil zijn.

Deskundigenadvies

De dynamiek van de rolverdeling tussen partijen en de rechter bij de afbakening van de rechtsstrijd kan per zaak verschillen en laat zich nauwelijks in concrete regels vatten. In hoeverre de rechter mag onderzoeken welke feiten tussen partijen in geschil zijn, kan dan ook reeds complex zijn in de zaak waarin de rechter beschikt over de kennis en ervaring die nodig is om tijdens het onderzoek vast te stellen welke feiten in geschil zijn. De ontwikkeling van het processuele debat, gericht op een uitkomst van het geschil die zich verdraagt met de vordering en het verweer en met het doel van de civiele procedure, wordt verder gecompliceerd als partijen en de rechter onvoldoende beschikken over de kennis en ervaring die nodig is om vast te stellen welke feiten in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, en behoefte bestaat aan deskundige voorlichting. Als partijen en de rechter er niet voldoende in slagen voorafgaand aan een deskundigenonderzoek op te helderen welke feiten deel uitmaken van de rechtsstrijd, zal dat kunnen doorwerken in de analyse van het geschil door de rechter, de vraagstelling aan de deskundige,[93] het onderzoek van de deskundige, het deskundigenadvies en het gebruik ervan in de uitspraak. Daarom is de optimale bijdrage van een deskundigenadvies aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing mede afhankelijk van de mate waarin partijen en de rechter er tijdens het onderzoek van de zaak in slagen te benoemen welke feiten in relatie tot de vordering en het verweer in geschil zijn en relevant zijn voor een uitkomst van het geschil die strookt met de vordering en het verweer en met het doel van de civiele procedure.

De kans dat partijen en de rechter hierin slagen zal wellicht groter zijn bij een rechtstreekse gedachtewisseling tussen partijen en de rechter ter comparitie dan bij een schriftelijk debat en een eventueel pleidooi. Vranken meent dat een schrif-

91 Bijv. Hammerstein 2003, p. 60; Hoge Raad en Parket over 'Een nieuwe balans' 2004, p. 2; Hovens 2003, p. 54-55; Knigge 2004, p. 167; Schoordijk 2004, p. 165; Snijders 2003, p. 1700. In gelijke zin eerder Ras 1994, p. 234-235.

92 *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 13. Terughoudend: Raad voor de rechtspraak, Advies over het Eindrapport, 2007, p. 5.

93 Bijv. Rb. Rotterdam 28 februari 2007, *LJN* BA0910, in welke zaak de rechtbank aan de deskundige wil vragen: 'Zijn er nog feiten of omstandigheden waarover tussen partijen discussie bestaat, die van belang zijn voor het eindoordeel van de deskundige(n), en zo ja, welke zijn dat?'

telijke procedure veel meer dan een mondelinge het gevaar in zich bergt van onduidelijkheden, verkeerd begrijpen en niet volledig zijn.[94] Duk daarentegen heeft de ervaring dat een comparitie niet altijd volstaat en toch nog een schriftelijke ronde nodig kan zijn.[95] De voor- en nadelen van de mondelinge behandeling en de schriftelijke procedure sluiten elkaar deels uit, zoals Van Caenegem beschreef met betrekking tot de overgang van de mondelinge procedure van de vroege Middeleeuwen naar de schriftelijke procedure van de romeins-canonieke procedure in Europa in de twaalfde eeuw:

> '(...) what was lost in time and directness was gained in certainty, precision and discipline.'[96]

Het is onbekend wat de invloed is van een mondelinge of schriftelijke voorbereiding van een deskundigenonderzoek op de kans dat een deskundige tijdens het onderzoek constateert dat de kern van het probleem op zijn vakgebied onvoldoende wordt geraakt door de vragen die hem zijn gesteld in aansluiting op de juridische analyse van het geschil. Ook is weinig bekend welke andere factoren eraan bijdragen dat partijen en de rechter in staat zijn te benoemen welke feiten in relatie tot de vordering en het verweer in geschil zijn en relevant zijn voor een uitkomst van het geschil die strookt met de vordering en het verweer en met het doel van de civiele procedure.[97]

2.5 Waarheidsvinding in de verhouding tussen partijen en de rechter

In het eerste hoofdstuk heb ik de vraag wie bepaalt en zou moeten bepalen welk deskundigenonderzoek naar welke feiten wordt gedaan, geplaatst in het perspectief dat een deskundigenadvies, als het wordt ingewonnen, een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Tegen de achtergrond van de algemene opmerkingen over waarheidsvinding in par. 1.4.2, wordt in deze paragraaf nader ingegaan op de betekenis en de reikwijdte van waarheidsvinding in de verhouding tussen partijen en de rechter in het civiele (proces)recht.

Zoals vermeld in par. 1.4.2, is in het civiele recht een zekere discrepantie mogelijk tussen geschilbeslechting en waarheidsvinding. De bespreking van de rolverdeling tussen partijen en de rechter ten aanzien van de afbakening van de rechtsstrijd heeft laten zien dat daarin wordt bepaald welke feiten in de procedure mogen worden opgehelderd en in zekere mate ook welke waarheid in het geschil kan worden gevonden. In een procedure die eerlijk verloopt en binnen een redelijke termijn tegen aanvaardbare kosten eindigt met een beslissing, hoeft op zich-

94 Vranken 1995, nr. 13.
95 Duk 2003, p. 67.
96 Van Caenegem 1973, p. 18.
97 Over deze kwesties: De Groot & Elbers 2008, par 5.3.1.2 en 5.4.2.2; Van 2003.

zelf niet de hele werkelijkheid achter een geschil in beeld te worden gebracht, maar wel de feiten die relevant zijn voor een waarheidsgetrouwe beslissing. Dit spanningsveld was al onderdeel van Romeins procesrecht.

Waarheidsvinding in de civiele procedure in het verleden

De civiele procedure van de Romeinen heeft in de loop der tijd allerlei ontwikkelingen doorgemaakt. Bewijslevering vond echter steeds plaats met rationele bewijsmiddelen en was gericht op waarheidsvinding. Partijverklaringen, getuigenverhoren en geschriften waren de meest gebruikte bewijsmiddelen. Ook werd gebruik gemaakt van plaatsopneming en deskundigenbewijs. Aanvankelijk was waarheidsvinding door middel van bewijslevering een zaak van partijen.[98] In het naklassieke cognitieproces geschiedde waarheidsvinding onder leiding van de rechter.[99] Het werd zijn taak om door waarheidsvinding tot een rechtvaardige beslissing te komen, zij het dat formele bewijsregels daaraan nog wel eens in de weg stonden.[100] De mate waarin de rechter vrij was in de bewijslastverdeling en bewijswaardering heeft bij de Romeinen in de loop der tijd uiteengelopen.[101]

Na eeuwen van verval bracht de ontwikkeling van de romeins-canonieke procedure sinds de twaalfde eeuw rationele waarheidsvinding terug in Europa.[102] Rituele bewijsmiddelen werden vervangen door rationele bewijsmiddelen zoals getuigenverhoor en geschriften, die gericht waren op waarheidsvinding in de individuele zaak.[103] De rechter beschikte in de romeins-canonieke procedure over onderzoeksbevoegdheden gericht op waarheidsvinding binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil.[104] Het werd gebruikelijk dat onderzoek werd gedaan naar de juistheid van gestelde, maar betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak konden leiden en dat bewijsmateriaal kritisch werd beschouwd.

In Nederland zijn dergelijke vernieuwingen in het procesrecht begonnen in de veertiende eeuw.[105] De Bourgondische hertogen hebben de civiele procedure op Nederlands grondgebied in de veertiende en vijftiende eeuw op Bourgondisch-Franse leest geschoeid.[106] Dat was de romeins-canonieke procedure die door de

98 Zie par. 3.3.
99 Zie par. 3.3.2.
100 Kaser/Hackl 1996, p. 596 en 6.
101 Kaser/Hackl 1996, p. 117-120, 363, 491.
102 Zie over de veranderingen in het civiele procesrecht in Europa en de ontwikkeling van de romeins-canonieke procedure sinds de twaalfde eeuw bijv. Brundage 2008, p. 75-125; Van Caenegem 1973, p. 11-23; Engelmann 1928, p. 417-454; Koschaker (1947) 2000, p. 57-63; De Monté ver Loren/Spruit 2000, nr. 238 e.v.
103 Alleen het duel heeft zich nog lange tijd in grote delen van Europa kunnen handhaven. Illustratief is dat het duel nog in vroege literatuur uit de twintigste eeuw een thema was, zij het meestal in de context van verval. Zie bijv.: Louis Couperus, Langs lijnen van geleidelijkheid (hoofdstuk 39), verschenen in 1900; Arthur Schnitzler, Der Weg ins Freie, verschenen in 1908.
104 Van Caenegem 1973, p. 13, 14, 19; Engelmann 1928, p. 478-480.
105 Van Caenegem 1973, p. 46; De Monté ver Loren/Spruit 2000, nr. 242 e.v.
106 De Bourgondische hertogen begonnen hun uitbreidingspolitiek in de Nederlanden toen Philips de Stoute (1363-1404) in 1384 door het overlijden van zijn schoonvader graafschappen en steden in de zuidelijke Nederlanden verwierf. Onder Philips de Goede (1419-1467) kwamen Brabant, Limburg, de Landen van Overmaze, Holland, Zeeland, Henegouwen en Luxemburg erbij. De basis werd gelegd voor de Nederlandse en Belgische staten. In 1482 ging de macht van het Bourgondische Huis over de Nederlandse gewesten door erfopvolging over op de Habsburgse dynastie, waaruit de landsheren Karel V (1506-1555) en zijn zoon Philips II (1555-1598) afkomstig waren. De regering van het Habsburgse Huis in de noordelijke Nederlanden eindigde door de afzetting

Franse koning Louis IX (1226-1270) in Frankrijk was geïntroduceerd met ordonnanties van 1254 en 1258. Het Frans georiënteerde procesrecht is in Nederland ook nadien in de rechtspraktijk gebruikelijk gebleven en in de Republiek der Verenigde Nederlanden (1588-1795) niet verlaten.[107] Het einde van de Republiek viel samen met het streven naar codificatie.[108] Tot invoering van gecodificeerd oudvaderlands civiel procesrecht[109] kwam het niet.[110] In 1811 werd in Nederland het Wetboek der civiele regtsvordering ingevoerd, dat een vertaling was van de Franse *Code de procédure civile* van 1806 (CPC 1806). In de *Code de procédure civile* was het civiele procesrecht gecodificeerd[111] zoals zich dat sinds de *Code Louis* van 1667[112] in Frankrijk had ontwikkeld.[113]

In vogelvlucht is hiermee gezegd dat het vanaf ongeveer de veertiende eeuw op Nederlands grondgebied gebruikelijk is dat de rechter een taak heeft in de waarheidsvinding binnen de grenzen van het geschil van partijen. Hoewel het vertaalde Franse wetboek in 1811 nieuw was voor Nederland, bracht het op dit punt weinig nieuws.

Het wetboek van 1811 heeft plaatsgemaakt voor het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838 (Rv 1838), dat niet wezenlijk afweek van het wetboek van 1811. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838 werd in de Tweede Kamer door Barthélémy betoogd dat het wezen van een wetboek van burgerlijke rechtsvordering lag in de vereniging van de eenvoudigste, krachtigste en minst kostbare middelen om de rechter in te lichten over de waarheid van de beweringen van partijen, teneinde daarop het door hen ingeroepen recht naar billijkheid toe te passen. Het vinden van op waarheid steunend recht beschouwde hij als het doel van de civiele procedure. De bevoegdheid om deskundigen in te schakelen zag hij als één van de middelen die aan de rechter waren verleend om de waarheid op te sporen.[114]

In 1893 onderkende Van Boneval Faure het belang van waarheidsvinding voor het vertrouwen van de burger in rechterlijke beslissingen, dat hij noodzakelijk

---

('verlaetinge') van Philips II in 1581. In 1588 trokken de Staten de rechten van de landsheer aan zich, waarmee de Republiek der Verenigde Nederlanden werd gegrondvest. Tot het grondgebied van de Republiek behoorden de gewesten Gelderland, Holland, Zeeland, Utrecht, Friesland, Overijssel, Groningen en Ommelanden, de landschap Drente en de generaliteitslanden (Staats-Brabant, Staats-Vlaanderen, de Staatse Landen van Overmaze en later Westerwolde en Staats Opper-Gelre). Zie De Monté ver Loren/Spruit 2000, nrs. 207 en 212-224.

107 De Monté ver Loren/Spruit 2000, nr. 215; Verhas 1997, p. 76; Wedekind 1971, p. 11-23.

108 Over de codificatie: bijv. Lokin & Zwalve 2006; Van Rhee 2005a.

109 Zie voor een beschrijving van het oudvaderlandse procesrecht naar de stand aan het einde van de achttiende eeuw Van der Linden 1794-1798.

110 Zie par. 3.4.

111 Zie over de codificatie bijv. Lokin & Zwalve 2006; Van Rhee 2005a.

112 De *Code Louis* omvat naast de 'Ordonnance civile touchant la réformation de la justice' van 1667 ook de 'Ordonnance criminelle' van 1670. In dit boek wordt de benaming *Code Louis* gebruikt voor de Ordonnance civile van 1667, tenzij anders is vermeld.

113 In de 'Ordonnance civile touchant la réformation de la justice' van 1667 heeft de Franse koning Louis XIV, wiens naam in het spraakgebruik aan de ordonnantie is verbonden (*Code Louis*), voor het eerst het civiele procesrecht voor het hele Franse koninkrijk vastgelegd. In de *Code Louis* zijn de ontwikkelingen in het Franse procesrecht gecodificeerd die zich hadden voorgedaan sinds de introductie van de romeins-canonieke procedure in Frankrijk met de ordonnanties van 1254 en 1258 door de Franse koning Louis IX (1226-1270). Zie bijv. Van Caenegem 1973, p. 61-63; Code Louis 1667, p. XXX-XXXIII; Glasson 1882, p. 31-32.

114 Van den Honert 1839, p. 149-150; Bosch-Boesjes 1991, p. 22; Van Rhee 2004b, p. 110.

achtte voor de rechtszekerheid. Hij meende dat de rechter zo veel mogelijk tracht de materiële waarheid te ontdekken, ook al moest, om praktische redenen en omdat de handhaving van burgerlijke rechten afhankelijk is van partijen, vaak met minder genoegen worden genomen.[115] In de Staatscommissie-Gratama, die in 1911 werd belast met de voorbereiding van een herziening van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838,[116] is in discussie geweest of materiële waarheidsvinding[117] als een algemeen beginsel van civiel procesrecht moest worden beschouwd. Sommige leden waren bevreesd dat de rechter dan zou meeprocederen met partijen, hetgeen zijn onpartijdigheid zou schaden. De Staatscommissie-Gratama achtte het gewenst dat in de civiele procedure binnen de door partijen bepaalde omvang van de rechtsstrijd meer dan tot dan toe gebruikelijk was tot de materiële waarheid zou worden doorgedrongen.[118] Materiële waarheidsvinding werd ook van belang geacht door de ministeriële Commissie-Dorhout Mees, die in 1948 'Richtlijnen voor de herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie' heeft opgesteld. Deze commissie heeft de afschaffing van alle formele bewijsvoorschriften bepleit op de grond dat die aan het vinden van de materiële waarheid binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil in de weg zouden staan.[119] In 1969, bij het begin van de ontwikkeling van het nieuwe bewijsrecht dat per 1 april 1988 is ingevoerd, werd door de Minister van Justitie benadrukt dat de civiele procedure zo veel mogelijk tot doel heeft de materiële waarheid te vinden.[120] Telkens wordt hier het belang onderkend dat de rechter in het geschil van partijen een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing geeft.

Belang van waarheidsvinding in cassatierechtspraak

Aan waarheidsvinding in het civiele procesrecht wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad groot gewicht toegekend. Zo kan van gewichtige redenen om niet te hoeven voldoen aan de verplichting van art. 22 Rv om in het kader van een civiele procedure inlichtingen te verstrekken of stukken over te leggen, slechts sprake zijn

> 'indien in de concrete omstandigheden van het geval de belangen waarop de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de verlangde stukken of inlichtingen zich in het bijzonder richt, zwaarder wegen dan het – zwaarwegende – maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt'.[121]

115 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 4-6. Onder 'materiële waarheid' verstond hij de 'natuurlijke'of 'volstrekte' waarheid.

116 De werkzaamheden van de Staatscommissie-Gratama zijn uitgemond in een 'Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering', dat het niet tot wet heeft gebracht. Zie over de Staatscommissie-Gratama bijv. Jongbloed 2005, p. 71-75; Van Rhee 2000.

117 Over het begrip materiële waarheidsvinding: par. 1.4.3.

118 Notulen Staatscommissie-Gratama 1911-1920 (1912), p. 21-22; Ontwerp-Gratama 1921, Toelichting, p.5. Meilink en Offerhaus onderschreven dit in 1924 in hun NJV-preadviezen (Meilink 1924, p. 53; Offerhaus 1924, p. 2).

119 Commissie-Dorhout Mees 1948, p. 18-19.

120 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 59, MvT-RO (1969).

121 HR 11 juli 2008, *LJN* BC 8421, r.o. 3.4.6.

Zoals enkele voorbeelden laten zien, is waarheidsvinding ook het vertrekpunt van de toepassing van het bewijsrecht. Zo impliceert het aanbod tot het horen van met name genoemde getuigen niet dat later geen andere getuigen meer mogen worden voorgebracht. De grens wordt hier gevonden in de goede procesorde, maar mede gelet op het belang van waarheidsvinding mag niet spoedig worden aangenomen dat een recht op nadere bewijslevering is prijsgegeven.[122] Het belang van de waarheidsvinding in rechte kan bovendien vereisen dat ook na sluiting van het getuigenverhoor nog getuigen worden gehoord.[123] Het grote belang dat aan waarheidsvinding wordt gehecht, brengt mee dat slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de verplichting om als getuige een verklaring af te leggen.[124] Bij een beroep op een verschoningsrecht moeten de zwaarwegende belangen die zijn gemoeid met de waarheidsvinding in een burgerlijk proces – het belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt – worden afgewogen tegen de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht.[125] Verder wordt het belang van waarheidsvinding in het burgerlijk proces in het algemeen zwaarwegender geacht dan het belang van een partij dat onrechtmatig verkregen bewijs bij de bewijswaardering buiten beschouwing wordt gelaten.[126]

Waarheid en werkelijkheid

Het belang van de waarheidsvinding heeft in Nederland vanouds in de context van de zeggenschap van een persoon over de verwezenlijking van zijn burgerlijke rechten gestaan. Zoals vermeld in par. 1.4.2, kwam het potentiële spanningsveld tussen geschilbeslechting en waarheidsvinding in het verleden tot uitdrukking in het onderscheid tussen formele en materiële waarheid. De vraag of de formele en de materiële waarheid in een civiele procedure van elkaar mogen verschillen, kan niet los worden gezien van het debat over de rolverdeling tussen partijen en de rechter bij de afbakening van de rechtsstrijd, dat onderwerp was van par. 2.4.5. Frappant is dat de aansluiting bij het civiele recht hierbij weinig aandacht krijgt. Het beginsel van volledige schadevergoeding bijvoorbeeld, of de regel dat schade zo veel mogelijk concreet moet worden berekend (art. 6:97 BW), duiden er bepaald niet op dat er in een civiele procedure twee soorten waarheden zouden kunnen bestaan.[127] Wat hier ook van zij, tegenwoordig is nauwelijks meer in discussie dat tussen formele en materiële waarheid in een civiele procedure geen ver-

122 HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 237, m.nt. HJS.
123 HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 731. Zie ook HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 237, m.nt. HJS.
124 HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 394, *JBPr* 2002, 4, m.nt. H.W. Wiersma; HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 454, m.nt. DA.
125 Zie bijv. HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 789, m.nt. JBMV; HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78, *JBPr* 2006, 44, m.nt. A.S. Rueb.
126 HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 682, m.nt. JCS; HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928, m.nt. EAA; HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, m.nt. EAA; HR 7 februari 1992, *NJ* 1993, 78, m.nt. HJS; HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 599, m.nt. HJS; HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 400, m.nt. EAA & HJS; HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV. Zie over het vraagstuk van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: Asser 1991, p. 7-16; Kremer 1999; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 35.
127 Over de betekenis van waarheidsvinding bij de begroting van schadevergoeding in letselschadezaken: Klaassen 2005, p. 33.

schil behoort te bestaan dat afbreuk kan doen aan de aanvaardbaarheid van de rechterlijke beslissing.[128] Dat betreft zowel de aanvaardbaarheid voor partijen als, via het beginsel van openbaarheid van rechtspraak, de aanvaardbaarheid voor anderen in de maatschappij. De aanvaardbaarheid ontbreekt of wordt geacht te ontbreken, als het gebruik van feiten in een beslissing niet (voldoende) strookt met de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid ten aanzien van de feiten. In de woorden van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid: rechtspraak deugt niet als rechterlijke oordelen zich los zingen van de feiten.[129] Het maatschappelijk belang van waarheidsvinding, dat in par. 1.4.2 vooral is toegelicht vanuit strafrechtelijk perspectief, wordt dus ook in het civiele recht onderkend.

Het bewijsrecht wordt niet meer als een louter juridische aangelegenheid beschouwd. Er is ook aandacht voor de sociale en maatschappelijke dimensie. Bewijslevering in een civiele procedure heeft tot doel dat binnen de grenzen van het geschil van partijen feiten naar waarheid worden vastgesteld en dat tot een aanvaardbare beslissing kan worden gekomen. In Frankrijk heeft Foyer dit als volgt verwoord:

> 'La preuve n'est pas seulement un moyen de connaître le vrai et de convaincre l'autre, la preuve a une fin plus large. Elle est en réalité juridique et sociale. Elle est utilisée comme un moyen de la mise en oeuvre de la règle de droit, un moyen d'assurer la paix sociale, la sécurité, l'ordre.'[130]

Daarom gaat het er bij waarheidsvinding in de civiele procedure naar mijn opvatting niet meer zozeer om of waarheidsvinding zich beperkt tot de feiten die tussen partijen in geschil zijn, maar of in de rolverdeling tussen partijen en de rechter bij de afbakening van de rechtsstrijd naast de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten ook het belang van de waarheidsvinding in een civiele procedure wordt gerespecteerd. Hierbij neem ik tot uitgangspunt, zoals vermeld in par. 1.4.2, dat in het geschil van partijen de waarheid moet worden gezocht en gevonden die zo veel mogelijk overeen komt met de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid. Buiten twijfel staat dat de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten voorop staat. Een partij die burgerlijke rechten wil verwezenlijken door middel van een civiele procedure, heeft de volledige zeggenschap over de feitelijke grondslag van vordering of verweer. De feiten die in de feitelijke en juridische grondslag van vordering of verweer passen, kunnen echter nader worden afgebakend in het processuele debat onder leiding van de rechter. Hierbij heeft het belang van de waarheidsvinding een zelfstandige positie.

---

128 Bijv. Asser 1991, p. 2; Asser 2006, p. 18-19; Ten Kate 1983, p. 72; Klaassen 2001, p. 47-48.
129 WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' 2001, p. 193. In vergelijkbare zin: Klaassen 2001, p. 47-48.
130 Foyer 2004, p. 241.

Stelplicht en waarheid
Dit komt tegenwoordig tot uitdrukking in de wettelijke regeling van de stelplicht van partijen. Sinds 1 januari 2002 is wettelijk geregeld dat partijen verplicht zijn om de feiten die van belang zijn voor de beslissing volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv), waarmee wordt geanticipeerd op het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure. Doordat partijen de omvang van de rechtsstrijd (art. 24 Rv) bepalen en uit de omvang van de rechtsstrijd volgt welke feiten in de procedure mogen worden opgehelderd (art. 149 Rv), hangt van de feiten die tussen partijen in geschil zijn af, welke waarheid in de bewijslevering kan worden gevonden. Wanneer de stelplicht van partijen niet mede omvat dat op hen de verplichting rust om de rechter in het processuele debat naar waarheid en volledig te informeren over de feiten die voor de beslissing relevant zijn, hoeven keuzes van partijen om feiten te stellen en te betwisten niet te stroken met het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure. Dit kan meebrengen dat in de daaropvolgende bewijslevering niet de feiten worden opgehelderd die leiden tot een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Zoals Bruinsma heeft laten zien, kan dit er zelfs toe leiden dat partijen zich uiteindelijk niet meer herkennen in de feiten die de rechter vaststelt en aan de beslissing ten grondslag legt.[131]

Stelplicht en waarheid in het verleden
Dat per 1 januari 2002 wettelijk is vastgelegd dat partijen feiten die van belang zijn voor de beslissing volledig en naar waarheid moeten aanvoeren, wil niet zeggen dat deze verplichting vóór 1 januari 2002 niet op partijen rustte. Op dit punt heeft de rechter zich in de negentiende eeuw echter lijdelijker opgesteld dan de wetgever had bedoeld.[132] Partijen konden hun autonomie bij de afbakening van de rechtsstrijd doen prevaleren boven het belang van de waarheidsvinding. Er was geen wettelijke regel die hen verplichtte de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Zij werden daartoe evenmin door de rechter verplicht. Het achterhouden van voor de beslissing relevante gegevens kan echter vanouds als grond voor herroeping dienen.[133] Dat duidt er niet op dat partijen in het verleden niet gehouden waren om de feiten die voor de beslissing van belang zijn, volledig en naar waarheid aan te voeren.

Er zijn in de negentiende eeuw diverse pogingen gedaan om het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan te passen of door een ander wetboek te vervangen.[134] De meeste daarvan hielden verband met klachten over het trage verloop en

131 Bruinsma 1999.
132 Bosch-Boesjes 1991, p. 23. Zij verwijst naar Godefroi, die meende dat de wetgever van de lijdelijke rechter niet verlangde dat hij slechts in een tussenvonnis om opheldering van onduidelijkheden zou mogen vragen en niet bij het aanhoren van een pleidooi (Godefroi 1863, p. 68).
133 Ten Kate 1962, p. 207; Hoge Raad en Parket over 'Een nieuwe balans' 2004, p. 2; Van den Reek 1997, p. 14. Vgl. HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 45, m.nt. HJS onder HR 13 december 1996, *NJ* 1998, 46. Zie over herroeping: Ten Kate & Korsten-Krijnen 2005.
134 Het 'Ontwerp van een Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering' is openbaar gemaakt bij Wet van 31 mei 1861, *Stb.* 1861, 49. In 1869 werd een partiële herziening van Rv 1838 in de Tweede Kamer behandeld en werd het ontwerp van 1861 ingetrokken. Een nieuw 'Ontwerp van regterlijke inrigting' uit 1872 kreeg geen meerderheid in de Tweede Kamer. Zie Van Boneval Faure 1887; Bosch-Boesjes 1991, p. 24; Oudeman 1874, Voorrede der vierde uitgave; De Pinto 1865; Sterk 1991, p. 102. Zie Van Boneval Faure 1893, I, p. 34-40 voor een overzicht van wel aangebrachte wijzigingen.

de kosten van de civiele procedure.[135] In het kielzog hiervan speelde regelmatig de vraag of de stelplicht van partijen omvatte dat zij de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid moesten aanvoeren. Caroli bepleitte in 1907 overeenkomstig het destijds moderne Duitse en Oostenrijkse procesrecht de invoering van een comparitie nadat ieder van partijen in één schriftelijk stuk de feiten volledig en naar waarheid had aangevoerd.[136] De Staatscommissie-Gratama nam tot uitgangspunt dat in de civiele procedure meer dan tot dan toe gebruikelijk was tot de materiële waarheid zou worden doorgedrongen.[137] Met betrekking tot de vraag of partijen de feiten volledig moesten vermelden, knoopte de Staatscommissie aan bij het gevorderde. Volgens de Staatscommisse moest de opgave van de feiten zodanig zijn 'dat het recht daaraan als gevolg verbindt, datgene, wat wordt gevorderd.' Zij vond het niet nodig dat een relaas van alle gebeurtenissen werd gegeven waarop de vordering was gestoeld.[138] Wel moest de rechter naar eigen goeddunken gevolgen kunnen verbinden aan de verklaringen van een partij ter zitting, aan het zwijgen van een partij en aan ontwijkende antwoorden van een partij.[139]

Suijling meende dat er geen rechtsplicht was voor partijen om de feiten naar waarheid te stellen, omdat de wet aan partijen geen algemene rechtsplicht tot oprechtheid oplegde en de wederpartij wettelijk niet was gehouden bewijs tegen zichzelf bij te brengen. Dat was volgens hem slechts anders in de gevallen waarin de wet partijen uitdrukkelijk verplichtte tot openbaring van de waarheid, zoals bij de exhibitieplicht. Scheltema kwalificeerde de verplichting van partijen om zich naar waarheid over de feiten uit te laten in 1939 als een ethische plicht en meende eveneens dat van een rechtsplicht geen sprake was.[140] Star Busmann vond dat partijen verplicht zijn de rechter naar waarheid in te lichten over de in geschil zijnde feiten. Hij leidde uit diverse wettelijke bepalingen af dat dit ook het uitgangspunt van de wetgever was, zoals de verplichting tot openlegging van boeken, de exhibitieplicht of de bevoegdheid van de rechter om aan de verklaring van een partij ter comparitie de gevolgen te verbinden die hem goeddunken.[141]

Van het Bloedproefarrest naar de waarheidsgetrouwe stelplicht

Enigszins vergelijkbaar met de verplichting om de voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, is de verplichting van een partij om mee te werken aan een gerechtelijke verrichting die strekt tot waarheidsvinding ten aanzien van feiten die in geschil zijn. In de civiele rechtspraak wordt reeds lang aangenomen dat een partij hiertoe verplicht kan zijn.[142] Een bekend voor-

135 Bosch-Boesjes 1991, p. 25-28.
136 Caroli 1907, p. 103. Het Ontwerp NJV van 1911 en het Ontwerp Vrijzinnig-Democratische Bond van 1912 (zie over deze ontwerpen bijv. Van Rhee 2004b, p. 122) kenden een mondelinge behandeling na wisseling van conclusies, waar ook deskundigen konden worden gehoord.
137 Notulen Staatscommissie-Gratama 1911-1920 (1912), p. 21-22; Ontwerp-Gratama 1921, Toelichting, p. 5.
138 Notulen Staatscommissie-Gratama 1911-1920 (1912), p. 178. Ontwerp-Gratama 1921, Toelichting, p. 94.
139 Ontwerp-Gratama 1921, Toelichting, p. 91-92.
140 Scheltema 1939, p. 20.
141 Star Busmann 1955, nr. 208 en 248. In gelijke zin Land/Eggens 1933, p. 36 noot 2. Verdere verwijzingen bij Van der Wiel 2004, p. 24-26.
142 Zie par. 6.4.1.5.

beeld in de context van deskundigenbewijs biedt het Bloedproefarrest. Hierin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van een partij mag worden verlangd in het kader van een vaderschapsactie mee te werken aan bloedonderzoek. Een weigering tot medewerking kan in haar nadeel werken.[143] Het tweede argument dat Suijling ten grondslag legde aan zijn opvatting dat op partijen geen algemene rechtsplicht tot oprechtheid rust – een partij is niet verplicht bewijs tegen zichzelf bij te brengen – snijdt sindsdien geen hout meer. Zijn eerste argument, dat de wet partijen geen algemene rechtsplicht tot oprechtheid oplegt, is in 2002 ontkracht. De wetgever heeft de verplichting van partijen om de feiten die van belang zijn voor de beslissing volledig en naar waarheid aan te voeren per 1 januari 2002 niet alleen in de wet neergelegd (art. 21 Rv), maar ook voorzien van sanctiemogelijkheden (art. 22 Rv).[144] Beoogd werd niet de rolverdeling tussen partijen en de rechter in de afbakening van de rechtsstrijd te wijzigen:

> 'Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn het partijen die de aard en omvang van het geschil bepalen. In dat kader geven zij ook de begrenzing van het feitelijke geschil, zodat zij in beginsel ook niet verplicht zijn om feiten aan te voeren die buiten dat kader vallen. (...) Vraagt een partij (...) op grond van een bepaalde feitenconstellatie aan de rechter een beslissing over een aldus ingekaderd geschil, dan mag die partij aan de rechter niet de daarvoor benodigde, binnen dat kader vallende, gegevens onthouden. Een partij mag de taak van de rechter, een juiste beslissing te geven over het geschil van partijen, niet bemoeilijken door onjuiste of onvolledige gegevens.'[145]

De verplichting van partijen om het processuele debat binnen de grenzen van de rechtsstrijd naar waarheid en volledig te voeren, bevordert, net zoals de bevoegdheid van de rechter om feiten op te helderen die in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, dat de rechter na afronding van het processuele debat recht kan doen op grond van feiten die zo veel mogelijk overeen komen met de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid.

Andere aspecten met relevantie voor de omvang van de waarheidsvinding in de civiele procedure

Niet alleen de rolverdeling tussen partijen en de rechter bepaalt de omvang van de waarheidsvinding in de civiele procedure. Die wordt verder beïnvloed door in hoofdzaak drie andere juridisch relevante aspecten. Allereerst kan, zoals uiteengezet in par. 1.4.2, in het algemeen slechts een relatieve mate van zekerheid worden verschaft over de waarheid van te bewijzen feiten.[146] Daarnaast is het in een civiele procedure niet nodig dat een verdergaande mate van zekerheid wordt verschaft. Voor de beslissing volstaat dat de rechter overtuigd raakt van de waarheid

143 HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61, m.nt. D.J. Veegens (*Bloedproef*).
144 Klaassen 2001, p. 67-68; Van den Reek 1997, p. 14 en 225; Van der Wiel 2004, p. 26-32, met verdere verwijzingen.
145 Parl. Gesch. Van Mierlo/Bart 2002, p. 152 (MvA I).
146 Zie het in par. 1.4.3 gesignaleerde onderscheid tussen bewijs in juridische zin en logisch wetenschappelijk bewijs.

van een bewering.[147] Dit is bijvoorbeeld verwoord door de Duitse cassatierechter in de zaak van Anna Anderson, die in het kader van een geldvordering stelde en vervolgens moest bewijzen dat zij Anastasia Romanova was, de jongste dochter van de laatste tsaar van Rusland. De cassatierechter overwoog dat de rechter geen onomstotelijke zekerheid mag verlangen dat een stelling waar en bewezen is, maar zich ook niet tevreden mag stellen met waarschijnlijkheden. Het gaat erom dat de rechter ten behoeve van de beslissing zelf de overtuiging moet krijgen of een bewering op waarheid berust:

> 'Diese persönliche Gewißheit ist für die Entscheidung notwendig, und allein der Tatrichter hat ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden kann. Eine von allen Zweifeln freie Überzeugung setzt das Gesetz dabei nicht voraus. Auf diese eigene Überzeugung des entscheidenden Richters kommt es an, auch wenn andere zweifeln oder eine andere Auffassung erlangt haben würden. Der Richter darf und muß sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Das wird allerdings vielfach ungenau so ausgedrückt, daß das Gericht sich mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügen dürfe; das ist falsch, falls damit von der Erlangung einer eigenen Überzeugung des Richters von der Wahrheit abgesehen werden sollte.'[148]

Tot slot staat het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure naast het belang dat de procedure binnen een redelijke termijn kan eindigen en het belang dat de kosten van een procedure voor partijen aanvaardbaar zijn. Deze belangen raken partijen, derden en de Staat. De vrijheid van partijen om te kiezen of zij willen procederen, en zo ja, over welk geschil, brengt mee dat zij ook invloed hebben op de balans tussen enerzijds de waarheid en volledigheid van de feiten die zij aan de vordering of een verweer ten grondslag leggen en anderzijds de tijd en kosten die zij aan een procedure willen besteden. Het is aan de rechter om de risico's op dit punt volgens het toepasselijke procesrecht rechtvaardig over partijen te verdelen. Bij beslissingen die de reikwijdte van de waarheidsvinding in een civiele procedure raken, zal de rechter ook rekening dienen te houden met de aanvaardbaarheid voor partijen en derden van de balans tussen de drie genoemde belangen, en met het feit dat het aan de Staat is om de benodigde voorzieningen in stand te houden.

De optimale bijdrage van een deskundigenadvies aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing

In de verdere beschouwing van deskundigenbewijs in dit boek zal herhaaldelijk naar voren komen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage dient te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Dan wordt gedoeld op waarheidsvinding binnen de kaders die ik in deze paragraaf en in par. 1.4.2 heb geschetst.

---

147 Zie par. 7.5.2.

148 BGH 17 februari 1970, NJW 1970, p. 948. In vergelijkbare zin voor het Nederlandse recht Asser 2004, nr. 2; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4.

3 Hoofdlijnen en achtergronden van de positie van de deskundige

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de positie van de deskundige in de procesrechtelijke verhouding tussen partijen en de rechter geïntroduceerd. Dat gebeurt tegen de achtergrond van de vraag wie in de verhouding tussen partijen, rechter en deskundige bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Dit hoofdstuk dient, evenals hoofdstuk 2, tevens als vertrekpunt van de hoofdstukken 4-7.

Eerst wordt een kort overzicht gegeven van huidige rechtsregels van deskundigenbewijs (par. 3.2). Dan wordt aandacht besteed aan de rol van deskundigen in de civiele procedure bij de Romeinen (par. 3.3). Sporen hiervan zijn terug te vinden in de romeins-canonieke procedure (par. 3.4), waarop de huidige civiele procedure is geënt.[1] Vervolgens komt de wetsgeschiedenis van de huidige regeling van deskundigenbewijs aan de orde (par. 3.4). Tot slot wordt ingegaan op de verwevenheid van deskundigenbewijs en plaatsopneming in het verleden (par. 3.5).[2] Bij de blik in het verleden zal herhaaldelijk naar voren komen dat deskundigenbewijs vanouds wordt gebruikt om tot een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing te komen.

3.2 De huidige wettelijke regeling van deskundigenbewijs

3.2.1 Inleiding

De positie van de deskundige in de verhouding tussen partijen en rechter in de civiele procedure is geregeld in het bewijsrecht. Na het processuele debat van partijen stelt de rechter vast welke door partijen aan vordering of verweer ten grondslag gelegde feiten tot de beslissing van de zaak kunnen leiden en welke daarvan vaststaan en in geschil zijn. De feiten die tussen partijen in geschil zijn en die de rechter aan zijn beslissing ten grondslag wil leggen, moeten door bewijslevering komen vast te staan (art. 149 lid 1 Rv), tenzij het feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels betreft (art. 149 lid 2 Rv). De afdeling waarin het

1 Zie par. 2.5.
2 In dit boek wordt niet ingegaan op de ontwikkeling van deskundigenbewijs naar Angelsaksisch recht. Zie daarover bijv. Golan; Hodgkinson & James 2007, p. 7-11.

bewijsrecht is geregeld, bevat negenenvijftig bepalingen (art. 149-207 Rv), waarvan er zes betrekking hebben op deskundigenbewijs in de bodemprocedure (art. 194-199 Rv) en zeven op het voorlopig deskundigenbericht (art 201-207 Rv). In de bepalingen over deskundigenbewijs in de bodemprocedure worden kort gezegd drie onderwerpen behandeld, namelijk de procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter om een deskundige te benoemen, de rechten en plichten die partijen hebben als de rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt en de rechten en plichten van de door de rechter benoemde deskundige. Deze bepalingen gelden ook voor het voorlopig deskundigenbericht.[3]

3.2.2 De procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter

De rechter kan op verzoek van een partij of ambtshalve een (schriftelijk) bericht of een (mondeling) verhoor van deskundigen bevelen.[4] De rechter bepaalt na overleg met partijen wie als deskundige wordt benoemd en hoeveel deskundigen hij benoemt. In de meeste gevallen wordt volstaan met de benoeming van één deskundige (per vakgebied). Tegen de benoeming staat geen hogere voorziening open.[5] In de uitspraak vermeldt de rechter de punten waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd.[6] In het algemeen vermeldt de rechter de concrete vragen die hij door de deskundige beantwoord wil zien.

De rechter bepaalt of de deskundige het onderzoek zelfstandig dient te verrichten of onder leiding van de rechter.[7] Hij bepaalt ook waar en wanneer de deskundige met het onderzoek moet beginnen en binnen welke termijn het advies moet worden uitgebracht. De termijn kan worden verlengd (art. 197 Rv). In geval van termijnoverschrijding zijn er geen procesrechtelijke instrumenten om de deskundige te bewegen tot inlevering van het deskundigenadvies.[8] De rechter kan de deskundige die de opdracht niet voltooit, na overleg met partijen eventueel door een andere deskundige vervangen (art. 194 lid 5 Rv).

Nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, kan de rechter op verzoek van een partij of ambtshalve aan de deskundige een nadere toelichting vragen, of na overleg met partijen een andere deskundige benoemen.[9]

3.2.3 Rechten en plichten van partijen

Als de rechter besluit een deskundigenadvies in te winnen, behoort hij overleg te plegen met partijen voordat de deskundige wordt benoemd.[10] Partijen kunnen

---

3 De bepalingen over het voorlopig deskundigenbericht regelen vooral de verzoekschriftprocedure waarin het voorlopig deskundigenbericht wordt gelast en blijven in zoverre verder buiten beschouwing.
4 Zie par. 4.7.1.
5 Zie par. 4.5.2.
6 Zie par. 4.7.3.
7 Zie par. 6.4.1.1.
8 Tot 1 april 1988 kon de deskundige die het rapport niet inleverde, worden gedagvaard tot inlevering ervan en zelfs worden gegijzeld (art. 320 Rv 1811, art. 233 Rv 1838). De deskundige die het deskundigenbericht te laat inleverde, kon schadeplichtig zijn (art. 232 Rv 1838; niet geregeld in Rv 1811). Zie over termijnbewaking par. 2.4.3.
9 Zie par. 7.4.2.
10 Zie par. 4.5.2 en 4.7.2.

afzien van het overleg.[11]
Nadat het deskundigenonderzoek is gelast, zijn partijen verplicht eraan mee te werken.[12] Partijen hebben het recht bij het onderzoek opmerkingen te maken en verzoeken te doen.[13] De partij die opmerkingen of verzoeken aan de deskundige doet toekomen, moet daarvan een kopie aan de wederpartij zenden (art. 198 lid 2 Rv). Nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, kunnen partijen hun standpunt over het deskundigenadvies en de gevolgen ervan voor de uitkomst van de zaak kenbaar maken aan de rechter (art. 19 Rv). Partijen moeten een reële kans krijgen om het deskundigenrapport effectief tegen te spreken.[14] Zoals vermeld in par. 2.3.4, beslist de rechter naar vaste rechtspraak, behoudens toestemming van de partij die het aangaat, slechts op grondslag van gegevens tot kennisneming waarvan en uitlating waarover aan beide partijen voldoende gelegenheid is gegeven.

De overige wettelijk geregelde rechten en plichten van partijen hebben betrekking op de kosten van het deskundigenadvies. Deze komen steeds ten laste van (één van) partijen (art. 195 Rv, art. 199 Rv, art. 244 Rv).

3.2.4 Rechten en plichten van de deskundige

De deskundige is volgens het civiele procesrecht niet verplicht de benoeming te aanvaarden (art. 198 lid 1 Rv). In het bestuursprocesrecht is dit niet anders (art. 8:34 Awb). Het strafprocesrecht verplicht een persoon die door de rechter tot deskundige is benoemd, zijn diensten te bewijzen (art. 227 lid 4 WvSV, art. 299 lid 3 WvSv). In een strafzaak is de door de rechter benoemde deskundige dus verplicht de benoeming te aanvaarden.[15] Wanneer voorafgaand aan de benoeming duidelijk is dat een persoon de opdracht niet wil uitvoeren, zal het in de praktijk echter niet snel tot een benoeming komen. Verder wordt in het strafprocesrecht uit praktisch oogpunt de benoemde deskundige die het onderzoek niet wil uitvoeren, in het algemeen niet aan de benoeming gehouden.[16] In diens plaats wordt dan een andere deskundige ingeschakeld.[17] In het wetsvoorstel 'Wet deskundige in strafzaken' wordt de verplichting gehandhaafd (art. 51j lid 1).[18]

---

11 Bijv. Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR 2224.
12 Zie par. 6.4.1.5.
13 Zie par. 6.4.3.
14 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*). Zie par. 5.3.3.
15 Deze verplichting is sinds 1926 niet gewijzigd. Zie Melai, Het Wetboek van strafvordering art. 227-236, aant. 3. De deskundige die er niet aan voldoet, pleegt een strafbaar feit (het misdrijf van art.192 WvSr of de overtreding van art. 444 WvSr). Zie Corstens 2008, p. 352.
De Staatscommissie-Gratama, die meende dat een soortgelijke verplichting niet in het civiele procesrecht zou moeten worden opgenomen, meende dat in civiele zaken het risico dat er niet voldoende deskundigen bereid waren hun medewerking te verlenen, kleiner was dan in het strafprocesrecht en dat men niet veel waarde kan hechten aan de verklaring van een onwillige deskundige, terwijl er geen verhaal is in geval van een slecht advies (Notulen Staatscommissie-Gratama 1911-1920 (1912), p. 178). Zie over de Staatscommissie-Gratama par. 2.5 en bijv. Jongbloed 2005, p. 71-75; Van Rhee 2000.
16 Corstens 2008, p. 352.
17 Hielkema 1996, p. 58; Melai, Het Wetboek van strafvordering, art. 227 aant. 11 en 12.
18 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 116, nr. 2, nr. 3 p. 22, en *Kamerstukken I* 2007/08, 31 116 nr. A.

Naar Belgisch,[19] Frans[20] en Spaans[21] civiel procesrecht is de deskundige eveneens vrij of hij als deskundige in opdracht van de rechter wil fungeren. Volgens het civiele procesrecht van Duitsland,[22] Oostenrijk,[23] Zweden[24] en Zwitserland[25] is de deskundige niet verplicht de benoeming te aanvaarden, maar door uitzonderingen op deze hoofdregel is de deskundige daartoe in de praktijk in veel gevallen wel verplicht.[26] In de Engelse civiele procedure wordt een deskundige ingeschakeld door een partij of door partijen samen.[27] Een deskundige is naar Engels procesrecht niet verplicht in een civiele procedure op te treden.[28]

Een door de rechter benoemde deskundige kan in het belang van de goede procesorde in beginsel aan de aanvaarding van de benoeming de voorwaarde van een voor hem gebruikelijke aansprakelijkheidsbeperking verbinden, tenzij er sprake is van een privaatrechtelijk beletsel.[29] Aansprakelijkheidsbeperking is bijvoorbeeld niet effectief als voor een deskundige een wettelijk exoneratieverbod geldt (art. 7:463 BW) of als de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van de deskundige nietig is wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW).

De aanvaarding van de benoeming is vormvrij. Na de aanvaarding van de benoeming is de deskundige verplicht de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. De deskundige moet partijen bij het onderzoek in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen.[30] Uit het schriftelijke advies moet blijken of aan dit voorschrift is voldaan. Van de inhoud van de opmerkingen en verzoeken van partijen behoort in het schriftelijke advies melding te worden gemaakt (art. 198 lid 2 Rv).

De deskundige is gebonden aan de door de rechter gestelde termijnen (art. 197 Rv). Het procesrecht voorziet niet in sancties op termijnoverschrijding. Ook is de deskundige gebonden aan de aanwijzing van de rechter om het onderzoek zelfstandig te verrichten of onder leiding van de rechter (art. 198 lid 2 Rv).

---

19 Cloquet 1975, nr. 273-274; Lurquin 1985, nr. 106; Dominique Mougenot, 'La Preuve en Droit Belge', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 105.

20 Art. 267 CPC. Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1281.

21 Art. 342 LEC. Montero Aroca 2005, p. 346.

22 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407, aant. 3; Klein 1994, p. 4 en 15; Musielak/Huber 2007, § 407 nr. 1-2; Ulrich 2007, nr. 168-173.

23 Fasching 1990, nr. 999; Rechberger & Simotta 2003, nr. 635.

24 Lindell 2004, nr. 672; Bengt Lindell, 'Evidence in Sweden', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 425.

25 Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, p. 588; Habscheid 1990, nr. 671; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Das Beweisrecht in der Schweizerischen Rechtsordnung', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 452. Anders: Staehelin e.a. 2008, nr. 124. Bettex beschrijft dat het procesrecht van de kantons uiteenloopt. In sommige kantons is de deskundige vrij in de aanvaarding van de benoeming, in andere is aanvaarding verplicht, maar is voorzien in uitzonderingen (Bettex 2006, p. 107-109). In het wetsvoorstel voor een uniform Zwitsers procesrecht (waarover meer in par. 4.3.8.1) is in de kwestie niet voorzien.

26 De uitzonderingen hebben bijv. betrekking op personen die zijn aangewezen als vaste deskundigen (*öffentlich bestellte* deskundigen), in kunst, wetenschap of handel werkzaam zijn, een vak of beroep in loondienst of als vrije beroepsbeoefenaar mogen uitoefenen, of zich op een lijst van deskundigen hebben laten plaatsen.

27 Zie par. 4.3.3.

28 Hodgkinson & James 2007, p. 145-146.

29 De Groot 2004b; Hermans 2005. Volgens Bleutge kan een door de rechter benoemde deskundige in Frankrijk en Oostenrijk zijn aansprakelijkheid niet op voorhand beperken. Zie Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bleutge), § 39, nr. 12, 19. In Duitsland is de aansprakelijkheid van deskundigen wettelijk beperkt. Zie par. 5.4.2.2.

30 Zie par. 6.4.3.

Het schriftelijke deskundigenadvies behoort met redenen te zijn omkleed.[31] Als meer dan één deskundige is benoemd, hoeft het persoonlijk gevoelen van ieder van de deskundigen niet uit het advies te blijken. Het staat de deskundigen wel vrij van afwijkende meningen blijk te geven.[32] Het schriftelijke deskundigenadvies moet worden ondertekend. Is het niet ondertekend, dan wordt de oorzaak hiervan zo mogelijk in het advies vermeld. Als geen van de deskundigen in de gelegenheid is het schriftelijke advies te ondertekenen, wordt het door de griffier ondertekend (art. 198 lid 4 Rv).[33] De deskundige zendt het deskundigenadvies aan de griffie. De griffier zorgt voor doorzending aan partijen (art. 198 lid 4 Rv).

De deskundige heeft aanspraak op schadeloosstelling en loon,[34] door de rechter te begroten op de minuut van het deskundigenbericht.[35] Niet geregeld is of hem een rechtsmiddel toekomt als hij het met de begroting niet eens is.[36]

3.3 Deskundigen in de civiele procedure bij de Romeinen

3.3.1 Vermenging van de huidige functies van rechter en deskundige

Bij de Romeinen kon, ongeacht het onderwerp van het geschil, gebruik worden gemaakt van de kennis die nodig was voor de opheldering van feiten die tussen partijen in geschil waren. De taken van de civiele rechter en de deskundige zijn bij de Romeinen lange tijd anders verdeeld geweest dan tegenwoordig. Ten tijde van

---

31 Zie par. 7.5.2.5.

32 Tot 1 april 1988 moesten gezamenlijk benoemde deskundigen één onderzoeksverslag maken met daarin de mening van de meerderheid. Als ze het niet eens waren, mochten ze de verschillen en de gronden daarvan vermelden, zonder te mogen opgeven wie welke mening was toegedaan (art. 318 Rv 1811 (conform art. 13 titel XXI Code Louis), art. 231 Rv 1838). De eis dat in geval van verschil van inzicht niet uit het deskundigenbericht mocht blijken wie van de deskundigen welk standpunt innam, was niet opgenomen in art. 197 Rv 1828. Lipman vond dit een verbetering en wees erop hoe merkwaardig het zou zijn als getuigen gezamenlijk en zonder onderscheid één verklaring zouden geven. Het zou de oordeelsvorming van de rechter volgens hem ten goede komen als die kennis zou kunnen nemen van de mening van ieder van de deskundigen (Lipman 1827, p. 89-90. Idem Pennink 1853, p. 85). Volgens De Pinto kwam het verbod om van onderscheiden opinies te doen blijken voort uit de wens van de wetgever om deskundigen niet bloot te stellen aan de haat of wraak van de partij voor wie zij een ongunstig oordeel gaven (De Pinto 1857, II-1, p. 364). Bij de herziening van het op 1 april 1988 in werking getreden bewijsrecht is het voorschrift geschrapt. Voor de beperking werd onvoldoende reden gezien (Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 346 (MvT-RO)).

33 Vgl. Rb. Arnhem 18 maart 2008, *LJN* BC8044: deskundigenbericht is niet ondertekend door de deskundige, maar dat is geen aanleiding om het terzijde te leggen.

34 Volgens de Minister van Justitie heeft de financiële afwikkeling van een strafrechtelijk deskundigenadvies trekken van de nakoming van een civiele overeenkomst, ook al is de opdracht van de strafrechter aan de deskundige een publiekrechtelijke rechtshandeling (*Kamerstukken II* 2006/07, 31 116, nr. 3, p. 22).

35 Dit voorschrift laat zich in het elektronische tijdperk in de praktijk niet (meer) goed verwezenlijken, vooral niet als een gemotiveerde begrotingsbeslissing op bezwaren tegen de eindnota moet worden gegeven. Een eventueel bevelschrift pleegt afzonderlijk te worden geminuteerd. De Commissie Verbetervoorstellen civiel heeft erop gewezen dat het voorschrift is verouderd (Commissie Verbetervoorstellen civiel 2004, onder 6.1, p.10).

36 Het hof Amsterdam achtte de werkgevers van drie deskundigen ontvankelijk in een appel tegen de begroting van de kosten van een deskundigenadvies door de rechtbank. De begrotingsbeslissing werd aangemerkt als ambtshalve beschikking in de zin van art. 261 Rv en als eindbeschikking waartegen op de voet van art. 358 Rv hoger beroep openstaat. De werkgevers werden als belanghebbende aangemerkt (art. 358 lid 2 Rv), omdat voldoende aannemelijk was dat de deskundigen in hun rechtsverhouding tot de werkgevers het toegekende bedrag zouden moeten afdragen aan de werkgevers (Hof Amsterdam 19 juni 2003, rekestnr. 1214/2002, ongepubliceerd). In 1923 heeft de Hoge Raad daarentegen geoordeeld dat een deskundige geen rechtsmiddel toekomt tegen de begrotingsbeslissing (HR 20 april 1923, *NJ* 1923, p. 721).

het legisactieproces[37] en het formulaproces[38] werden de rechtsvragen beantwoord in de procedure ten overstaan van de *praetor*. De *praetor* hoefde geen jurist te zijn. Hij kon zich zonodig door juristen doen bijstaan. Als tevens vragen van feitelijke aard moesten worden beantwoord, verwees de *praetor* partijen naar een *iudex*.[39] Deze werd met instemming van partijen aangewezen door de *praetor*. Het was de taak van de *iudex* om het feitenonderzoek te verrichten en te concluderen wie van partijen gelijk had.[40] Ook de *iudex* kon zich laten voorlichten door juristen. Door vermenging van de taken van de huidige rechter en deskundige in één persoon was het mogelijk een geschil te laten beslissen door iemand die deskundig was op het vakgebied waarop de op te helderen feiten betrekking hadden. Tegelijk bevat de voorlichting van de *praetor* en de *iudex* door juristen een element van onze tegenwoordige voorlichting van de rechter door deskundigen.

3.3.2 Het naklassieke cognitieproces: voorloper van de huidige civiele procedure

Sinds de regeerperiode van Augustus[41] heeft het cognitieproces[42] zich ontwikkeld, dat het legisactieproces en het formulaproces geleidelijk heeft verdrongen.[43] Het

---

37 Zie over het legisactieproces bijv. Feenstra 1994, nr. 432; Kaser/Hackl 1996, § 3-21; Kaser/Wubbe 1971, p. 377-379; Spruit 2003, nr. 741-743; Stürner 2000a, p. 1171-1172.

38 Zie over het formulaproces bijv. Feenstra 1994, nr. 433 en 435 e.v.; Kaser/Hackl 1996, § 22-65; Kaser/Wubbe 1971, p. 379-380; Spruit 2003, nr. 744-781; Stürner 2000a, p. 1172-1173.

39 Een *iudex* was – anders dan de *praetor* – niet bekleed met staatsgezag. In beginsel kon iedere Romeinse burger *iudex* zijn. De praetor bepaalde in overleg met partijen wie in hun zaak als *iudex* zou worden aangewezen. Wie door de *praetor* als *iudex* werd aangewezen, was in beginsel verplicht daaraan gehoor te geven. De *praetor* kon zich van de medewerking van de *iudex* met dwangmaatregelen verzekeren. De *iudex* was aansprakelijk voor schade van een partij als gevolg van zijn nalatigheid. Zie Kaser/Hackl 1996, p. 196.

40 Het ritueel van de oudste legisactie, de *legis actio sacramento* ('met een eed'), vermeldt de inschakeling van de *iudex* nog niet. Daaruit wordt wel afgeleid dat het proces aanvankelijk nog niet in twee fasen was gesplitst en de *praetor* oorspronkelijk ook belast was met de behandeling van het vervolg van de zaak. Zie Kaser/Hackl 1996, p. 78. De herkomst van de verdeling van het proces in twee fasen en van de taakverdeling tussen *praetor* en *iudex* is niet opgehelderd en omstreden. De Grieken en de absolute monarchieën van de Oriënt hebben in de Oudheid een soortgelijke tweedeling gekend. Oorspronkelijk is de tweede fase wellicht geïntroduceerd om de werklast te beteugelen van degene die belast was met de behandeling van rechtszaken. In de Romeinse Republiek was de tweedeling dwingend voorgeschreven. Dat wordt wel in verband gebracht met de gedachte dat in de democratische Romeinse Republiek de bevoegdheid van de *praetor* moest worden beperkt om machtsmisbruik zoveel mogelijk te verhinderen. Ook wordt wel aan de hang naar democratie toegeschreven dat partijen invloed hadden op de keuze van de persoon van de *iudex* en aan diens beslissing slechts waren gebonden als zij zich daartoe tevoren bereid hadden verklaard. Met een en ander blijft echter onverklaard waarom in de taken van *praetor* en *iudex* het onderscheid tussen recht en feit is gemaakt. Zie Kaser/Hackl 1996, p. 172; Nagel 1967, p. 142; Kaser/Knütel 2003, § 80 nr. 13. Een voor de hand liggende verklaring daarvoor lijkt vooral van staatsrechtelijke en praktische aard te zijn. De *praetor* was bekleed met staatsgezag en was daarom bevoegd over het recht te oordelen. Een gewone burger als de *iudex* mocht dat niet doen. De *praetor* had spoedig na de instelling van zijn ambt ongetwijfeld onvoldoende tijd om in elke zaak tevens op te treden als rechter ten overstaan van wie tijdrovende bewijslevering plaatsvond. Het was praktisch dat de persoon van de *iudex* kon worden gekozen al naar gelang hij deskundig was met betrekking tot de in geschil zijnde feiten, zoals dat tegenwoordig gebeurt met arbiters en mediators.

41 Augustus, de adoptiefzoon van Caesar, heette eigenlijk Octavianus en bleef als enige over van het tweede, machtige driemanschap nadat Lepidus al in 36 v.Chr. opzij was geschoven en Marcus Aurelius zichzelf samen met Cleopatra had gedood. Zijn regeerperiode vanaf 27 v.Chr. markeert het begin van het Principaat, de staatsvorm na de Republiek, dat duurde tot 284 n.Chr. Zie Spruit 1994, nr. 101 e.v.

42 Zie over het cognitieproces bijv. Feenstra 1994, nr. 434; Kaser/Hackl 1996, § 66-76; Kaser/Wubbe 1971, p. 381; Spruit 1994, nr. 120; Spruit 2003, nr. 795-797.

43 Kaser/Hackl 1996, p. 163, 168-171.

cognitieproces werd gevoerd bij een rechter die optrad namens de Staat en eveneens *iudex* werd genoemd.[44] Hij behandelde de rechtsvragen, verrichtte het nodige feitenonderzoek en deed uitspraak. Ook deze rechter kon zich laten adviseren door juristen. In de keuze van de persoon van deze *iudex* hadden partijen geen stem meer.

De structuur van het cognitieproces is herkenbaar bezien vanuit het huidige procesrecht. Het kende naar hedendaags begrip fundamentele beginselen van rechtspraak, zoals het beginsel van hoor en wederhoor, het beginsel van openbaarheid en het onmiddellijkheidsbeginsel. Partijen hadden aanspraak op een mondelinge behandeling en mochten bewijs leveren ten overstaan van de rechter die vervolgens de beslissing nam. Het proces werd ingeleid door een schriftelijk stuk. Er waren regels voor de rechtsmacht van de rechter en voor het gezag van gewijsde. De partijen werden uitgenodigd voor een terechtzitting en waren verplicht te verschijnen op straffe van verlies van het proces. Van het verhandelde ter zitting werd een proces-verbaal opgemaakt. De gedaagde kon een vordering in reconventie instellen. Partijen konden zich laten vertegenwoordigen. Tijdens de procedure konden de procespartijen hun stellingen uiteenzetten en bewijsmiddelen produceren. De eis en de gronden daarvan konden in de loop van de procedure nader worden omlijnd. In elk stadium van het geding kon bewijs worden opgedragen. De rechterlijke ambtenaar kon zich laten adviseren door deskundigen en hij deed tot slot zelf uitspraak.[45]

Vooral ten tijde van Justinianus[46] heeft het cognitieproces zich verder ontwikkeld en is het zogenoemde naklassieke cognitieproces ontstaan.[47] Het cognitieproces in zijn naklassieke vorm ligt ten grondslag aan de middeleeuwse romeins-canonieke procedure in Europa, die weer van grote invloed is geweest op het hedendaagse civiele procesrecht van veel Europese landen.[48]

3.3.3 Bewijs

Partijen mochten in het legisactieproces en in het formulaproces ten overstaan van de *iudex* de feiten bewijzen die zij aan hun beweringen ten grondslag legden. In de tijd van het legisactieproces was de *iudex* gebonden aan bewijsregels, die de bewijslastverdeling en de bewijswaardering regelden. Vrije bewijswaardering ontbrak. Daarmee was het nog niet mogelijk bij de bewijswaardering rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. In het formulaproces was de *iudex* vrij in de waardering van het bewijs, maar was de bewijslastverdeling aan regels onderworpen. De eisende partij moest de feiten bewijzen die zij aan de vordering ten grondslag legde. Op de gedaagde partij rustte de bewijslast van feiten waarop een opgeworpen exceptie was gegrond en van andere bevrijdende feiten.[49] Ook in

---

44 Kaser/Hackl 1996, p. 46; Nagel 1967, p. 144.
45 Kaser/Hackl 1996, p. 448-491.
46 Justinianus was keizer van het Oostromeinse Rijk van 527-565 n.Chr. Zie over de codificatie van het klassieke Romeinse recht onder Justinianus bijv. Lokin & Zwalve 2006, p. 73-89; Spruit 2003, p. 76-90.
47 Zie over het naklassieke cognitieproces bijv. Kaser/Hackl 1996, § 77-100.
48 Van Caenegem 1973, p. 3; Feenstra 1994, nr. 434; Kaser/Hackl 1996, p. 524.
49 Kaser/Hackl 1996, p. 363, p. 491.

het klassieke cognitieproces was de rechter vrij in de bewijswaardering, maar golden regels voor de bewijslastverdeling. Bewijslevering was in het legisactieproces, het formulaproces en het klassieke cognitieproces een zaak van partijen, niet van de rechter. De belangrijkste bewijsmiddelen waren aanvankelijk de partijverklaring, de onder ede afgelegde partijverklaring, de onder ede afgelegde getuigenverklaring en het geschrift. In het klassieke cognitieproces waren alle bewijsmiddelen toegestaan die konden bijdragen aan de beslissing van de zaak. Partijverklaringen, getuigenverklaringen en geschriften waren ook toen de meest voorkomende bewijsmiddelen.[50]

In het naklassieke cognitieproces was bewijslevering niet meer alleen een zaak van partijen, maar kwamen bevoegdheden met betrekking tot de bewijslevering in handen van de rechter. De rechter hoefde zich niet meer te beperken tot de waardering van door partijen aangedragen bewijs, maar werd bevoegd zich actief met waarheidsvinding bezig te houden om tot een beslissing te komen die materieel recht zou doen aan de zaak. Aan het voordien voornamelijk accusatoire civiele procesrecht werden inquisitoire aspecten toegevoegd. Tegelijk verdween de vrijheid van de rechter in de waardering van het bewijs, omdat niet (meer) werd vertrouwd op het redelijke oordeel en de vakkennis van de rechter. Bewijslastverdeling en bewijswaardering werden in de naklassieke periode aan starre regels gebonden, die een belemmering konden zijn om rekening te houden met de feiten en omstandigheden van de zaak.[51] In het naklassieke cognitieproces was het gebruikelijk eerst de eisende partij gelegenheid te geven de door haar gestelde feiten te bewijzen. Daarna mocht de gedaagde de feiten bewijzen die aan zijn verdediging ten grondslag lagen. De bewijslast van de gedaagde was niet beperkt tot het bewijs van excepties, bevrijdende feiten en feiten waarop de gedaagde eigen aanspraken baseerde, maar omvatte ook het bewijs van feiten die afbreuk konden doen aan de vordering van de eisende partij.[52]

3.3.4 Deskundigenbewijs

Of de Romeinen ten tijde van het legisactieproces en het formulaproces andere vormen van deskundigenbewijs dan voorlichting door juristen hebben gekend, is onzeker. Volgens Visky en Nagel heeft er toen geen (behoefte aan) deskundigenonderzoek als bewijsmiddel bestaan, omdat als *iudex* een persoon kon worden gekozen met kennis van het vakgebied waarop de in geschil zijnde feiten betrekking hadden.[53] Broggini daarentegen ziet een nauw verband tussen het Romeinsrechtelijke deskundigenbewijs en de gerechtelijke plaatsopneming, omdat de rechter zich soms liet bijstaan door deskundigen als hij een situatie ter plaatse ging aanschouwen en de rechter zich bovendien bij een plaatsopneming kon laten vervangen door een deskundige.[54] Kaser/Hackl plaatst evenals Broggini de plaatsop-

50 Feenstra 1994, nr. 439; Kaser/Hackl 1996, p. 120 (legisactieproces), p. 365-369 (formulaproces), p. 491 (cognitieproces); Honsell, Mayer-Maly & Selb 1987, p. 557.
51 Kaser/Hackl 1996, p. 521, p. 595-596.
52 Kaser/Hackl 1996, p. 599.
53 Nagel 1967, p. 145; Visky 1968, p. 66.
54 Broggini 1964, p. 268.

neming en het deskundigenbewijs naast elkaar, en bespreekt die los van de overige bewijsmiddelen van het Romeinse recht.[55]

Als door de rechter ingeschakelde deskundigen worden wel genoemd landmeters, medici, vroedvrouwen, architecten, ambachtslieden, personen die konden rekenen, personen die konden schrijven en personen die bedreven waren in handschriftvergelijking.[56] Ook in relatie met het klassieke en het naklassieke cognitieproces wordt melding gemaakt van handschriftvergelijking door deskundigen.[57] Landmeters konden hetzij worden aangewezen om een geschil te beslissen, hetzij als deskundige door de rechter worden ingeschakeld.[58] Ulpianus[59] beschrijft een grensregelingsactie waarbij de landmeter werd ingeschakeld in de hoedanigheid van deskundig adviseur van de rechter. De rechter moest onderzoek ter plaatse door een landmeter laten verrichten en zonodig ook met eigen ogen de plaats bezichtigen. De rechter diende met behulp van de bevindingen van de landmeter en zijn eigen waarneming te oordelen naar billijkheid.[60]

3.4 Wetsgeschiedenis van deskundigenbewijs

Zoals vermeld in par. 2.5, was het procesrecht voor en tijdens de Republiek der Verenigde Nederlanden (1588-1795) geënt op de romeins-canonieke procedure zoals die in de dertiende eeuw in Frankrijk was geïntroduceerd. Dit procesrecht heeft waarschijnlijk geen regeling van deskundigenbewijs bevat. In de praktijk werden wel deskundigen door de rechter ingeschakeld, zoals ik in par. 3.5.2 zal toelichten. Een (beschrijving van een) regeling van deskundigenbewijs ontbreekt in handboeken over het procesrecht die ten tijde van de Republiek werden gepubliceerd.[61] Alleen in de handboeken van Van Leeuwen[62] en Huber[63] wordt gewag

---

55 Broggini 1964, p. 267-270; Kaser/Hackl 1996, p. 120 (legisactieproces), 369 (formulaproces), 491 (cognitieproces), 607 (naklassiek cognitieproces).

56 Kaser/Wubbe 1971, p. 401; Visky 1968, p. 25-33 en 68-70. In vergelijkbare zin Kaser/Hackl 1996, p. 369 noot 72, met verwijzing naar Ulp. D. 25,4,1, waar sprake is van vaststelling van zwangerschap door drie verloskundigen op last van de *praetor*. Walther meende dat het gaat om een provisorisch uitgevaardigde maatregel in een op zichzelf staand geval, dat geen voorbeeld biedt uit het civiele procesrecht en is gerelateerd aan de uitoefening van een bestuurstaak (Walther 1843, p. 88-89).

57 Bethmann-Hollweg 1834, p. 268; Kaser/Wubbe 1971, p. 415; Wenger 1925, p. 285. In het naklassieke cognitieproces had een authentieke akte meer bewijskracht dan een getuigenverklaring (Kaser/Hackl 1996, p. 600) en daarmee trad het deskundigenonderzoek naar de echtheid van aktes en handschriften op de voorgrond. Valsheids- en echtheidsincidenten hebben tot de wijziging van het bewijsrecht per 1 april 1988 een eigen regeling gekend in Rv 1838.

58 Zie over de rol van landmeters bij de Romeinen bijv. Berger 1953, p. 358-359; Brugi 1968, p. 2-3; A. Rudorff, Gromatische Institutionen, in: Blume e.a. 1967, p. 320-323; Max Weber 1891, p. 70.

59 Domitius Ulpianus (ong. 170-223 n.Chr.) was een bekende Romeinse jurist in de zgn. laatklassieke periode. Grote delen van zijn werk maken deel uit van de ten tijde van Justinianus (zie noot 46 in dit hoofdstuk) samengestelde Digesten. Zie Spruit 2003, p. 51-52.

60 Spruit e.a. 1994-2001, Digesten 10,1,8.

61 Wielant 1573; Joost de Damhouder 1626; Van Groenewegen van der Made 1727; Van Leeuwen 1698; Merula 1705; Huber 1686.

62 Van Leeuwen 1698, p. 605. Simon van Leeuwen leefde van 1613 tot 1652. Hij is onder andere advocaat geweest en substituut-griffier van de Hoge Raad van Holland en West-Friesland. In 1664 verscheen van hem *Het Rooms-Hollands Regt*, waarin ook aandacht werd besteed aan het procesrecht. Het boek werd veel geraadpleegd en is tot ver in de achttiende eeuw herdrukt. Van Leeuwen was wetenschappelijk omstreden, maar zijn werk heeft in de rechtspraktijk veel betekenis gehad, mede doordat er verbanden in werden gelegd tussen →

gemaakt van de inschakeling van een deskundige door de rechter. Joannes van der Linden,[64] die tussen 1794 en 1798 in zijn 'Verhandeling over de judicieele practijcq' het toen geldende procesrecht heeft beschreven, besteedde aan deskundigenbewijs geen aandacht.

Deskundigenbewijs in het Ontwerp 1804

Na de Bataafse omwenteling (1795)[65] is ter uitvoering van art. 28 van de Algemeene Grondbeginselen der Staatsregeling van 1798[66] getracht het procesrecht van de Republiek te codificeren.[67] In 1799 verscheen het wetsvoorstel[68] van de Algemeene Manier van Procedeeren[69] en in 1804 werd het voorstel tot de Wetten omtrent het Bewijs ingediend (Ontwerp 1804).[70] In het Ontwerp 1804 was een regeling van deskundigenbewijs voorzien.[71] De opzet ervan is niet te vergelijken met de regeling van het Franse recht (*Code Louis*) en zal, gezien het ontbreken van een regeling van deskundigenbewijs in de Republiek, niet afkomstig zijn uit het voordien in Nederland toegepaste procesrecht.[72] Inhoudelijk waren er over-

---

de theoretische beoefening van het recht en de toen geldende praktijkopvattingen. Zie over Simon van Leeuwen bijv. Zeylemaker 1952, p. 132-136.

63 Huber 1686, p. 480. Ulrik Huber leefde van 1636 tot 1694. Hij was vanaf 1665 hoogleraar in Franeker, van 1679 tot 1682 raadsheer in het Hof van Friesland en vanaf 1682 weer hoogleraar in Franeker. In 1686 verscheen zijn *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt*. Het eerste deel betrof voornamelijk materieel recht, het tweede deel procesrecht. Zie over Ulrik Huber bijv.: Feenstra 2003, p. 47 en 73-74; Zeylemaker p. 139.

64 Joannes van der Linden leefde van 1756-1835. Hij is advocaat geweest en later rechter. Zie bijv.: Zeylemaker 1952, p. 155-157.

65 Over de Bataafse omwenteling bijv.: De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 316.

66 Art. 28 van de 'Burgerlijke en Staatkundige Grondregels' van de Staatsregeling van 1798 hield in: 'Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van Lijfstraflijke Wetten, te gelijk met de wijze van Regtsvordering, op gronden, door de Staatsregeling verzekerd, en algemeen voor de gantsche Republiek.' Zie bijv.: De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 302; Van Rossem/Cleveringa 1972, I, p. xxii.

67 Het vóór de Bataafse omwenteling geldende burgerlijk procesrecht is van toepassing gebleven tot de invoering van Rv 1811. Een overzicht van de bronnen ervan is te vinden bij Oudeman 1874, p. X-XIV, en bij Van Boneval Faure 1893, I, p. 29-33.

68 Het wetsvoorstel is geen wet geworden. Zie J.W. Bosch 1957, p. 354; Van Rossem/Cleveringa 1972, I, p. xxiii. Zie Van Rhee 2003a, p. 67-86, over de inhoud van de Algemeene Manier van Procedeeren.

69 In het strafprocesrechtelijke deel van de Algemeene Manier van Procedeeren 1799 staan enkele voorschriften voor het geval de rechter die ter plaatse een onderzoek instelde, zich liet vergezellen en voorlichten door een arts of chirurgijn (art. 86-87). Het onderzoek van deskundigen moest plaatsvinden ten overstaan van de rechter en deze moest deskundigen ertoe aansporen om hun bevindingen te motiveren. Deskundigen moesten de eed afleggen, het onderzoek nauwkeurig verrichten en op de afgelegde eed een met redenen omkleed rapport van bevindingen opmaken en ondertekenen.

70 Asser/Anema/Verdam 1953, p. 11; Bronnen van de Nederlandse codificatie 1968, p. XI-XII.

71 Het Ontwerp 1804 bevatte, na drie hoofdstukken over bewijs in het algemeen, bewijs door bekentenis en bewijs door getuigen, regels over deskundigenbewijs in de eerste afdeling van het vierde hoofdstuk, getiteld 'Van bewijzen door brieven'. De keuze om deskundigenbewijs te rangschikken onder schriftelijk bewijs is wellicht ingegeven door het procesrecht van de Republiek, waarin hoofdzakelijk als bewijsmiddelen werden onderscheiden schriftelijk bewijs, bewijs door getuigen, bewijs door de partij-eed en de bekentenis. Dit onderscheid is nog te vinden bij commissielid H.C. Cras, Beschouwingen over bewijzen (1802/1803), in: Bronnen van de Nederlandse codificatie 1968, p. 544. Overigens wordt in het Nederlandse strafprocesrecht een deskundigenbericht eveneens gerangschikt onder het schriftelijke bewijs (art. 339 lid 1 onder 5 en 344 WvSv).

72 Duitse invloed op de inhoud van de regeling is denkbaar, omdat het woord zaakkundige (*Sachverständige*) erin werd gebruikt en Cras, die volgens de Bronnen van de Nederlandse codificatie een dominerende invloed had op zijn medecommissieleden, kennis had genomen van Duitse literatuur (Bronnen van de Nederlandse codificatie 1968, p. XII-XIV). Met betrekking tot het woord zaakkundige merkte subcommissielid H.A. Kreet op: 'Zaakkundigen drukt niet genoeg uit de hier bedoelde *periti in arte*. Was het daarom niet beter: scheepsbouwers, makelaars of andere zaakkundigen?' (Bronnen van de Nederlandse codificatie 1968, p. 450). Kennelijk was men in die tijd in ieder geval vertrouwd met de inschakeling van scheepsbouwers en makelaars als deskundige.

eenkomsten met de Franse regeling. Het was volgens de regeling van het Ontwerp 1804 aan de rechter om deskundigen te benoemen (art. 15). De gronden die beletten dat iemand als getuige werd gehoord,[73] golden eveneens voor de deskundige (art. 16). Partijen mochten aanwezig zijn bij het onderzoek (art. 17). Een en ander was naar Frans recht niet anders.

Deskundigenbewijs en het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811
Het Ontwerp 1804 heeft het niet tot wet gebracht. In 1806 werd Lodewijk Napoleon koning van Nederland. Hij was er een voorstander van Nederlandse wetboeken tot stand te brengen. Zijn broer Napoleon wenste daarentegen integrale invoering van de Franse wetgeving in Nederland. Lodewijk zocht een compromis en gaf in november 1807 aan een commissie opdracht de Franse wetboeken aan te passen voor Nederland.[74] Het Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland werd tot stand gebracht en aangenomen in de zomer van 1809 (Wetboek 1809).[75] Dit wetboek bevatte geen civielrechtelijke regeling van deskundigenbewijs. Het is niet in werking getreden. Nederland werd ingelijfd bij het Franse keizerrijk. In 1811 is de vertaalde Franse *Code de procédure civile* van 1806 (CPC 1806) ingevoerd als het Wetboek der Civiele Regtsvordering (Rv 1811). De uit de CPC 1806 afkomstige regeling van deskundigenbewijs, die grotendeels was ontleend aan de *Code Louis* van 1667, was in 1811 nieuw voor Nederland. Van Hamelsveld zag hierin wellicht aanleiding tot een verklarende passage bij zijn bespreking van de wettelijke regeling:

> ‘Het gebeurt dikwijls, dat de Regter niet die kundigheden bezit, welke er vereischt worden, om over het onderwerp van het proces te kunnen oordeelen, en de gegrondheid of de ongegrondheid van hetgeen beweerd wordt, te kunnen beslissen. De wet geeft daarom vrijheid, om in zulke gevallen zich van de kunde van anderen te mogen bedienen, en aan de partijen, om zich op het oordeel van Deskundigen te mogen beroepen. Die tot zoodanige einde worden aangesteld, noemt men Deskundigen (experten), het onderzoek, hetwelk zij behooren te doen, expertise, en het berigt, dat zij van dit onderzoek en hunne bevinding moeten geven, een rapport. Het is niet mogelijk, eenige regels op te geven, ten einde te bepalen, wanneer een renvoij aan Deskundigen noodzakelijk is; het onderwerp van het verschil moet dit uitwijzen.’[76]

---

73 Art. 10-25 Ontwerp 1804, Derde hoofdstuk, Van Bewijzen door Getuigen. Als getuigen konden o.a. niet optreden bepaalde familieleden van partijen, personen die in dienst waren van een partij en personen die een belang bij de zaak hadden.

74 J.W. Bosch 1957, p. 356-358; Lokin & Zwalve 2006, p. 296-299; Ontwerp BW 1807/1808, p. 12-13. Met de opdracht kwam een vorige opdracht op een zijspoor: Joannes van der Linden werkte in 1807 en 1808 met gebruik van de Algemeene Manier van Procedeeren aan een ontwerp van een Burgerlijk Wetboek, inclusief een regeling van procesrecht. In laatstgenoemd ontwerp werd een deskundigenbericht als schriftelijk bewijs aangemerkt (art. 2 aanhef en onder c Ontwerp BW 1807-1808, Vierde Boek, Negende Titel, Tweede Afdeling, Van Bewijs door Geschriften). Het bevatte overigens geen regels voor deskundigenbewijs. Zie over het Ontwerp BW 1807-1808: Cerutti 1965, p. 39-72; Van Rhee 2003a, p. 86-95; Van Rhee 2003b, p. 264.

75 Zie over de inhoud van het Wetboek 1809 in verhouding tot die van de Algemeene Manier van Procedeeren 1799: Van Rossem-Cleveringa 1972, I, p. xxii-xxvi; Van Rhee 2003b, p. 270-276.

76 Van Hamelsveld 1823, p. 185.

Deskundigenbewijs en het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838
Nadat Nederland in 1813 onafhankelijk werd, heeft het tot 1 oktober 1838 geduurd voordat het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811 werd vervangen door het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering.[77]
In de tussenliggende periode werd op 18 oktober 1827 een ontwerp van het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging, opgesteld door de toenmalige Commissie van Redactie der Nationale Wetgeving, bij de Tweede Kamer ingediend.[78] Na de beraadslagingen heeft de wettelijke vaststelling van de tekst plaatsgevonden in 1828 (Rv 1828).[79] De bepalingen over het deskundigenbericht,[80] dat volgens Lipman vaker werd gelast dan een plaatsopneming,[81] stemden grotendeels overeen met die van het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811. In het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828 werd bewust gekozen voor aansluiting bij de Franse regeling in plaats van terugkeer naar het procesrecht van de Republiek:

> 'Over het algemeen had men, bij het ontwerp, den code de procédure civile gevolgd. Men had de moeijelijkheid ingezien, "al de te voren in de onderscheidene provinciën, die nu het Koningrijk der Nederlanden uitmaakten, en de, zelfs in gedeelten dier provinciën bestaand hebbende manieren van procederen en costumen, met vrucht te raadplegen, om er een goed geheel van te verwachten. De Fransche regtspleging, als sedert zoo veel jaren gewoon in de onderscheidene deelen van het Koningrijk, was het meest geschikt geoordeeld, om tot leiddraad te dienen, mits die verbeteringen daaraan toebrengende, voor welke zij, op grond van ondervinding, vatbaar was". Als hoofddoel had men zich daarbij voorgesteld, om in het ontwerp te bevatten, "de vormen en de wijze, welke er noodig zijn, om den regter in staat te stellen, op eene duidelijke manier, tot eene billijke uitspraak te komen, der aan zijne beslissing overgegevene regtszaken".'[82]

Voordat het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828 in werking was getreden, werd in 1831 besloten tot herziening ervan.[83] Uitgangspunt bij de herziening was dat de rechter door het procesrecht in staat moest worden gesteld te oordelen 'naar de regelen eener gezonde redekunde' 'met de minst mogelijken omslag, met den meesten spoed en met de minste kosten voor de gedingvoerende partijen'.[84] In de memorie van toelichting werd verwezen naar kritiek dat veel bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828 onbestemd waren, waaronder die over 'het doen van plaatselijke bezigtigingen of het innemen

77 KB van 10 april 1838, *Stb.* 1838, 12. Over wetgevende activiteiten sinds 1813 bijv.: Lokin & Zwalve 2006, p. 300 e.v.; De Pinto 1857, I, p. 3-6; Van Rhee 2003b, p. 276-285; Van Rossem/Cleveringa 1972, I, p. xxviii-xl.
78 Noordziek 1885, p. III; Voorduin 1837, p. 319-320.
79 Vaststelling vond plaats bij afzonderlijke wetten per titel van 29 maart 1828, die in het Staatsblad van 1828 zijn gepubliceerd.
80 De zevende afdeling van de derde titel van de Wet van 29 maart 1828, *Stb*. 1828, 19, bevatte in art. 69-71 de plaatsopneming en in art. 72-83 de bepalingen over het deskundigenbericht.
81 Lipman 1827, p. 86.
82 Voorduin 1837, p. 321.
83 KB 24 februari 1831, *Stb.* 1831, 6, 'uit hoofde der staatkundige gebeurtenissen welke binnen dit koningrijk hebben plaats gehad', nl. de opstand in 1830 die leidde tot de afscheiding van België.
84 *Handelingen der Staten-Generaal* 1836/37, 217; Noordziek 1885, p. 418; Voorduin 1837, p. 418.

van berigten van deskundigen en dergelijke'.[85] De opheldering in de regeling van het deskundigenbewijs hield weinig meer in dan dat gedeelten van het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811 die waren weggelaten in het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828, weer werden opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838.[86]

Deskundigenbewijs tussen 1838 en 1988

Tussen 1838 en 1988 is de wettelijke regeling van deskundigenbewijs nauwelijks gewijzigd. Met de Wet-Hartogh[87] zijn de betekeningsvoorschriften verwijderd.[88] De overige pogingen in de negentiende eeuw tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838[89] hebben niet geleid tot wijzigingen in de wettelijke regeling van deskundigenbewijs. In 1923 is de mogelijkheid tot wraking van de deskundige vervallen[90] en is het deskundigenverhoor wettelijk geregeld.[91] De deskundigeneed is per 1 mei 1984 afgeschaft.[92]

Deskundigenbewijs sinds 1988

Toen de wettelijke regeling van deskundigenbewijs bij de totstandkoming van het op 1 april 1988 in werking getreden bewijsrecht werd herzien, zijn wezenlijke verschillen met de regeling van 1838 niet beoogd. In de parlementaire geschiedenis is herhaaldelijk de opvatting van de Minister van Justitie te vinden dat de wettelijke bepalingen inzake het deskundigenbericht de rechter de noodzakelijke vrijheid moeten laten om naar bevind van zaken zo te handelen als hem gezien de omstandigheden het beste voorkomt.[93] Volstaan is met vereenvoudiging en met enkele veranderingen in de volgorde van de wettelijke bepalingen.[94] Met de wetswijziging per 1 januari 2002 zijn vrijwel geen inhoudelijke veranderingen beoogd,[95] met dien verstande dat wel van belang is dat met de wettelijke vastlegging van de medewerkingsverplichting van partijen (art. 198 lid 3 Rv) is bevestigd dat deskundigenbewijs behoort bij te dragen aan de waarheidsvinding. Dwars door staatsrechtelijke verhoudingen heenkijkend, is de slotsom dat de regels voor deskundigenbewijs sinds de zeventiende eeuw niet wezenlijk zijn veranderd.

---

85 *Handelingen der Staten-Generaal*, 1837/38, 217, 224.
86 Van Rhee 2004b, p. 111; Sterk 1991, p. 102.
87 Wet van 7 juli 1896, *Stb.* 1896, 103.
88 Het vonnis waarin de deskundige was benoemd, moest aan hem worden betekend (art. 224 lid 3 Rv 1838). De partij die niet verscheen voor de eedsaflegging door de deskundige, moest bij exploot worden opgeroepen (art. 228 lid 3 Rv 1838). De partij die na deskundigenbericht wilde voortprocederen, moest het deskundigenbericht eerst betekenen aan de wederpartij (art. 234 Rv 1838). Daardoor en niet door het depot van het deskundigenbericht ter griffie ging het deel uitmaken van de processtukken. Kritisch hierover: Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 96; Siewertsz van Reesema 1853, p. 21. Deze voorschriften zijn afgeschaft door de Wet Hartogh. Betekening werd algemeen niet meer nodig geacht in gevallen waarin geen executie werd beoogd. Zie Hartogh 1895, p. 24 (§ 4) en p. 35 (art. 34, 37 en 40).
89 Zie hoofdstuk 2 noot 134.
90 Wet van 22 juni 1923, *Stb.* 1923, 280. Zie par. 5.5.2.
91 Zie par. 7.4.2.3.
92 Zie par. 5.5.2.
93 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, bijv. p. 318, 320, 326, 330.
94 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 316 (MvT-RO). Volgens Rutgers en Flach bevatten de wijzigingen van 1988 in onder andere het deskundigenonderzoek en de plaatsopneming veel nuttige technische verbeteringen (Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 15).
95 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 371.

3.5 Historische verwevenheid van deskundigenbewijs en plaatsopneming

3.5.1 Inleiding

De opmerking van Broggini, vermeld in par. 3.3.4, dat een deskundigenonderzoek naar Romeins recht kon dienen ter vervanging van een plaatsopneming door de rechter, verdient nadere aandacht. Nagel meent dat deskundigenbewijs zich (later) uit de plaatsopneming heeft ontwikkeld.[96] De processuele rol van deskundigen is sinds de receptie van (ten tijde van Justinianus gecodificeerd) Romeins recht[97] in ieder geval lange tijd nauw verweven geweest met de rol van de rechter bij een plaatsopneming. Zowel in enkele procesrechtelijke handboeken uit het oudvaderlands recht als in het eerste artikel van de titel over plaatsopneming en deskundigenbewijs in de *Code Louis* van 1667 worden plaatsopneming en deskundigenbewijs gezamenlijk behandeld. In Nederland zijn de wettelijke regelingen van deskundigenbewijs en plaatsopneming nauw verweven geweest. De ontvlechting van beide wettelijke regelingen heeft zich pas werkelijk doorgezet in het bewijsrecht dat op 1 april 1988 is ingevoerd. De verwevenheid van plaatsopneming en deskundigenbewijs illustreert dat de mate van invloed van de waarnemingen van de deskundige op de beslissing van oudsher dicht bij de invloed van de waarnemingen van de rechter heeft gestaan. Dit perspectief heeft nog steeds betekenis in de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige. Het komt onder andere tot uitdrukking in de uitleg die wordt gegeven aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot benoeming van deskundigen, in de eis dat de deskundige de opdracht onpartijdig vervult en in het voorschrift dat hij partijen gelegenheid geeft tot het maken van opmerkingen en verzoeken, verschijnselen die in de volgende hoofdstukken worden besproken. De historische verwevenheid van deskundigenbewijs en plaatsopneming vestigt echter ook de aandacht op een ander aspect: deskundigenbewijs staat evenals de plaatsopneming van oudsher in het teken van waarheidsvinding.

3.5.2 Plaatsopneming en deskundigenbewijs vóór 1795

In Philips Wielants[98] Practijke Civile uit 1519 werden veertien bewijsmiddelen opgesomd, waaronder de plaatsopneming (*inspectie metter oogen* of *veue de lieu*). Wielant beschreef het recht van de gedaagde om een *veue de lieu* te vragen. De

96 Nagel 1967, p. 373.

97 Zie over de receptie van Romeins recht bijv. Van Hallebeek 2006, p. 2 en 253 e.v.; De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 278-305; Lokin & Zwalve 2006.

98 Philips Wielant leefde van 1441-1520. In 1519 beschreef hij in zijn *Practijke civile* de romeins-canonieke procedure. Wielant was afkomstig uit Gent en is dertig jaar raadsheer geweest in Vlaanderen en Mechelen. Hij betrok in zijn boek niet alleen het geschreven recht, zoals gebruikelijk was bij het beschrijven van het gerecipieerde Romeinse recht, maar ook het plaatselijke ongeschreven recht. Omdat in het juridisch onderwijs het procesrecht werd behandeld aan de hand van Romeinsrechtelijke en canoniekrechtelijke bronnen en het plaatselijke ongeschreven recht daarin niet aan de orde kwam, was het werk van Wielant van betekenis voor afgestudeerde juristen met weinig ervaring in de rechtspraktijk. Aan degenen die werkzaam waren in de recht- →

eisende partij was dan verplicht de rechter daartoe gelegenheid te geven, wat een vroege associatie oproept met de verplichting van partijen om mee te werken aan de totstandkoming van een deskundigenbericht (art. 198 lid 3 Rv). Wielant beschreef de plaatsopneming als een activiteit van de rechter.[99] Het doel van de inspectie was dat de rechter zich uit eigen waarneming overtuigde van de waarheid. De rechter kon bijvoorbeeld een plaatsopneming doen om te beoordelen of iemand ziek was of letsel had opgelopen.[100]

Simon van Leeuwen[101] beschreef de plaatsopneming en het deskundigenonderzoek tezamen (*oculaire inspectie*). Hij ging er vanuit dat de rechter zelf een plaatsopneming deed als hij daartoe voldoende kennis van zaken had, zoals in geval van geschillen over grond, maar dat hij deskundigen inschakelde als zijn eigen kennis tekort schoot.[102] Kennelijk verving het deskundigenonderzoek (een deel van) het eigen onderzoek van de rechter en was het een middel voor de rechter om zijn overtuiging te vormen en over de zaak te kunnen oordelen. Het was geen bewijsmiddel ter vrije beschikking van een procespartij, zoals getuigenbewijs. Van Leeuwen haalde enkele van de voorbeelden van deskundigenbewijs aan die in par. 3.3.4 bij het Romeinsrechtelijke deskundigenbewijs zijn genoemd, zoals landmeting en zwangerschapsvaststelling.

Bij Merula is de *inspectie oculair* opgenomen als middel ten behoeve van de waarheidsvinding. In grensgeschillen werd het voorwerp van geschil aanschouwd. Letsel werd bewezen door inspectie van de wond en ouderdom en ziekte door inspectie van de persoon.[103] Anders dan Van Leeuwen vermeldde Merula niet of het onderzoek werd uitgevoerd door de rechter, of dat het ook mogelijk was deskundigen in te schakelen.

Ulrik Huber[104] maakte in zijn beschrijving van het procesrecht[105] geen melding van de plaatsopneming of het deskundigenonderzoek, ook niet waar hij het bewijsrecht besprak.[106] Hij vermeldde echter wel dat de plaatsopneming dikwijls voorkwam.[107] Huber beschreef ook dat hij zelf een keer deskundigen heeft ingeschakeld ten behoeve van de waarheidsvinding. In 1667 werd een wachtmeester aan het hoofd getroffen door een steen, die uit een groep studenten naar hem werd

---

spraktijk en geen Latijn beheersten, waardoor bestudering van de Romeinsrechtelijke en canoniekrechtelijke bronnen niet mogelijk was, bood Wielants werk gelegenheid systematisch kennis te nemen van het gebruikelijke procesrecht. Het werk is hierdoor, door de vele herdrukken tot in de zeventiende eeuw en door zijn verspreiding in de zuidelijke en de noordelijke Nederlanden van grote betekenis geweest voor de rechtspraktijk. Zie: Schaap 1927, p. 79-82; I. Strubbe, in: Wielant 1573, p. V-XI; Zeylemaker 1952, p. 34 e.v.

99 Wielant 1573, p. 176-177.

100 Wielant 1573, p. 215. In vergelijkbare zin Joost de Damhouder 1626, p. 469. Joost de Damhouder heeft het werk van Wielant voornamelijk overgeschreven. Zie Zeylemaker 1952, p. 54.

101 Zie noot 62 in dit hoofdstuk.

102 Van Leeuwen 1698, 'V. Boek, Van de middelen daar by het Regt en verband op Persoon of goederen voor den Regter werd vervolgd, XXI. Deel, Bewijs buiten Getuigen, by *Confessie* en *inspectie oculair*, dat is, bekentenis en klaar betoog', p. 605.

103 Merula 1705, 'Vierde boek, Maniere van Procederen Voor den Provincialen Raad, Vier-en-sestigste Titel, Van Beweeringe door Inspectie Oculaire, Capittel I', p. 485.

104 Zie noot 63 in dit hoofdstuk.

105 Huber 1686, 'Tweede deel, II. Boek, 'Handelende van het Proces of Recht-geding", p. 211 e.v.

106 Huber 1686, 'Tweede deel, II. Boek, XXV. Kapittel, 'Van bewijs".

107 Huber 1686, 'Tweede deel, II. Boek, XII. Kapittel, 'Van de maniere van procedeeren in de middelen possessoir ende van appel in dezen", art. 9, p. 257.

gegooid. De wachtmeester overleed enkele dagen later. Huber liet onderzoek verrichten aan het lichaam van de wachtmeester door een professor in de anatomie en twee chirurgijns. Zij constateerden slechts een verwonding aan de huid en meenden dat de wond niet dodelijk was geweest. Daarna had de procureur-generaal twee artsen onderzoek laten verrichten aan het lichaam van de wachtmeester. Volgens hen was de wachtmeester wel overleden als gevolg van de mishandeling. Hiermee geconfronteerd verklaarde de professor in de anatomie dat hij gezien de oppervlakkige wond had aangenomen dat de wachtmeester een zwakke constitutie had gehad. Volgens Huber moest de rechter de adviezen van deskundigen kritisch beschouwen, omdat deskundigen soms partijdig waren of niet nauwkeurig te werk gingen.[108] De beschrijving van Huber laat zien dat de rechter niet alleen deskundigen kon inschakelen, maar ook vrij was in de bewijswaardering van een deskundigenadvies.

Een voorbeeld van een vroege regeling van de plaatsopneming is te vinden in de 'Ordonnantie op de oculaire inspectien ofte gerigtelyke besigtingen' uit Groningen van 1725. Hierin was bepaald dat de rechter op verzoek van een partij een plaatsopneming kon doen. Partijen mochten bij de plaatsopneming aanwezig zijn en hun standpunt kort toelichten. Na afloop werd de behandeling voortgezet in het gerecht, als de zaak niet kon worden geschikt. Ieder van partijen moest de helft van de kosten van de plaatsopneming betalen. Een plaatsopneming buiten de stad kostte twee keer zoveel als één in de stad.[109] Terwijl in de beraadslagingen over de *Code Louis* van 1667 in discussie was of de rechter ambtshalve een plaatsopneming mocht gelasten,[110] had de rechter volgens de Groningse ordonnantie al een discretionaire bevoegdheid om wel of niet gevolg te geven aan het verzoek van een partij om een plaatsopneming te verrichten.

3.5.3 Plaatsopneming en deskundigenbewijs in de Code Louis van 1667

In de *Code Louis* van 1667 was deskundigenbewijs voornamelijk geregeld als een middel ter vervanging van de plaatsopneming door de rechter.[111] De regeling van het bewijsrecht begon in Titel XX met het opschrift *Des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale*. Titel XXI ging over *Des descentes sur les lieux, taxe des officies qui iront en commission, nomination et rapports d'experts*, oftewel plaatsopneming, vaststelling van de taxe van degenen die een plaats opnemen, benoeming van deskundigen en deskundigenbericht. De regeling van de plaatsopneming en het deskundigenbewijs in titel XXI is gemaakt tegen de achtergrond dat procedures korter moesten duren en minder moesten kosten en dat rechters hun werk

108 Huber 1686, 'Tweede Deel, III. Boek, Van Misdaden in 't gemein, XIII. Kapittel, Van Doodt-slach', p. 480.
109 Art. I-VIII 'Ordonnantie op de oculaire inspectien ofte gerigtelyke besigtingen'.
110 Zie par. 3.5.3.
111 Zie over Franse regels van deskundigenbewijs vóór de *Code Louis* bijv. E. Binoche, 'Les listes des experts, bilan et perspectives d'évolution de l'expertise judiciaire après la loi du 11 février 2004 réformant le statut des experts', in: Felix 2006, p. 61-62.

beter moesten doen.[112] De rechter zou misbruik kunnen maken van zijn recht om ter plaatse een onderzoek in te stellen. Zo zou de rechter de plaatsopneming kunnen aangrijpen om de uitspraak uit te stellen of een reis te maken op kosten van partijen. In het eerste artikel is daarom bepaald dat de rechter in zaken waarin met een deskundigenrapport kon worden volstaan, uitsluitend op schriftelijk verzoek van een partij een plaatsopneming mocht doen. In de beraadslagingen over het ontwerp van de *Code Louis* van 1667 is hierover een uitvoerige discussie terug te vinden, waarin herhaaldelijk aan de orde kwam dat in het verleden onnodige plaatsopnemingen schering en inslag waren. De voorzitter van het Parlement van Parijs,[113] Guillaume de Lamoignon, was het niet eens met de eis van een schriftelijk partijverzoek. Hij merkte op dat plaatsopnemingen vaak werden bevolen zonder verzoek van partijen, omdat partijen hun zaak niet objectief konden bekijken en meenden dat een plaatsopneming achterwege kon blijven, terwijl die naar het oordeel van de rechter toch nodig kon zijn. Soms ging zelfs een hele kamer van het Parlement ter plaatse, omdat de rechters iets bijzonders wilden waarnemen, wat niet te verwezenlijken was met een deskundigenbericht. Hij achtte de eis van een schriftelijk partijverzoek een lege huls, want de rechter die zo'n verzoek nodig had, kon het eenvoudig uitlokken.[114] Staatsraad Pussort[115] vond dat de kosten van een plaatsopneming excessief waren en memoreerde dat één van de hoofddoelstellingen van de *Code Louis* was dat de kosten van een procedure voor partijen zouden afnemen. In de meeste zaken was de aanwezigheid van de rechter ter plaatse volgens hem niet nodig en kon worden volstaan met de bijstand van deskundigen. De eis van een schriftelijk verzoek kon bijdragen aan de bestrijding van het misbruik dat er in het verleden was gemaakt van de rechterlijke bevoegdheid tot plaatsopneming.[116] Tegenwoordig zijn deskundigenkosten niet snel geringer dan de kosten van een plaatsopneming, maar bedacht moet worden dat de *Code Louis* zou gelden in heel Frankrijk en dat in de zeventiende eeuw een plaatsopneming buiten Parijs, mede door de reis, al snel meerdere dagen in beslag nam. De kosten daarvan, inclusief salaris van rechter en griffier, kwamen ten laste van partijen. Het deskundigenbericht kon geheel schriftelijk worden afgewikkeld met een deskundige die zich al ter plaatse bevond. De kosten van een deskundigenbericht konden dus geringer zijn dan van een plaatsopneming. In de discussie is nog het voorstel gedaan een discretionaire bevoegdheid van de rechter op te nemen door te bepalen dat een plaatsopneming alleen mocht worden gedaan als de rechter die

112 Zie het verslag van de beraadslagingen ('Procez verbal des conférences tenu par orde du Roi, entre messieurs les commissaires du Conseil et messieurs les députés du Parlement de Paris, pour l'examen des Articles de l'Ordonnance Civile du mois d'Avril 1667 et de l'Ordonnance criminelle du mois d'Août 1670, seconde edition, corrigee et augmentee, Louvain 1700') in: Code Louis 1667.

113 Het Parlement van Parijs was een rechterlijk appelcollege, ontstaan onder de regering van de Franse koning Louis IX (1226-1270), die de romeins-canonieke procedure in Frankrijk heeft geïntroduceerd (par. 2.5). Het Parlement van Parijs is van groot belang geweest voor de rechtsontwikkeling. Zie bijv. Van Caenegem 1973, p. 32 e.v.; Dauchy 1995; De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 242.

114 Lamoignon (M. le P. Président), verslag van de beraadslagingen (noot 112 in dit hoofdstuk), in: Code Louis 1667, p. 235-236.

115 Enige informatie over Pussort is te vinden bij Nicola Picardi, in: Code Louis 1667, p. XIV-XV.

116 M. Pussort, verslag van de beraadslagingen (nood 112 in dit hoofdstuk), in: Code Louis 1667, p. 236-237.

nodig achtte.[117] Dit voorstel is niet overgenomen in de *Code Louis*. De eis van het schriftelijke partijverzoek voor het geval met een deskundigenbericht kon worden volstaan, is gehandhaafd. In welke gevallen met een deskundigenbericht kon worden volstaan, werd ter beoordeling aan de rechter gelaten, met de mogelijkheid van hoger beroep.

Deskundigenbericht als middel ter vervanging van een plaatsopneming
In de hier weergegeven discussie werd de bijstand van een deskundige dus gezien als een middel ter vervanging van de plaatsopneming door de rechter. De plaatsopneming is bij uitstek een middel om de rechter in staat te stellen zich uit eigen waarneming een oordeel te vormen. Het belang dat daaraan wordt gehecht, veronderstelt dat de eigen waarneming door de rechter het minst bedrieglijk is en dat de rechter in het geschil van partijen recht moet doen op grond van feiten die door middel van waarheidsvinding worden vastgesteld.[118] De vervangingsfunctie duidt er op dat de deskundige zijn waarnemingen moest doen alsof hij de rechter was. Het deskundigenbericht werd kennelijk uitgebracht ter voorlichting van de rechter die ten behoeve van zijn oordeelsvorming (binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil) met een plaatselijke situatie bekend wilde zijn. Het deskundigenonderzoek werd niet gezien als een bewijsmiddel ter beschikking van een partij. De bepalingen over plaatsopneming en deskundigenbericht van titel XXI bevatten geen aanwijzing dat het deskundigenbericht de plaatsopneming verving die de rechter niet kon doen omdat hij onvoldoende deskundig was. Het was juist andersom. Als de rechter wél voldoende deskundig was om zelf een plaatsopneming te doen, maar hij in plaats daarvan ook kon volstaan met een deskundigenbericht, had hij een schriftelijk partijverzoek nodig om de beslissing tot plaatsopneming, die als kostenverhogend en vertragend werd gezien, te verantwoorden.

De regeling van deskundigenbewijs in de Code Louis
De afwikkeling van een bevel tot plaatsopneming en een bevel tot deskundigenbericht was aanvankelijk voorzien in één bepaling. Volgens art. X van de voorgestelde tekst van titel XXI moesten partijen verschijnen voor de rechter-commissaris als een deskundigenbericht of een plaatsopneming was gelast, hetzij om tot daadwerkelijke benoeming van deskundigen te geraken, hetzij om een datum te bepalen voor de plaatsopneming. Dit artikel is echter uiteindelijk (vernummerd tot 6) beperkt tot de plaatsopneming. In de beraadslagingen is niet terug te vinden waarom. Wel blijkt daaruit dat het artikel was bedoeld om de rechter-commissaris met partijen te confronteren, in de veronderstelling dat hij zich dan minder vrij zou voelen een tussenuitspraak te doen als hij ook een eindoordeel kon vellen zonder plaatsopneming of deskundigenbericht.[119]

Het deskundigenbericht werd geïntroduceerd in art. 8 van titel XXI:

117 M. le Président de Novion, verslag van de beraadslagingen (noot 112 in dit hoofdstuk), in: Code Louis 1667, p. 237.
118 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 37.
119 Verslag van de beraadslagingen (noot 112 in dit hoofdstuk), in: Code Louis 1667, p. 242.

> 'Les jugemens qui ordonneront que les lieux et ouvrages seront vus, visités, toisés ou estimés par experts, feront mention expresse des faits sur lesquels les rapports doivent être faits, du juge qui sera commis pour procéder à la nomination des experts, recevoir leur serment et rapport, comme aussi du délai dans lequel les parties devront comparoir par-devant le commissaire.'[120]

In het concept van art. 8 (art. XIII) stond nog dat een deskundigenbericht kon worden gelast ter vervanging van een plaatsopneming door de rechter, een aanwijzing dat een deskundigenbericht ertoe diende om de rechter in staat te stellen zich te overtuigen van de juistheid van de door een partij te bewijzen feiten:[121]

> 'Lorsque les Juges ordonneront que les lieux seront vûs et visités, les ouvrages toisés ou estimés par experts, et qu'il ne sera pas nécessaire qu'aucuns Commissaires se transportent sur les lieux, il sera fait expresse mention, par les Arrêts ou jugemens qui ordonneront les raports, des faits sur lesquels les Experts les doivent faire (...).'[122]

3.5.4 Plaatsopneming en deskundigenbewijs sinds het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811

In het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811 was in de bepalingen over de procedure bij de rechtbank een algemene regeling van deskundigenbewijs opgenomen.[123] Deze werd voorafgegaan door een afzonderlijke titel over de gerechtelijke plaatsopneming.[124] Het feit dat in het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811, anders dan in de *Code Louis* van 1667, de regeling van de plaatsopneming en van de kosten daarvan in een afzonderlijke titel was opgenomen, is misschien een aanwijzing dat werd onderkend dat deskundigenbewijs een eigen functie vervulde en niet meer in hoofdzaak werd beschouwd als middel ter vervanging van een gerechtelijke plaatsopneming. De titel over de plaatsopneming begon desondanks met dezelfde bepaling als de regeling van de plaatsopneming in de *Code Louis*:[125] een bevel tot gerechtelijke plaatsopneming mocht niet worden gegeven, als de rechter kon volstaan met een deskundigenadvies, tenzij een partij om een plaatsopneming verzocht. In de voorgestelde tekst van de Code de procédure civile van 1806 was deze voorwaarde niet opgenomen, maar in het Franse wetgevingsproces was besloten dat het nuttig was haar over te nemen uit de *Code Louis*, omdat de plaatsopneming voor partijen zeer kostbaar was en voorzorgsmaatregelen nodig werden geacht om te verhinderen dat zij zonder noodzaak zou plaats-

---

120 Code Louis 1667, p. 33.

121 Treffend verwoord door Huber: '(...) Door bewijs verstaen wy een *overreedinge van de Rechter, welke d'eyscher ofte verweerder, elk van hunne vermeetene feyten in het gerichte komen doen*. (...) Wy zeggen, dat het is een overreedinge, waer door de Rechter verstaet ende begrijpt, dat het feyt in waerheit bestaet; (...) Het is een overreedinge *des Rechters*, want aen dien moet het bewijs geschieden en niet aen partijen, dien het bewijs noyt sterk genoeg soude zijn.' (Huber 1686, 'Tweede deel, II. Boek, XXIV. Kapittel, Van Bewijs', p. 314). Zie over Ulrik Huber noot 63 in dit hoofdstuk.

122 Code Louis 1667, p. 244.

123 Rv 1811, 'II Boek, Veertiende Tytel, Van berigt of verslag van des kundigen'.

124 Rv 1811, 'II Boek, Dertiende Tytel, Van geregtelijke plaatsopneming'.

125 Titel XXI, art. 1, Code Louis 1667.

vinden.[126] Volgens De Pinto was de rechter onder het Franse recht in feite altijd vrij geweest in het bevel tot plaatsopneming, omdat nergens was bepaald in welke gevallen met een deskundigenbericht kon worden volstaan.[127] Eind achttiende eeuw vermeldde Jousse in zijn commentaar op de *Code Louis* gevallen waarin de rechter geen plaatsopneming mocht doen en met een deskundigenbericht moest volstaan, bijvoorbeeld als in geschil was of bouwkundige werkzaamheden naar behoren waren uitgevoerd.[128] Bij Berriat-Saint Prix/Van der Linden werd de voorwaarde ook omgekeerd uitgelegd: een plaatsopneming was vooral noodzakelijk wanneer men beducht was dat een rapport van deskundigen niet voldoende zou zijn om de rechtbank over het onderwerp van het geschil in te lichten, terwijl men in het tegenovergestelde geval de plaatsopneming alleen kon bevelen op verzoek van een partij.[129] Dat duidt erop dat de rechter een ruime marge had in de beslissing dat een deskundigenbericht de plaatsopneming niet kon vervangen.

Deskundigenbewijs in het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828
De derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828 (Rv 1828)[130] had betrekking op de wijze van procederen bij rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad. Hierin waren de bepalingen over de gerechtelijke plaatsopneming en het deskundigenbericht nog in één afdeling verenigd (zevende afdeling). In de bepaling waarin de bepalingen uit de eerste aanleg van overeenkomstige toepassing werden verklaard in hoger beroep, werd zelfs volstaan met het noemen van de plaatsopneming.[131]

Anders dan het latere art. 219 Rv 1838, vermengde art. 186 Rv 1828 plaatsopneming en deskundigenbericht nog:

> 'Wanneer het Hof of de Regtbank het noodig oordeelen, zullen zij bij vonnis kunnen bevelen dat een of twee der leden welke over de zaak hebben gezeten, zich zullen begeven op de plaats welke in oogenschouw moet genomen worden, het zij om den staat en de gelegenheid dier plaats zelve op te nemen, en daarvan behoorlijke akte van bevinding uit te brengen, het zij om aldaar het berigt van deskundigen te ontvangen. (...).'

In dit geval zou echter geen deskundigenbericht worden uitgebracht op de voet van de bepalingen over het deskundigenbericht (art. 189-200 Rv 1828). De griffier zou proces-verbaal moeten opmaken 'der handelingen welke op de plaats zijn voorgevallen' (art. 187 Rv 1828). Jousse meldde in de achttiende eeuw voor de *Code Louis* nog het tegendeel: de bepalingen over deskundigenbewijs waren van toepassing als deskundigen buiten aanwezigheid van de rechter onderzoek deden én als zij de rechter vergezelden tijdens een plaatsopneming.[132]

126 Carré 1846, III, p. 579.
127 De Pinto 1857, II -1, p. 352. Minder stellig: Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 41.
128 Jousse 1767, p. 324-325.
129 Berriat-Saint Prix/Van der Linden 1812, p. 221.
130 Vastgesteld bij wet van 29 maart 1828, *Stb.* 1828, 19.
131 Art. 24 van de wet van 29 maart 1828, *Stb.* 1828, 23.
132 Jousse 1767, p. 332.

Het verslag van de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer bevat geen opmerkingen over de 'terugkeer' naar de vermenging van plaatsopneming en deskundigenbewijs in één afdeling.[133] Lipman beschouwde art. 186 Rv 1828 als zodanig eenvoudig en economisch, dat er geen enkele opmerking over te maken viel.[134]

Deskundigenbewijs in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838
Bij de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828[135] zijn de bepalingen over het deskundigenbericht (art. 222 e.v. Rv 1838) uitgebreid, doordat sommige bepalingen van het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811 weer werden opgenomen die aanvankelijk waren weggelaten. Dit verklaart dat het Wetboek der Civiele Regtsvordering van 1811 en het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838 tekstueel in hoge mate met elkaar overeenstemmen. Ten opzichte van het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging van 1828 hebben in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838 voornamelijk redactionele wijzigingen plaatsgevonden.[136] De afdeling over plaatsopneming en deskundigenbericht is (weer) gesplitst in twee afdelingen, waardoor men volgens de memorie van toelichting 'vertrouwt dat de netheid der orde bevorderd is en de bepalingen op elk dezer onderwerpen ook te duidelijker in het oog vallen'.[137] Bij de plaatsopneming werd vermeld dat de rechter op verzoek van een partij of ambtshalve de plaats van het geschil kan bezoeken om de staat en gelegenheid daarvan op te nemen, hetzij alleen, hetzij met behulp van deskundigen (art. 219 Rv 1838). De bevoegdheid tot het gelasten van een deskundigenbericht werd gegeven voor het geval de rechter een 'onderzoek of opneming' door deskundigen nodig achtte (art. 222 Rv 1838), waarin de sporen van de gerechtelijke plaatsopneming door de deskundige als vervanger van de rechter te herkennen zijn.[138] In de procedure bij de kantonrechter werd het deskundigenbericht uitsluitend vermengd met de plaatsopneming geregeld en niet als zelfstandig bewijsmiddel (art. 101 Rv 1838). De Pinto vond dat jammer, omdat deze onnauwkeurige redactie aanleiding kon geven tot de misvatting dat een deskundigenadvies alleen tegelijk met een plaatsopneming zou kunnen worden gelast.[139]

De wetgever van 1838 heeft de vraag opengelaten of de bijstand van de deskundige tijdens de plaatsopneming van art. 219 Rv 1838 moest geschieden overeenkomstig de bepalingen over het deskundigenbewijs. In de literatuur liepen de meningen hierover uiteen.[140]

---

133 Noordziek 1885, p. 407, 473, 491, 504, 521.
134 Lipman 1827, p. 86. In dezelfde bewoordingen Carré 1846, III, p. 579.
135 Wet van 10 mei 1837, *Stb.* 1837, 26, in werking getreden op 1 oktober 1838 (*Stb.* 1838, 12).
136 Van den Honert 1839, p. 316.
137 *Handelingen der Staten-Generaal* 1836/37, 224; Van den Honert 1839, p. 315-316. Inhoudelijke gronden voor de splitsing, bijvoorbeeld gelegen in verschillen tussen plaatsopneming en deskundigenbericht, werden niet vermeld.
138 In vergelijkbare zin: Scheltema 1939, p. 466.
139 De Pinto 1857, II-1, p. 356.
140 Negatief Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 49-52, en Oudeman 1874, I, p. 260; (deels) positief De Pinto 1857, II-1, p. 353.

Verwevenheid van deskundigenbewijs en plaatsopneming sinds 1838
Van Boneval Faure meende in 1893 nog dat plaatsopneming en deskundigenbericht nauw aan elkaar verwant waren, omdat de rechter in geval van de plaatsopneming zijn overtuiging verkrijgt uit eigen waarneming en een deskundigenbericht het zelf zien en zelfstandig oordelen door de rechter mogelijk maakt.[141] Zijn gedachte dat de rechter mee kan kijken door de ogen van de deskundigen, illustreert dat in de negentiende eeuw de waarnemingen van deskundigen en de toepassing van hun vakkennis op hun waarnemingen niet heel gecompliceerd waren en de rechter ze door kennisneming van het deskundigenbericht voldoende kon visualiseren en volgen om te kunnen beslissen of ze het rechterlijk oordeel zouden kunnen dragen. Plaatsopneming en deskundigenbewijs staan nog steeds in elkaars kielzog in de wet. Sinds 1 april 1988 gaat het deskundigenbewijs echter vooraf aan de plaatsopneming. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom de volgorde is omgedraaid. Wellicht wordt deskundigenbewijs door de wetgever niet meer gezien als een bewijsmiddel dat volgt uit de plaatsopneming en dient ter vervanging van de plaatsopneming door de rechter. Het bewijsrecht van de kantonrechter is per 1 april 1988 niet meer afzonderlijk geregeld, zodat de vermenging van plaatsopneming en deskundigenbewijs ook daar is verdwenen.

De fictie dat de rechter waarneemt door de ogen van de deskundige
Tegenwoordig worden deskundigenbericht en plaatsopneming als afzonderlijke bewijsmiddelen beschouwd. Met de wettelijke ontvlechting van plaatsopneming en deskundigenbewijs is de regiefunctie van de rechter tijdens de plaatsopneming in de wet gehandhaafd, maar in het deskundigenonderzoek vrijwel verdwenen. De plaatsopneming vindt nog altijd ten overstaan van de rechter plaats. Partijen krijgen gelegenheid daarbij aanwezig te zijn en met de rechter ter plaatse van gedachten te wisselen over ieders waarnemingen. Er is deskundigenonderzoek dat nog steeds veel weg heeft van een plaatsopneming, namelijk als het onderzoek in hoofdzaak bestaat uit eigen waarneming van een object. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de taxatie van een onroerende zaak. Partijen mogen desgewenst bij dergelijk onderzoek door de deskundige aanwezig zijn om hun standpunten naar voren te brengen.[142] In deskundigenonderzoek waarin het plaatsopnemingaspect minder is vertegenwoordigd, vinden belangrijke delen van het onderzoek zelden plaats in aanwezigheid van beide partijen en nog minder vaak ten overstaan van de rechter. Over de resultaten van de werkzaamheden van een deskundige wordt zelden anders dan schriftelijk door partijen, rechter en deskundige van gedachten gewisseld. Door de complexiteit van menig deskundigenonderzoek is het tegenwoordig vaker fictie dan werkelijkheid dat de rechter door kennisneming van een deskundigenbericht in staat is om zijn overtuiging zelfstandig te vormen door de waarnemingen van de deskundigen voor zich te zien alsof hij uit eigen waarneming oordeelt. Plaatsopneming en deskundigenbewijs hebben als gemeenschap-

141 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 65.
142 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS. Zie par. 6.4.2.6.

pelijk kenmerk eigenlijk alleen nog dat het bewijs wordt verzameld buiten het gerechtsgebouw. De definitieve ontvlechting van beide bewijsmiddelen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering per 1 april 1988 heeft er niet toe geleid dat door de wetgever onder ogen is gezien of beide bewijsmiddelen eigen processuele waarborgen behoeven. Bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies wordt nog steeds gewerkt vanuit het beeld dat een deskundigenadvies dient ter vervanging van de waarneming van de rechter, zoals in hoofdstuk 4 en 5 nader naar voren zal komen. In werkelijkheid heeft het deskundigenadvies zich echter ontwikkeld tot een instructie- en bewijsmiddel van eigen aard en inhoud.

4 Inschakeling van een deskundige

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de invloed van partijen, de rechter en de deskundige op drie aspecten van de inschakeling van een deskundige, namelijk de keuze om een deskundigenadvies in te winnen, de keuze van het vakgebied en de persoon van de deskundige en de inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht aan de deskundige. Eerst wordt de relatie van het onderwerp van dit hoofdstuk met de vraagstelling toegelicht (par. 4.2). Dan worden in een rechtsvergelijkend overzicht hoofdlijnen van het deskundigenadvies in enkele andere landen geschetst (par. 4.3). Hieruit worden een paar punten aangestipt die in het oog zullen springen bij de daaropvolgende uiteenzetting van het relevante Nederlandse civiele procesrecht (par. 4.4). Vervolgens wordt ingegaan op de invloed van partijen (par. 4.5), de deskundige (par. 4.6) en de rechter (par. 4.7) naar Nederlands procesrecht op de vraag of een deskundigenadvies wordt ingewonnen, en zo ja, bij wie en waarover.

4.2 Relatie met de vraagstelling

In dit hoofdstuk worden verdere aanknopingspunten verzameld voor de beantwoording van de vraag wie naar huidig recht in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan, tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Vertrekpunt is de in hoofdstuk 2 besproken rolverdeling tussen partijen en de rechter in de civiele procedure. Dat de taak van de deskundige van oudsher voornamelijk is afgeleid van de rol van de rechter, zoals uiteengezet in hoofdstuk 3, krijgt nadere uitwerking in de beschouwing van de keuze tot inschakeling van een deskundige. Deze keuze wordt in dit hoofdstuk met behulp van een tweetal driedelingen geplaatst in de verhouding tussen partijen, rechter en deskundige. In de ene driedeling wordt onderscheid gemaakt tussen de invloed van partijen, rechter en deskundige in de sluis die toegang geeft tot het deskundigenonderzoek. In werkelijkheid laat de invloed van de verschillende procesdeelnemers zich vanzelfsprekend niet zo scherp van elkaar onderscheiden. Een afzonderlijke beschouwing van de positie van de drie soorten procesdeelnemers maakt echter een scherpere analyse mogelijk van hun invloed dan een op voorhand geïntegreerde. Wel is hier en daar ver-

wijzing of herhaling nodig om de wisselwerking van ieders invloed vast te houden en in hoofdstuk acht ieders invloed in onderlinge samenhang te koppelen aan de beantwoording van de centrale vraagstelling.

In de andere driedeling worden de drie onderwerpen onderscheiden waarop partijen, rechter en deskundige tot de start van het deskundigenonderzoek invloed uitoefenen: wordt er een deskundigenadvies ingewonnen en zo ja, bij wie en waarover.

Met behulp van deze twee driedelingen wordt vooral geanalyseerd wie naar huidig recht in de civiele procedure in welke mate bepaalt welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Op het andere deel van de vraag, namelijk wie dat zou moeten bepalen, neem ik hier en daar een voorschot, maar wordt pas in hoofdstuk 8 integraal ingegaan.

4.3 Introductie van hoofdlijnen van het deskundigenadvies in enkele andere landen

4.3.1 Een internationale glijdende schaal

Zoals toegelicht in par. 1.7.3, betrek ik de rolverdeling tussen partijen, rechter en deskundige in andere landen in de reflectie op het Nederlandse procesrecht dat relevant is voor de vraagstelling. Het rechtsvergelijkend overzicht in dit hoofdstuk verschaft niet alleen informatie over de hoofdlijnen van het deskundigenadvies in enkele andere landen en de invloed van partijen, rechter en deskundige op de vraag of een deskundigenadvies wordt ingewonnen en zo ja, bij wie en waarover. Het laat tegelijk een internationale glijdende schaal zien van wederzijdse afhankelijkheid van partijen en rechter (of jury) in een civiele procedure waarin een deskundigenadvies een rol speelt. Aan de uiterste zijden van de schaal is de invloed van hetzij partijen, hetzij de rechter doorslaggevend. Geen land kent aan partijen en rechter evenveel invloed toe, alleen al omdat de procedure dan bij verschil van inzicht stil zou liggen. De invloed van de deskundige staat niet op zichzelf, maar is steeds afhankelijk van de invloed van partijen en rechter. Hoe dichter een land zich bij een uiterste zijde van de schaal bevindt, hoe minder de doorslaggevende invloed van de een wordt gecompenseerd ten behoeve van de ander(en).

De glijdende schaal biedt geen nieuws in de discussie over de mate waarin de rechter in staat is het oordeel van een deskundige kritisch te doorgronden. Dit laatste is inherent aan het onoplosbare probleem dat niemand alles kan weten. De achtergrond van de glijdende schaal is niet wie de meeste zeggenschap heeft over de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies, partijen of de rechter. Het gaat erom hoe de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen partijen, rechter en deskundige bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies zodanig kunnen worden verdeeld, dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing.

Onderscheidend op de glijdende schaal is niet wie formeel beslist of ten behoeve van een civiele procedure een deskundigenadvies wordt ingewonnen. Dat

is internationaal gezien tamelijk algemeen de rechter. Het onderscheidende kenmerk ligt in de beslissingsruimte van de rechter in verhouding tot de autonomie van partijen. In de meeste landen op het Europese continent is de invloed van partijen op de beslissing van de rechter in het algemeen beperkt. De deskundige wordt primair als een hulppersoon van de rechter beschouwd. Hieraan is ondergeschikt dat het deskundigenadvies een bewijsmiddel van een partij kan zijn. In Angelsaksische landen staat de vrijheid van partijen in de bewijslevering voorop en kan de rechter initiatieven van partijen tot bewijslevering door deskundigen beperken met behulp van criteria voor de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs. In de Verenigde Staten van Amerika wordt groot gewicht toegekend aan de vrijheid van partijen in de bewijslevering en is de rechter in het algemeen terughoudend in het stellen van beperkingen. Naar Engels recht beoordeelt de rechter tegenwoordig niet meer alleen de toelaatbaarheid van bewijslevering door deskundigen. Hij ziet er tevens op toe dat de inschakeling van deskundigen door partijen wordt beperkt tot wat redelijkerwijs nodig is voor de beslissing van het geschil.

Bij wijze van leeswijzer voor het vervolg laat de glijdende schaal zich als volgt tekenen:[1]

Invloed partijen					*Invloed rechter*
VS	Engeland	België	Duitsland	Nederland	Frankrijk
	Spanje	Spanje	Oostenrijk		
			Zwitserland		

4.3.2 Verenigde Staten van Amerika

4.3.2.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

Naar Angelsaksisch recht is het in beginsel aan partijen of zij bewijs willen leveren door deskundigen. De rechter kan beperkingen stellen aan de bewijslevering door deskundigen. In de Verenigde Staten van Amerika kunnen deskundigen volgens de *Federal Rules of Evidence* desalniettemin zowel door partijen worden voorgebracht (FRE 706 onder d) als door de rechter worden benoemd (FRE 706 onder a). Het laatste is zeldzaam, het eerste gebruikelijk.[2] Dit strookt met het uitgangspunt naar Angelsaksisch recht dat het aan partijen is of zij bewijs willen leveren door deskundigen en de rechter de bewijslevering door deskundigen kan beperken.[3] De deskundige is geen hulppersoon van rechter of jury, maar verschaft een partij een bewijsmiddel waarmee zij tracht rechter of jury te overtuigen van haar gelijk of het ongelijk van de wederpartij. Het is gebruikelijk dat de deskundige ter zitting wordt gehoord, ook als hij een schriftelijk rapport uitbrengt.

---

1 Spanje staat op twee plaatsen omdat het naast het deskundigenadvies in opdracht van de rechter een deskundigenadvies in opdracht van een partij kent dat daarvan in de plaats kan treden. Zie par. 4.3.4. De informatie over Zweden biedt te weinig houvast om de plaats op de schaal in te schatten.

2 McCormick on Evidence 1999, p. 30-31.

3 Zie par 4.3.3.1.

Toelaatbaarheid van deskundigenbewijs
De rechter kan grenzen stellen aan het horen van deskundigen met behulp van de eisen die gelden voor de toelaatbaarheid van een deskundigenverklaring (*admissibility*). Een verklaring van een deskundige is toelaatbaar, als die relevant kan zijn voor de beoordeling van feiten die in geschil zijn en er geen regel van toepassing is die de toelaatbaarheid van de verklaring uitsluit (*exclusionary rule*) (FRE 402).[4] In menig geval wordt eerst geprocedeerd over de vraag wie er tijdens de procedure als (getuigen of) deskundigen mogen worden gehoord (*trial within a trial*), voordat de procedure over de zaak zelf wordt gevoerd. Relevant is bewijs '*having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence*' (FRE 401).

Een deskundige kan worden gehoord in de meeste gevallen waarin een partij voorlichting van rechter of jury door een deskundige aangewezen acht, en die voorlichting in beginsel behulpzaam kan zijn bij de beoordeling van de feiten die in geschil zijn. Ook kan een deskundige worden gehoord als de rechter of jury in beginsel over de benodigde kennis beschikt om de zaak te beoordelen, maar de deskundige het begrip van de zaak kan vergroten.[5] Zo is het niet uitgesloten een deskundige te horen over de geloofwaardigheid van een getuigenverklaring.[6] Een relevante verklaring kan worden geweigerd, als het tijdverspilling zou zijn om de deskundige te horen dan wel het verhoor van de deskundige tot onredelijke vertraging of nodeloze stapeling van bewijs zou leiden (FRE 403).

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.
Een partij mag bewijs leveren door deskundigen als de waardering van de feiten door rechter of jury moeilijk of onmogelijk is zonder toepassing van wetenschappelijke, technische of andere gespecialiseerde kennis:[7]

> 'If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (a) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.'

Deze bepaling (FRE 702) is tot aan het tweede 'if' in 1975 vastgesteld, gebaseerd op vaste rechtspraak van de *Supreme Court*.[8] Het gedeelte erna is toegevoegd in

4 Voorbeelden van 'exclusionary rules' zijn regels die de toelaatbaarheid van *de auditu* verklaringen beperken (FRE 802) of van verklaringen over iemands karakter die tot doel hebben een gedraging te bewijzen (FRE 404).
5 Geoffrey C. Hazard , 'US-National Report', in: Nicklisch 1984, p. 211; McCormick on Evidence 1999, p. 23.
6 McCormick on Evidence 1999, p. 24.
7 Friedman 2004, p. 96-101; Mueller & Kirkpatrick 1996 (Advisory Committee), p. 160-161.
8 Mueller & Kirkpatrick 1996 (Federal Judicial Center), p. 160.

2000[9] in reactie op de uitspraak van de *Supreme Court* in de zaak *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*[10] en twee latere uitspraken, *General Electric v. Joiner*[11] en *Kumho Tire Co. v. Carmichael*.[12]

Tot dan toe was op wetenschappelijk onderzoek gebaseerd deskundigenbewijs toelaatbaar als het relevant was en als de gebruikte methoden of technieken op het vakgebied van de deskundige algemeen aanvaard waren. Dit werd naar een uitspraak uit 1923 wel de Frye-test genoemd.[13] In de drie genoemde uitspraken heeft de *Supreme Court* geoordeeld dat de rechter bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs moet vaststellen '*whether the testimony's underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied to the facts at issue*'. Volgens de *Supreme Court* kan aan allerlei gezichtspunten in deze afweging betekenis toekomen, waaronder:

- 'whether the theory or technique in question can be (and has been) tested';
- 'whether it has been subjected to peer review and publication';
- 'its known or potential error rate';
- 'the existence and maintenance of standards controlling its operation';
- 'whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community'.

Bij het maken van deze afweging moet de focus zijn gericht op principes en methoden en niet op de conclusies die daarop worden gebaseerd.[14] De rechter moet zich bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs in voorkomende gevallen dus een oordeel vormen over de validiteit en betrouwbaarheid van een deskundigenverklaring waarin wetenschappelijke methoden of technieken zullen worden gebruikt. In *Kumho Tire Co. v. Carmichael* werd toegevoegd dat het oordeel in *Daubert v. Merrell Dow* niet slechts betekenis heeft voor deskundigenverklaringen die zijn gebaseerd op wetenschappelijke kennis, maar voor alle deskundigenverklaringen. In *General Electric v. Joiner* is beslist dat misbruik van bevoegdheid, de algemene maatstaf om te beoordelen of bewijs ten onrechte is uitgesloten van de bewijslevering, ook de maatstaf is om te beoordelen of de lagere rechter verklaringen van deskundigen met toepassing van *Daubert v. Merrell Dow* ten onrechte heeft uitgesloten van de bewijslevering. De lagere rechter vervult bij de beoordeling van de relevantie en betrouwbaarheid van deskundigenbewijs de rol van poortwachter (*gatekeeper*).

---

9 De aanpassing is vastgesteld op 17 april 2000 en is in werking sinds 1 december 2000 (U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, Federal Rules of Evidence, 31 december 2004, www.judiciary.house.gov).

10 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, Inc., 509 U.S. 579 (1993). Zie hierover in Nederland bijv. Broeders 2007a; Dommering-van Rongen 2000.

11 *General Electric v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

12 *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

13 *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 293 F. 1013, uitspraak van *Court of Appeals of District of Columbia* van 3 december 1923.

14 *Daubert v. Merrell Dow*, r.o. 19-33.

Battle of experts
In de VS hebben de ruime mogelijkheden om deskundigen te horen, bijgedragen aan het ontstaan van een *battle of experts*.[15] In relatief veel zaken laten beide partijen zich bijstaan door deskundigen die het partijstandpunt onderbouwen. Deskundigen leveren veelal een polariserende bijdrage aan het processuele debat. In de discussie hoe hierin verbetering kan worden gebracht, zijn in hoofdzaak twee denkrichtingen te onderscheiden. In de ene draait het om de vraag of wijzigingen in de functie van de jury aan een oplossing kunnen bijdragen, bijvoorbeeld door de jury de bevoegdheid te ontnemen om over wetenschappelijk georiënteerde geschilpunten te oordelen. In de andere denkrichting wordt gediscussieerd over het nut om vaker deskundigen in te zetten die door de rechter worden benoemd.[16] Sommigen zien bijvoorbeeld als mogelijke oplossing dat de rechter een deskundige benoemt in aanvulling op de door partijen voorgebrachte deskundigen. De verklaring van de door de rechter benoemde deskundige zou objectiever kunnen zijn doordat de deskundige zijn instructies niet van een partij ontvangt, maar van de rechter, en doordat de betaling plaatsvindt door (tussenkomst van) het gerecht. De door de rechter benoemde deskundige zou bovendien geen eigen belang hebben bij de uitkomst van de zaak. Tegenstanders menen bijvoorbeeld dat er geen onpartijdige deskundigen bestaan, dat partijen bij een door de rechter benoemde deskundige de controle zouden verliezen over de bewijslevering, of dat de verklaring van de door de rechter benoemde deskundige te zeer van invloed (*unduly influential*) zou zijn.[17]

4.3.2.2 Keuze van de deskundige
Een procespartij kiest de persoon van de deskundige door wie zij zich wil laten bijstaan. Zij is ook de opdrachtgever van de deskundige. De deskundige kan, doordat het zo gebruikelijk is dat in een civiele procedure bewijslevering door deskundigen plaatsvindt, een toekomstig commercieel belang hebben bij een goede relatie met de procespartij van wie hij betaling ontvangt. De opdrachtgevende procespartij pleegt de deskundige voorafgaand aan de zitting te informeren over haar standpunt in de procedure en voor te bereiden op de te verwachten vragen van beide partijen ter zitting. Zij mag buiten de zitting communiceren met de deskundige zonder daarin de wederpartij te moeten betrekken.

4.3.2.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht
Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid komt tevens aan de orde over welke in geschil zijnde feiten een partij een deskundige wil horen. De deskundige kan om een mening worden gevraagd, maar dat hoeft niet: '*an expert (...) may testify (...) in the form of an opinion or otherwise (...)*' (FRE 702). Aan de deskundige kan bijvoorbeeld worden gevraagd zich te beperken tot een feitelijke uiteenzetting zon-

15 Cooper & Hall 2000, p. 719, met vindplaatsen.
16 McCormick on Evidence 1999, p. 30; Timmerbeil 2004, p. 153.
17 Cooper & Hall 2000, p. 720; Timmerbeil 2004, p. 153.

der daaraan conclusies op zijn vakgebied te verbinden. De vragensteller is hierin richtinggevend, zowel tijdens de ondervraging door de opdrachtgevende procespartij als tijdens de *cross examination*. De deskundige kan echter tijdens de beantwoording zijn professionele autonomie gebruiken om enige sturing aan te brengen in de beschrijvende, adviserende of concluderende mate waarin hij verklaart. De deskundige mag ook verklaren over feiten die in geschil zijn als hij geen onderzoek naar die feiten heeft gedaan, maar zich baseert op gegevens van anderen, bijvoorbeeld op wetenschappelijk onderzoek van derden.[18] Voor zover hem wordt gevraagd te verklaren over feiten die niet vaststaan, worden de vragen in hypothetische vorm gesteld en beantwoord.[19]

De deskundige mag verklaren over de vraag waarover rechter of jury moet oordelen (*ultimate issue*, FRE 704). Dit is een logisch sluitstuk van de gedachte dat in beginsel alle deskundigenbewijs is toegestaan zolang rechter of jury daarmee kan worden geholpen bij de beoordeling van de feiten.[20] Een deskundigenverklaring die neer komt op een mening hoe de zaak zou moeten worden beslist of welke schadevergoeding zou moeten worden toegekend, wordt niet toelaatbaar geacht.[21]

4.3.3 Engeland

4.3.3.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

Ook in Engeland is het in beginsel aan partijen of zij bewijs willen leveren door deskundigen en kan de rechter beperkingen stellen aan de bewijslevering door deskundigen. Een deskundige houdt zich kort gezegd bezig met de opheldering van feiten waarvoor kennis of ervaring is vereist die de rechter niet bezit.[22] Er is geen beperking in de vakgebieden waarop de feiten betrekking kunnen hebben. Ook de inhoud van buitenlands recht wordt naar Engels recht gezien als een te bewijzen feit.[23] Hodgkinson en James onderscheiden vijf categorieën deskundigenbewijs:

> ‘(i) expert evidence of opinion, upon facts adduced before the court;
> (ii) expert evidence to explain technical subjects or the meaning of technical words;
> (iii) evidence of fact, given by an expert, the observation, comprehension and description of which require expertise;
> (iv) evidence of fact, given by an expert, which does not require expertise for its observation, comprehension and description, but which is a necessary preliminary to the giving of evidence in the other four categories; and
> (v) admissible hearsay of a specialist nature.’[24]

---

18 McCormick on Evidence 1999, p. 26 en 28.
19 Geoffrey C. Hazard , ‘US-National Report, in Nicklisch p. 212; McCormick on Evidence 1999, p. 27.
20 Mueller & Kirkpatrick 1996 (Advisory Committee), p. 163.
21 McCormick on Evidence 1999, p. 21.
22 Keane 2008, p. 532.
23 Keane 2008, p. 530. Bijv. *MCC Proceeds Inc v. Bishopsgate Investment Trust Plc & Ors* [1998] EWCA Civ 1680; *Morgan Grenfell & Co Ltd v. SACE – Istituto per i servizi Assicurativi del Commercio* [2001] EWCA Civ 1932.
24 Hodgkinson & James 2007, p. 11.

Systematiek van regels van deskundigenbewijs
De regels met betrekking tot deskundigenbewijs worden naar Angelsaksisch recht vanouds gezien als regels waarin uitzonderingen worden gemaakt op regels van algemeen bewijsrecht en regels voor getuigenbewijs. De deskundige wordt bijvoorbeeld gezien als een bijzonder soort getuige, omdat hij evenals de getuige mag verklaren over feiten, maar anders dan de getuige ook een mening of conclusie mag geven in kwesties die speciale vaardigheden of kennis vereisen.[25] Door Hodgkinson en James is bepleit afstand te nemen van deze traditionele benadering en de regels van deskundigenbewijs te beschouwen als een zelfstandige categorie in het bewijsrecht. Zij noemen hiervoor drie redenen. Praktisch gezien komt het de helderheid en het begrip van de regels van deskundigenbewijs ten goede als die positief in plaats van negatief worden geformuleerd. Daarnaast valt onder deskundigenbewijs tegenwoordig meer dan blijkt uit de als uitzonderingen geformuleerde regels. Er zijn bijvoorbeeld ook deskundigenadviezen zonder mening of conclusie. Verder is deskundigenbewijs in veel hedendaagse civiele procedures onmisbaar en wordt er bij de beslissing groot gewicht aan toegekend. Er is een bijpassend samenstel van regels van eigen aard en inhoud ontwikkeld waarmee de toelaatbaarheid en het gewicht van deskundigenadviezen worden beoordeeld.

Toelaatbaarheid van deskundigenbewijs
Deze afwegingen brengen hen tot de positieve formulering dat deskundigenbewijs toelaatbaar is als het relevant is (section 3 Civil Evidence Act 1972) en betekenis kan hebben voor het bewijs van feiten die in geschil zijn (*probative value*). Onder relevantie wordt verstaan dat er een logische relatie bestaat tussen bepaalde informatie en een feit dat bewijs of tegenbewijs behoeft. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs wordt de potentiële bewijskracht in het algemeen eerder aangenomen dan de bewijskracht bij de bewijswaardering. Voldoende is dat feiten in geschil zijn waarvan de beoordeling bepaalde specialistische kennis of ervaring vergt en als deskundige een persoon wordt ingeschakeld die daarover beschikt.[26] Hodgkinson en James menen dat, naast criteria om te beoordelen of iemand in een individuele zaak als deskundige mag optreden (bijvoorbeeld onpartijdigheid of mate van deskundigheid op een bepaald vakgebied), drie algemene criteria de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs behoren te bepalen.[27] Allereerst is deskundigenbewijs niet toelaatbaar als het onderwerp van een deskundigenadvies zodanig is dat een persoon zonder toelichting of ervaring op het gebied waarop de kennis of ervaring van de deskundige betrekking heeft, in staat mag worden geacht zich over dat onderwerp een begrijpelijk oordeel te vormen zonder bijstand van een deskundige. Dit criterium vindt toepassing in het Engelse recht.[28] Een tweede criterium is of het onderwerp van een deskundigenadvies valt

25 Cross & Tapper 2007, p. 565-570.
26 Hodgkinson & James 2007, p. 3-7; Phipson on Evidence 2005, 33-28.
27 Deze criteria ontlenen zij aan het oordeel van King C.J. in een Australische zaak, *R. v Bonython*, (1984) S.A.S.R. 45 at 46 (South Australia Supreme Court). Zie Hodgkinson & James 2007, p. 12-13.
28 Idem: Zuckerman 2006a, p. 715.

binnen een vakgebied (*body of knowledge or experience*) dat met betrekking tot dat onderwerp zodanig georganiseerd of erkend is, dat aannemelijk is dat een deskundige op dat vakgebied aan de rechter betrouwbare informatie over dat onderwerp zal kunnen geven.[29] Dit criterium, dat door de Engelse rechter volgens Hodgkinson en James ontoereikend wordt toegepast, verduidelijken zij met een voorbeeld: in een strafzaak is niet toelaatbaar de verklaring van een astroloog over de vraag of aan iemand kan worden toegerekend dat hij een strafbaar feit heeft gepleegd gezien de stand van de planeten ten tijde van het delict, maar in een andersoortig geschil kan wel toelaatbaar zijn dat een astroloog als deskundige verklaart over de betekenis van een bepaald in de astrologie gebruikelijk symbool. Het derde criterium, dat wordt toegepast in het Engelse recht, is of de deskundige door studie of ervaring voldoende kennis heeft verworven van het onderwerp van feiten die in geschil zijn om daarover een deskundigenadvies te geven dat van waarde zal zijn voor de beslissing ten aanzien van die feiten door de rechter.[30]

Deskundigenbewijs vóór de Civil Procedure Rules

Vóór de inwerkingtreding van de *Civil Procedure Rules* (CPR)[31] in 1999 had iedere partij het recht bewijs te leveren door verklaringen van deskundigen van zijn keuze ten aanzien van alle in geschil zijnde feiten die door deskundigenbewijs konden worden bewezen. Een partij was slechts verplicht om de wederpartij op voorhand mee te delen waarover zij de deskundige in essentie wilde horen. De rechter had bevoegdheden om het aantal deskundigen te beperken (zij het niet tot nul), maar die werden weinig gebruikt. Het was niet gebruikelijk dat deskundigen een schriftelijk rapport uitbrachten. Meestal kwam het aan op de overtuigingskracht van hun verklaringen ter zitting. In veel zaken werden meerdere deskundigen over dezelfde vragen gehoord. Beide partijen hadden er belang bij deskundigen te presenteren die de rechter konden overtuigen van het eigen gelijk en het ongelijk van de ander. Dat hoefde niet samen te gaan met het horen van de meest bekwame deskundige. In civiele procedures werd een grote hoeveelheid onnodig deskundigenbewijs geleverd, met negatieve gevolgen voor de duur en de kosten van de procedure.[32] Lord Woolf, die aan de basis stond van de ontwikkeling van de *Civil Procedure Rules*, was van mening dat veel civiele procedures onnodig kostbaar werden doordat deskundigen zonder noodzaak werden ingeschakeld, en dat bij deskundigen nogal eens een gebrek aan onpartijdigheid te constateren viel.[33] Zuckerman vat de praktijk vóór de *Civil Procedure Rules* als volgt samen:

---

29 Tapper wijst erop dat het niet moet gaan om een *generally accepted* vakgebied, maar om een vakgebied dat is *sufficiently well-established to pass the ordinary tests of relevance and reliability* (Cross & Tapper 2007, p. 582). Zuckerman spreekt van een *acknowledged "body of expertise", in the sense of a field governed by established principles and rules* (Zuckerman 2006a, p. 714).

30 Hodgkinson & James 2007, p. 12-41. Vgl. Choo 2006, p. 252, die twee criteria onderscheidt, *necessity* en *reliability*.

31 De CPR zijn in werking getreden op 26 april 1999 en sindsdien op onderdelen gewijzigd. Actuele vindplaats van de CPR en de bijbehorende *Practice Directions*: www.lcd.gov.uk. Zie over de CPR bijv. O'Hare & Browne 2007; Sime 2007; Struycken 2001; Tzankova 2001; Zuckerman 2006a.

32 Cross & Tapper 2007, p. 571; Day & Le Gat 2001, p. 1; Hodgkinson & James 2007, p. 103.

33 Acces to Justice, Final Report 1996, hoofdstuk 13. Zie bijv: Keane 2008, p. 549.

> 'Although parties instructed experts early in the dispute, they tended to keep their reports to themselves for as long as possible. By the time they got round to exchanging expert reports, sometimes after many months of procedural wrangling, their positions and those of their experts tended to become entrenched. On learning what the opponent's experts said, a party would commonly go back to his own experts for further opinion or to engage fresh experts. The experts themselves tended to become so closely involved with the party instructing them that they saw themselves in competition with each other, and were disinclined to co-operate. Experts tended to act more like champions of the retaining party, than as independent witnesses whose duty was to assist the court in determining the truth. In consequence, litigants felt obliged to match their opponent's experts in numbers and in qualifications. Litigation involving experts could therefore generate enormous costs, at times without assissting the court to decide the issues due to the expert's doubtful independence.'[34]

Deskundigenbewijs onder de Civil Procedure Rules
In de *Civil Procedure Rules* zijn in het hoofdstuk *Experts and Assessors* (CPR 35) regels van deskundigenbewijs opgenomen. Deze zijn verder uitgewerkt in de *Practice Direction Experts and Assessors* (PD 35). Ook zijn er op diverse rechtsgebieden *Pre-Action Protocols* (PAP) die voorschriften met betrekking tot deskundigenbewijs bevatten.[35] In hoofdzaak is met drie maatregelen naar verandering gestreefd: de rechter heeft controle gekregen over de inschakeling van deskundigen door partijen, de verplichting van de deskundige om de rechter bij te staan is vooropgesteld en partijen worden gestimuleerd om samen te werken bij de verkrijging van deskundigenbewijs.[36]

Onder de *Civil Procedure Rules* beoordeelt de rechter nog steeds of deskundigenbewijs toelaatbaar is. Anders dan in de Verenigde Staten van Amerika, heeft hij daarnaast de verplichting toelaatbaar deskundigenbewijs te beperken tot wat redelijkerwijs nodig is voor de beslissing van het geschil (CPR 35.1). In deze maatstaf is verdisconteerd dat de rechter beoordeelt of het effectief en efficiënt is om een deskundigenadvies in te winnen. Deze beoordeling staat in het teken van de *overriding objective* van de rechter om zaken rechtvaardig te behandelen (CPR 1.1 lid 1), waaronder wordt begrepen een eerlijke en snelle behandeling met beperking van kosten en inspanningen tot wat redelijk is in verhouding tot het belang en de complexiteit van de zaak en de financiële positie van partijen (CPR 1.1. lid 2).
In de woorden van de *Chancery Division*:

> 'The key question now in relation to expert evidence is the question as to what added value such evidence will provide to the court in its determination of a given case' (Chancery Guide 4.6).

De rechter mag bewijslevering door deskundigen niet verhinderen als één van partijen erom verzoekt en hij niet geacht wordt uit eigen wetenschap zonder deskundige te kunnen beslissen, bijvoorbeeld in zaken waarin een medisch oordeel nodig

34 Zuckerman 2006a, p. 713.
35 Zie voor een overzicht Hodgkinson & James 2007, p. 97-98.
36 Zuckerman 2006a, p. 713.

is.[37] Een partij heeft de toestemming van de rechter nodig om een deskundigenadvies in te winnen waarvan zij in de procedure gebruik wil maken (CPR 35.4 lid 1). De rechter kan een limiet stellen aan de kosten die als proceskosten voor vergoeding in aanmerking zullen komen (CPR 35.4 lid 4). Het staat een partij onder de CPR nog steeds vrij om zich door een eigen deskundige te laten adviseren. De partij die zonder toestemming van de rechter een deskundige inschakelt en een deskundigenrapport overlegt in de procedure, loopt echter het risico dat de kosten daarvan niet tot de proceskosten zullen worden gerekend (CPR 35.4 lid 4). De rechter heeft dus invloed op het aantal door partijen in te schakelen deskundigen.[38] De partij die een zonder toestemming van de rechter ingewonnen deskundigenadvies niet tijdig openbaart, loopt bovendien het risico dat het rapport niet voor het bewijs mag worden gebezigd en de deskundige niet ter zitting mag worden gehoord (CPR 35.13). Een deskundigenadvies wordt schriftelijk uitgebracht, tenzij de rechter anders bepaalt (CPR 35.5 lid 1).

De deskundige heeft, ook al ontvangt hij zijn instructies van een partij en wordt hij door een partij betaald, de *overriding obligation* om op zijn vakgebied bijstand te verlenen aan de rechter (CPR 35.3). Partijen en de rechter moeten bij de uitoefening van hun bevoegdheden bevorderen dat de *overriding obligation* wordt nageleefd.[39] Onder de CPR is een partij dus niet meer vrij om deskundigenbewijs te leveren ten aanzien van elk feit dat volgens haar deskundigenbewijs behoeft. Het initiatief om een deskundigenadvies in te winnen, ligt echter, evenals in de Verenigde Staten van Amerika, bij een partij en is niet verplaatst naar de rechter.

Single joint expert

Als beide partijen zich door een deskundige willen laten bijstaan, kunnen zij overeenkomen dat zij samen één deskundige zullen raadplegen, de *single joint expert* (SJE). Nieuw onder de CPR is dat de rechter partijen kan verplichten om met een *single joint expert* (of meerdere *single joint experts* op verschillende vakgebieden) te volstaan in plaats van ieder eigen deskundigen in te schakelen (CPR 35.7). De bedoeling hiervan is tijd en kosten te besparen in zaken die zich lenen voor afdoening met behulp van een gezamenlijk door partijen ingeschakelde deskundige.[40] Volgens de *Queen's Bench Guide*[41] en de *Chancery Guide*[42] is een *single joint expert* vooral aangewezen als een deskundige nodig is om de rechter voor te lichten over feiten in plaats van om een mening te geven (QBG 7.9.5, CG 4.11).

---

37 Bijv. *Hague v Rexam Glass (Barnsley) Ltd.* [2006] EWCA Civ 377, waarin de uitzondering de regel bevestigde: de rechter mocht op basis van in eerdere zaken opgedane ervaring uit symptomen, beschreven in getuigenverklaringen, afleiden dat iemand niet aan een bepaalde ziekte leed.

38 Zuckerman 2006b, p 353-354.

39 Hodgkinson & James 2007, p. 105.

40 Bijv. *Peet v Mid Kent Health Care Trust* [2002] 1 WLR 210; *R v R* [2002] EWCA Civ 409.

41 De *Queen's Bench Guide* van 26 maart 2007 is '*a guide to the working practices of the Queen's Bench Division within the Royal Courts of Justice*'.

42 De *Chancery Guide 2005* heeft volgens het voorwoord tot doel '*to give practical guidance on the conduct of cases in the Chancery Division within the framework of those rules and practice directions*'.

Volgens de *Admiralty & Commercial Courts Guide*[43] volstaat in de meeste zaken een *single joint expert* niet en staat het college meestal toe dat partijen per vakgebied waarop een deskundige nodig is, ieder één deskundige inschakelen (ACCG H2.2).

In het algemeen zijn rechters bereid aan partijen inschakeling van (één of meer) eigen deskundigen toe te staan als dat in een zaak passend en rechtvaardig wordt geacht. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij ingewikkelde kwesties, of als tegengestelde deskundigenopvattingen zijn te verwachten.[44] In de *Queen's Bench Guide* en de *Chancery Guide* wordt als voorbeeld genoemd een aansprakelijkheidszaak waarin in geschil is of een partij heeft gehandeld in overeenstemming met de professionele standaard. Inschakeling van meerdere deskundigen heeft dan als voordeel dat de rechter bekend raakt met de relevante opvattingen over de inhoud van de professionele standaard en dat partijen gelegenheid hebben voor *cross-examination* (QBG 7.9.5, CG 4.11). Zuckerman noemt als risico van de keuze voor een *single joint expert* dat de zaak feitelijk wordt beslist door de deskundige:

> 'This risk is enhanced where there are competing schools in the field of expertise concerning the correct approach to the issue in dispute. If the expert is bound to belong to one of these, it is inevitable that other possible approaches will tend to be pushed to the side. This throws into relief the fact that when there is only one joint expert the scope for testing different possible conclusions on the issue in question is rather limited. Consequently, care needs to be taken to ensure that the right of the parties to court adjudication, as distinguished from adjudication by experts, is not undermined.'[45]

Inschakeling van eigen deskundigen kan verder worden toegestaan in verband met het geldelijk belang van een vordering, of als het partijdebat na het rapport van de *single joint expert* daartoe aanleiding geeft.[46]

4.3.3.2 Keuze van de deskundige

Tot in de negentiende eeuw kwam het voor dat een deskundige door de rechter werd ingeschakeld.[47] Tegenwoordig wordt een deskundige gekozen door een partij. De rechter heeft onder de CPR niet de bevoegdheid gekregen een deskundige te benoemen.[48] Ook bij de keuze van een *single joint expert* ligt het primaat bij

---

43 De Admiralty & Commercial Courts Guide is volgens het voorwoord '*not intended to provide a blueprint for litigation to which practitioners and the court must unthinkingly conform. The interests of efficiency and justice are paramount and the Guide must be treated as a flexible instrument so as to enable the Court to continue to provide a service to the international business community of the highest quality*'.

44 O'Hare & Browne 2007, p. 327; Phipson on Evidence 2005, 33-39.

45 Zuckerman 2006a, p. 731.

46 Day & Le Gat 2001, p. 54-62; Hodgkinson & James 2007, p. 146-150; Keane 2008, p. 551; Phipson on Evidence 2005, 33-39; Zuckerman 2006a, p. 734.

47 Golan 2004, p. 20-21; Hodgkinson & James 2007, p. 145 en 150. De rechter kan wel een *assessor* inschakelen, een persoon die met zijn kennis en ervaring de rechter in een bepaalde zaak bijstaat (CPR 35.15). Een *assessor* wordt zelden gevraagd een schriftelijk advies uit te brengen. Hij kan slechts adviseren en heeft geen beslissingsbevoegdheid. Zie Hodgkinson & James 2007, p. 152-156 en 572.

48 Hodgkinson & James vermelden dat in het strafrecht al ongeveer twintig jaar in discussie is of de rechter bevoegd moet zijn om deskundigen te benoemen (Hodgkinson & James 2007, p. 141). Zie ook Choo 2006, p. 282-283; Phipson on Evidence 2005, 33-39.

partijen. Als partijen het niet eens kunnen worden over de persoon van de *single joint expert*, kan de rechter een deskundige kiezen uit een lijst die partijen overleggen of waarvan zij de vindplaats noemen, of bepalen dat de deskundige op andere wijze wordt gekozen (CPR 35.7 lid 3). Als de rechter heeft bepaald dat partijen het met één deskundige moeten doen en het deskundigenonderzoek zich uitstrekt tot meerdere vakgebieden, moet één deskundige op het meest relevante vakgebied worden gekozen. Deze deskundige dient ervoor te zorgen dat de bijdragen van andere deskundigen worden geïntegreerd in of gehecht aan zijn deskundigenadvies (PD 35/6).[49]

4.3.3.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De opdracht wordt verstrekt door de partij die de deskundige inschakelt. Deze partij bepaalt de inhoud en reikwijdte van de opdracht. De toestemming van de rechter om een deskundige (waaronder een *single joint expert*) in te schakelen, beperkt zich echter tot de opdracht waarmee wordt voldaan aan de criteria voor de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs.[50] Als een *single joint expert* wordt ingeschakeld, mogen partijen de deskundige gezamenlijk of afzonderlijk instrueren (CPR 35.8 lid 1). In het *Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims* (PIE)[51] van de *Civil Justice Council*[52] worden partijen aangespoord het eens te worden over gezamenlijke instructies en vooral af te stemmen waarvan de deskundige zal moeten uitgaan en welke stukken hij zal krijgen (PIE17.6).[53] De *Queen's Bench Division*, de *Chancery Division* en de *Admiralty & Commercial Courts* verlangen van partijen dat zij het eens worden over *terms of reference*, waarin wordt gespecificeerd wat de deskundige wordt verzocht te doen, van welke stukken hij wordt verzocht kennis te nemen en van welke veronderstellingen hij moet uitgaan (QBG 7.9.7, CG 4.13, ACCG H2.3).

Een deskundige kan de rechter verzoeken aanwijzingen te geven voor de uitoefening van zijn taak als deskundige (CPR 35.14).

Worden aan een deskundige vragen voorgelegd over feiten die niet vaststaan en die de deskundige niet zelf zal onderzoeken, dan moet in de vragen en in het deskundigenadvies tot uitdrukking worden gebracht van welke feiten veronderstellenderwijs wordt uitgegaan. De bewijskracht van het deskundigenadvies is dan mede afhankelijk van de vraag of deze feiten komen vast te staan.[54]

Het is op zichzelf toelaatbaar dat partijen aan deskundigen dezelfde vragen voorleggen als in de uitspraak moeten worden beantwoord door de rechter die over

---

49 Keane 2008, p. 551; O'Hare & Browne 2007, p. 328.

50 Zie par. 4.3.3.1.

51 Het '*Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims*' (PIE) van de *Civil Justice Council* geeft invulling aan de *Civil Procedure Rules* en de *Practice Directions*. Onder andere het *Expert Witness Institute* en de *Academy of Experts* hebben ondersteuning verleend bij de totstandkoming ervan. Het protocol is goedgekeurd door de *Master of the Rolls*.

52 De *Civil Justice Council* is een adviesorgaan van de overheid, opgericht in de *Civil Procedure Act 1997* (CPA). Het orgaan heeft tot taak toe te zien op de civiele rechtspleging, te bedenken hoe de civiele rechtspleging beter toegankelijk, eerlijker en efficiënter kan worden, te adviseren over de verdere ontwikkeling en wijzigingsvoorstellen en onderzoeksvoorstellen te doen (art. 6 CPA).

53 O'Hare & Browne 2007, p. 327.

54 Keane 2008, p. 543.

de feiten oordeelt (vragen over een *ultimate issue*), mits met de vragen wordt voldaan aan de eisen voor toelaatbaarheid van deskundigenbewijs. Hierop stuiten vragen naar een *ultimate issue* nogal eens af, bijvoorbeeld doordat het vragen betreft die de rechter ook zonder deskundigenadvies kan beantwoorden.[55]

4.3.4 Spanje

4.3.4.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

Spanje heeft in 2001 een beweging gemaakt in de richting van de Angelsaksische autonomie van partijen ten aanzien van de inschakeling van deskundigen. Op 8 januari 2001 is een vernieuwd wetboek van civiel procesrecht (*Ley de Enjuiciamiento*) in werking getreden. Onder het voordien geldende recht (*Ley de Enjuiciamiento* van 1881) benoemde de rechter een deskundige als hij voor de beslissing andere dan juridische kennis of ervaring nodig had waarover hij niet beschikte. Partijen hadden geen aanspraak op benoeming van een deskundige door de rechter. De deskundige werd gezien als hulppersoon van de rechter.[56] Het deskundigenadvies (*dictamen pericial*) strekte een partij meestal tot bewijs.[57] In deze gang van zaken voorziet het in 2001 ingevoerde wetboek evenzeer (art. 339 LEC).[58] Sinds 2001 bestaat hiervoor echter een alternatief, namelijk inschakeling van deskundigen door een partij voorafgaand aan de procedure.[59] Voordien had een door een partij in het geding gebracht deskundigenadvies niet de bewijskracht van een in opdracht van de rechter uitgebracht deskundigenadvies en was onduidelijk in hoeverre het als schriftelijk bewijsstuk kon dienen.[60] Sinds 2001 kan een partij een door haar ingewonnen deskundigenadvies in de procedure overleggen (art. 336 lid 1 LEC, art. 337 lid 1 LEC, art. 338 LEC). De deskundige kan vervolgens ter zitting worden gehoord. Het door een partij ingewonnen deskundigenadvies behoort geen *ex parte* advies te zijn waarin vooral de stellingen van die partij worden onderbouwd. De deskundige moet in het advies naar waarheid en met de grootst mogelijke objectiviteit zonder bevoordeling van één van partijen ingaan op de relevante aspecten van de zaak op zijn vakgebied (art. 335 lid 2 LEC).[61]

In plaats van zelf een deskundigenadvies in te winnen, kan een partij de rechter vragen een deskundige te benoemen. De rechter geeft aan het verzoek gevolg als hij van oordeel is dat het deskundigenadvies nodig is voor de verdere beslis-

55 De toelaatbaarheid van vragen naar een *ultimate issue* is geregeld in section 3 van de Civil Evidence Act 1972. Voordien waren ze niet toegestaan. Cross & Tapper 2007, p. 574-575; Hodgkinson & James 2007, p. 209/210; Keane 2008, p. 546; Murphy on evidence 2008, p. 368-370; Phipson on Evidence 2005, 33-12.

56 Illescas Rus 2002, p. 52-55; Montero Aroca 2005, p. 310-311, met verwijzing naar vaste rechtspraak.

57 Zie over deskundigenbewijs naar het tot 2001 geldende recht bijv. Garciandía González 1999. Volgens Stürner wordt een deskundigenadvies in Spanje vanouds in hoofdzaak gezien als een bewijsmiddel van een partij (Stürner 2000b, p. 960).

58 Manuel Serra Dominguez, 'La Preuve dans le Procès Civil Espagnol', in: The Law of Evidence in the European Union p. 391-392; Illescas Rus 2002, p. p. 252 e.v.; Montero Aroca 2005, p. 328.

59 Illescas Rus 2002, p. 187 e.v.; Montero Aroca 2005, p. 333.

60 Montero Aroca 2005, p. 339.

61 Manuel Serra Dominguez, 'La Preuve dans le Procès Civil Espagnol', in: The Law of Evidence in the European Union p. 392; Illescas Rus 2002, p. 71-75; Montero Aroca 2005, p. 326.

sing van de zaak.[62] De rechter kan steeds ambtshalve deskundigen inschakelen, ook als door (een) partij(en) ingewonnen deskundigenadviezen in het geding zijn gebracht. De kosten van de door partijen en de rechter ingewonnen deskundigenadviezen komen steeds ten laste van (een) partij(en).

4.3.4.2 Keuze van de deskundige

De partij die een deskundigenadvies inwint, kiest de persoon van de deskundige. De door de rechter benoemde deskundige wordt door de rechter gekozen. Als partijen het eens zijn over de persoon van de deskundige en de opdracht, kan met één deskundige worden volstaan. Als partijen menen dat drie deskundigen moeten worden benoemd, volgt de rechter hen daarin, tenzij hij meent dat met één deskundige kan worden volstaan (art. 339 LEC).[63]

Een door de rechter benoemde deskundige kan worden gewraakt (*recusación)* en de onpartijdigheid van een door de wederpartij ingeschakelde deskundige kan worden betwist (*tacha*) (art. 343 LEC).[64]

Een deskundige moet een officiële titel op zijn vakgebied hebben. Betreft het een vakgebied zonder titels, dan moet iemand worden benoemd die deskundig is op het vakgebied waarop de zaak betrekking heeft (art. 340 LEC). Er worden lijsten van deskundigen bijgehouden die jaarlijks worden geactualiseerd (art. 342 LEC).[65]

4.3.4.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De partij die een deskundigenadvies inwint, bepaalt de inhoud en reikwijdte ervan. Als de deskundige door de rechter wordt benoemd, hebben partijen ruime mogelijkheden om de inhoud en reikwijdte van het deskundigenadvies door middel van verzoeken te beïnvloeden (art. 347 LEC).

Een deskundigenadvies kan betrekking hebben op vragen voor de beantwoording waarvan speciale vakkennis van wetenschappelijke, artistieke, technisch of praktische aard nodig is (art. 335 lid 1 LEC). Aan de deskundige kan worden gevraagd op zijn vakgebied feiten op te helderen, feiten te waarderen of ervaringsregels te verschaffen.[66]

---

62 Illescas Rus 2002, p. 55-60; Montero Aroca 2005, p. 345.
63 Manuel Serra Dominguez, 'La Preuve dans le Procès Civil Espagnol', in: The Law of Evidence in the European Union p. 392; Illescas Rus 2002, p. 285-287; Montero Aroca 2005, p. 346.
64 Zie par. 5.4.2.5.
65 Illescas Rus 2002, p. 289-293; Montero Aroca 2005, p. 328.
66 Garciandía González 1999, p. 187-189; Illescas Rus 2002, p. 63; Montero Aroca 2005, p. 311-315.

4.3.5 *België*

4.3.5.1 *Wijziging van de wettelijke bepalingen*

In België hadden partijen in de praktijk vanouds ruime mogelijkheden om een deskundigenadvies te verkrijgen en te beïnvloeden. In 2007 zijn de wettelijke bepalingen over het deskundigenadvies in opdracht van de rechter gewijzigd.[67] De wijzigingen hebben onder andere tot doel het aantal deskundigenonderzoeken te beperken en deskundigenonderzoeken sneller te doen verlopen. Sinds de wetswijziging moet de rechter die overweegt een deskundige in te schakelen, nagaan of andere, goedkopere onderzoeksmaatregelen volstaan om het geschil op te lossen.

De wijziging houdt verband met geluiden dat de rechter vaker dan nodig een deskundigenadvies inwon,[68] en berust op de opvatting dat een deskundigenonderzoek niet moet worden gelast als bewijs met minder kosten door andere middelen kan worden geleverd.[69] Closset-Marchal heeft erop gewezen dat het Franse recht een soortgelijke beperking kent.[70] Een deskundigenonderzoek kon in België meerdere jaren duren.[71] Volgens de Hoge Raad voor de Justitie (HRJ) was het trage verloop van deskundigenonderzoeken één van de belangrijkste oorzaken van de lange duur van gerechtelijke procedures. De traagheid had volgens de HRJ als oorzaken dat bepaalde deskundigen overbelast waren, de aanstelling van deskundigen in het Gerechtelijk Wetboek (GW) amper was geregeld en de controle door de rechter op de aanstelling en het functioneren van deskundigen ontoereikend was.[72]

Het deskundigenonderzoek zelf moet na de wetswijziging vlotter verlopen door overleg tussen partijen, rechter en deskundige voor aanvang van het onderzoek, een actieve(re) rol van de rechter tijdens het deskundigenonderzoek en de verplichting van de deskundige om een voorlopig advies in te leveren waarop partijen bij de deskundige kunnen reageren.

4.3.5.2 *De keuze om een deskundigenadvies in te winnen*

De Belgische civiele rechter schakelt een deskundige in als hij niet beschikt over de technische kennis die nodig is om bepaalde feiten vast te stellen of de gevolgen ervan te beoordelen. Het resultaat van een deskundigenonderzoek is meestal

---

67 Wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek, B.S. 22 augustus 2007, nr. 244. Zie ook: Kamerstukken S. 3.2390 (Senaat) en K 51.2540 (Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers); Hoge Raad voor de Justitie, Advies betreffende zeven wetsvoorstellen tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek voor wat betreft het deskundigenonderzoek, 29 juni 2005 (www.hrj.be). Zie over de Belgische wetswijziging in Nederland: Voet 2008.

68 Closset-Marchal 2002, p. 9-14; Lysens & Naudts 2005, p. 39.

69 Castermans 2004, nr. 678; Hoge Raad voor de Justitie, Advies betreffende zeven wetsvoorstellen tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek voor wat betreft het deskundigenonderzoek, 29 juni 2005 (www.hrj.be), p. 26-28; Lysens & Naudt 2005, p. 48. Volgens Allemeersch legde de wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek vóór de wijziging teveel nadruk op de partijautonomie (Allemeersch 2007, p. 454).

70 Closset-Marchal 2002, p. 11; Lysens & Naudt 2005, p. 40. Zie over het Franse recht par. 4.3.10.

71 Het was geen uitzondering dat een procedure inclusief deskundigenonderzoek meer dan tien jaar in beslag nam, volgens een wetsvoorstel van 20 september 2004 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat het gerechtelijk deskundigenonderzoek betreft, Kamerstukken Doc 51 1347/001, p. 7. In het jaarverslag 2002 van de Hoge Raad voor de Justitie wordt melding gemaakt van klachten over deskundigenonderzoeken die vier (p. 64) en bijna vijf jaar (p. 66) duurden (www.hrj.be).

72 Hoge Raad voor de Justitie, Jaarverslag 2002, p. 70.

een bewijsmiddel van (een) partij(en).[73] In de bodemprocedure kan de rechter ambtshalve en op verzoek van (een) partij(en) deskundigen benoemen (art. 962 GW). Of de rechter een deskundigenadvies inwint, is overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt.[74] Sinds 1 september 2007 behoort de rechter die een deskundige inschakelt, in de beslissing de omstandigheden te vermelden die een deskundigenonderzoek nodig maken (art. 972 GW). Hierin komt het door de wetgever voorgestane subsidiaire karakter van deskundigenbewijs tot uitdrukking.

Verder kan de rechter bevelen dat een deskundige aanwezig is om een technische toelichting te verstrekken wanneer bewijs door andere middelen wordt geleverd (art. 986 GW). Volgens Mougenot wordt hiervan weinig gebruik gemaakt.[75]

België kent naast het deskundigenonderzoek in de bodemprocedure andere vormen van deskundigenonderzoek, waaronder vormen die zich laten vergelijken met het Nederlandse voorlopig deskundigenbericht en het door partijen overeengekomen (minnelijke) deskundigenonderzoek. Op het minnelijke deskundigenonderzoek zijn de regels van het deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter niet van toepassing. Ook in het minnelijk deskundigenonderzoek moet de deskundige onpartijdig zijn, aan partijen gelegenheid geven opmerkingen te maken en het advies motiveren.[76]

4.3.5.3 Keuze van de deskundige

Als partijen het eens zijn over het vakgebied en de persoon van de deskundige, zal de rechter deze persoon als deskundige benoemen. De deskundige wordt door de rechter gekozen als partijen het niet eens zijn, hetgeen volgens Lurquin en Mougenot vaak voorkomt.[77] Vóór de wetswijziging van 2007 konden partijen de door de rechter benoemde deskundige doen vervangen door een deskundige van hun gezamenlijke voorkeur, zolang de deskundige nog geen kennis had van zijn benoeming (art. 964 GW oud).[78] Sindsdien kan de rechter op verzoek van een partij de deskundige vervangen die de opdracht niet naar behoren vervult. Als partijen hier gezamenlijk om verzoeken, moet de rechter de deskundige vervangen (art. 979 lid 1 GW). Partijen kunnen een niet door hen gekozen deskundige wraken.[79] Sinds de wetswijziging van 2007 is wettelijk voorgeschreven dat met één deskundige wordt volstaan. In de beslissing om meer deskundigen te benoemen, moet worden vermeld waarom dat nodig is (art. 972 lid 1 en 982 GW).

---

73 Cécile M. Bervoets, 'Belgien'in: Nagel/Bajons 2003, p. 49; Castermans 2004, nr. 678; Cloquet 1975, nr. 92-94; Lurquin 1985, nr. 67-72; Lysens & Naudts 2005, p. 45-49; Dominique Mougenot, 'La Preuve en Droit Belge', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 102; Vanlersberghe 2000, nr. 2.

74 Castermans 2004, nr. 678; Maes 2006, p. 237.

75 Dominique Mougenot, 'La Preuve en Droit Belge', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 105.

76 Castermans 2004, nr. 677 (minnelijk onderzoek). Castermans 2004, nr. 679; Lysens & Naudts 2005, p. 40-45 (vormen van voorlopig deskundigenbericht).

77 Lurquin 1985, nr. 97; Dominique Mougenot, 'La Preuve en Droit Belge', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 104.

78 Castermans 2004, nr. 681; Lysens & Naudts 2005, p. 66.

79 Zie over de wraking van deskundigen par. 5.4.2.1.

4.3.5.4 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De uitspraak waarin het deskundigenonderzoek wordt gelast, moet een nauwkeurige omschrijving van de opdracht van de deskundige bevatten (art. 972 lid 1 GW). De rechter moet onder andere de plaats, het voorwerp en de omvang van de opdracht vermelden en tegelijk aan de deskundige de nodige ruimte laten om de punten te behandelen die hij relevant acht en waarvan de relevantie aan partijen en de rechter niet op voorhand duidelijk is.[80] Partijen kunnen de rechter van oudsher suggesties voor de opdracht doen.[81] Sinds de wetswijziging van 2007 is ook voorzien in inbreng van de deskundige in de opdracht. Na de benoeming van de deskundige vindt een zogenoemde installatievergadering plaats, tenzij de rechter daarvan met instemming van partijen afziet. Bij de installatievergadering verschijnen partijen persoonlijk en wordt de deskundige telefonisch of via een ander telecommunicatiemiddel geraadpleegd, tenzij een partij of de rechter vraagt om verschijning van de deskundige. Na afloop van de installatievergadering past de rechter zonodig de opdracht van de deskundige aan (art. 972 lid 2 GW).

Het deskundigenonderzoek staat in het teken van waarheidsvinding ten aanzien van de feiten waarop het betrekking heeft.[82] De opdracht aan de deskundige moet strekken tot feitelijke vaststellingen of een technisch advies waarmee de rechter in staat wordt gesteld een juridisch oordeel te geven. Onder feitelijke vaststelling wordt verstaan dat een feitelijke toestand wordt beschreven, bijvoorbeeld van een voorwerp. De beschrijving kan vergezeld gaan van een oordeel op het vakgebied van de deskundige.[83] De rechter mag de deskundige niet vragen naar de gegrondheid van de vordering of naar de juridische kwalificatie van feiten.[84] Dit wordt volgens vaste rechtspraak strijdig geacht met de regel dat de rechter zijn rechtsmacht niet mag overdragen (art. 11 lid 1 GW).[85]

De deskundige is gebonden aan de opdracht. Tot de wetswijziging van 2007 kon een partij de rechter verzoeken de opdracht uit te breiden (art. 974 GW oud) en konden partijen de opdracht van de deskundige ook in onderlinge overeenstemming uitbreiden.[86] Sinds 1 september 2007 is aan de rechter een actieve rol tijdens het deskundigenonderzoek toebedeeld. Hij volgt het verloop van het onderzoek, de deskundige vervult de opdracht onder zijn toezicht en hij beslist over alle punten waarover tussen partijen of tussen partijen en de deskundige verschil van mening ontstaat (art. 973 GW). Dit betekent dat de rechter ook wordt geacht te beslissen over een eventuele uitbreiding van de opdracht.

---

80 Lysens & Naudts 2005, p. 61 en 63.
81 Cloquet 1975, nr. 119-120; Lurquin nr. 130.
82 Cloquet 1975, nr. 88.
83 Cloquet 1975, nr. 104-105; Lysens & Naudts 2005, p. 39.
84 Castermans 2004, nr. 369; Cloquet 1975, nr. 100; Lurquin 1985, nr. 132; Maes 2006, p. 238; Vanlersberghe 2000, nr. 10.
85 Bijv. HvC 12 december 1985, N-19851212-11; HvC 14 september 1992, N-19920914-7; HvC 3 juni 2004, N-20040603-9; HvC 10 november 2006, N-20061110-2. Lysens & Naudts 2005, p. 61.
86 Castermans 2004, nr. 680 en 686; Cloquet 1975, nr. 121-122; Lurquin 1985, nr. 156.

4.3.6 Duitsland

4.3.6.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

Volgens het Duitse civiele procesrecht schakelt de rechter in de bodemprocedure ambtshalve of op verzoek van partijen een deskundige in als voor de beslissing kennis of ervaring nodig is waarover de rechter niet beschikt.[87] De deskundige wordt gezien als hulppersoon van de rechter en het deskundigenadvies als bewijsmiddel.[88] Waarnemingen van de deskundige kunnen in de plaats treden van de eigen waarneming van de rechter. Soms moet de eigen waarneming van de rechter zelfs wijken voor die van de deskundige, zoals bij het medisch onderzoek waarin handelingen worden verricht die zijn voorbehouden aan een arts.[89]

Een verzoek van een partij om een deskundigenadvies in te winnen, hoeft de rechter niet te honoreren als hij zonder deskundigenadvies kan en mag beslissen.[90] Als een onderdeel van de beslissing betrekking heeft op een ander dan het rechterlijke vakgebied en de rechter zonder deskundigenadvies beslist, moet hij in zijn beslissing verantwoorden dat hij over voldoende kennis op het andere vakgebied beschikt om de kwestie zonder bijstand van een deskundige te beoordelen:[91] Dit is bijvoorbeeld door de Duitse cassatierechter verwoord in een zaak over de medische gevolgen van een ongeluk in een zwembad:

> '(...) Es ist zwar grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen, ob es die eigene Sachkunde für ausreichend erachtet (..). Die Würdigung eines nicht einfachen medizinischen Sachverhalts, wie ihn die Folgen eines Badeunfalls darstellen, erfordert aber regelmäßig eine spezielle Sachkunde und wird nicht schon durch die Kenntnis allgemeiner Erfahrungssätze ermöglicht, die sich das Gericht in anderen Verfahren oder aus vorgelegten schriftlichen Gutachten angeeignet haben mag. Sie setzt stets die sachkundige Berücksichtigung der aus medizinischer Sicht maßgeblichen Umstände des konkreten Einzelfalls voraus und übersteigt damit das gemeinhin zuzumutende Laienwissen. Die medizinischen Kenntnisse, die ein Gericht aus anderen von ihm zu entscheidenden Fällen und in diesen möglicherweise erstatteten Gutachten zu gewinnen vermag, sind dagegen notwendig bruchstückhaft, auf den jeweils zur Entscheidung gestellten Einzelfall ausgerichtet, und nicht verallgemeinerungsfähig. Sie sind in aller Regel nicht geeignet, die erforderliche Sachkunde des Gerichts in einem anderen Fall zu begründen. Solche Kenntnisse sind erwünscht und in der Regel auch erforderlich, um dem Gericht die Möglichkeit zu verschaffen, in zur Entscheidung anstehenden Rechtsstreitigkeiten erforderliche und zweckdienliche Fragen an Parteien und Sachverständige richten zu können (..).

87 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402 nr. 4; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 12 nr. 1; Müller 1988, nr. 23; Ulrich 2007, nr. 5-13.

88 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402 nr. 2; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 11 nr. 1 en 7; Wolfgang Brehm, 'Beweisrecht in Deutschland', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 200; Heinrich Nagel, 'Deutschland', in: Nagel/Bajons 2003, p. 124; Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 33-51; Ulrich 2007, nr. 2; Wellmann 2004, p. 48-49.

89 Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 25.

90 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402 nr. 12-13.

91 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402 nr. 13; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 12 nr. 8.

> Sie vermögen jedoch wegen der in jedem Einzelfall möglichen Besonderheiten die Entscheidung medizinischer Fragen aus eigenem Wissen nicht zu tragen.'[92]

Dit hoeft echter niet tot inschakeling van deskundigen te leiden in situaties waarin de rechter gebruik maakt van alledaagse ervaringsregels of van openbaar toegankelijke kennis, bijvoorbeeld een woordenboek.[93] Als minder alledaagse kennis of ervaring nodig is voor de beoordeling van het geschil, beperkt de motiveringsplicht de Duitse rechter in feitelijke instantie in de keuzevrijheid om een deskundigenadvies in te winnen. Een voorbeeld kan duidelijk maken wat dit in de praktijk betekent:

> Een vrouw wier zoon bij een verkeersongeval om het leven is gekomen, vordert uitkering onder een ongevallenverzekering. De verzekeraar weigert uit te keren en beroept zich er overeenkomstig een polisbepaling op dat de zoon onder invloed van een zodanige hoeveelheid alcohol heeft gereden, dat hij niet tot rijden in staat was.
> De zoon was bij het ongeval op slag dood. Drieëneenhalfuur later zijn uit zijn hart vier bloedmonsters afgenomen. Na onderzoek werd een bloedalcoholgehalte van 1,03‰ vastgesteld. In Duitsland geldt een regel dat een bloedmonster bij een overleden persoon moet worden afgenomen uit een ader in het bovenbeen, om te vermijden dat het monster vermengd raakt met alcohol uit maag of darm. Deze afname was in dit geval niet meer mogelijk, omdat de zoon een grote hoeveelheid bloed had verloren bij het ongeval.
> De moeder krijgt in eerste aanleg en in hoger beroep ongelijk. Zij heeft in hoger beroep aangevoerd dat een agent haar had gezegd dat het bloedmonster niet volgens de regels was afgenomen. Haar verzoek om ter beoordeling hiervan een deskundige te benoemen, is afgewezen. In hoger beroep is haar verweer verworpen met een feitelijke motivering, waarin gebruik is gemaakt van andere omstandigheden rond het ongeval, die er volgens de rechter op wezen dat de zoon onder invloed van alcohol had gereden: hij was niet in staat geweest in de bocht op de eigen weghelft te blijven; toen hij van de weg raakte had hij niet bijgestuurd of geremd, maar was hij doorgereden in de berm; hij droeg geen gordel; van andere mogelijke oorzaken van het ongeval was niet gebleken.
> In cassatie wordt geklaagd dat ten onrechte geen deskundige is benoemd. De klacht slaagt, omdat uit de uitspraak in hoger beroep ten onrechte niet blijkt dat de rechter zelf beschikte over voldoende kennis van vragen rondom de afname en het onderzoek van bloed van een overleden persoon en niet uiteen heeft gezet waarom in dit geval geen sprake kan zijn geweest van een verontreinigd bloedmonster. Dat had wel gemoeten, omdat het bloed ter vermijding van verontreiniging uit een ader in het bovenbeen had moeten worden afgenomen en dat hier niet was geschied.[94]

92 BGH 21 maart 2000, *NJW* 2000, p. 1946-1947. In vergelijkbare zin bijv. BGH 29 juni 2006, I ZR 110/03; BGH 23 november 2006, III ZR 65/06.
93 Balzer 2005, nr. 200; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 12 nr. 1-2.
94 BGH 3 juli 2002, *NJW* 2002, p. 3112-3113, IV ZR 205/01.

Deze zaak illustreert dat de Duitse rechter niet zonder deskundigenadvies mag oordelen over een verweer dat een technisch of procedureel voorschrift is geschonden, als hij niet motiveert waarom hij daartoe in staat is, ongeacht of het oordeel van de rechter overigens toereikend en niet onbegrijpelijk is gemotiveerd. Een ander voorbeeld biedt een zaak waarin de rechter in feitelijke instantie een deskundige had moeten raadplegen over de vraag of iemand door schimmel in zijn woning een chronische ziekte kan oplopen. Volgens de Duitse cassatierechter kon de rechter niet worden geacht te beschikken over de kennis die nodig is voor de beoordeling hiervan.[95] Wel mocht de rechter zonder deskundigenadvies op grond van zijn ervaring met mededingingszaken beoordelen of bepaalde spijkerbroeken aanleiding gaven tot verwarringsgevaar.[96]

Obergutachten

Nadat een deskundigenadvies is uitgebracht, kan de rechter nog een deskundige benoemen (§ 412 ZPO). Als het een deskundige betreft op hetzelfde vakgebied als de reeds geraadpleegde deskundige, wordt het volgende deskundigenadvies wel een *Obergutachten* genoemd. In literatuur en rechtspraak wordt dit begrip echter in verschillende zin gebruikt. Soms wordt ermee aangeduid dat een tweede deskundige wordt ingeschakeld, aan wie bijvoorbeeld (nadere) vragen worden voorgelegd als de deskundigheid van de reeds geraadpleegde deskundige in het geding is, de reeds geraadpleegde deskundige mogelijk van verkeerde veronderstellingen is uitgegaan, diens advies tegenstrijdigheden bevat, of een andere deskundige over betere onderzoeksmethoden beschikt.[97] Het enkele feit dat een partij het niet eens is met het advies van de door de rechter benoemde deskundige, noopt overigens niet tot benoeming van nog een deskundige.[98] In andere gevallen wordt met *Obergutachter* de deskundige aangeduid die wordt benoemd als meerdere deskundigen uiteenlopende opvattingen hebben en de rechter daardoor niet kan beslissen. De *Obergutachter* is dan een deskundige met bijzondere vakkennis of groot gezag op zijn vakgebied.[99]

---

95 BGH 22 november 2005, VI ZR 330/04. Zie bijv. ook: BGH 11 oktober 2005, X ZR 76/04 (octrooi); BGH 19 januari 2006, III ZR 121/05 (betwist causaal verband tussen waterschade bij zware regenval en schending zorgplicht gemeente); BGH 23 november 2006, III ZR 65/06; BGH 16 januari 2007, VI ZR 166/06; BGH 21 mei 2007, II ZR 266/04; BGH 26 juni 2007, VI ZR 163/06. Verder: Balzer 2005, nr. 201; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 12 nr. 8.

96 BGH 15 september 2005, I ZR 151/02. Zie ook BGH 23 februari 2006, III ZR 176/05: de rechter mocht met behulp van dia's op grond van algemene levenservaring zonder deskundigenadvies constateren dat er sprake was van schade.

97 Bijv. BGH 17 februari 1970, *NJW* 1970, p. 946; BGH 21 januari 1991, *NJW* 1991, p. 1418. Balzer vindt het verkeerd om een tweede deskundigenadvies een *Obergutachten* te noemen, omdat niemand weet of het tweede beter zal zijn dan het eerste (Balzer 2005, p. 130).

98 Bijv. BGH 18 maart 1974, *NJW* 1974, p. 1424.

99 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 412 nr. 5-6; Carstensen in: Der medizinische Sachverständige 1995, p. 115; Musielak/Huber 2007, § 412, nr. 3; Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 22-23; Ulrich 2007, nr. 663; Zuschlag 2002, p. 29-30.

4.3.6.2 Keuze van de deskundige

De rechter die een deskundige wil benoemen, kan van partijen verlangen dat zij voorstellen doen voor de persoon van de te benoemen deskundige (§ 404 lid 3 ZPO). De keuze kan voor de rechter problematisch zijn, afhankelijk van de mate waarin daarbij kennis nodig is van het vakgebied van de te benoemen persoon.[100] Overleg met partijen over de te benoemen persoon is mede bedoeld om de kans te beperken dat de benoemde deskundige wordt gewraakt.[101] De rechter bepaalt het aantal te benoemen deskundigen. Als partijen het eens zijn over de te benoemen persoon, moet de rechter hun voorstel volgen, maar hij hoeft daardoor niet meer deskundigen te benoemen dan hij nodig acht (§ 404 lid 4 ZPO). Omstreden is of de rechter naast de deskundige over wie partijen het eens zijn, tevens een deskundige van zijn eigen voorkeur mag benoemen, en of de rechter partijen alleen hoeft te volgen als zij hun voorstel hebben gedaan voordat de rechter een deskundige benoemt.[102] Als partijen het niet eens zijn over de te benoemen persoon, bepaalt de rechter wie hij als deskundige benoemt.[103] De deskundige kan door een partij worden gewraakt.[104] Tegen de benoeming van een deskundige staat geen hogere voorziening open.[105]

4.3.6.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De rechter formuleert de opdracht aan de deskundige in de bewijsopdracht (*Beweisbeschluss*). Hierin worden de feiten beschreven die in geschil zijn en bewijs behoeven (§ 359 ZPO). De rechter behoort concrete vragen aan de deskundige te stellen.[106] Binnen de bewijsopdracht staat het deskundigenonderzoek in het teken van waarheidsvinding.[107] In het Duitse procesrecht komt tot uitdrukking dat rechter en deskundige ieder verantwoordelijkheid dragen voor een deugdelijke vraagstelling. Voor zover nodig moet de rechter de deskundige horen voordat de bewijsopdracht wordt geformuleerd (§ 404a lid 2 ZPO).[108] Dit kan ook telefonisch.[109] Het komt volgens Ulrich in de praktijk weinig voor dat de te benoemen deskundige door de rechter wordt betrokken bij de totstandkoming van de vraagstelling.[110] Op verzoek van de deskundige moet de rechter de opdracht toelichten (§ 404a lid 2 ZPO). De behoefte daaraan ontstaat volgens Leupertz/Hettler vaker tijdens dan bij aanvang van het deskundigenonderzoek.[111] Als voor het deskundi-

100 Walterscheidt, in: Wellmann/Hüttemann, Walterscheidt & Weidhaas 2004, p. 51; Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 13 nr. 4.
101 Musielak/Huber 2007, § 404 nr. 1
102 Ulrich 2007, nr. 160, met verdere verwijzingen.
103 Ulrich 2007, nr. 149-156.
104 Zie over de wraking van deskundigen par. 5.4.2.2.
105 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 404 nr. 7; Ulrich 2007, nr. 157.
106 Wolfgang Brehm, 'Beweisrecht in Deutschland', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 201; Ulrich 2007, nr. 304.
107 Heinrich Nagel, 'Deutschland', in: Nagel/Bajons 2003, p. 125.
108 Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 14 nr. 36-37.
109 Ulrich 2007, nr. 305.
110 Ulrich 2007, nr. 313.
111 Leupertz & Hettler 2007, nr. 17. Zij vermelden ook dat de voorschriften van § 404a ZPO in de praktijk te vaak worden genegeerd (Leupertz & Hettler 2007, nr. 17 en 166).

genonderzoek relevante feiten tussen partijen niet vaststaan, bepaalt de rechter van welke feiten de deskundige moet uitgaan (§ 404a lid 3 ZPO).

De rechter kan vermelden welke vaststaande feiten de deskundige tot uitgangspunt moet nemen, maar kan ook veronderstellen dat de deskundige deze zal herkennen in de processtukken.[112] Ter vaststelling van de feiten waarvan de deskundige moet uitgaan, kunnen eventueel eerst getuigen worden gehoord, zonodig in aanwezigheid van de deskundige. De feiten waarvan de deskundige moet uitgaan, worden *Anknüpfungstatsachen* genoemd. De feiten die de deskundige op zijn vakgebied dient op te helderen, worden *Befundtatsachen* genoemd. Feiten die tijdens het deskundigenonderzoek naar voren komen en voor een ieder waarneembaar zijn, worden *Zusatztatsachen* genoemd.[113]

De rechter kan de deskundige verzoeken een vraag zowel te beantwoorden voor het geval bepaalde feiten komen vast te staan als voor het geval waarin dat niet gebeurt.[114] De rechter moet de deskundige inlichten over juridisch relevante aspecten van de vraagstelling. Zo behoort de rechter een medisch deskundige die voornamelijk adviseert in zaken op het gebied van het sociaal zekerheidsrecht en in een civielrechtelijke zaak wordt benoemd, erop te attenderen dat in het civiele aansprakelijkheidsrecht andere causaliteitscriteria en andere bewijsregels gelden dan in het sociaal zekerheidsrecht.[115]

Ook de deskundige heeft volgens het Duitse procesrecht taken in het kader van de vraagstelling. De deskundige dient bij de benoeming direct vast te stellen of de opdracht binnen de grenzen van zijn vakgebied valt en kan worden vervuld zonder inschakeling van andere deskundigen. Valt de opdracht buiten zijn vakgebied of zijn andere deskundigen nodig, dan dient hij dat ter beperking van kosten en tijdsverloop direct aan de rechter te laten weten (§ 407a ZPO).[116] Bij twijfel over de inhoud en omvang van de opdracht moet de deskundige de rechter om een toelichting vragen (§ 407a lid 3 ZPO).[117] Hieronder is begrepen het geval waarin de deskundige ziet dat de vragen op zijn vakgebied verkeerd zijn doordat aan de stellingen van partijen verkeerde uitgangspunten op zijn vakgebied ten grondslag liggen.[118] In medische beroepsaansprakelijkheidszaken wordt de deskundige in de vraagstelling soms uitgenodigd om ook opmerkingen te maken over aspecten van de zaak die niet expliciet in de vraagstelling zijn betrokken, maar die volgens de deskundige van invloed kunnen zijn op de beslissing van de zaak.[119] Ziet de des-

112 Musielak/Huber 2007, § 404a nr. 2.
113 Müller 1988, nr. 547-551; Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 15 nr. 1; Schnapp 1985, p. 564; Ulrich 2007, nr. 7.
114 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 404a nr. 7; Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 14 nr. 24; Ulrich 2007, nr. 322 en 372.
115 Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 14 nr. 39; Ulrich 2007, nr. 324.
116 Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 14 nr. 51; Ulrich 2007, nr. 336; Walterscheidt, in: Wellmann/Hüttemann, Walterscheidt & Weidhaas 2004, nr. 103. Deze werkzaamheden komen volgens Huber (Musielak/Huber, ZPO § 407a nr. 2) niet en volgens Ulrich (Ulrich 2007, nr. 336) wel voor vergoeding in aanmerking.
117 Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 14 nr. 53; Ulrich 2007, nr. 344-346; Walterscheidt in: Wellmann/Hüttemann, Walterscheidt & Weidhaas 2004, nr. 145.
118 Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 14 nr. 9 en (Mayr) § 29 nr. 10.
119 Ludger Figgener, 'Typische Mängel in gerichtlichen Beweisbeschlüssen', in: Der medizinische Sachverständige 1995, p. 102.

kundige voorafgaand aan of tijdens het deskundigenonderzoek dat de vraagstelling de kernvraag op zijn vakgebied onvoldoende raakt, dan is hij verplicht zich tot de rechter te wenden.[120] De rechter moet vervolgens beoordelen of de vraagstelling aanpassing behoeft. Als de deskundige de rechter voorstellen doet over de vraagstelling, wordt hij geacht de grenzen van het geschil van partijen te respecteren. Hij is gebonden aan het door de rechter weergegeven feitencomplex en kan geen nieuwe geschilpunten toevoegen. Doet hij dat wel, dan kan zijn onpartijdigheid in het geding komen.[121]

Voor zover nodig bepaalt de rechter de reikwijdte van de bevoegdheid van de deskundige om de door een partij te bewijzen feiten op te helderen (§ 404a lid 4 ZPO). In het algemeen wordt het aan de deskundige overgelaten hierin zijn weg te vinden. Treedt de deskundige buiten de opdracht, dan kan dit aanleiding geven tot hogere kosten, vertraging en problemen met de onpartijdigheid van de deskundige. In bijzondere gevallen kan worden getracht dit risico te beperken door begrenzing van de opdracht overeenkomstig § 404a ZPO.[122]

Het is de taak van de deskundige om de rechter voor te lichten over feiten of normen op het vakgebied van de deskundige. Aan de deskundige kan worden opgedragen feiten op zijn vakgebied op te helderen, ervaringsregels ter kennis van de rechter te brengen en conclusies te trekken.[123] De deskundige kan ook worden ingeschakeld voor een plaatsopneming die de rechter zelf zou kunnen doen.[124] Het is niet toegestaan de deskundige te vragen naar de juridische gegrondheid van de vordering en de deskundige mag in de antwoorden op de vragen geen juridisch oordeel geven.[125]

Vermeldenswaardig in verband met de inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht is tot slot dat de deskundige die bij aanvang van of tijdens het deskundigenonderzoek voorziet dat de kosten van het deskundigenadvies kennelijk buitensporig zullen zijn in verhouding tot het belang van de zaak of dat de kosten het voorschot aanzienlijk, dat wil zeggen 25% of meer, te boven zullen gaan, daarvan tijdig melding moet maken (§ 407a lid 3 ZPO).[126]

---

120 Ulrich 2007, nr. 314 en 581.
121 Ulrich 2007, nr. 315.
122 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 404a nr. 8; Ulrich 2007, nr. 330.
123 Balzer 2005, nr. 199-200; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402 nr. 4; Wolfgang Brehm. 'Beweisrecht in Deutschland', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 200; Musielak/Huber 2007, ZPO § 402 nr. 1; Heinrich Nagel, 'Deutschland', in: Nagel/Bajons 2003, nr. 47; Olzen 1980, p. 69; Pieper in: Pieper, Breuning & Stahlmann 1982, p. 12-13; Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 12 nr. 9-14; Ulrich 2007, nr. 5-15.
124 Pieper in: Pieper, Breuning & Stahlmann 1982, p. 13. Volgens § 372 ZPO kan de rechter die een plaatsopneming doet, zich door een deskundige laten vergezellen.
125 Ulrich 2007, nr. 306-308.
126 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a nr. 20; Ulrich 2007, nr. 347.

4.3.7 Oostenrijk

4.3.7.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

In Oostenrijk benoemt de rechter een deskundige als hij niet beschikt over kennis of ervaring die nodig is voor de beslissing (§ 351 ZPO). De deskundige wordt gezien als hulppersoon of medewerker van de rechter en het deskundigenadvies als een bewijsmiddel.[127] Vergt de beoordeling van een feitelijke kwestie in een zaak specifieke, niet-juridische vakkennis of kennis van handelsgebruiken, dan mag de rechter van inschakeling van deskundigen afzien als eigen kennis van de rechter die inschakeling overbodig maakt en partijen erin toestemmen dat de rechter zonder deskundigen beslist:[128]

> 'Das Gericht kann in Fällen, in welchen der Gegenstand zu seiner Beurteilung fachmännische Kenntnisse erfordert oder in welchen das Bestehen von geschäftlichen Gebräuchen in Frage kommt, ohne Zuziehung von Sachverständigen entscheiden, wenn die eigene Fachkunde oder das eigene Wissen der Richter diese Zuziehung überflüssig macht und die Parteien zustimmen' (§ 364 ZPO).

Volgens Fasching wordt in dit voorschrift miskend dat het niet aan partijen is om te beoordelen of de rechter voldoende kennis en ervaring heeft om zonder deskundigenadvies te beslissen. Het gaat er om dat de rechter aan partijen kenbaar maakt dat hij eigen bijzondere kennis en ervaring wil gebruiken in plaats van een deskundigenadvies in te winnen, en dat hij partijen voldoende gelegenheid geeft om de punten naar voren te brengen die zij relevant vinden voor de beoordeling van de feiten die in geschil zijn:

> 'Diese widersinnige Vorschrift scheint es also der Beurteilung der Parteien überlassen zu wollen, ob der Richter genügend Fachkenntnisse besitzt; sie stellt auch offenbar in Frage, ob der Richter ein Gutachten eines Sachverständigen überhaupt frei würdigen darf (§ 272 ZPO), denn eine solche Würdigung und ein Abweichen vom Gutachten setzt ja richterliche Fachkenntnisse voraus. (...) Schließlich ist diese Regelung in der Hand von Parteien, die entweder finanziell stark sind oder die Verfahrenshilfe genießen, ein Mittel zur Verschleppung des Prozesses und ist so außerdem unsozial. Eine sinnvolle Auslegung des § 364 ZPO muß daher schon im Zusammenhang mit der in den Motiven erklärten Absicht (...), das richterliche Fachwissen in erweitertem Ausmaß zu berücksichtigen, zu dem Ergebnis führen, daß der Richter nach wie vor sein Fachwissen auch ohne Zustimmung der Parteien benützen und daher auch von einem Sachverständigen absehen kann; er muß aber vorher mit den Parteien erörtern, warum er von seinem Fachwissen Gebrauch macht, und muß dieses vor ihnen offenlegen und ihnen auch Gelegenheit zur Fragestellung und zum Hinweis auf bestimmte Spezialfragen geben.'[129]

---

127 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 468; Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 149; Fasching 1990, nr. 996; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff, nr. 3; Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1003; Rechberger 2006, Vor § 351, nr. 2; Rechberger & Simotta 2003, nr. 634 en 637.

128 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 469; Rechberger & Simotta 2003, nr. 634. Vgl. OGH 13 november 1984, 4 Ob 371/84.

129 Fasching 1990, nr. 856. In gelijke zin: Jelinek 1990, p. 47; Rechberger 2006, § 364, nr. 2; Rechberger & Simotta 2003, nr. 601. Anders: Rüffler 1995, p. 42 e.v. Rechberger vermeldt dat onzeker is of de rechtspraak de opvatting van Fasching heeft gevolgd (Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 364 ZPO, nr. 3).

Hoewel de betekenis van § 364 ZPO in de uitleg van Fasching wordt gereduceerd, gaat hij nog altijd verder dan naar geldend recht van de Nederlandse rechter wordt verlangd. Zoals ik in par. 4.7.1.5 zal toelichten, hoeft de Nederlandse rechter niet aan partijen kenbaar te maken dat hij eigen bijzondere kennis en ervaring wil gebruiken in plaats van een deskundigenadvies in te winnen, maar slechts te bewaken dat het gebruik van eigen bijzondere kennis en ervaring voor partijen geen ontoelaatbare verrassingsbeslissing is.

4.3.7.2 Keuze van de deskundige

De rechter bepaalt na overleg met partijen wie als deskundige wordt benoemd (§ 351 ZPO). Hij kan hierbij putten uit de *Gerichtssachverständigenliste*, een databank waarin de vast gerechtelijk deskundigen van overheidswege zijn geregistreerd.[130] Aan de voorstellen van partijen is de rechter niet gebonden, ook niet als partijen het eens zijn.[131] De rechter streeft veelal naar overeenstemming met partijen over de persoon van de deskundige.[132] Tegen de benoeming staat geen rechtsmiddel open.[133] Partijen kunnen de deskundige wraken (§ 355-356 ZPO).[134]

4.3.7.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

Het Oostenrijkse civiele procesrecht kende tot 2003 een algemeen voorschrift dat de rechter in een bewijsopdracht (*Beweisbeschluss*) de feiten die in geschil zijn en waarop de bewijslevering betrekking heeft, nauwkeurig moest omschrijven (§ 277 lid 1 ZPO).[135] Hieruit werd afgeleid dat de rechter de opdracht aan de deskundige nauwkeurig moet formuleren. De Oostenrijkse wettelijke regeling van deskundigenbewijs bevat geen aanwijzingen voor de inrichting van de opdracht. De rechter mag desgewenst volstaan met een algemene vraag om advies over de omschreven feiten en is niet gehouden concrete vragen aan de deskundige voor te leggen.[136] Partijen mogen zich uitlaten over de formulering van de opdracht.[137] De rechter kan de deskundige betrekken bij de totstandkoming van de vraagstelling, hetgeen volgens Rüffler in complexe zaken wenselijk is.[138] De deskundige die de grenzen van de opdracht op eigen initiatief overschrijdt, loopt het risico dat hij in zoverre geen betaling voor zijn werkzaamheden ontvangt (§ 25 lid 1 GebAG). Deskundigen die twijfelen over inhoud en reikwijdte van de opdracht kunnen hier-

130 De *Gerichtssachverständigenliste* is gepubliceerd op internet (www.edikte.justiz.gv.at).
131 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 149; Fasching 1990, nr. 1009; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 351, nr. 2; Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1009. Bijv. OGH 18 februari 1992, 5Ob1006/92.
132 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 468; Mayr in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 57.
133 Dit wordt naar vaste rechtspraak afgeleid uit de regel dat tegen een bewijsopdracht geen afzonderlijk rechtsmiddel openstaat (§ 277 lid 4 ZPO). Bijv. OGH 28 mei 2001, 8ObA124/01w. Zie ook Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 150; Fasching 1990, nr. 1012; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 352, nr. 4; Rüffler 1995, 162.
134 Zie over de wraking van deskundigen par. 5.4.2.4.
135 Fasching 1990, nr. 906. Afschaffing § 277 ZPO: BGBl I 2002/76.
136 Rüffler 1995, p. 157, met verdere verwijzingen, en p. 158.
137 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 133; Rüffler 1995, p. 160.
138 Rüffler 1995, p. 159.

in aanleiding zien om nadere instructies van de rechter te verlangen. De deskundige is daartoe volgens Rüffler verplicht nadat hij de eed heeft afgelegd om zijn taak naar beste weten en geweten te vervullen.[139]

De deskundige vervult een functie in de waarheidsvinding.[140] Aan de deskundige kan worden gevraagd feiten op zijn vakgebied op te helderen ten behoeve van de rechter, ervaringsregels te geven, conclusies te trekken uit ervaringsregels en feiten vast te stellen op grond van ervaringsregels. Wordt volstaan met de opheldering van feiten, dan betreft het een *Befund*. In andere gevallen verstrekt de deskundige een *Gutachten*.[141]

4.3.8 Zwitserland

4.3.8.1 Naar een uniform procesrecht

In Zwitserland kent elk kanton eigen civiel procesrecht. Een grondwetswijziging uit 1999[142] biedt de mogelijkheid om landelijk uniform procesrecht te ontwikkelen.[143] Het *Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement* (EJPD) heeft in 1999 een *Expertenkommission* ingesteld, bestaande uit onder andere wetenschappers, advocaten en rechters. Deze commissie heeft in 2003 een voorontwerp met toelichting het licht doen zien voor een *Schweizerische Zivilprozessordnung* (Vorentwurf ZPO).[144] Op instigatie van de regering is vervolgens een consultatieronde gehouden. Het wetsvoorstel voor een landelijk uniform wetboek van civiel procesrecht (Entwurf ZPO) is sinds 2006 aanhangig. De behandeling ervan wordt naar verwachting in 2008 afgerond. Het is de bedoeling is dat de nieuwe wet op 1 januari 2010 in werking treedt.[145]

4.3.8.2 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

De rechter kan ambtshalve of op verzoek van een partij een deskundige benoemen (art. 180 lid 1 Entwurf ZPO). Deze bevoegdheid dient de materiële waarheidsvinding.[146] De deskundige is *Richtergehilfe*:[147] hij stelt kennis of ervaring op zijn vakgebied ten dienste van de rechter. Een deskundige kan feiten ophelderen waarvoor bijzondere kennis is vereist, de rechter informeren over ervaringsregels op een bepaald vakgebied, en feiten beoordelen met behulp van kennis en ervaring op zijn

139 Rüffler 1995, p. 160.
140 Irmgard Reiterer, 'Österreich', in: Nicklisch 1984, p. 134. Zie ook Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 136; Fasching 1990, nr. 1009; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff, nr. 3.
141 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 149; Fasching 1990, nr. 1003; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff, nr. 2; Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1033-1034; Jelinek 1990, p. 49; Peter G. Mayr, 'Das Beweisrecht in Österreich', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 57; Rechberger & Simotta 2003, nr. 634; Rechberger 2006, § 359 nr. 1.
142 Grondwetswijziging van 8 oktober 1999, BBl 1999/8633, op 12 maart 2000 aangenomen door het Zwitserse volk, deels in werking getreden bij 'Bundesbeschluss' van 24 september 2002, AS 2002/3147. Bron: Toelichting *Vorentwurf* ZPO 2003.
143 Zie over eerdere pogingen tot ontwikkeling van eenvormig Zwitsers procesrecht: Sutter 1998.
144 Zie in Nederland over het *Vorentwurf* ZPO 2003: Jongbloed 2006.
145 Sutter-Somm 2007, p. V; Walther 2005, p. 309.
146 BGE 19 juni 2003, 5P.34/2003.
147 Habscheid 1990, p. 405; Oscar Vogel, Schweiz', in: Nicklisch 1984, p. 189; Vogel & Spühler 2006, nr. 154. Zie in de rechtspraak bijv. BGE 19 maart 2003, 5P.473/2002.

vakgebied.[148] De rechter is in beginsel vrij of hij deskundigen benoemt. Als een deskundigenadvies wordt gelast, vormt het voor een partij meestal een bewijsmiddel. De rechter mag bij de bewijswaardering eigen wetenschap gebruiken in plaats van een deskundige te benoemen, mits hij zijn kennis aan partijen openbaart en zij zich erover kunnen uitlaten (art. 180 lid 3 Entwurf ZPO). In gevallen waarin feiten niet ter vrije bepaling van partijen staan, is benoeming van een deskundige soms wettelijk voorgeschreven, bijvoorbeeld bij ondercuratelestelling (art. 374 Zivilgesetzbuch).[149]

Evenals in Duitsland[150] kunnen aan een *Obergutachter* vragen worden voorgelegd in gevallen waarin meerdere deskundigen het niet eens zijn en de rechter niet voldoende gemotiveerd kan beslissen.

Partijdeskundige

Een partij kan ter onderbouwing van haar standpunt een deskundigenadvies in het geding brengen van een deskundige van haar voorkeur. In het *Vorentwurf ZPO* was een wettelijke grondslag voorzien om te bewerkstelligen dat het tevens als bewijsmiddel kan dienen (art. 182 Vorentwurf ZPO).[151] Volgens de toelichting moet het aan de rechter worden overgelaten om per zaak aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of aan een partijdeskundigenadvies bewijskracht toekomt. Eerder had Vogel erop gewezen dat het Bundesgericht in 1986 een uitspraak in deze zin heeft gedaan.[152] Volgens Meier moest de voorgestelde bepaling niet worden overgenomen in het uniforme procesrecht. De schijn van partijdigheid zal naar zijn verwachting te vaak worden ingeroepen en een partij die het bewijsrisico heeft, zal zich snel verplicht voelen een advies van een partijdeskundige in het geding te brengen. De wederpartij zal vervolgens eveneens een advies van een partijdeskundige willen inbrengen.[153] In het *Entwurf ZPO* is in reactie op kritiek tijdens de consultatie een regel over de bewijskracht van een partijdeskundigenadvies achterwege gelaten.[154]

4.3.8.3 Keuze van de deskundige

De rechter bepaalt wie op welk vakgebied als deskundige wordt benoemd. Partijen moeten op grond van het beginsel van hoor en wederhoor gelegenheid krijgen om zich uit te laten over de te benoemen persoon.[155] De rechter is niet verplicht voor-

---

148 Berger & Güngerich 2008, nr. 782; Bettex 2006, p. 65-70; Hohl 2001, nr. 1043; Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, p. 586; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Das Beweisrecht in der Schweizerischen Rechtsordnung', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 452; Sutter-Somm 2007, nr. 724; Toelichting *Entwurf* ZPO p. 104; Vogel & Spühler 2006, nr. 151. Zie bijv. ook BGE 8 april 2004, 4P.234/2003, r.o. 4.2; BGE 8 januari 2007, 4P.248/2006, r.o. 2.6 en 2.6.1.

149 Bettex 2006, p. 39; Hohl 2001, nr. 1045.

150 Zie par. 4.3.6.1.

151 In sommige kantons kunnen door een partij ingewonnen en in het geding gebracht deskundigenadviezen slechts dienen ter onderbouwing van een partijstandpunt, in andere ook als bewijsmiddel. Zie: Bettex 2006, p. 212-213; Oscar Vogel, 'Schweiz', in: Nicklisch p. 195; Vogel & Spühler 2006, nr. 152.

152 Oscar Vogel, 'Schweiz', in: Nicklisch p. 195.

153 Meier 2003, p. 46.

154 Toelichting *Entwurf* ZPO p. 105.

155 Toelichting *Entwurf* ZPO p. 104. Bettex 2006, p. 85-87; Bühler 2005, p. 44; Staehelin e.a. 2008, nr. 120; Sutter-Somm 2007, nr. 726. Bijv. BGE 10 augustus 2005, 4P.152/2005 (*A&B/Kantonsgericht St. Gallen*).

stellen van partijen te volgen. Volgens Bühler is het uitzonderlijk dat partijen een eensluidend voorstel doen. De rechter zal een eensluidend voorstel van partijen volgen, tenzij hij meent dat de deskundige niet voldoet aan de eis van onpartijdigheid.[156] Partijen kunnen bezwaren uiten tegen een voorstel van de rechter voor de te benoemen persoon en zij kunnen een door de rechter benoemde deskundige wraken.[157] Sinds 2003 kan de rechter bij de keuze van de deskundige te rade gaan in het zoeksysteem van de *Swiss Experts Certification SA* (SEC), een privaatrechtelijke rechtspersoon, die zich ten doel stelt deskundigen te certificeren door middel van toetsing aan vakkennis, werkervaring en onafhankelijkheid.[158]

4.3.8.4 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De rechter bepaalt na overleg met partijen welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd.[159] De rechter is vrij om af te wijken van de wensen van partijen. Hij mag bijvoorbeeld, ook als een partij heeft gevraagd slechts een deskundigenadvies met betrekking tot medische beperkingen tot het verrichten van arbeid in te winnen, een medisch deskundigenadvies met een ruimere strekking inwinnen.[160]

Partijen kunnen naar huidig[161] en toekomstig (art. 182 Entwurf ZPO) recht wijziging en aanvulling van de vragen aan de rechter voorstellen. Dit recht wordt expliciet in de wet opgenomen wegens de grote betekenis ervan in de praktijk.[162]

Het is de taak van de deskundige om feiten vast te stellen met behulp van kennis en ervaring op zijn vakgebied, ervaringsregels aan de rechter mee te delen, of feiten te beoordelen met gebruik van zijn deskundigheid en met toepassing van ervaringsregels.[163] De deskundige is verplicht de vragen van de rechter naar waarheid te beantwoorden (art. 181 lid 1 Entwurf ZPO). Bühler heeft erop gewezen dat de beantwoording van rechtsvragen weliswaar is voorbehouden aan de rechter, maar dat het in de praktijk ondoenlijk is om elementen van rechtsvragen buiten de vragen te houden die aan de deskundige worden voorgelegd. Daarvoor zijn vragen van feitelijke aard vaak te zeer verweven met rechtsvragen. Hij noemt als voorbeeld de vraag naar de ondeugdelijkheid van een bouwwerk. Voor de beantwoording ervan zijn de feitelijke, technische eigenschappen van het bouwwerk even maatgevend als de eigenschappen die op grond van de overeenkomst mochten worden verwacht. Daarom gaat het er volgens hem niet om of in de vragen rechts-

---

156 Bühler 2005, p. 45.
157 Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, p. 588; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Das Beweisrecht in der Schweizerischen Rechtsordnung', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 453; Vogel & Spühler 2006, nr. 154. Zie over de wraking par. 5.4.1.6.
158 De website van de SEC: www. experts-certification.ch. Over de SEC: Guy Lanfranconi, 'Die Zertifizierung von Gerichtsexperten – eine schweizerische Neuheit', in: Heer & Schöbi 2005, p. 133-136.
159 Berger & Güngerich 2008, nr. 785; Bühler 2005, p. 49; Staehelin e.a. 2008, nr. 120.
160 BGE 1 juli 2002, 4P.72/2002.
161 Bettex 2006, p. 143; Bühler 2005, p. 51; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Das Beweisrecht in der Schweizerischen Rechtsordnung', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 453; Vogel & Spühler 2006, nr. 161.
162 Toelichting *Entwurf* ZPO p. 104.
163 Bühler 2005, p. 50.

begrippen voorkomen, maar of de deskundige de vragen met gebruik van zijn deskundigheid zo feitelijk mogelijk beantwoordt.[164]

4.3.9 Zweden

In Zweden kan de rechter een deskundige benoemen als bij de beoordeling van bepaalde feiten speciale kennis of ervaring nodig is. De rechter moet partijen gelegenheid geven zich uit te laten over zijn voornemen om een deskundige te benoemen en over het aantal te benoemen deskundigen. Als partijen het eens zijn over de te benoemen persoon, pleegt de rechter deze als deskundige te benoemen. De rechter moet de opdracht aan de deskundige nauwkeurig omschrijven. Meestal wordt een schriftelijk deskundigenadvies uitgebracht. Soms wordt de deskundige daarna ter zitting gehoord. De rechter kan aan de deskundige aanwijzingen geven over de inrichting van het onderzoek en de wijze waarop hij partijen daarbij moet betrekken. Ook een partij kan enig initiatief nemen tot inschakeling van een deskundige. Partijen kunnen namelijk een niet door de rechter benoemde deskundige ter zitting doen horen. Deze deskundige wordt beschouwd als een getuige.[165]

4.3.10 Frankrijk

4.3.10.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

De Franse rechter bepaalt of hij behoefte heeft aan bijstand van een deskundige (*technicien*) (art. 232 CPC[166]).[167] Partijen hebben geen aanspraak op benoeming van een deskundige door de rechter. De beslissing van de rechter in feitelijke instantie is voldoende gemotiveerd als daarin is vermeld dat het deskundigenadvies (niet) nodig is in het belang van de waarheidsvinding.[168]

De rechter schakelt een deskundige in als hij kennis of ervaring mist die nodig is om verder te kunnen beslissen.[169] Het deskundigenonderzoek levert meestal een bewijsmiddel op voor een partij.

Het Franse recht kent drie soorten deskundigenonderzoek, waarvoor deels gemeenschappelijke regels gelden en deels afzonderlijke: de *constatation*, de *consultation* en de *expertise*.[170] De *expertise* heeft de meeste overeenkomsten met het Nederlandse deskundigenbericht. De *consultation* is een vereenvoudigde, snellere

164 Bühler 2005, p. 50-51.
165 Carl M. Elwing, 'Schwedischer Landesbericht', in: Nicklisch 1984, p. 169-182; Bengt Lindell, 'Schweden', in: Nagel/Bajons 2003, p. 554-555; Lindell p. 192-193; Bengt Lindell, 'Evidence in Sweden', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 425-426.
166 Art. 26 van de wet van 20 december 2007, 2007-1787, heeft de laatste nog geldende bepalingen van de Code de procédure civile van 1806 afgeschaft en de naam van de 'Nouveau Code de procédure civile' gewijzigd in 'Code de procédure civile'.
167 Tenzij een materieelrechtelijke bepaling hem tot benoeming van een deskundige verplicht, bijv. in onteigeningszaken. Meer voorbeelden bij Zavaro 2007, nr. 99.
168 Dumoulin 2007, p. 29; Leclerc 2005, nr. 367.
169 Boulez 2004, nr. 201; Couchez 2006, nr. 363; Julien & Fricero 2003, nr. 445.
170 Art. 232- 249 CPC (gemeenschappelijk), art. 249-255 (les constatations), art. 256-262 (la consultation), art. 263-272 CPC (l'expertise).

en goedkopere *expertise*, waarbij voornamelijk mondeling wordt gerapporteerd.[171] Bij de *constatation* mag de deskundige alleen onderzoek doen naar en rapporteren over feiten, zonder daarbij een mening te geven.[172] De rechter mag alleen een *expertise* gelasten, als een *constatation* of *consultation* hem onvoldoende opheldering zal verschaffen (art. 263 CPC). Bij een *expertise* kunnen partijen aan het beginsel van hoor en wederhoor meer rechten jegens de deskundige ontlenen dan bij een *constatation* of *consultation*.[173] Het onderscheid tussen de drie soorten deskundigenonderzoek is in 1975 in de wet opgenomen om tijdverlies tegen te gaan en onnodige kosten te vermijden.[174]

4.3.10.2 Keuze van de deskundige

De rechter bepaalt wie als deskundige wordt benoemd bij zowel de *constatation*, de *consultation* als de *expertise* (art. 232 CPC).[175] Overleg met partijen over de keuze van het vakgebied en de te benoemen persoon is niet voorgeschreven, zij het dat partijen hiervoor wel voorstellen kunnen doen.[176] Op dit punt is de aanspraak van partijen op invloed op de beslissing van de rechter dus beperkter dan in België, Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland, hoewel de deskundige op het Europese continent algemeen als hulppersoon van de rechter wordt beschouwd. Evenals in de andere landen op het Europese continent, is de Franse rechter vrij in zijn keuze. Hij is niet gehouden een deskundige te benoemen die is vermeld op officiële lijsten van deskundigen die jaarlijks worden opgesteld door het bureau van de *Cour de cassation* en door de appelcolleges.[177] Partijen kunnen de door de rechter benoemde deskundige wraken (art. 234 CPC).[178]

4.3.10.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De rechter bepaalt bij de *constatation*, de *consultation* en de *expertise* de inhoud van de opdracht aan de deskundige. De opdracht kan later door de rechter zonodig worden uitgebreid of beperkt (art. 236 CPC).[179] Ook op dit punt hebben partijen minder aanspraak op invloed op de beslissing van de rechter dan in andere landen op het Europese continent. Afhankelijk van de complexiteit van het onder-

---

171 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 610-611; Régine Genin-Meric, 'Droit de la Preuve: l'Exemple Français', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 172; Georges Rouhettte, 'Frankreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 194.

172 De *constatation* is geïnspireerd op de bevoegdheid van de deurwaarder om een proces-verbaal van bevindingen op te maken waarin bijvoorbeeld een toestand of een situatie kan worden beschreven (Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1275; Foyer 2004, p. 202-203). De *constatation* wordt wel gebruikt als alternatief voor een plaatsopneming (Régine Genin-Meric, 'Droit de la Preuve: l'Exemple Français', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 172).

173 Georges Rouhettte, 'Frankreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 193-194.

174 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 605; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1275.

175 Héron & Le Bars 2006, nr. 1083; Zavaro 2007, nr. 100.

176 Régine Genin-Meric, 'Droit de la Preuve: l'Exemple Français', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 172.

177 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 607; Couchez 2006, nr. 364; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1278; Héron & Le Bars 2006, nr. 1083; Georges Rouhette, 'Frankreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 193.

178 Zie over de wraking van een deskundige par. 5.4.2.3.

179 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 607; Julien & Fricero 2003, nr. 446.

werp van een *expertise* kan de rechter er de voorkeur aan geven de vraagstelling en de termijn voor inlevering van het deskundigenadvies voorafgaand aan de beslissing tijdens een zitting met partijen en de deskundige te bespreken (art. 266 CPC).[180] De deskundige kan de rechter vragen hem te horen (art. 245 lid 2 CPC), waarmee hij de mogelijkheid heeft om vragen te stellen over de opdracht.

De deskundige mag niet buiten de grenzen van de vragen van de rechter gaan, tenzij partijen daarmee schriftelijk akkoord zijn gegaan (art. 238 CPC).[181]

De deskundige adviseert de rechter over aspecten van een zaak op een vakgebied waarmee de rechter onvoldoende bekend is. In het Frans worden dit *aspects techniques* genoemd, maar *technique* heeft een bredere betekenis dan 'technisch'. Het gaat om aspecten voor de beoordeling waarvan kennis van of ervaring in ambacht, kunst of wetenschap is vereist.

Een deskundigenonderzoek moet strekken tot opheldering van feiten of ervaringsregels op het vakgebied van de deskundige en mag zich niet uitstrekken tot vragen van Frans recht (art. 238 CPC).[182] Dat moet naar waarheid geschieden. In Frankrijk is in het burgerlijk wetboek bepaald dat een ieder in een procedure moet meewerken aan de vaststelling van de waarheid (art. 10 *Code civil*).

4.4 Nederland kent grenzen

Vanuit het neutrale perspectief van de wisselwerking in de rolverdeling tussen partijen, rechter en deskundige, had de beschrijving van de situatie in andere landen ook kunnen beginnen bij Frankrijk en eindigen bij de Verenigde Staten van Amerika. Mijn keuze van de volgorde is ingegeven door de vergelijking van buitenlands en Nederlands procesrecht. Naar mijn opvatting is de stap van de Franse naar de Nederlandse situatie op de glijdende internationale schaal het kleinst. Dat kwam al tot uitdrukking in de tekening in par. 4.3.1:

Invloed partijen				*Invloed rechter*	
VS	Engeland	België	Duitsland	Nederland	Frankrijk
	Spanje	Spanje	Oostenrijk		
			Zwitserland		

De rolverdeling tussen partijen en de rechter ten aanzien van een deskundigenadvies in de Nederlandse civiele procedure biedt namelijk niet of nauwelijks ruimte voor autonomie van partijen en sluit in zoverre behoorlijk nauw aan bij de Franse situatie. Op de drempel tussen buitenlands en Nederlands procesrecht stip ik uit de volgende drie paragrafen over de Nederlandse situatie vast een paar punten aan

180 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 613; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1299.
181 Couchez 2006, p. 358; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1285.
182 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 608; Couchez 2006, nr. 367; Guinchard 1995, p. 71-72; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1285; Héron & Le Bars 2006, nr. 1084; Julien & Fricero 2003, nr. 446.

die in het oog zullen springen na de beschrijving van de situatie in andere landen. Evenals in Frankrijk hebben partijen in Nederland nauwelijks invloed op de keuze van de rechter of een deskundigenadvies wordt ingewonnen en zo ja, bij wie en waarover. De Nederlandse rechter hoeft deze beslissing niet of nauwelijks te motiveren. Partijen hebben geen aanspraak op een deskundigenadvies in de bodemprocedure. Hun aanspraak op een voorlopig deskundigenadvies is in de afgelopen jaren beperkt. Anders dan de Duitse rechter bepaalt de Nederlandse rechter zelf of hij over voldoende kennis beschikt om zonder deskundigenadvies te beslissen, hoewel art. 149 lid 2 Rv de Nederlandse cassatierechter in beginsel de ruimte biedt om op dit punt dezelfde eisen te stellen als de Duitse cassatierechter. Partijen hebben, anders dan in Duitsland of België, geen aanspraak op de deskundige van hun keuze. Het belang dat de Zwitserse wetgever toekent aan de invloed van partijen op de inhoud en reikwijdte van het deskundigenadvies, contrasteert met de in Nederland heersende opvatting dat partijen daarover geen zeggenschap hebben. In Nederland ontbreekt de in Duitsland gebruikelijke mondelinge behandeling waar partijen met de rechter van gedachten wisselen over het te nemen *Beweisbeschluss*. Ook is, anders dan in België, geen mondelinge behandeling voorgeschreven bij aanvang van het deskundigenonderzoek. Nederland kent, anders dan België, Duitsland, Engeland en Frankrijk, geen regels die communicatie tussen rechter en deskundige over inhoud en reikwijdte van de opdracht mogelijk maken of stimuleren. In hoofdstuk 6 en 7 zal ik toelichten dat er tussen Nederland en andere landen soortgelijke discrepanties waarneembaar zijn in de invloed van partijen tijdens en na het deskundigenonderzoek. Partijen hebben bijvoorbeeld, anders dan in Duitsland of Engeland, geen aanspraak op een mondelinge toelichting van een deskundige op het deskundigenadvies.[183] In het vervolg van dit hoofdstuk zal ik naar Nederlands procesrecht analyseren en beschrijven welke invloed partijen, deskundige en rechter hebben op de keuze om een deskundigenadvies in te winnen, de keuze van de persoon en de inhoud en reikwijdte van de opdracht. Hier en daar zal ik, vooruitlopend op hoofdstuk 8, signaleren waar het Nederlandse procesrecht naar mijn opvatting tekortschiet of voor verbetering vatbaar is. Dit betreft voornamelijk twee aspecten. Enerzijds spreekt niet voor zich dat een partij wel de zeggenschap heeft over haar burgerlijke rechten, maar naar huidig recht nauwelijks kan bewerkstelligen dat zij daarvan door middel van een deskundigenadvies bewijs mag leveren. Anderzijds wordt de taak van de rechter in feitelijke instantie ten aanzien van de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies naar huidig recht vooral ingevuld vanuit de gedachte dat de taak van de deskundige is afgeleid van de taak van de rechter. Dat spreekt niet (meer) voor zich, bijvoorbeeld omdat de rechter de zaak lang niet altijd door de ogen van de deskundige kan beoordelen, of omdat partijen minder waarnemen van de verrichtingen van de deskundige dan van de rechter. In par. 8.3 wordt nader ingegaan op deze aspecten en hun onwenselijke neveneffecten.

183 Zie 7.4.2.3.

4.5 Invloed van partijen

4.5.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

In Nederland kan een partij de rechter in de bodemprocedure verzoeken een deskundige te benoemen (art. 194 lid 1 Rv). Naar huidig recht is de rechter niet verplicht aan het verzoek te voldoen. Wel kan het motiveringsbeginsel onder omstandigheden meebrengen dat hij de beslissing zonder deskundigenadvies niet toereikend kan motiveren. De beslissing van de rechter over een bepaald geschilpunt – al dan niet met gebruik van een deskundigenadvies – mag niet onbegrijpelijk zijn in het licht van het processuele debat van partijen.[184] Een rechtsklacht van een partij tegen de afwijzing van een verzoek tot benoeming van een deskundige heeft geen kans van slagen.[185] In de literatuur is bepleit dat de rechter op een deugdelijk verzoek van een partij tot benoeming van een deskundige gemotiveerd dient te beslissen, rekening houdend met de stand van de processuele discussie en de overige omstandigheden van het geval.[186] Dit heeft bij de wetgever en de cassatierechter (nog) geen weerklank gevonden.[187] De rechter in feitelijke instantie motiveert de beslissing op een verzoek om een deskundige te benoemen met enige regelmaat, bijvoorbeeld als buitengerechtelijk een deskundigenadvies op gezamenlijk verzoek van partijen tot stand is gekomen,[188] als ieder van partijen een deskundigenrapport heeft ingewonnen en deze van gelijke strekking zijn,[189] of als benoeming van een deskundige gezien reeds voorhanden bewijsmateriaal anderszins nodig[190] of overbodig[191] wordt geacht.

Bewijslevering door middel van een deskundigenadvies
De mate van vrijheid van de rechter bij de beslissing op een verzoek van een partij om in de bodemprocedure een deskundige te benoemen, is naar huidig recht niet mede afhankelijk van het motief van het verzoek. Het maakt geen verschil of het verzoek wordt gedaan omdat een partij meent dat de rechter in een zaak deskundig advies nodig heeft, omdat zij zekerheid wil verkrijgen over de juistheid van haar standpunt, of omdat zij bewijs door middel van een deskundigenadvies wil leveren.

---

184 Zie par. 7.5.3.1 en 4.7.1.1.
185 HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32, m.nt. DJV; conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.13 bij HR 8 december 2006, *LJN* AZ0760. Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 92. Idem reeds De Pinto 1857, II-1, p. 357.
186 Akkermans 2004, p. 94; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 87; Asser/Vranken 1995, nr. 38; H.J. Snijders, noot onder 8 bij HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478. Zie ook Asser/Vranken 1995, nr. 38 en 50; Sterk 1991, p. 300-305. Anders: A-G Langemeijer, conclusie onder 3.9 bij HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 73.
187 Wel kan de rechter sinds 1 januari 2002 op verzoek van een partij een niet door de rechter benoemde deskundige horen (art. 200 Rv), waarop in par. 7.4.2.1 wordt ingegaan.
188 Afwijzend bijv. Rb. Alkmaar 26 september 2002, *LJN* AE8549; Rb. Arnhem 11 februari 2004, *LJN* AO5406; Rb. Zwolle 23 april 2004, *LJN* AO9003. Toewijzend i.v.m. klemmende bezwaren tegen het buitengerechtelijk tot stand gekomen rapport: Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR8862. Toewijzend i.v.m. het gebrekkige contradictoire karakter van het buitengerechtelijk tot stand gekomen deskundigenadvies: Rb. Alkmaar sector kanton 18 mei 2005, *LJN* AT6610.
189 Afwijzend: Rb. Arnhem 2 maart 2005, *LJN* AT2943.
190 Bijv. Rb. Den Bosch 13 oktober 2004, *LJN* AR7780.
191 Bijv. Hof Den Haag 26 februari 2003, *LJN* AK3510; Rb. Arnhem 20 oktober 2004, *LJN* AR6366; Hof Arnhem 19 augustus 2008, *LJN* BE9077.

Partijen hebben geen wettelijke aanspraak om bewijs te leveren door middel van een deskundigenadvies. Anders dan bij bewijs door getuigen (art. 166 lid 1 Rv), rust op de rechter geen wettelijke verplichting om een deskundige te benoemen zo vaak een partij daarom verzoekt indien de door haar te bewijzen feiten zijn betwist en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.[192] Een verzoek van een partij om een deskundige te benoemen mag worden gepasseerd op grond van de verwachting dat een deskundigenonderzoek onvoldoende zal bijdragen aan de beslissing van de zaak.[193] Het passeren van een aanbod om bewijs door getuigen te leveren op de grond dat een bepaalde getuigenverklaring onvoldoende zal bijdragen aan de beslissing van de zaak, is daarentegen in strijd met het prognoseverbod dat in art. 166 lid 1 Rv besloten ligt. Een bepaling zoals art. 166 lid 1 Rv ontbreekt ook bij bewijs door geschriften, maar hier zijn partijen in beginsel niet afhankelijk van de beslissing van de rechter om bewijsstukken over te mogen leggen. Een partij is verplicht de bewijsstukken over te leggen waarop zij zich bij het verrichten van een proceshandeling beroept (art. 85 Rv) en kan zodoende steeds bij het verrichten van een proceshandeling bewijsstukken in het geding brengen, tenzij overlegging van bewijsstukken in strijd is met de goede procesorde.[194] De mogelijkheden van een partij om bewijs te leveren door middel van geschriften en getuigen zijn dan ook aanzienlijk ruimer dan de mogelijkheden om bewijs te leveren met een deskundigenadvies van een door de rechter benoemde deskundige. Het ontbreken van een wettelijke aanspraak van een partij op bewijslevering door middel van een deskundigenadvies biedt ruimte om de discretionaire bevoegdheid van art. 194 Rv in cassatie zo uit te leggen dat een partij geen aanspraak heeft op bewijslevering door deskundigen.[195] De Hoge Raad beschouwt het niet als een fundamenteel beginsel van procesrecht dat een partij bewijs kan leveren van stellingen die kunnen leiden tot vaststelling en verwezenlijking van haar burgerlijke rechten.[196]

De eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM noodzaken de Hoge Raad niet tot een andere opvatting. Het is volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aan de nationale rechter of bewijslevering wordt toegestaan.[197] Als het naar nationaal recht is toegestaan dat de rechter besluit een deskundigenadvies in te winnen zonder partijen over het voorne-

---

192 HR 13 juli 2007, *LJN* BA4200: een aanbod tot het horen van 'getuigen-deskundigen' van wie door een partij een schriftelijk rapport in het geding was gebracht, mocht als niet relevant worden gepasseerd, omdat de deskundigen in het rapport een uitleg van een voorschrift voor aardgasinstallaties hadden gegeven die het hof niet had gevolgd.

193 HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035. Lagere rechtspraak bijv. Rb. Almelo 31 maart 1926, *NJ* 1926, p. 925; Rb. Den Bosch 2 april 1982, *NJ* 1983, 379; Hof Leeuwarden 27 maart 1996, *NJ* 1996, 677; Hof Arnhem 13 januari 2004, *LJN* AP0214; Hof Amsterdam 1 juli 2004, *VR* 2005, 139, r.o 4.6; Rb. Zwolle 30 november 2005, *LJN* AV4109; Hof Arnhem 19 augustus 2008, *LJN* BE9077. Zie ook J. de Boer, noot onder 2 bij HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 666; conclusie A-G Huydecoper onder 15 bij HR 14 oktober 2005, *LJN* AU3412.

194 Bijv. HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 611, m.nt. WHH; HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 68: het staat de rechter in het algemeen vrij geen kennis van bepaalde stukken te nemen als hij van oordeel is dat de goede procesorde zich daartegen verzet. Zie Lindijer 2006, p. 243-250 (met verdere vindplaatsen); Stein/Rueb p. 126.

195 Zie par. 4.7.1.1.

196 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205, m.nt. PAS; HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302, m.nt. PAS. Vgl. conclusie A-G Huydecoper onder 15 bij HR 5 oktober 2007, *LJN* BB3678. De opvatting van de Hoge Raad komt zijdelings ook ter sprake in HR 6 oktober 2006, *LJN* AX8295, r.o. 3.3.3.

197 Bijv. EHRM 26 maart 1996, 20524/92 (*Doorson/Nederland*), r.o. 67; EHRM 27 mei 1997, 17391/90 (*Eriksen/Noorwegen*), r.o. 92; EHRM 10 november 2005, 40324/98 (*Süss/Duitsland*), r.o. 95.

men daartoe te horen, staat het EVRM daaraan niet in de weg. Art. 6 lid 1 EVRM bevat geen regels van bewijsrecht en volgens vaste rechtspraak van het EHRM is de beslissing om een deskundigenadvies in te winnen, met of zonder toestemming van partijen, aan de nationale rechter.[198] Het EHRM controleert aan de hand van alle omstandigheden van het geval of '*the proceedings considered as a whole, including the way in which the evidence was taken, were fair*'.[199] Het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM schept dus geen verplichting voor de rechter om gevolg te geven aan een verzoek van een partij om een deskundigenadvies in te winnen. Het is aan de rechter om te beoordelen of het doelmatig is aan het verzoek te voldoen.[200] Denkbaar is wel dat zich situaties kunnen voordoen waarin het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM niet kan worden verwezenlijkt zonder een deskundigenadvies in te winnen, of de beslissing om geen deskundigenadvies in te winnen te motiveren.[201] Dit kan zich voordoen wanneer de vaststelling en verwezenlijking van de burgerlijke rechten van een partij afhankelijk is van bewijslevering, reële bewijsmogelijkheden voorhanden zijn, een partij niet tot bewijslevering wordt toegelaten en daardoor de *equality of arms* wordt geschonden, zoals zich heeft voorgedaan in de zaak Dombo/Nederland.[202] De maatstaf is herhaald in bijvoorbeeld de zaak Cruz de Carvalho/Portugal:

> '21. La Cour rappelle que la notion de « procès équitable », garantie par l'article 6 § 1 de la Convention, intègre le respect de l'égalité des armes. En matière civile, ce principe implique notamment l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 1993, série A no 274, p. 19, § 33).'[203]

Aankondiging deskundigenadvies schept geen aanspraak

Als de rechter overweegt dat hij in het verdere verloop van de procedure een deskundigenadvies wil inwinnen, heeft een partij er geen aanspraak op dat de deskundige daadwerkelijk wordt benoemd. De beslissing om een deskundigenonderzoek te gelasten wordt niet aangemerkt als een (bindende eind)beslissing omtrent een partijen verdeeld houdend juridisch of feitelijk geschilpunt.[204] De rechter mag

198 Bijv. EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*). Jacobs & White 2006, p. 177. Zie ook par. 5.3.2.

199 Bijv. EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS, (*Dombo/Nederland*); EHRM 16 december 1992, 13071/87 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*); EHRM 23 april 1998, 22885/93 (*Bernard/Frankrijk*). Zie ook EVRM R&C par. 3.6.4.6.

200 EHRM 24 oktober 1989, 10073/82 (*H./Frankrijk*).

201 Leclerc 2005, nr. 375.

202 EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS (*Dombo/Nederland*). Zie par. 2.4.3.

203 EHRM 10 juli 2007, 18223/04 (*Cruz de Carvalho/Portugal*).

204 Volgens vaste rechtspraak was de rechter lange tijd gebonden aan uitdrukkelijke en zonder voorbehoud gegeven beslissingen in een tussenuitspraak waarin een eind werd gemaakt aan een partijen verdeeld houdend juridisch of feitelijk geschilpunt (zie bijv. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 178; Snijders & Wendels 2003, nr. 65). Deze rechtspraak is aan nuancering onderhevig, doordat partijen het sinds 1 januari 2002 niet meer →

daarvan terugkomen als hij op grond van het verdere verloop van de procedure geen behoefte meer heeft aan een deskundigenadvies,[205] of als het deskundigenonderzoek niet meer kan worden verricht.[206] In beginsel hoeft hij, alvorens verder te beslissen, partijen niet in kennis te stellen van zijn voornemen in afwijking van zijn eerdere oordeel geen deskundigenadvies in te winnen, en partijen geen gelegenheid te bieden tot aanpassing van hun stellingen, tenzij partijen onvoldoende gelegenheid hebben datgene naar voren te brengen wat zij nodig achten met het oog op de daaropvolgende beslissing zonder deskundigenadvies. Als de rechter die zich eerder niet in staat achtte een bepaalde vraag zonder deskundigenadvies te beantwoorden, een deskundigenadvies heeft ingewonnen en meent dat het deskundigenadvies geen steun biedt bij de beantwoording ervan, mag een partij wel verwachten dat de rechter die vraag alsnog beantwoordt en zijn beslissing dienaangaande voldoende motiveert in het licht van het debat van partijen.[207] Ook hieruit vloeit op zichzelf niet voort dat een partij aanspraak heeft op een (aanvullend of nieuw) deskundigenadvies.

Verschil met voorlopig deskundigenbericht

Voordat de rechter beslist om ten aanzien van een bepaald geschilpunt (g)een deskundigenadvies in te winnen, kan een partij de keuze van de rechter dus slechts beïnvloeden door de wijze waarop zij invulling geeft aan haar taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden in het processuele debat. Op dit punt wijken de mogelijkheden van partijen in de bodemprocedure af van die in het voorlopig deskundigenbericht. Een voorlopig deskundigenbericht kan op verzoek van een partij worden gelast zowel voordat een zaak aanhangig is als tijdens een reeds bij de burgerlijke rechter aanhangige bodemprocedure (art. 202 Rv). Het dient naar vaste rechtspraak om een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen en, als daartoe wordt overgegaan, beter te kunnen aangeven op grond waarvan een vordering wordt ingesteld of een verweer wordt gevoerd.[208] Het voorlopig deskundigenbe-

---

in eigen hand hebben of een rechtsmiddel tegen een tussenuitspraak wordt aangewend (art. 337 lid 2 Rv). Zie HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 538, m.nt. HJS; HR 23 november 2007, *LJN* BB3733, en vooral HR 28 april 2008, *LJN* BC2800: de eisen van een goede procesorde brengen mee dat de rechter aan wie is gebleken dat een eerder door hem gegeven, maar niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag bevoegd is om na hoor en wederhoor die eindbeslissing te heroverwegen, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen. Zie over de laatste twee arresten: Roos 2008, p. 106-107; Verduyn 2008.

205 HR 28 juni 1963, *NJ* 1963, 507; HR 12 april 1991, *NJ* 1991, 434; HR 19 juni 1998, *NJ* 1999, 288, m.nt. WMK; HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433, *NbBW* oktober 2001 p. 110-112, m.nt. R.J.P. Kottenhagen; HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401, r.o. 3.4. Anders: Hof Den Haag 2 december 1927, *NJ* 1928, p. 1463.

206 HR 7 mei 1943, *NJ* 1943, 457: deskundigenonderzoek naar de gestelde valsheid van een kwitantie kan niet meer plaatsvinden, omdat de kwitantie door een bombardement verloren is gegaan voordat het stuk aan de griffier is overhandigd met het oog op het deskundigenonderzoek.

207 HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493. Over dit arrest: R.J.B. Boonekamp, 'Kroniek bewijsrecht', *TCR* 2007, p. 18.

208 Bijv. HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 747; HR 24 juni 1988, *NJ* 1989, 121; HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478, m.nt. HJS; HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584, *JBPr* 2004, 30, m.nt. E.F. Groot; HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442, m.nt. DA; HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189.

richt kan dan ook in beginsel ertoe dienen om een partij in staat te stellen in een aanhangige of toekomstige procedure aan haar stelplicht te voldoen. Het kan fungeren als bewijsmiddel in een bodemprocedure tussen partijen met dezelfde bewijskracht als een door de rechter in de bodemprocedure gelast deskundigenbericht (art. 207 Rv) of, als niet beide partijen zijn verschenen in de verzoekschriftprocedure waarin het voorlopig deskundigenbericht tot stand is gekomen, met door de rechter te waarderen bewijskracht (art. 152 lid 2 Rv).

Verruimde afwijzingsmogelijkheden
Sinds de invoering van het voorlopig deskundigenbericht op 1 april 1988[209] heeft de Hoge Raad aan de rechter in feitelijke instantie geruime tijd weinig vrijheid gelaten om een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht af te wijzen. Vanaf 2002 is hierin verandering gekomen. Tegenwoordig mag een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht worden afgewezen als de rechter feiten en omstandigheden aanwezig oordeelt op grond waarvan moet worden aangenomen dat toewijzing van het verzoek strijdig is met een goede procesorde of als het afstuit op een ander, door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.[210] Het kan ook worden afgewezen wegens gebrek aan belang (art. 3:303 BW).[211]

Toepassing van verruimde afwijzingscriteria in lagere rechtspraak
Lagere rechtspraak laat een ontwikkeling zien waarin partijen met behulp van de verruimde afwijzingscriteria worden beperkt in het gebruik van het voorlopig deskundigenbericht. De rechtbank Zwolle wees een verzoek van een verzekeraar tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht door een psychiater af in een geval waarin een neurologische expertise was verricht in opdracht van de verzekeraar en de benadeelde samen. De rechtbank achtte relevant dat het rapport van de neuroloog geen objectieve aanknopingspunten voor psychiatrisch onderzoek bevatte, de vraagstelling in overleg tussen de medisch adviseurs van partijen was opgesteld en uit een verklaring van de huisarts van de benadeelde niet bleek van een predispositie, terwijl de verzekeraar aanvankelijk een neurologische expertise nodig had geacht. Daartegenover stond het zwaarwegende bezwaar van de benadeelde, dat een psychiatrische expertise inbreuk zou maken op de persoonlijke integriteit, terwijl de verzekeraar in plaats daarvan informatie kon inwinnen bij de

209 Het voorlopig deskundigenbericht is wettelijk geregeld per 1 april 1988. Voordien waren er gevallen waarin de president in kort geding buiten een bodemprocedure op verzoek van partijen een deskundige kon benoemen (Schenk/Blauw & De Bruijn-Luikinga 1984, p. 297-298) en waren presidenten in kort geding soms bereid om een verzoek tot benoeming van een deskundige in te willigen, bijv.: Ktr. Amsterdam 12 januari 1841, *W* 258, vermeld bij Vernede 1845, p. 123; Pres. Rb. Rotterdam 18 oktober 1927, *NJ* 1928, p. 1089; Pres. Rb. Amsterdam 27 oktober 1933 *NJ* 1934, p. 286; Pres. Rb. Breda 13 januari 1959, *NJ* 1959, 450; Pres. Rb. Rotterdam 21 januari 1964, *NJ* 1964, 326; Hof Den Bosch 13 juli 1976, *NJ* 1978, 121. Anders: Pres. Rb. Roermond 28 december 1927, *NJ* 1928, p. 139; Pres. Rb. Breda 20 mei 1958, *NJ* 1958, 615.

210 HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18, m.nt. HJS; HR 12 september 2003, *NJ* 2005, 441, m.nt. DA onder *NJ* 2005, 442; HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584, *JBPr* 2004, 30, m.nt. E.F. Groot; HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442, m.nt. DA. Zie ook conclusie A-G Huydecoper bij HR 24 december 2004, *LJN* AR4980; HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189.

211 HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442, m.nt. DA.

huisarts of de bedrijfsarts of aanvullende vragen kon stellen aan de door partijen geraadpleegde neuroloog.[212] Door de rechtbank Utrecht werd een verzoek afgewezen om een arbeidsdeskundige te gelasten een voorlopig deskundigenbericht uit te brengen. In een tussenvonnis in een gelijktijdig tussen dezelfde partijen aanhangige bodemprocedure had de rechtbank overwogen geen arbeidsdeskundige te zullen benoemen. Van het tussenvonnis was hoger beroep opengesteld. Volgens de rechtbank werd met het verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht in feite gevraagd terug te komen op een eindbeslissing[213] en was in dit geval het instellen van hoger beroep de aangewezen weg.[214]

Naar mijn opvatting worden soms de grenzen van de verruimde afwijzingsmogelijkheden overschreden. De rechtbank Middelburg oordeelde bijvoorbeeld in strijd met vaste rechtspraak[215] in het algemeen dat een voorlopig deskundigenbericht niet is bedoeld om een partij in staat te stellen aan haar stelplicht in de bodemprocedure te voldoen.[216] In hoger beroep wordt met enige regelmaat een verzoek tot het treffen van een voorlopige bewijsmaatregel afgewezen op de grond dat bij het hof een bodemprocedure aanhangig is en het hof niet vooruit wil lopen op zijn oordeel over de eventueel te bewijzen feiten in de bodemprocedure.[217] Dit is geen zwaarwichtig bezwaar van een partij om geen deskundigenonderzoek te hoeven dulden, maar een eigen argument van de rechter, dat zich niet zonder meer verdraagt met de regel dat op verzoek van een partij tijdens een aanhangig geding een voorlopig deskundigenbericht kan worden bevolen (art. 202 lid 2 Rv). De verruimde afwijzingsmogelijkheden bieden volgens de Hoge Raad echter de mogelijkheid dit argument mee te wegen, mits de afwijzing voldoende feitelijk wordt onderbouwd. Dit is af te leiden uit een uitspraak van de Hoge Raad in een zaak waarin Aegon opkwam tegen een afwijzing van het hof op de grond dat wederpartij D. bij toewijzing een derde psychiatrisch onderzoek zou moeten gaan, dat een aantasting van zijn persoonlijke integriteit zou betekenen en belastend voor hem zou zijn, terwijl het ondergaan van meer onderzoek dan noodzakelijk was volgens het hof niet van D. kon worden gevergd. Daarbij heeft het hof, aldus de Hoge Raad, onder ogen gezien dat een deskundigenbericht later in het hoofdgeding in hoger beroep mogelijk zou zijn, zonder een aanmerkelijk risico dat bewijs verloren zou gaan. Dit onderzoek zou dan meer kunnen opleveren, omdat eerst moest zijn opgehelderd wat de geschilpunten tussen partijen inhouden en welke (nadere) vragen in verband hiermee aan de deskundige zouden moeten worden gesteld. Bij het oordeel in de bodemprocedure of het nodig is een deskundigenadvies in te winnen, zal het hof volgens de Hoge Raad in aanmerking moeten

212 Rb. Zwolle 11 augustus 2004, *LJN* AR3394.
213 In afwijking van de opvatting van de Hoge Raad (zie noot 204 in dit hoofdstuk).
214 Rb. Utrecht 29 september 2004, *LJN* AR3283.
215 Zie noot 208 in dit hoofdstuk.
216 Rb. Middelburg 9 juni 2004, *LJN* AP3638, r.o. 3.17.
217 Hof Den Bosch 9 mei 2006, *LJN* AX1224. In vergelijkbare zin voor het voorlopig getuigenverhoor bijv. Hof Leeuwarden 6 september 2006, *LJN* AY8002; Hof Den Bosch 21 maart 2007, *LJN* BA1886. In Hof Den Bosch 21 maart 2007, *LJN* BA7783, stond de aanhangigheid van de bodemprocedure niet in de weg aan toewijzing van het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor.

nemen dat en waarom aan Aegon de mogelijkheid van een voorlopig deskundigenonderzoek is onthouden.[218]

In mijn visie hebben de beperkingen die tegenwoordig worden gesteld aan een voorlopig deskundigenadvies, ook als er goede gronden voor zijn, een problematisch neveneffect. De oorspronkelijk ruime mogelijkheden om een voorlopig deskundigenadvies te verkrijgen, compenseerden namelijk deels dat partijen in de bodemprocedure in hoge mate afhankelijk zijn van de rechter of een deskundigenadvies wordt ingewonnen. De beperking van de aanspraak van partijen op een voorlopig deskundigenadvies tijdens de bodemprocedure heeft tot gevolg dat partijen in de bodemprocedure nog verder worden beperkt in hun mogelijkheden om bewijs te leveren door middel van een deskundigenadvies. Op de glijdende internationale schaal zet Nederland hiermee een stap in de richting van vergaande invloed van de rechter ten koste van partijautonomie.

4.5.2 Keuze van de deskundige

In 1988 heeft de wetgever partijen beperkt in hun invloed op de keuze van de deskundige.

Tot 1 april 1988 hadden partijen doorslaggevende invloed op de keuze van de persoon en het vakgebied van de deskundige. Als de rechter had besloten om een deskundigenadvies in te winnen, was hij namelijk verplicht de deskundige te benoemen over wiens benoeming partijen het eens waren (art. 223 lid 1 Rv 1838). In andere gevallen benoemde de rechter zelf een deskundige en mochten partijen in diens plaats samen een andere deskundige voorstellen (art. 223 lid 2 Rv 1838).[219] Van Boneval Faure zette uiteen waarom het van belang is dat de persoon van de deskundige aanvaardbaar is voor partijen:

> ‘Heeft de rechter voorlichting nodig, het bijzonder belang van partijen is in ‘t geschil betrokken. Zij moeten er op kunnen vertrouwen dat de feiten waarvan hun recht afhankelijk is voor de rechter in het juiste licht wordt gesteld. De personen die zij als deskundigen verlangen, zullen ook voor de rechter aannemelijk zijn. Daaruit verklaart zich de invloed welke de wet aan de partijen op de keuze toekent.’[220]

In het Ontwerp NJV van 1911 was opgenomen dat de benoeming van de deskundige zo (veel) mogelijk in overleg met partijen behoorde te geschieden,[221] evenals

---

218 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189, r.o. 3.4. In deze zin bijv. Rb. A’dam 22 november 2007, *LJN* BB9697. Vgl. Hof Den Bosch 5 september 2007, *LJN* BB3962: afwijzing verzoek voorlopig getuigenverhoor dat strekt tot aantasting van de deugdelijkheid van een in eerste aanleg ingewonnen deskundigenbericht. Een formele wijze van ‘in aanmerking nemen dat en waarom een voorlopig deskundigenonderzoek aan [verzoeker] is onthouden’: in een bodemprocedure overweegt de rechtbank dat in het vervolg van de procedure mogelijk een deskundigenbericht zal worden ingewonnen, waaraan niet in de weg staat dat eerder een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht is afgewezen, ‘reeds nu de desbetreffende beslissing binnen een ander toetsingskader is genomen dan het kader dat in deze procedure aan de orde is’ (Rb. Rotterdam 31 oktober 2007, *LJN* BC1211).

219 Tot de Wet Hartogh (1896) moest het voorstel van partijen worden gedaan binnen drie dagen na de betekening van de uitspraak. Na de Wet Hartogh konden partijen binnen acht dagen na de uitspraak verklaren dat zij een andere deskundige wensten.

220 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 78. Vgl. Zwagerman 2008, p. 60-61.

221 Ontwerp NJV, art. 258 en p. 203.

in het ontwerp van de Staatscommissie-Gratama.[222] Bij de totstandkoming van het nieuwe bewijsrecht werd het zonder verdere toelichting beter geacht de keuze van de persoon niet aan partijen over te laten en de rechter niet te binden aan door partijen aangewezen personen.[223] Sinds 1 april 1988 benoemt de rechter een deskundige na overleg met partijen (art. 194 lid 2 Rv). Het overleg mag mondeling of schriftelijk plaatsvinden. Soms vindt het plaats tijdens een comparitie of pleidooi.[224] In andere gevallen overweegt de rechter meestal in een tussenuitspraak dat hij een deskundige zal benoemen en geeft hij partijen gelegenheid zich bij akte daarover uit te laten.

Het overleg wordt slechts bij uitzondering achterwege gelaten.[225] Volgens advocaat-generaal Huydecoper mag het overleg achterwege worden gelaten als het niet nodig of niet zinvol is, bijvoorbeeld doordat er geen twijfel over kan bestaan wie als deskundige zal worden benoemd.[226] Een enkele keer mogen partijen na de benoeming van de deskundige nog aan de griffier laten weten of zij zich in de keuze van de rechter kunnen vinden.[227] In een zaak waarin een partij op eigen initiatief voorstellen deed voor de te benoemen deskundige, moest de rechter, alvorens te beslissen, de wederpartij in het kader van het voorgeschreven overleg gelegenheid bieden op de voorstellen te reageren.[228]

De benoeming van een deskundige vindt plaats in een tussenuitspraak. Daartegen staat geen hogere voorziening open (art. 194 lid 2 Rv),[229] ook niet als een andere deskundige wordt benoemd dan de door een partij voorgestelde persoon.[230] In beginsel kan een rechtsmiddelenverbod worden doorbroken als wordt geklaagd dat in de vorige instantie bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.[231] Wanneer het overleg met partijen achterwege wordt gelaten, wordt dat in lagere rechtspraak echter niet gezien als een schending van het beginsel van hoor en wederhoor die doorbreking van het appelverbod rechtvaardigt.[232]

---

222 Ontwerp-Gratama, art. 285 en p. 177.
223 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 327, MvT-RO (1969).
224 Bijv. Hof Den Bosch 20 februari 2007, *LJN* BA0042.
225 Bijv. Rb. Assen 22 mei 2001, te kennen uit Hof Leeuwarden 16 april 2003, *LJN* AF7442 (eindvonnis: Rb. Assen 30 augustus 2006, *LJN* AY7298); Rb. Haarlem sector kanton 20 oktober 2003, *LJN* AN8307; Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR2224 r.o. 14; Rb. Arnhem 11 oktober 2006, *LJN* AZ4024.
226 Conclusie A-G Huydecoper onder 27 bij HR 1 februari 2008, *LJN* BB5923.
227 Bijv. Rb. Arnhem 17 mei 2006, *LJN* AY1091. Deze werkwijze gaat wellicht terug op het tot 1 april 1988 geldende recht.
228 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77.
229 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 256, m.nt. HJS, *JBPr* 2004, 67, m.nt. H.W. Wiersma. Vgl. Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 500, *JBPr* 2004, 56, m.nt. J.W. Westenberg: de benoeming van een deskundige is een maatregel die louter wordt getroffen ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van een geregeld verloop van de procesgang.
230 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77.
231 Zie over de doorbreking van een appelverbod bij beschikkingen de rechtspraak vermeld bij Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 156, en Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 317.
232 Hof Den Bosch 9 augustus 2005, *LJN* AU4102, *JBPr* 2006, 68, m.nt. E.F. Groot; Hof Den Bosch 8 januari 2008, *LJN* BC3226; Hof Leeuwarden 23 april 2008, *LJN* BD0483. Zie over doorbreking van het appelverbod en klachten over partijdigheid van de deskundige: par. 5.5.3.7.

In de praktijk volgt de rechter bij de keuze van de te benoemen persoon meestal overeenkomstig het tot 1 april 1988 geldende recht het eensluidende voorstel van partijen, tenzij de deskundige van hun voorkeur niet bereid is de benoeming te aanvaarden.[233] In menig geval zijn partijen het over de keuze van de persoon echter niet eens. Op de knoop die de rechter dan doorhakt, wordt ingegaan in par. 4.7.2.

4.5.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De rechter geeft aan partijen meestal niet alleen gelegenheid zich voorafgaand aan de benoeming van de deskundige uit te laten over de keuze van de persoon en het vakgebied van de deskundige, maar ook over de te stellen vragen. Grondslag voor het laatste biedt het voorschrift dat de rechter de punten vermeldt waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd (art. 194 lid 1 Rv) in verbinding met het beginsel van hoor en wederhoor. Een rechtstreekse wettelijke aanspraak van partijen op overleg met de rechter over de inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek ontbreekt.[234]

Mondeling overleg over de vraagstelling
Bij de totstandkoming van het nieuwe bewijsrecht is door de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer in navolging van het advies van een commissie uit de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) gesuggereerd dat de rechter voorafgaand aan het deskundigenonderzoek tijdens een comparitie met partijen en de deskundige de strekking van de opdracht zou dienen te bespreken en de vraagstelling eerst na onderling overleg zou formuleren.[235] Het voorstel vermeldt niet dat er vóór de Wet Hartogh van 1896 automatisch overleg tussen partijen, deskundige en rechter voorafgaand aan het deskundigenonderzoek mogelijk was doordat de deskundige ter zitting de eed moest afleggen en de eedsaflegging in tegenwoordigheid van beide partijen moest plaatsvinden.[236] Dit bood gelegenheid om met partijen overleg te plegen over de vraagstelling of de inrichting van het deskundigenonderzoek. De commissie uit de NVvR en de NOvA gaf voor haar voorstel de volgende redenen:

> ‘Het deskundigenbericht in het huidige procesrecht werkt in de praktijk niet bevredigend. De oorzaak daarvan ligt, naar de mening van de commissie, in onvoldoende contact tussen rechter en deskundigen enerzijds en deskundigen en partijen met hun raadslieden anderzijds. Dientengevolge gebeurt het herhaaldelijk, dat deskundigen menen de gestelde vragen, zoals deze geformuleerd zijn, niet goed te kunnen beantwoorden of wel een onjuist of onvolledig inzicht hebben in wat van hen wordt verwacht. Anderzijds zijn vaak de door deskundigen gegeven antwoorden voor de rechter en partijen onvoldoende duidelijk.

233 M.b.t. letselschadezaken: De Groot & Elbers 2008, par. 5.3.1.1.
234 Zie over gevolgen hiervan met betrekking tot het voorlopig deskundigenbericht: E.W. Bosch 2007.
235 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 316, VV TK (1971).
236 Zie hoofdstuk 3 noot 88.

> Ook komt het voor, dat deskundigen niet alle inlichtingen krijgen die zij nodig hebben en dat partijen geconfronteerd worden met een deskundigenrapport, dat naar hun mening niet op de werkelijke feiten gebaseerd is of niet met alle feiten rekening heeft gehouden. In de processtukken plegen immers slechts die feiten te worden gesteld die juridisch relevant zijn, terwijl deskundigen, werkend vanuit een andere vakdiscipline, vaak andere feitelijke gegevens voor hun onderzoek behoeven.'[237]

De Minister van Justitie heeft het voorstel niet overgenomen. Hij vond dat een verplichte comparitie de rechter een deel van de noodzakelijke vrijheid zou ontnemen om naar bevind van zaken zo te handelen als hem gezien de omstandigheden het beste voorkomt. In gevallen waarin de aan de deskundige te verstrekken opdracht duidelijk is, het deskundigenonderzoek van beperkte of eenvoudige aard is, of partijen zich in voorafgaande conclusies of bij pleidooi reeds over de wenselijkheid en de inhoud van een deskundigenopdracht voldoende hebben kunnen uitlaten, achtte hij een verplicht voorafgaand overleg met partijen en de deskundige niet nodig. Voor zover partijen zich nog niet voldoende hebben kunnen uitlaten, zou de rechter de zaak daartoe naar de rol kunnen verwijzen of een comparitie kunnen gelasten. Overleg met de deskundige achtte de Minister verder niet nodig omdat de rechter in de praktijk, zeker wanneer het technisch gecompliceerde zaken betreft, bij de uiteindelijke formulering van de aan de deskundige te stellen vragen, rekening pleegt te houden met de mogelijkheid dat de deskundige in zijn onderzoek nog meer of andere feitelijke aspecten zal willen betrekken dan reeds in de uitspraak uitdrukkelijk genoemd. Zo wordt volgens de Minister aan de deskundige de noodzakelijke ruimte gelaten om binnen het kader van de opdracht alle relevant geachte feitelijke aspecten te onderzoeken.[238]

4.6 Invloed van de deskundige

4.6.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

De deskundige heeft geen (wettelijke) bevoegdheid om zich te mengen in de keuze om een deskundigenadvies in te winnen. Als hij eenmaal bij een zaak wordt betrokken, is deze keuze reeds door de rechter gemaakt. Op zichzelf zou de deskundige de rechter dan alsnog over de keuze of over de inhoud en reikwijdte van het door de rechter gewenste deskundigenonderzoek kunnen adviseren. Verder kan de rechter met gebruik van zijn discretionaire bevoegdheid aan een deskundige de (preliminaire) vraag voorleggen of een deskundigenonderzoek aangewezen of zinvol is. Een voorbeeld biedt de zaak waarin het Hof Arnhem besloot, alvorens een deskundigenadvies in te winnen, een hoogleraar medische besliskunde als

237 Rapport Commissie van Advies NVvR/NOvA 1970, p. 21.
238 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 318-319, MvA TK (1981). Vgl. conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.24 bij HR 27 april 2007, *LJN* AZ4567; Rutgers *(Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 194, aant. 5.

deskundige te benoemen om zich te laten adviseren over de validiteit van het door het Hof voorgenomen deskundigenonderzoek met betrekking tot het geschilpunt of röntgenfoto's in het kader van bevolkingsonderzoek verkeerd zijn beoordeeld.[239]

4.6.2 Keuze van de deskundige

Bij de keuze van het vakgebied en de persoon van de deskundige door de rechter wordt in het algemeen geen deskundige betrokken. Als door de rechter of griffier aan een deskundige wordt gevraagd of hij een deskundigenadvies wil uitbrengen, kan hij, al dan niet na kennisneming van (een deel van) de processtukken, laten weten of hij zichzelf voldoende deskundig acht om de opdracht uit te voeren. Het komt wel voor dat deskundigen die menen dat dit niet het geval is, suggesties doen voor de keuze van de persoon van een andere deskundige.

4.6.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

Met de regels dat de rechter die een deskundigenonderzoek gelast, de opdracht aan de deskundige formuleert na overleg met partijen (art. 194 lid 1 en 2 Rv) en dat de deskundige het onderzoek zelfstandig of onder leiding van de rechter kan verrichten (art. 198 lid 2 Rv), is niet zonder meer duidelijk waartoe het deskundigenonderzoek zich mag uitstrekken. Hiervoor bestaan niet of nauwelijks (nadere) regels.

De rechter behoort erop toe te zien dat met het deskundigenadvies niet is of wordt getreden buiten de regels met behulp waarvan de omvang van de rechtsstrijd en de bewijslevering wordt bepaald (art. 24 Rv, art. 149 Rv). Voor de deskundige is de opdracht richtinggevend.

De opdracht pleegt in de huidige praktijk te bestaan uit de vragen die de deskundige dient te beantwoorden en instructies van procedurele aard. De deskundige dient meestal zelf uit de vragen in samenhang met de processtukken af te leiden welke feiten in het deskundigenonderzoek zijn betrokken, en welke daarvan tussen partijen vaststaan en in geschil zijn.

Onduidelijk is of de eenmaal verstrekte opdracht op initiatief van de deskundige kan worden gewijzigd, en of de rechter in een wijziging moet worden betrokken. De deskundige kan tijdens het onderzoek tot de conclusie komen dat ook andere feiten relevant zijn dan de feiten waarop de opdracht betrekking heeft, bijvoorbeeld volgens normen op zijn vakgebied of (anderszins) uit het oogpunt van waarheidsvinding. Het is niet duidelijk of hij die andere feiten in het onderzoek mag betrekken en, zo ja, of hij daartoe de instemming van partijen en/of de rechter nodig heeft. Een andere vraag is of een deskundige zich binnen de grenzen van de opdracht mag laten bijstaan door derden, bijvoorbeeld omdat de inhoud en

239 Hof Arnhem 12 juni 2007, *LJN* BA7499.

reikwijdte van de opdracht zijn vakgebied deels te buiten gaan en hij wil voldoen aan zijn verplichting om de aanvaarde opdracht te voltooien. Dit komt in par. 5.6 aan de orde.

4.7 Invloed van de rechter

4.7.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

4.7.1.1 Discretionaire bevoegdheid naar huidig recht

De rechter kan op verzoek van een partij of ambtshalve een (schriftelijk) bericht of een (mondeling) verhoor van deskundigen bevelen (art. 194 lid 1 Rv). Dit is een discretionaire bevoegdheid, zoals in par. 4.5.1 vanuit het perspectief van partijen is toegelicht.[240] De wetgever heeft de rechter bewust de vrije hand gegeven[241] en bijvoorbeeld niet geregeld in welke gevallen de rechter van deze bevoegdheid gebruik mag maken, dan wel of er gevallen zijn waarin de rechter een verzoek van een partij tot inschakeling van een deskundige zou moeten honoreren. De Hoge Raad heeft de rechter in feitelijke instantie hier evenmin aan banden gelegd. Naar vaste rechtspraak[242] en zonder bezwaar van de wetgever[243] is het overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt of hij van de bevoegdheid tot inschakeling van deskundigen gebruik maakt. Zoals uiteengezet in par. 4.5.1, heeft een partij beperkte mogelijkheden om de rechter ertoe te bewegen een deskundigenadvies in te winnen.[244] Bij de beoordeling van klachten over een beslissing met betrekking tot de toepassing van de discretionaire bevoegdheid zijn in de rechtspraak van de Hoge Raad twee uitgangspunten te onderkennen. Het ene is dat de bevoegdheid om in een zaak te beslissen autonoom bij de rechter ligt (art. 112 lid 1 Gw en art. 42 Wet RO).[245] Tot de beslissingsbevoegdheid behoort steeds ook de vraag of de rechter over voldoende gegevens beschikt om te beslissen. De rechter is bij de beantwoording van deze vraag niet afhankelijk van de mening van anderen. Het

---

240 Zie over betekenissen van discretionaire bevoegdheden Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 104.

241 In de Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht is op diverse plaatsen de opvatting van de Minister van Justitie te vinden dat de wettelijke bepalingen inzake het deskundigenbericht de rechter de noodzakelijke vrijheid moeten laten om naar bevind van zaken zo te handelen als hem gezien de omstandigheden het beste voorkomt, bijv. op p. 318, 320, 326, 330.

242 HR 31 maart 1911, *W* 9168; HR 18 april 1952, *NJ* 1952, 573; HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32, m.nt. DJV; HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 560; HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 481; HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 779; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035; HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 550; HR 31 maart 1995, *NJ* 1995, 597; HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 132; HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 364; HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, m.nt. P. Clausing; HR 19 november 1999, *NJ* 2000,234, m.nt. ARB; HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 73; HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 63; HR 8 oktober 2004, *LJN* AP1083; HR 12 november 2004, *LJN* AP9636; HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199; HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406; HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 619; HR 13 januari 2006, *LJN* AU3256; HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401.

243 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 85, MvA EK (1987).

244 Zie par. 4.5.1.

245 Zie bijv. HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 655, m.nt. PCEvW. Het betreft weliswaar een onteigeningszaak, waarop art. 194 Rv volgens ar. 32 Ow niet van toepassing is, maar voor deze kwestie maakt dat geen verschil. Zie over deskundigen in onteigeningszaken: Scheltema & Storm 2007.

andere uitgangspunt is het complement van de beslissingsbevoegdheid: de vrijheid van de rechter om zich door deskundigen te doen voorlichten al naar gelang hij dat nodig acht. De rechter is binnen de grenzen van de art. 21-25 Rv en art. 149 Rv[246] vrij om te beoordelen aan welke bron hij gegevens ontleent die hem in staat stellen op een geschilpunt te beslissen. Het gebruik van bevoegdheid en vrijheid door de rechter wordt begrensd door de eis dat de rechterlijke uitspraak voor partijen en de hogere rechter controleerbaar en aanvaardbaar moet zijn.[247] In deze toets in cassatie worden zowel de autonome beslissingsbevoegdheid van de rechter gerespecteerd als zijn vrijheid om deskundigen in te schakelen. Een motivering van de lagere rechter wordt in cassatie niet onvoldoende geacht enkel doordat de rechter zonder advies van een deskundige heeft geoordeeld in een situatie waarin hij ook een deskundige had kunnen raadplegen.[248] Slechts als de beslissing van de rechter over een bepaald geschilpunt niet begrijpelijk is in het licht van het processuele debat van partijen, tussen partijen vaststaande feiten, feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels, heeft een motiveringsklacht in cassatie kans van slagen.[249] Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de rechter in de uitspraak onvoldoende heeft toegelicht waarom hij de mening van de ene deskundige volgt en die van de andere niet[250] of als het rechterlijk oordeel onvoldoende begrijpelijk is in het licht van een uitspraak van de medische tuchtrechter over dezelfde feiten.[251] Een cassatieklacht kan ook slagen als een essentieel processueel voorschrift is geschonden, zoals het recht op een mondelinge behandeling of het beginsel van hoor en wederhoor.[252] Een en ander betekent dat de Hoge Raad de feitenrechter die de gebruikelijke processuele voorschriften in acht neemt, geen beperkingen oplegt om zonder deskundigenadvies te oordelen in zaken waarin ook een deskundige zou kunnen worden geraadpleegd.

4.7.1.2 Discretionaire bevoegdheid en bewijslevering

Deze uitleg van de discretionaire bevoegdheid, waarin de rechter doorslaggevende invloed heeft op de keuze om een deskundigenadvies in te winnen, is in de literatuur onderwerp van debat (geweest) in het kader van de vraag of een deskundigenadvies dient ter voorlichting van de rechter, of (ook) een bewijsmiddel is van een partij. De discussie in de literatuur wordt geflankeerd door de opvatting van de Hoge Raad, die zich in de loop der tijd herhaaldelijk op het standpunt heeft gesteld dat een deskundigenadvies weliswaar dient ter voorlichting van de rechter,

---

246 Zie par. 2.4.5.
247 Vaste rechtspraak, zie HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659, m.nt. DWFV, en m.b.t. de motivering van het bewijsoordeel bijv. HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7. Zie par. 7.5.3.
248 Bijv. HR 19 juni 1998, *NJ* 1999, 288, m.nt. WMK; HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433, *NbBW* oktober 2001 p. 110-112, m.nt. R.J.P. Kottenhagen.
249 Zie par. 7.5.3.4.
250 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars. Over dit arrest: Driessen 2004.
251 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, m.nt. F.C.B. van Wijmen.
252 Bijv. in strijd met vaste rechtspraak (sinds HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 341, m.nt. HJS) pleidooi na deskundigenbericht weigeren of onvoldoende gelegenheid bieden om een verzuim in de naleving van hoor en wederhoor tijdens het deskundigenonderzoek te compenseren (HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435; HR 25 november 2005, *LJN* AT9053).

maar tevens een bewijsmiddel is.[253] Aan een deskundigenadvies kan bewijs worden ontleend van een betwist feit dat aan de beslissing van de zaak kan bijdragen. De meest gehuldigde opvatting in de literatuur sluit aan bij de opvatting van de Hoge Raad: een deskundigenadvies is een middel ter voorlichting van de rechter, waarvan een bijkomstigheid is dat een deskundigenonderzoek kan resulteren in een bewijsmiddel van een partij.[254] Hierbij past dat het de rechter is die bepaalt of hij behoefte heeft aan een deskundigenadvies. In afwijking hiervan is in de afgelopen jaren wel bepleit dat de rechter op een verzoek van een partij om een deskundige te benoemen steeds gemotiveerd dient te beslissen.[255] In laatstgenoemde opvatting wordt kennelijk gewicht toegekend aan de zeggenschap van partijen over de omvang van de rechtsstrijd en daarbinnen aan de mogelijkheden van partijen om bewijs te leveren van feiten die in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.

Naar mijn opvatting is het bij het bepalen van de reikwijdte van de vrijheid van de rechter om zich door deskundigen te laten voorlichten, van belang om onderscheid te maken tussen het geval waarin de rechter voorlichting van een deskundige nodig heeft ten behoeve van de beslissing en het geval waarin een partij feiten wil bewijzen op het vakgebied van een deskundige. Zoals ik in par. 4.3 heb beschreven, is dit zowel in andere landen op het Europese continent als in Engeland een gebruikelijk onderscheid. Langemeijer heeft erop gewezen dat in Nederland met de verschillende doeleinden van deskundigenonderzoek – voorlichting van de rechter of bewijslevering door een partij – tot op zekere hoogte rekening is gehouden in de rechtspraak over de gronden waarop een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht kan worden afgewezen.[256]

In het verleden is in Nederland aan het onderscheid tussen beide doelen van een deskundigenadvies, voorlichting of bewijslevering, aandacht besteed in de literatuur in de context van de vraag waarin een deskundigenadvies zich onderscheidt van de verklaring van een getuige. Door sommigen werd hierbij het standpunt ingenomen dat een deskundigenadvies geen bewijsmiddel is en slechts dient ter voorlichting van de rechter.[257]

---

253 HR 27 november 1846, *W* 790; HR 11 februari 1859, *W* 2034; HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, m.nt. CJHB; HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 256, m.nt. HJS, *JBPr* 2004, 67, m.nt. H.W. Wiersma.

254 Abma 1957, p. 23-24; Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 32 en 64-67; Bosch-Boesjes 1991, p. 154-155; Rutgers *(Burgerlijke Rechtsvordering*), Boek 1, Titel 2, Afdeling 9, Bewijs, § 6 aant. 2 en 3; Coops/Zonderland, Schlingemann & Dolman 1980, p. 101-103; Diephuis 1869-1890, III, p. 278; Hugenholtz 1948, nr. 153; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 92; Berriat-Saint Prix/Van der Linden 1812, p. 217; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 105; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 222, aant. 1, p. 674; Scheltema 1939, p. 87 en p. 452-456; Star Busmann 1955, p. 266-267; Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 285; Stein/Rueb 2007, p. 165; Sterk 1991, p. 300-305; Verkerk 2007, p. 492; Wieten 2004, p. 67.

255 Zie par. 4.5.1 en daarin noot 186.

256 Conclusie A-G Langemeijer onder 2.22 bij HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106. Over de afwijzing van een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht: par. 4.5.1.

257 Asser/Anema 1915, p. 45; Asser/Anema 1932, p. 47; Asser/Anema 1940, p. 48-49; Asser/Anema/Verdam 1953, p. 48 en 492; Opzoomer/Levy 1892, XII, p. 62; De Pinto 1857, II -1, p. 356.

Onderscheid deskundigenadvies en getuigenverklaring – Paul Scholten en Stein
In het kader van de vraag waarin een deskundigenadvies zich onderscheidt van de verklaring van een getuige, memoreerde Paul Scholten dat in het verleden werd geleerd dat de getuige aan de rechter zijn waarneming gaf en de deskundige zijn oordeel, maar dat deze leer in 1916 door de Hoge Raad werd verlaten.[258] Hij haalde hierbij de vernieuwende poging van Stein aan om de getuigenverklaring te onderscheiden van de deskundigenverklaring door kenmerkend te achten dat de getuige zijn individuele waarneming geeft en de deskundige kennis van ervaringsregels levert. Stein had in 1893 betoogd dat bewijslevering van ervaringsregels van oudsher normaliter met behulp van deskundigen wordt geleverd, omdat het eenvoudiger is gebruik te maken van een deskundige die kennis heeft van een ervaringsregel op zijn vakgebied, geabstraheerd van zijn individuele waarneming, dan een grote hoeveelheid getuigen te moeten horen die individuele waarnemingen hebben gedaan waaruit het bestaan van een ervaringsregel zou zijn af te leiden. Anders dan bij de getuige, was volgens Stein de bron van de wetenschap die de deskundige heeft van ervaringsregels op zijn vakgebied – in een tijd waarin de stand van wetenschap en techniek minder aanleiding gaf tot een wetenschappelijk verantwoord verschil van inzicht dan tegenwoordig – niet relevant voor de beoordeling van de bewijskracht van de verklaring van de deskundige. Stein noemde het deskundigenadvies een *fungibles Beweismittel*, waarmee hij tot uitdrukking bracht dat bij vervanging van de deskundige geen bewijsmiddel verloren gaat.[259] In vergelijkbare zin meende Scheltema dat kennis van ervaringsregels moest worden beschouwd als kennis van feiten die voor bewijs vatbaar zijn. Een deskundigenadvies kan de rechter volgens hem een zekere overtuiging van het bestaan van feiten verschaffen. Hij beschouwde een deskundigenadvies dan ook als een bewijsmiddel.[260]

Suijling
Suijling betwijfelde of het wel passend was dat de wetgever het deskundigenbericht een bewijsmiddel noemde. Als deskundigen waargenomen feiten meedelen in hun rapport, leggen zij eigenlijk een getuigenis af. Als deskundigen beredeneren hoe onder de wetten van de natuur gebeurtenissen moeten worden geacht zich te hebben toegedragen, bijvoorbeeld de instorting van een huis, verklaren zij waaraan een gebeurtenis is te wijten. Deze conclusie bevat geen persoonlijke waarneming van de deskundige, maar wordt uit toepasselijke technische regels afgeleid. In zoverre verschaffen deskundigen volgens Suijling aan de rechter de wetenschap

258 Noot van Paul Scholten bij HR 5 november 1926, *NJ* 1927, 378, waarin hij wijst op de opvattingen bij Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 65-66, Diephuis 1869-1890, III, 278, Stein 1893, Suijling 1928, I, 410, en op HR 16 mei 1890, *W* 5870, en HR 29 december 1916, *NJ* 1917, 121.
259 Stein 1893, p. 54-55. De opvatting dat het onderscheid tussen getuige en deskundige erop neer komt dat de getuige verklaart over zijn persoonlijke waarnemingen van historische feiten en gebeurtenissen en daarom onvervangbaar is, terwijl de deskundige met behulp van zijn kennis en ervaring op zijn vakgebied geregeld tegenwoordige feiten en ervaringsregels 'levert' en daarom vervangbaar is, is bijv. nog te vinden bij Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff, nr. 3.
260 Scheltema 1939, p. 86-87 en 453.

van in vakkringen algemeen voor waar gehouden ervaringsregels. Daarom behoort volgens hem het gedeelte van een deskundigenbericht waarin deskundigen geen feiten verschaffen, maar een oordeel geven, niet tot de echte bewijsmiddelen.[261]

Star Busmann
Star Busmann meende dat door een getuigenverklaring concrete waarnemingen kenbaar worden gemaakt, die ten doel hebben de rechter gegevens te verschaffen omtrent de rechtsfeiten in geschil. Een deskundigenverklaring bevat volgens hem een oordeel dat berust op ervaringsregels en helpt de rechter bij de waardering van processuele gegevens die tot vaststelling van de feiten moeten leiden. Een verklaring kan beide elementen in zich verenigen, als een deskundige getuige wordt gehoord. De rechter mag het oordeel van een deskundige getuige overnemen zonder een deskundigenbericht te moeten gelasten en hij mag een deskundigenbericht overnemen zonder eerst getuigen te moeten horen.[262]

Asser/Anema/Verdam en Star/Busmann/Rutten/Ariëns
Volgens Asser/Anema/Verdam was de algemene opvatting dat een deskundige geen getuige is, maar was het moeilijk om nauwkeurig aan te geven waarin een deskundige zich van een getuige onderscheidt. Technische kenmerken, zoals de vervangbaarheid of onvervangbaarheid van de deskundige of de getuige, de bijzondere bekwaamheid van de deskundige, het gebrek daaraan bij de getuige of het tijdstip van een waarneming van een getuige en een deskundige leveren geen wezenlijk onderscheidende kenmerken op, omdat de kenmerken niet altijd aan de ene hoedanigheid wel en aan de andere niet zijn verbonden. Ook gaat het er niet om dat een getuige vooral verklaart over door hem waargenomen feiten en de deskundige voornamelijk zijn mening over de feiten geeft. Volgens Asser/Anema/Verdam was het deskundigenbericht geen bewijsmiddel gezien de taak van de rechter in de civiele procedure in samenhang met het processuele doel van een getuigenverklaring en een deskundigenverklaring. De rechter moet de door partijen aangedragen feiten ordenen en beoordelen, waarna hij de feiten vaststelt die relevant zijn voor de beslissing. Zowel de getuige als de deskundige kunnen de rechter hierbij behulpzaam zijn. Het doel van de getuigenverklaring is dat aan de rechter nieuwe gegevens worden verschaft. Als de rechter de hulp van een deskundige inroept, is het doel daarvan de waardering en beoordeling van de feiten. Naar dit doel moet worden beoordeeld of men in een zaak met getuigenbewijs of deskundigenbewijs van doen heeft. Als de rechtsprekende, oordelende taak van de rechter het uitgangspunt is, brengt dat volgens Asser/Anema/Verdam mee dat het deskundigenbericht 'globaal gezien' geen bewijsmiddel is.[263] Deze opvatting is bestreden door onder andere Land/Eggens en Star Busmann/Rutten & Ariëns. De

261 Suijling 1928, p. 136-137.
262 Star Busmann, noot bij HR 27 juni 1930, *W* 12168, m.nt. Star Busmann, *NJ* 1930, 1395, m.nt. EMM.
263 Asser/Anema/Verdam 1953, p. 494-495.

laatsten brachten ertegen in dat een deskundige nieuwe gegevens kan verschaffen die hij als vakman heeft kunnen waarnemen.[264]

Ontwerp nieuw bewijsrecht
In 1959 is in het 'Ontwerp van wet houdende nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken' getracht het deskundigenadvies in een wettelijke bepaling te definiëren:

> 'Artikel 214. Deskundigenverklaringen zijn in wettelijke vorm in het geding gegeven, op kennis of ervaring berustende oordelen van door de rechter benoemde personen.'

De definitie werd gegeven ter omschrijving van de aard van de bijdrage van de deskundige aan de procedure en ter afgrenzing van het deskundig oordeel van de getuigenis. Een getuige mag alleen verklaren over waargenomen feiten. Bij een deskundige, die daarover eveneens kan verklaren, treedt het wetenschappelijke of ervaringsoordeel op de voorgrond. De deskundige beantwoordt vragen waarvoor bijzondere kennis is vereist, verkregen door de beoefening van een bepaald vak of gegrond op ervaring.[265] De voorgestelde bepaling is niet overgenomen in het Regeringsontwerp 1969. In de memorie van toelichting bij het Regeringsontwerp werd de definitie weinig gelukkig geacht, omdat een getuigenverklaring eveneens kan berusten op een oordeel op grond van kennis of ervaring van de getuige. In de meeste gevallen verklaart een getuige over feiten uit eigen waarneming en treedt in een deskundigenverklaring een wetenschappelijk of ervaringsoordeel op de voorgrond. Een deskundigenbericht is gewenst als in het geding vragen rijzen waarvan de beantwoording bijzondere kennis vergt, verkregen door de beoefening van een bepaald vak of gegrond op ervaring.

De afgrenzing tussen de processuele rol van de getuige en de deskundige werd in het Regeringsontwerp van belang geacht in verband met de bevoegdheid van de rechter om zelf de deskundige uit te kiezen, waarbij kennelijk tevens werd gedoeld op de bevoegdheid van partijen om de te horen getuigen voor te dragen. Iedere poging tot een verdere bepaling van de gevallen waarin het deskundigenbericht is toegelaten, zou de rechter op ongewenste wijze aan banden leggen.[266] Deze benadering strookt naar mijn ervaring met de praktijk. Een typerend voorbeeld is de verzekeringszaak waarin een beroep op verzwijging is gedaan en de verzekeraar de opdracht krijgt te bewijzen dat hij, indien hij het verzwegen feit bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst had gekend, de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Deze bewijslevering vindt in de praktijk soms plaats met behulp van getuigen, soms met behulp van een deskundigenbericht.[267]

---

264 Land/Eggens 1933, p. 40; Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 285. In gelijke zin reeds Star Busmann 1955, p. 266-267.
265 *Kamerstukken II*, 1968/69, 10 377, Bijlage II bij de memorie van toelichting, nr. 5, p. 29; Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 325, MvT-RO (1969).
266 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 325-326, MvT-RO (1969).
267 HR 19 mei 1978, *NJ* 1978, 607. Bijv. Rb. Rotterdam 9 januari 2008, *NJF* 2008, 185. Zie ook: Rb. Rotterdam 21 mei 2008, *LJN* BD6976, r.o. 5.8; Rb. Zutphen 7 mei 2008, *LJN* BD7122, r.o. 5.8.

Discretionaire bevoegdheid en waarheidsvinding
Met het voorgaande heb ik laten zien dat het niet eenvoudig is om onderscheid te maken in het wezen van de bijdrage van een getuige en een deskundige aan de beslissing van een geschil. Van de ruime mogelijkheden van een partij om bewijs door middel van getuigen te leveren (art. 166 lid 1 Rv), is desondanks weinig terug te vinden in de uitleg die naar huidig recht wordt gegeven aan de discretionaire bevoegdheid en de motiveringsplicht van de rechter bij de keuze om een deskundigenadvies in te winnen. Dat vind ik niet zonder meer begrijpelijk. Evenals bij een getuigenverhoor, kunnen uit een deskundigenadvies concrete waarnemingen ten aanzien van de feiten blijken. Het deskundigenadvies vervult zelfs een ingrijpender rol in de waarheidsvinding dan het getuigenverhoor, omdat de waarnemingen van een deskundige meestal niet worden gedaan ten overstaan van de rechter en partijen bij de waarnemingen niet steeds tegenwoordig mogen zijn. Er zijn talloze gevallen waarin aan de deskundige niet alleen wordt gevraagd om de rechter voor te lichten over ervaringsregels op zijn vakgebied of een oordeel op zijn vakgebied te geven, maar waarin de deskundige zich tevens bezig houdt met waarheidsvinding ten aanzien van feiten die in geschil zijn en bij de opheldering waarvan kennis of ervaring van een deskundige nodig is.[268] In de meeste gevallen van beroepsaansprakelijkheid bijvoorbeeld zal een deskundige de vraag of er door een beroepsgenoot fouten op zijn vakgebied zijn gemaakt niet kunnen beantwoorden zonder in aanvulling op vaststaande feiten binnen de rechtsstrijd van partijen andere feiten te verzamelen, te ordenen en op te helderen die op zijn vakgebied relevant zijn om tot een oordeel te komen. Ook als in de rechterlijke uitspraak uiteindelijk het oordeel van de deskundige op de voorgrond staat, kan in deskundigenonderzoek bewijslevering plaatsvinden ten aanzien van feiten waarvan de uitkomst vervolgens ten grondslag wordt gelegd aan het deskundigenadvies. In dit licht bezien is het in de gevallen waarin een deskundige de rechter niet alleen ervaringsregels verschaft of een oordeel op zijn vakgebied geeft, maar tevens een taak vervult in de waarheidsvinding, naar mijn opvatting niet vanzelfsprekend dat de rechter aanzienlijk meer vrijheid heeft bij de keuze om een deskundigenadvies in te winnen dan bij de verwerping van een aanbod tot bewijslevering door getuigen.[269] De geringe vrijheid van de rechter om bewijslevering door getuigen te weigeren als bewijs wordt aangeboden van duidelijk en bepaald omschreven, betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, houdt immers verband met de zeggenschap van partijen over de feiten die zij aan vordering en verweer ten grondslag leggen. Bij de totstandkoming van het nieuwe bewijsrecht is door enkele leden van de Tweede Kamer voorgesteld om de rechter ten aanzien van het toestaan van een getuigenverhoor dezelfde discretionaire bevoegdheid te geven als ten aanzien van een deskundigenadvies. Daarmee zouden door de rechter overbodig geachte getuigenverhoren kunnen worden vermeden, waardoor kosten en tijd

268 De Groot 2007a, p. 43-44. Nader over de normatieve invloed van een deskundige en het bewijskarakter van een deskundigenadvies: par. 6.4.2.1.
269 Zie par. 4.5.1.

bespaard zouden worden. De Minister van Justitie reageerde afwijzend op dit voorstel met het argument dat een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van het getuigenverhoor al te zeer zou ingaan tegen het beginsel van de partijautonomie: de rechter behoort in zoverre lijdelijk te zijn, mede in verband met het streven om zo veel mogelijk bewijsmateriaal toe te laten. Bovendien zouden er geen rechtens relevante, materieelrechtelijke en technisch-hanteerbare maatstaven zijn te vinden die voor de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid tot het toestaan van bewijslevering door getuigen zouden moeten gelden.[270] Dit argument snijdt naar mijn mening geen hout. Deze maatstaven ontbreken in Nederland namelijk ook bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid tot benoeming van een deskundige, zoals in het vervolg van deze paragraaf aan de orde zal komen. Het streven om zo veel mogelijk bewijsmateriaal toe te laten, brengt naar mijn opvatting mee dat de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot benoeming van deskundigen partijen niet behoort te beperken in hun mogelijkheden tot bewijslevering ten aanzien van feiten die tussen hen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Dit zal ik in hoofdstuk 8 verder uitwerken.

4.7.1.3 Discretionaire bevoegdheid in oudere rechtspraak en eigen wetenschap van de rechter

De vrijheid van de rechter in de inschakeling van deskundigen heeft ook in het verleden voorop gestaan en is zelfs grenzeloos geweest. Geruime tijd waren er namelijk nauwelijks beperkingen om de uitspraak te motiveren met gebruik van eigen wetenschap van de rechter – kennis buiten het juridische domein – in plaats van een deskundigenadvies. De blik in het verleden vormt de opmaat naar het vervolg van par. 4.7.1, waarin ik uiteen zal zetten dat de vrijheid van de rechter in de inschakeling van deskundigen tegenwoordig wel beperkter is, maar nog steeds niet is afgebakend.

Uitleg van de discretionaire bevoegdheid in het verleden

De wettelijke bevoegdheid van de rechter om een deskundige in te schakelen is van oudsher als een discretionaire bevoegdheid geformuleerd (art. 222 Rv 1838). Al aan het begin van de twintigste eeuw werd in rechtspraak van de Hoge Raad bij de uitleg van de reikwijdte van de bevoegdheid in zowel civiele zaken als strafzaken doorslaggevend gewicht toegekend aan de beslissingsbevoegdheid van de rechter en de rechterlijke vrijheid om al dan niet een deskundige in te schakelen. De opvatting van Advocaat-Generaal Besier in 1920 bijvoorbeeld, dat de rechter verplicht was een deskundigenonderzoek te gelasten als hij het onderzoek nodig vond voor de beslissing van de zaak,[271] is door de Hoge Raad niet gevolgd. In de tijd waarin de rechter zich gebonden achtte aan de bewijsmiddelen die waren opgesomd in de wet,[272] werd herhaaldelijk in cassatie geklaagd dat de rechter

270 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 245, Nadere MvA TK (1985).
271 Conclusie A-G Besier bij HR 7 mei 1920, *W* 10589, m.nt. H. de Jong, *NJ* 1920, p. 602-605.
272 Art. 1903 BW (1838): schriftelijk bewijs, bewijs door getuigen, vermoedens, bekentenis, eed. Al in de negentiende eeuw had de Hoge Raad geoordeeld dat de omstandigheid dat een deskundigenadvies daarin niet werd opgesomd, niet meebracht dat een feit niet op grond van een deskundigenadvies bewezen mocht worden geacht (HR 27 november 1846, *W* 790; HR 11 februari 1859, *W* 2034).

eigen wetenschap als bewijsmiddel had gebezigd en in plaats daarvan een deskundige had moeten raadplegen, omdat eigen wetenschap van de rechter niet als bewijsmiddel in de wet was opgenomen. Dergelijke klachten werden door de Hoge Raad vrijwel steeds verworpen.[273] Zo kon de rechter uit eigen wetenschap beslissen dat een bepaald soort dieren in het algemeen gevaarlijk is.[274] De rechter mocht uit eigen wetenschap de waarde in het algemeen van een bepaald weiland vaststellen, omdat het hem nergens was verboden een technisch oordeel te geven en een technisch oordeel niet aan de voor het bewijs van feiten geldende regels was onderworpen.[275] Scheltema heeft er later op gewezen dat de bedoeling van de Hoge Raad in uitspraken waarin het begrip 'technisch oordeel' wordt gebezigd, beter wordt weergegeven met het woord 'ervaringsregel' dan met 'technisch oordeel'.[276] Het hof mocht aan regels die aan het hof uit eigen ervaring en wetenschap bekend waren en konden zijn, het vermoeden ontlenen dat het dichten van een grote scheur in de zijwand van een stoomschip een werk was waarvoor een grote sleepdienst bij uitstek geschikt en geoutilleerd was en dat slechts door zo'n sleepdienst kon en placht te worden uitgevoerd.[277] Het stond de rechter vrij om, wanneer hij zich daartoe in staat achtte, de gevolgen van welke ziekte ook zonder inschakeling van een medisch deskundige vast te stellen.[278] Een technisch oordeel mocht door de rechter worden ontleend aan elke bron, ook aan eigen wetenschap, en de rechter was geen verantwoording verschuldigd over de wijze waarop hij zich een technisch oordeel vormde.[279] Verder werd de rechter vrij geacht de opinie van deskundigen niet te volgen als die strijdig was met zijn overtuiging.[280]

Toelaatbaarheid van eigen wetenschap

De Hoge Raad gebruikte tot in de jaren dertig voornamelijk drie soorten argumenten bij de verwerping van cassatieklachten gericht tegen de vrijheid van de rechter om zich door deskundigen te laten voorlichten. In sommige gevallen slaagde de klacht niet omdat de rechter beschikte over wettelijke bewijsmiddelen die het oordeel zelfstandig konden dragen. Daarmee achtte de Hoge Raad niet meer relevant wat de rechter uit eigen wetenschap aan de motivering van de uitspraak had toegevoegd.[281] In andere gevallen oordeelde de Hoge Raad dat de rechter bij

---

273 Een uitzondering is te vinden in HR 2 april 1901 (strafkamer), *W* 7601: de kantonrechter te Roermond verklaarde een overtreding bewezen met eigen wetenschap van het gebruik van een sociëteit en een herberg en van desbetreffende acitiviteiten van de verdachte. De HR overwoog dat dit niet kon worden aangenomen op grond van eigen wetenschap van de rechter, maar alleen op grond van wettige bewijsmiddelen.

274 HR 7 november 1904 (strafkamer), *W* 8139.

275 HR 7 mei 1924, *NJ* 1924, 854.

276 Scheltema 1939, p. 454.

277 HR 26 juni 1925, *NJ* 1925, 977.

278 HR 18 november 1927, *NJ* 1928, p. 151-153.

279 Bijv. HR 10 december 1909, *W* 8945; HR 24 juni 1910, *W* 9049; HR 27 juni 1930, *W* 12168, m.nt. Star Busmann, *NJ* 1930, blz. 1395-1398, m.nt. EMM; HR 16 december 1938, *NJ* 1939, 829, m.nt. EMM. Zie ook de noot van Meijers onder 2 bij HR 10 november 1916, *WPNR* 2515, p.123-128.

280 Bijv. HR 8 maart 1901, *W* 7577.

281 Bijv. HR 27 december 1909 (strafkamer), *W* 8961: twee getuigenverklaringen dragen de bewezenverklaring zelfstandig. In de bewijsmiddelen is geen gebruik gemaakt van de overweging van de kantonrechter dat hem uit eigen wetenschap bekend is dat een springstier het dekken niet wordt belet als de stier aan de poten is gespannen met een ketting van de afmeting, van poot tot poot gemeten, als door de getuigen verklaard. Daarom kan onbesproken blijven wat het middel aanvoert over 's rechters ontoereikende kennis van de stier.

de waardering van beschikbaar wettelijk bewijs een element had toegevoegd uit eigen wetenschap, al dan niet in combinatie met eigen waarneming. Dat viel onder de vrijheid van de rechter in de waardering van het bewijs. Een voorbeeld hiervan biedt een arrest uit 1911:

> Van den Berg kocht een koe van Paul voor f. 230,-. Hij stelde dat de koe leed aan een verborgen gebrek en vorderde de koopprijs terug. Hij werd toegelaten tot het bewijs dat de koe bij verkoop leed aan tuberculose aan de borstorganen. Getuigen verklaarden vervolgens over hun waarnemingen van de toestand van de koe. Op grond van de verklaring van de getuige H., die had verklaard welke verschijnselen hij enkele dagen na de verkoop bij de koe had waargenomen, achtte de rechter bewezen dat de koe op de dag van de verkoop leed aan longtuberculose aan de borstorganen. De rechter overwoog dat hem bekend was dat de door H. genoemde verschijnselen zich voordoen bij longtuberculose in enigszins gevorderde staat en dat deze ziekte er één is van slepende en langdurige aard. Oftewel, die verschijnselen konden in die paar dagen niet voor het eerst zijn opgetreden.
> In cassatie werd geklaagd dat de rechter eigen wetenschap als bewijsmiddel had gebezigd. De Hoge Raad oordeelde dat de rechter 'hare wetenschap niet heeft gebruikt als bewijsmiddel, maar enkel met behulp dier wetenschap de kracht der getuigenverklaringen heeft gewaardeerd, waartoe zij alleszins bevoegd was, terwijl de wet haar geene voorlichting van deskundigen voorschreef'.[282]

Tenslotte waren er gevallen waarin de rechter uit eigen wetenschap oordeelde op een wijze die in cassatie niet in verband kon worden gebracht met ander gebezigd bewijs. In deze gevallen oordeelde de Hoge Raad steevast dat de rechter een technisch oordeel mag ontlenen aan elke bron die hem daartoe voldoende voorkomt en dus ook aan eigen wetenschap. 'Technisch oordeel' werd hier gebruikt in de zin waarin het Franse recht 'aspect techniques' nog steeds kent voor aspecten voor de beoordeling waarvan kennis van of ervaring in ambacht, kunst of wetenschap is vereist en die aanleiding kunnen geven tot een deskundigenonderzoek.[283] De rechter was in de toenmalige opvatting van de Hoge Raad geen rekenschap verschuldigd omtrent de gebezigde bronnen en werd geacht voldoende verantwoordelijkheidsbesef te hebben om eigen wetenschap verstandig te hanteren. Een voorbeeld biedt een arrest uit 1909:

> Op 29 maart 1907 reed een elektrische tram van de Haagse Tramwegmaatschappij tegen een rijtuig van huurkoetsier Barendregt, dat daardoor vernield werd. Barendregt stelde o.a. dat de bestuurder van de tram niet tijdig was gestopt en vorderde vergoeding van de schade. De rechtbank gelastte na getuigenverhoor een deskundigenonderzoek over technische punten. Het hof vernietigde in hoger beroep dit vonnis, achtte het bewijs geleverd door de verklaringen van de getuigen en wees de vordering toe. Het hof nam uit eigen wetenschap en op grond van getuigenverklaringen aan dat een elektrische tram bij normaal rijden (ongeveer 10 à 11 kilometer per

282 HR 9 juni 1911, *W* 9196.
283 Zie par. 4.3.10.

uur) met deugdelijke middelen (een elektrische en handrem) en bij goed gebruik van de remmen tot stilstand kan worden gebracht binnen 35 à 40 meter. In cassatie werd aangevoerd dat het hof eigen wetenschap niet had mogen gebruiken als bewijsmiddel, omdat het te bewijzen feit aan het hof niet uit eigen waarneming in het geding bekend was en het hof niet had geoordeeld dat het om een feit van algemene bekendheid ging. De Hoge Raad nam tot uitgangspunt dat het aan de rechter is om te beslissen of hij voldoende deskundig is om zonder deskundige voorlichting te beslissen en dat de rechter hierover geen verantwoording is verschuldigd:

'O. dat het aldus door het Hof aangenomene niet uitmaakt, zooals bij het eerste cassatiemiddel wordt beweerd, een feit aan de regels van bewijs omtrent feiten onderworpen, maar een technisch oordeel;

dat dergelijk oordeel door den rechter mag ontleend worden aan elke hem daartoe voldoend voorkomende bron en zelfs geen rekenschap zijnerzijds omtrent de gebezigde bronnen vereischt; dat daartoe dus ook dienen kan eigen wetenschap, omtrent welker voldoendheid de wet zich in den regel op 's rechters besef van verantwoordelijkheid verlaat; dat dit haar standpunt o.a. blijkt uit het omtrent deskundigen bepaalde bij de artt. 222 en 235 B.R., alwaar hun verhoor wordt ondergeschikt gemaakt aan de behoefte van den rechter, voorbehoudens enkele in de wet uitdrukkelijk aangewezen gevallen, terwijl zelfs alsdan art. 236 hem vrijlaat om het uitgebracht gevoelen niet te volgen; dat deze opvatting des wetgevers overeenstemt met de waarheid, dat ten slotte elk voor de beslissing van het geschil vereischt technisch oordeel des rechters berust op zulke eigen wetenschap; al dan niet na voorlichting in het geding door hem verworven'.[284]

De arresten waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de rechter een technisch oordeel aan elke bron mag ontlenen die hem geschikt voorkomt, illustreren impliciet dat, als de rechter bij de vorming van een technisch oordeel kiest voor aanvulling van zijn kennis (eigen wetenschap) door een deskundigenadvies, de functie van de deskundige in de opvatting van de Hoge Raad is dat hij voorlichting verschaft aan de rechter. Het is immers de rechter die zich een oordeel moet vormen en die daarbij een beroep kan doen op bronnen die hem geschikt voorkomen.

In 1961 werd geoordeeld dat de rechter die een deskundigenbericht heeft doen uitbrengen en daarin de vereiste voorlichting niet vindt, niet verplicht is een aanvullend deskundigenbericht te gelasten, omdat het hem vrijstaat zich de vereiste voorlichting op andere wijze te verschaffen.[285] Ook in 1974 mocht de rechter van de Hoge Raad nog eigen wetenschap gebruiken. In een medische tuchtzaak oordeelde het hof dat een arts niet kon worden verweten dat hij een patiënt niet had geadviseerd steeds een kaart bij zich te dragen met gegevens over zijn gezondheidstoestand. Het hof had in de zaak over andere vragen twee deskundigen gehoord en leidde uit hun verklaringen af dat zij meenden dat de arts dit aan de patiënt had behoren te adviseren. Het hof oordeelde dat niet was gebleken van regels of een vast gebruik met betrekking tot dergelijke kaarten en dat hierover

284 HR 10 december 1909, *W* 8945.

285 HR 5 mei 1961, *NJ* 1961, 409. De rechter had zich door een deskundige laten voorlichten over de vraag of een weg geschikt was om regelmatig met een tractor, al dan niet met aanhangwagen, te worden bereden. In par. 4.5 is vermeld dat hierover in 2006 anders is geoordeeld: HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493. Over dit arrest: R.J.B. Boonekamp, Kroniek bewijsrecht, *TCR* 2007, p. 18.

evenmin uit eigen wetenschap iets aan het hof bekend was. Daarom kon de arts in dit opzicht volgens het hof niet worden verweten dat hij het vertrouwen in de medische stand had ondermijnd. De Hoge Raad achtte dit een oordeel van feitelijke aard dat geen nadere motivering behoefde.[286]

4.7.1.4 Invloed van ervaringsregels

In het verleden werd dus uit de discretionaire bevoegdheid tot inschakeling van deskundigen afgeleid dat de rechter uit eigen wetenschap mocht oordelen over kwesties waarover hij ook een deskundige zou kunnen raadplegen. Daarmee werd bedoeld dat hij niet alleen gebruik mocht maken van kennis buiten het juridische domein waarover hij reeds beschikte, maar ook dat hij gegevens aan elke bron mocht ontlenen die hem geschikt voorkwam. Tegenwoordig ontbreken in Nederlandse wetgeving en rechtspraak duidelijke aanwijzingen dat het de rechter niet meer zou zijn toegestaan in zaken waarin hij ook een deskundige zou kunnen raadplegen, gebruik te maken van eigen kennis buiten het juridische domein. De Nederlandse rechter is bovendien, anders dan de Duitse rechter,[287] niet gehouden toe te lichten dat zijn kennis daartoe toereikend is en hij behoeft, anders dan de Oostenrijkse rechter,[288] niet de instemming van partijen om in de uitspraak eigen kennis buiten het juridische domein in plaats van een deskundigenadvies te gebruiken.

De Nederlandse rechter mag echter niet meer in alle gevallen gegevens ontlenen aan elke bron die hem geschikt voorkomt. Dit houdt mogelijk (onder andere) verband met de ontwikkeling van de regel dat de rechter zonder bewijslevering feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels aan zijn uitspraak ten grondslag mag leggen (art. 149 lid 2 Rv).

Uitleg van de discretionaire bevoegdheid: gewijzigde formulering

In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt bij de uitleg van de discretionaire bevoegdheid tot inschakeling van deskundigen tegenwoordig de formulering gebruikt dat het naar vaste rechtspraak is overgelaten aan het inzicht van de rechter die over de feiten oordeelt of hij behoefte heeft aan deskundige voorlichting.[289] Hieraan worden door de Hoge Raad na (ongeveer) 1961[290] geen woorden meer toegevoegd die erop duiden dat de rechter de vereiste voorlichting aan elke hem geschikt voorkomende bron mag ontlenen, hoewel door de Minister van Justitie nog in 1969 werd aangenomen dat de rechter een expertise achterwege mag laten

286 HR 13 december 1974 (strafkamer), *NJ* 1975, 186, m.nt. ThWvV.
287 Zie par. 4.3.6.1.
288 Zie par. 4.3.7.1.
289 Bijv. HR 18 april 1952, *NJ* 1952, 573; HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32, m.nt. DJV; HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 560; HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 481; HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 779; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035; HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 550; HR 31 maart 1995, *NJ* 1995, 597; HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 132; HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 364; HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, m.nt. P. Clausing; HR 19 november 1999, *NJ* 2000,234, m.nt. ARB; HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 73; HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 63; HR 8 oktober 2004, *LJN* AP1083; HR 12 november 2004, *LJN* AP9636; HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199; HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406; HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 619; HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401.
290 Zie noot 285 in dit hoofdstuk.

wanneer hij door zijn kennis van algemene ervaringsregels voor de vorming van een technisch oordeel kan volstaan met eigen wetenschap.[291] Denkbaar is dat de ontwikkeling van het gedachtegoed van het huidige art. 149 Rv hierbij voor de Hoge Raad van betekenis is geweest, aan de totstandkoming waarvan sinds 1959 werd gewerkt (art. 176 Rv 1988). Feiten die in het geding aan de rechter ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de wettelijke bewijsregels[292] vast komen te staan, mag de rechter volgens art. 149 lid 1 Rv aan zijn oordeel ten grondslag leggen. Verder mag hij geen bewijs verlangen van gestelde, niet voldoende weersproken feiten, tenzij het rechtsgevolg van die feiten niet ter vrije bepaling van partijen staat. Op grond van art. 149 lid 2 Rv mag de rechter zonder bewijslevering feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels aan zijn uitspraak ten grondslag leggen. Het ontwerp van de Staatscommissie van 1959 noemde van deze laatste twee alleen de feiten van algemene bekendheid, omdat het volgens haar zo zeer in de rede lag dat de rechter mag oordelen op grond van algemene ervaringsregels, dat een uitdrukkelijk voorschrift overbodig werd geacht.[293] Sinds het Regeringsontwerp van 1969 staan feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels desondanks naast elkaar in het voorschrift van thans art. 149 lid 2 Rv.[294] Deze algemene bepaling van bewijsrecht geldt wetssystematisch bezien ook voor het deskundigenbewijs.

Wisselwerking van ervaringsregels en discretionaire bevoegdheid

De parlementaire geschiedenis biedt een aanwijzing dat het de bedoeling is dat de discretionaire bevoegdheid van art. 194 Rv wordt gebruikt met inachtneming van art. 149 lid 2 Rv. Leden van de CDA-fractie in de Eerste Kamer vroegen namelijk of de rechter bepaalde statistische gegevens en door hem met behulp van kansberekening daaruit gemaakte gevolgtrekkingen zou mogen aanmerken als feiten of omstandigheden van algemene bekendheid of algemene ervaringsgegevens die geen nader bewijs behoeven. De Minister van Justitie zei dat hij slechts in algemene zin kon antwoorden dat het aan de rechter is overgelaten om te beoordelen of de aard en omvang van bepaalde, bijvoorbeeld statistische gegevens, zodanig is dat deze, mede in aanmerking genomen de omstandigheden van het geval, al dan niet voldoende grond opleveren om daaraan bekendheid te verlenen. Naarmate duidelijker is dat het gaat om een algemene ervaringsregel zal er minder aanlei-

---

291 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 327, MvT-RO (1969). De Minister verwees naar: Hof Arnhem 22 januari 1924, *W* 11163 (voorlichting deskundige niet nodig na raadpleging van een wetenschappelijke geschrift door de rechter), HR 24 juni 1910, *W* 9049, en HR 27 juni 1930, *W* 12168, m.nt. Star Busmann, *NJ* 1930, p. 1395, m.nt. EMM (gebruik van een andere, de rechter voldoende voorkomende bron) (vgl. noot 279 in dit hoofdstuk).

292 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Boek 1 Titel 2 Negende afdeling, Bewijs.

293 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 77-78, MvT-OS (1959). Zie ook: Beekhuis 1974, p. 22; Van Empel 1961, p. 439.

294 Zie over feiten van algemene bekendheid en (algemene) ervaringsregels: Asser/Anema/Verdam 1953, p. 26-28 en 30-32; Beekhuis 1974; Rutgers *(Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 149 aant. 9; Drucker 1914; Van Empel 1961; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 78; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 14; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 206; Vriesendorp 1970, p. 81-86; Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes Groen 2005, nr. 106; Wesseling-van Gent 1988.

ding zijn de bron te noemen waaraan de rechter de regel ontleent. De rechter trekt zelf de grens tussen ervaringsregels en specialistische kennis waarbij de inschakeling van deskundigen noodzakelijk is, aldus de Minister.[295]

In de parlementaire geschiedenis wordt de indruk gewekt dat in rechtspraak en literatuur bestaande opvattingen in art. 149 lid 2 Rv werden gecodificeerd.[296] In mijn visie is dat slechts ten dele het geval. Het bepaalde in art. 149 lid 2 Rv laat in afwijking van de eerder besproken rechtspraak[297] sinds 1 april 1988 immers geen ruimte meer aan de rechter om gegevens aan elke hem geschikt voorkomende bron te ontlenen en als eigen wetenschap te gebruiken in gevallen waarin hij ook een deskundige zou kunnen raadplegen. Dit is alleen nog mogelijk als de wetenschap van de rechter is te kwalificeren als een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel.[298]

Algemeen karakter van ervaringsregels

Wanneer de vrijheid van de rechter om geen deskundige in te schakelen daadwerkelijk wordt beperkt door art. 149 lid 2 Rv, verdient nog iets anders aandacht. Is, door de toevoeging van het woord 'algemeen' aan 'ervaringsregels' in samenhang met de door de Minister gebruikte tegenstelling tot specialistische *kennis*, het gebruik van eigen wetenschap van de rechter in plaats van deskundige voorlichting beperkt tot ervaringsregels die algemeen bekend zijn? Of gaat het om regels met algemene geldigheid? In 1953[299] en 1960[300] oordeelde de Hoge Raad dat de rechter ervaringsregels mag toepassen als hij die heeft kunnen afleiden uit zijn kennis van in het dagelijks leven voorkomende gebeurtenissen, zonder de eis te stellen dat de ervaringsregels algemeen bekend moesten zijn. Wesseling-van Gent leidde hieruit af dat de Hoge Raad het niet, althans niet meer noodzakelijk acht dat ervaringsregels algemeen zijn.[301] Bloembergen kent wellicht betekenis toe aan de

295 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 84-85, MvA EK (1987). Zie over het gebruik van statistische gegevens door de rechter bijv. Van Boom & Borgers 2004. Overigens nam Suijling in 1928 een minder vrijblijvend standpunt in. Volgens hem moest de rechter zich over ervaringsregels doorgaans door een deskundige laten voorlichten, omdat die vaak op een technisch gebied liggen en niet behoren tot de kennis waarmee de rechter als ontwikkeld mens vertrouwd is. Zie Suijling 1928, nr. 398.

296 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p.79, MvT-RO (1969).

297 Zie par. 4.7.1.3.

298 In vergelijkbare zin: Knijp 2000, p. 109; Wesseling-van Gent 1988, p. 1120.

299 HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 624.

300 HR 12 april 1960 (strafkamer), *NJ* 1961, 32, m.nt. Pompe. Ook HR 31 januari 1935, *NJ* 1935, 479, m.nt. EMM, biedt een aanwijzing dat de Hoge Raad niet eiste dat een ervaringsregel algemeen bekend moet zijn om er in een uitspraak gebruik van te maken. In deze zaak besliste de rechtbank zonder motivering en daarmee uit eigen wetenschap dat een bepaald handelsgebruik meebracht dat van wanprestatie geen sprake was. In hoger beroep oordeelde het hof dat de rechtbank dit niet zonder getuigenbewijs had mogen aannemen, dat het hof zelf geen kennis had van het handelsgebruik en dat getuigenbewijs niet was aangeboden, zodat het handelsgebruik niet kwam vast te staan. De Hoge Raad achtte deze opvatting van het hof onjuist: de rechter is bij de beantwoording van de vraag of op een bepaalde tijd een handelsgebruik gold, niet gebonden aan de wettelijke voorschriften betreffende de bewijslevering. Nu het hof echter had vermeld zelf geen kennis te hebben van het handelsgebruik en bewijs niet was aangeboden, had het hof terecht aangenomen dat het handelsgebruik in hoger beroep niet vaststond. De Hoge Raad aanvaardt hier dat subjectieve wetenschap van de rechter als ervaringsregel aan een oordeel ten grondslag wordt gelegd en eist niet dat de rechter toelicht dat die ervaringsregel algemene geldigheid of bekendheid heeft. Annotator Meijers merkt op dat een handelsgebruik door de rechter ambtshalve op grond van een ervaringsregel kan worden aangenomen of verworpen, na getuigenbewijs of na deskundigenbericht.

301 Wesseling-van Gent 1988, p. 1119.

algemeenheid van een ervaringsregel: hij meende dat een beroep op een ervaringsregel voor het eerst in cassatie kan worden gedaan als omtrent bestaan en inhoud van die regel in redelijkheid niet kan worden getwijfeld.[302] Beekhuis en Van Empel hebben betoogd dat ervaringsregels die niet algemeen bekend zijn, alleen in de uitspraak mogen worden gebruikt als de rechter partijen gelegenheid heeft gegeven te reageren op de voorgenomen toepassing van een ervaringsregel.[303] Volgens Veegens/Korthals Altes & Groen mag de rechter met toepassing van art. 149 lid 2 Rv slechts *algemene* ervaringsregels aan zijn beslissing ten grondslag leggen en zal hij de hulp van deskundigen moeten inroepen als het gaat om bijzondere kennis op wetenschappelijk, technisch of enig ander gebied.[304] Deze opvatting, die aansluit bij de zojuist aangehaalde parlementaire geschiedenis van art. 149 lid 2 Rv, strookt volgens mij niet met het uitgangspunt van art. 194 Rv dat de rechter zelf mag beslissen en zelf mag beoordelen of hij tot beslissen in staat is. Ik denk dat de opvatting van Veegens/Korthals Altes & Groen evenals de opvatting in de parlementaire geschiedenis problematisch is, voor zover daarin wordt verondersteld dat een ervaringsregel volgens art. 149 lid 2 Rv algemeen bekend moet zijn. Ervaringsregels bestaan immers ook als zij niet algemeen bekend zijn.[305] Anders dan een feit van algemene bekendheid leent een ervaringsregel zich niet voor directe menselijke waarneming. Ervaringsregels hebben voorspellende waarde voor de juistheid van niet nader te onderzoeken feiten op grond van werkelijke gebeurtenissen in het verleden, die aan mensen bekend kunnen zijn uit overlevering of door eigen onderzoek en bewijslevering.

> Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Van een mengsel van water en zout blijft het zout achter als het water verdampt. Dat kan een mens zowel van anderen hebben gehoord als op grond van eigen onderzoek vaststellen, bijvoorbeeld door herhaaldelijk een schaaltje zout water op een kachel te plaatsen en telkens vast te stellen dat zout achterblijft als het water is verdampt. Ook als weinig mensen hiermee bekend zijn, blijft het een ervaringsregel dat zout achter zal blijven als zout water verdampt.

Het bestaan van een ervaringsregel is, anders dan een feit van algemene bekendheid, niet afhankelijk van een kring waarin de regel bekend is.[306] Iedereen aan wie de regel wordt verteld of die de regel door eigen onderzoek en bewijslevering vaststelt, kan met een ervaringsregel bekend zijn. De rechter kan zich met (negatieve) toepassing van art. 194 Rv naar huidig recht[307] bijvoorbeeld voldoende voorgelicht achten om zonder deskundigenonderzoek in een zaak over een medisch onderwerp medische ervaringsregels toe te passen, ook als het ervaringsregels betreft

302 Bloembergen 1996, p. 79.
303 Beekhuis 1974, p. 35; Van Empel 1961, p. 441.
304 Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 106. Gebruik van een ervaringsregel is volgens Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 14, toepassing van een algemeen weten.
305 In deze zin reeds Stein 1893, p. 26-28.
306 In gelijke zin voor het Spaanse bewijsrecht: Montero Aroca 2005, p. 95-96.
307 Zie par. 4.7.1.1.

die buiten de kring van partijen niet algemeen bekend zijn. De reikwijdte van de discretionaire bevoegdheid van art. 194 Rv wordt naar mijn opvatting dan ook niet beperkt door de eis dat een ervaringsregel algemeen bekend moet zijn. De beperking ligt ergens anders, zoals Beekhuis en Van Empel signaleren: de rechter moet in zijn processuele verhouding tot partijen het beginsel van hoor en wederhoor in acht nemen.

4.7.1.5 Invloed van het beginsel van hoor en wederhoor

De aanvankelijke vrijheid van de rechter om uit eigen wetenschap te oordelen in plaats van een deskundigenadvies in te winnen, moet ook worden bezien in het licht van de eis dat de rechter zijn oordeel niet baseert op bescheiden of andere gegevens waarover een partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten[308] en de eis dat het rechterlijk oordeel voor partijen en de hogere rechter controleerbaar en aanvaardbaar moet zijn.[309] Een arrest uit 1987 illustreert dat de Hoge Raad hecht aan een evenwicht tussen controleerbaarheid van het rechterlijk handelen voor partijen (en de hogere rechter) en een praktische werkwijze. In deze zaak stond centraal dat de rechter eigen wetenschap niet mag ontlenen aan eigen waarneming als hij het beginsel van hoor en wederhoor niet in acht neemt. In een geschil over de vraag of een verhuurde ruimte als bedrijfsruimte kon worden aangemerkt, vermeldde de rechtbank in de uitspraak in hoger beroep dat één van de rechters op twee verschillende tijdstippen ter plaatse een 'niet-officiële bezichtiging' had gehouden. De Hoge Raad oordeelde dat deze gang van zaken zich niet verdraagt met de wettelijke regeling van de gerechtelijke plaatsopneming, die de nodige waarborgen biedt voor controle en bespreekbaarheid door partijen.[310] Persoonlijk onderzoek anders dan volgens de wettelijke regeling van de plaatsopneming staat de Hoge Raad volgens annotator Heemskerk niet toe: bewijsgaring buiten partijen om heeft als bezwaar dat zij daarop niet kunnen reageren. Eigen onderzoek binnen de wettelijke bevoegdheden van de rechter mag dus wel, maar de processuele waarborgen voor partijen mogen daarbij niet worden veronachtzaamd.[311]

In de opvatting van de Hoge Raad is doorslaggevend dat een partij aanwezig kan zijn als de waarneming door de rechter wordt gedaan. Niet zonder meer doorslaggevend is of de rechter zijn waarneming kenbaar maakt in het processuele debat alvorens die te gebruiken voor het bewijs. Dit is af te leiden uit een arrest

308 Zie par. 2.4.5.

309 Zie par. 7.5.3.

310 HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 679, m.nt. WHH. In vergelijkbare zin voor eigen wetenschap: HR 22 juni 1990, *NJ* 1990, 704: de kantonrechter heeft ambtshalve een gemeenteraadsbesluit in de beoordeling betrokken, waarover partijen zich niet hadden kunnen uitlaten. De rechtbank vernietigt de uitspraak van de kantonrechter wegens schending van het beginsel van hoor en wederhoor. In cassatie wordt geklaagd dat het gemeenteraadsbesluit van algemene bekendheid was. De HR verwerpt de klacht dat de rechtbank had moeten oordelen dat het gemeenteraadsbesluit van algemene bekendheid was, op de grond dat de rechtbank kennelijk en niet onbegrijpelijk anders had geoordeeld.

311 In gelijke zin voor de arbiter die zelfstandig onderzoek doet: HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177, m.nt. HJS en J. Legemaate, *BR* 2007, 906, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Nieuwsbrief Bb* 2007, 56, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *TvA* 2008, 23, m.nt. H.L.J. Roelvink. Over dit arrest ook: Giesen 2007. In vergelijkbare zin voor België: Allemeersch 2007, p. 357.

uit 1992.[312] In deze strafzaak was de vraag aan de orde of het hof in het arrest als eigen waarneming mocht opnemen dat de verdachte voldeed aan het signalement dat in een verklaring in een proces-verbaal van de politie was opgenomen, zonder ter terechtzitting van die waarneming melding te maken. De Hoge Raad oordeelde dat het hof had gemeld dat het proces-verbaal zich bij de stukken bevond en dat de verdediging ter terechtzitting zelf aan de orde had kunnen stellen of de verdachte aan het signalement voldeed. Daarom mocht het hof de eigen waarneming voor het bewijs gebruiken zonder gehouden te zijn ter terechtzitting mee te delen dat het waarnam dat de verdachte aan het signalement voldeed.

Beginsel van hoor en wederhoor in relatie tot discretionaire bevoegdheid
In de lijn van deze rechtspraak zou de rechter eigen wetenschap die hij – zonder eigen waarneming ter terechtzitting – reeds bezit over een kwestie waarover hij ook een deskundige zou kunnen raadplegen, niet mogen gebruiken zonder partijen gelegenheid te bieden kennis te nemen van zijn wetenschap en daarop te reageren.[313] Deze eis wordt in de rechtspraak van de Hoge Raad echter niet gesteld. Het is de verantwoordelijkheid van de rechter in feitelijke instantie of hij eigen wetenschap met partijen deelt voordat hij die gebruikt in plaats van een deskundige in te schakelen. Een andere werkwijze zou tot gevolg hebben dat de rechter in alle gevallen waarin hij na sluiting van het processuele debat bij het schrijven van de uitspraak constateert dat hij in de motivering gebruik maakt van eigen wetenschap die hij nog niet expliciet aan partijen heeft voorgehouden, het debat zou moeten heropenen. Het arrest uit 1992[314] illustreert dat de Hoge Raad deze weg niet op wil. Wel kan in voorkomende gevallen worden getoetst of een ontoelaatbare verrassingsbeslissing is genomen.[315] Van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing is sprake wanneer de rechter handelt in strijd met het fundamentele beginsel van procesrecht dat partijen over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing, voldoende moeten zijn gehoord en niet mogen worden verrast met een beslissing van de rechter waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoefden te houden.[316] Deze toets is beperkt tot de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor en strekt zich niet uit tot het

312 HR 18 februari 1992 (strafkamer), *NJ* 1993, 28, m.nt. Sch. A-G Meijers haalt in zijn conclusie onder 7 e.v. literatuur aan die in tegengestelde richting gaat. Annotator Schalken meent dat een andere opvatting dan die van het arrest moeilijk zou stroken met de vrijheid van de rechter om de bewijsmiddelen te kiezen en praktisch niet goed hanteerbaar zou zijn.

313 In deze zin Van Empel 1961, p. 442, die voorstelde in thans art. 149 Rv op te nemen dat de rechter alleen dan zijn oordeel over voldoende betwiste stellingen mag doen steunen op feiten van algemene bekendheid, een buiten partijen om gevormd technisch oordeel of op eigen ervaring en wetenschap betreffende bepaalde feiten en omstandigheden, indien hij tevoren partijen daaromtrent heeft ingelicht en hen in staat heeft gesteld zich daarover uit te laten.

314 Zie noot 312 in dit hoofdstuk.

315 Aldus HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433, in een zaak waarin het hof aanvankelijk deskundigen wilde inschakelen, maar alsnog, voor partijen onverwacht, geen deskundigenadvies inwon en een eindarrest wees. Zie par. 4.5.1.

316 HR 21 december 2001, *NJ* 2004, 34, m.nt. DA. Zie over ontoelaatbare verrassingsbeslissingen: Tjong Tjin Tai 2000; Ras/Hammerstein 2004, nr. 83; Snijders & Wendels 2003, nr. 15; conclusie A-G Verkade onder 4.4-4.6 bij HR 17 maart 2006, *LJN* AU8317; conclusie A-G Hartkamp onder 12 bij HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 21; conclusie A-G Keus onder 2.5 bij HR 23 juni 2006, *LJN* AV7029.

gebied dat wordt bestreken door art. 194 Rv en art. 149 lid 2 Rv: de rechter wordt door de cassatierechter niet genoodzaakt zijn wetenschap aan partijen voor te houden voordat hij met gebruik daarvan op een geschilpunt beslist, maar hoeft slechts aan partijen gelegenheid te geven zich over het geschilpunt uit te laten of hem aanknopingspunten te verschaffen voor de beslissing.

4.7.1.6 Het gat van de wisselwerking van discretionaire bevoegdheid en ervaringsregels

Het gebruik van de bevoegdheden van art. 194 Rv en art. 149 lid 2 Rv is nauwelijks aan toetsing in cassatie onderworpen. De rechter is vrij in het oordeel of hij een deskundige nodig heeft en is niet gehouden dit oordeel te motiveren, tenzij de omstandigheden van het geval, waaronder het processuele debat van partijen, hem daartoe noodzaken.[317] Dit is niet anders als een partij de rechter verzoekt een deskundige in te schakelen alvorens ervaringsregels in een uitspraak te gebruiken.[318] Van oudsher wordt van de rechter in feitelijke instantie niet verlangd dat hij motiveert waarom hij een ervaringsregel aanvaardt en toepast, tenzij het processuele debat van partijen hem daartoe noodzaakt.[319] Deze uitleg van beide bevoegdheden werkt door in de taken en verantwoordelijkheden van zowel de rechter in feitelijke instantie als de cassatierechter.

Pleidooi voor meer inzicht in de keuze van de rechter

De doorwerking is allereerst waar te nemen bij de rechter in feitelijke instantie. Door de beperkte toetsing in cassatie kan de toepassing van de discretionaire bevoegdheid tot inschakeling van een deskundige afhankelijk zijn van het beeld dat de rechter in feitelijke instantie heeft van zijn eigen kennis van de wereld. Scheltema vond het absurd dat er een wettelijke regeling van deskundigenbewijs is, maar de rechter niet verplicht zou zijn om daarvan gebruik te maken en naar eigen inzicht het bestaan van ervaringsregels zou mogen aannemen. Hij gaf sprekende voorbeelden:

> ‘In de gevallen, waarin de partijen juist omtrent den inhoud van een technischen regel twisten, zou de beslissing niet slechts afhankelijk zijn van rechterlijke overtuigingen, welker herkomst in het duister blijft, maar zou de rechter zelfs ieder aanbod, om hem nadere kennis te verschaffen, kunnen afwijzen. Men zie het bekende vonnis van de Rb. Amsterdam 28-11-’13, N.J. ‘14, 135, waarbij in een geschil over de echtheid van teekeningen de rechtbank, “geleid door eigen aanschouwing van andere schetsen van Mevr. Ronner”, uitmaakte, – tegen de conclusie van deskundigen in – dat de litigieuse teekeningen van de hand van Henriette Ronner waren. Waarschijnlijk bevond zich onder de toenmalige rechters een kenner der schilderkunst, maar welke waarborg bestaat er voor de degelijkheid van het rechterlijk amateurisme op schildergebied? Een dergelijk oordeel kan men aan den rechter principieel niet toevertrouwen. Dezelfde

317 Zie par. 4.7.1.1.
318 Zie par. 4.5.1.
319 Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 106. Zie HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 898: in het algemeen kan van de rechter niet worden gevergd dat hij motiveert op grond waarvan hij een algemene ervaringsregel aanvaardt, maar dat kan anders zijn afhankelijk van de stellingen van partijen.

rechtbank kon korten tijd daarna uit eigen wetenschap verklaren "dat de gemalen cacaoboon, ontdaan van het vet en hare schil .... inhoudt 20-30% vet".'[320]

Het is bezien vanuit de geschilbeslechtende taak van de rechter begrijpelijk dat de rechter geen deskundige hoeft te benoemen als hij zonder deskundigenadvies direct kan beslissen. Bezien vanuit de controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van het rechterlijk oordeel is het echter de vraag of de geringe verantwoordingsplicht ten aanzien van het gebruik van de discretionaire bevoegdheid van art. 194 Rv en (de keerzijde ervan in) het gebruik van art. 149 lid Rv steeds wenselijk is. De vraag wint aan gewicht doordat uit het beginsel van hoor en wederhoor niet wordt afgeleid dat de rechter partijen deelachtig moet maken van eigen waarneming of ervaringsregels die hij in de uitspraak wil gebruiken.[321] Deze stand van zaken bevordert niet dat de rechter bij de keuze om een deskundige in te schakelen voor partijen en de deskundige inzichtelijk maakt ten aanzien van welke feiten die in geschil zijn andere dan juridische kennis nodig is om te beslissen. Ook het evenwicht tussen partijautonomie en regie van de rechter, waaraan de wetgever met art. 149 Rv wil bijdragen,[322] lijkt niet te worden gediend met een situatie waarin de lagere rechter aan partijen niet duidelijk hoeft te maken waarom hij zichzelf voldoende deskundig acht om geheel of ten dele zonder deskundigenadvies te beslissen, nog daargelaten dat een deskundigenadvies een partij tot bewijs kan strekken. Voorafgaand aan de keuze van de rechter om een deskundige in te schakelen zouden partijen hun standpunt in het processuele debat wellicht beter kunnen ontwikkelen als duidelijker zou zijn in welke gevallen welke gezichtspunten bepalend zijn voor de keuze van de rechter om een deskundige in te schakelen. Hiermee zou tevens meer evenwicht kunnen ontstaan in de toepassing van het voorlopig deskundigenbericht tijdens de bodemprocedure, dat in de huidige situatie nogal eens gepaard gaat met processuele en materieelrechtelijke complicaties in de bodemprocedure.[323]

Ook in cassatie werkt de uitleg van de bevoegdheden van art. 194 Rv en art. 149 lid 2 Rv door in de taken en verantwoordelijkheden van de (cassatie)rechter. De cassatierechter geeft voorrang aan de vrijheid van de rechter in feitelijke instantie bij de inschakeling van deskundigen om het de rechter mogelijk te maken steeds een beslissing te nemen die hij gelet op alle feiten en omstandigheden van het geval rechtvaardig acht. De keerzijde hiervan is dat in het toch al geringe aantal zaken waarin vragen rondom deskundigenadvisering aan de Hoge Raad worden voorgelegd, de taak van de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling onderbelicht blijft waar het betreft de betekenis van de wisselwerking van art. 194 Rv en art. 149 lid 2 Rv voor de keuze van de rechter om ten aanzien van (een deel van de)

320 Scheltema 1939, p. 456.
321 Zie par. 4.7.1.4 en par. 4.7.1.5.
322 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 84, MvA EK (1987).
323 Dat de bodemprocedure en de procedure van het voorlopig deskundigenbericht geruime tijd allebei mis kunnen lopen op het punt van de inschakeling van een deskundige, is bijv. zichtbaar in HR 22 februari 2008, *LJN* BC1237, r.o. 3.6, (bodemprocedure) en HR 22 februari 2008, *LJN* BC4874 (voorlopig deskundigenbericht).

feiten die in geschil zijn (g)een deskundige in te schakelen.[324] Desalniettemin is er wel cassatierechtspraak die ontmoedigt, evenals in Engeland, Duitsland en Oostenrijk gebeurt, dat de rechter in feitelijke instantie zijn eigen oordeel in de plaats stelt van het oordeel van een deskundige in zaken waarin de deskundigheid van de rechter niet voor zich spreekt. Voor zover dit gebeurt in zaken waarin een deskundigenadvies is uitgebracht, komt deze kwestie in par. 7.5.3.4 nader aan de orde. Op zichzelf kan ook in zaken waarin geen deskundigenadvies wordt ingewonnen, eventueel met voorbijgaan aan een desbetreffend verzoek van een partij, worden ontmoedigd dat de rechter een oordeel geeft op een vakgebied waarop zijn deskundigheid niet vanzelfsprekend is. Mij zijn geen voorbeelden bekend waarin dat geschiedt met de overweging dat de rechter ten onrechte niet inzichtelijk heeft gemaakt dat hij voldoende deskundig is om met toepassing van ervaringsregels zonder deskundigenadvies te beslissen. Misschien speelt hier een rol dat cassatieklachten niet zo snel over de wisselwerking tussen art. 194 en 149 lid 2 Rv gaan, maar meer over motiveringsgebreken of verboden feitenaanvullingen. Een voorbeeld van het laatste biedt een zaak over de gevolgen van een aanrijding, waarin het onder andere ging om de mate waarin de aan de bestuurder en het slachtoffer toe te rekenen omstandigheden tot de schade hadden bijgedragen (art. 6:102 BW).[325] De rechtbank was tot een verdeling van 50-50% gekomen. In hoger beroep voerde het slachtoffer onder andere aan dat de bestuurder (veel) te hard had gereden en de verdeling daarom gunstiger voor het slachtoffer moest zijn. Ook bood hij aan bewijs van de snelheid te leveren door middel van een deskundigenadvies. Het hof nam aan dat de remafstand circa 12 meter was geweest en achtte het op grond daarvan naar algemene ervaringsregels ondenkbaar dat de bestuurder tijdens of kort voor de aanrijding aanmerkelijk te hard had gereden, waarna een deskundigenadvies overbodig werd geoordeeld. Aan deze overweging lag slechts ten grondslag dat de auto 10 meter na de aanrijding tot stilstand was gekomen, en niet wanneer de bestuurder had waargenomen dat hij moest remmen of was begonnen te remmen, zoals A-G Huydecoper fileerde. De gevolgtrekking dat de remafstand 12 meter was gezien de plaats waar de auto tot stilstand was gekomen, was echter alleen gerechtvaardigd als de bestuurder pas ongeveer op het moment van de aanrijding met remmen was begonnen. Dit laatste had het hof niet vastgesteld en de processtukken bevatten gegevens waaruit kon worden afgeleid dat de bestuurder vóór het moment van de aanrijding met remmen was begonnen. Daarom ontbrak volgens de Hoge Raad een toereikende motivering voor het oordeel dat het ondenkbaar was dat de bestuurder kort voor de aanrijding aanmerkelijk te hard had gereden. Hiermee ontviel volgens de Hoge Raad ook de grond

> 'aan het – verder niet afzonderlijk gemotiveerde – oordeel van het hof dat er geen aanleiding is tot het gelasten van een deskundigenbericht als door [eiser] bepleit'.[326]

324 Zie par. 4.7.3.
325 HR 22 februari 2008, *LJN* BC1237 (in samenhang met HR 22 februari 2008, *LJN* BC4874).
326 HR 22 februari 2008, *LJN* BC1237, r.o. 3.6.

A-G Huydecoper had betoogd dat het oordeel van het hof weliswaar ontoereikend was gemotiveerd, maar dat een deskundigenadvies geen zin zou hebben op de grond dat er onvoldoende onderzoeksmateriaal beschikbaar was voor een deskundigenonderzoek naar de snelheid kort voor de aanrijding. De Hoge Raad wil hierop kennelijk niet vooruitlopen en laat het over aan de rechter in feitelijke instantie om, na verwijzing en hoor en wederhoor, (ook) de zin van een deskundigenonderzoek te beoordelen. Het arrest bevat (in het citaat) naar mijn opvatting geen aanwijzing dat de rechter bij gebruik van ervaringsregels buiten het juridische domein zonder deskundigenadvies, volgens de Hoge Raad inzichtelijk moet maken dat hij daartoe voldoende deskundig is. Het citaat lijkt vooral duidelijk te maken dat de overweging van het hof om geen deskundigenadvies in te winnen, het lot deelt van het onvoldoende gemotiveerde oordeel waarop de overweging is gestoeld. In het onvoldoende gemotiveerde oordeel was het probleem immers niet zozeer dat het hof een ervaringsregel toepaste, maar dat de toepassing niet door de feiten werd gedragen. Toch zet het citaat met de woorden 'als door eiser bepleit' misschien wel de deur (op een kiertje) open naar een motiveringsplicht van de rechter die zonder deskundigenadvies ervaringsregels toepast. Louter bezien vanuit de vaste rechtspraak dat het is overgelaten aan de rechter in feitelijke instantie of hij behoefte heeft aan deskundige voorlichting, had de Hoge Raad immers kunnen volstaan met de overweging dat deze klacht geen bespreking meer behoefde omdat de voorgaande klachten gegrond waren. Dat heeft de Hoge Raad er niet van weerhouden ook deze klacht afzonderlijk te beoordelen. De verklaring hiervoor kan echter ook zijn dat de zaak tegelijk werd afgedaan met een andere zaak van partijen, waarin in geschil was of het hof tijdens de bodemprocedure terecht een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht had afgewezen.[327] Zo bezien biedt de zaak een schoolvoorbeeld van de verwarring die – ook bij derden – kan ontstaan wanneer een partij een voorlopig deskundigenbericht verzoekt uit vrees dat de bodemrechter geen deskundigenbericht zal willen gelasten.

4.7.2 Keuze van de deskundige

De keuze van het vakgebied en de persoon van de deskundige is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Weliswaar benoemt hij de deskundige na overleg met partijen (art. 194 lid 2 Rv),[328] maar hij hoeft in de uitspraak slechts te vermelden dat het overleg heeft plaatsgevonden en is niet gehouden op voorstellen of bezwaren van een partij gemotiveerd te beslissen.[329] De keuze van de deskundige wordt aangemerkt als een maatregel ter instructie van de zaak en niet als een beslissing van de rechter over een feitelijk of juridisch geschilpunt tussen partijen. Daarom hoeft de rechter de gronden van zijn keuze niet in de beslissing te vermelden, zoals wel is voorgeschreven voor beslissingen in het geschil van partijen (art. 230 Rv).

---

327 HR 22 februari 2008, *LJN* BC4874.
328 Zie par. 4.5.2.
329 HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 524; HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406, r.o. 4.3.

Invulling van het overleg met partijen
Het overleg met partijen houdt meestal in dat de rechter partijen schriftelijk of ter comparitie gelegenheid geeft voorstellen te doen voor het vakgebied en de persoon van de te benoemen deskundige. Soms verzoekt de rechter partijen om bij voorkeur eensluidende of gezamenlijke voorstellen te doen[330] of legt hij de restrictie op dat partijen slechts eensluidende voorstellen mogen doen.[331] Deze restrictie is volgens mij niet te verenigen met de aanspraak die partijen aan art. 194 lid 2 Rv op het overleg met de rechter ontlenen, tenzij bijkomende omstandigheden maken dat zich anders strijdigheid met de goede procesorde zou voordoen. Een enkele keer vermeldt de rechter dat het, voor zover partijen niet met een eensluidend voorstel komen, van belang is dat zij de deskundigheid van de voorgestelde personen in hun voorstellen toelichten.[332] Verder komt het wel voor dat de rechter zelf een suggestie aan partijen doet voor een te benoemen persoon en aan partijen gelegenheid geeft tot reactie.[333]

Onduidelijk is of de rechter partijen gelegenheid moet geven op elkaars voorstellen te reageren, anders gezegd, of bij het overleg van art. 194 lid 2 Rv het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet worden genomen. Gezien het belang van het beginsel van hoor en wederhoor lijkt niet spoedig te kunnen worden aangenomen dat partijen niet op elkaars voorstellen zouden mogen reageren. Anderzijds is niet goed in te zien welk doel een reactie van partijen op elkaars voorstellen dient in een situatie waarin de keuze van de deskundige is voorbehouden aan de rechter en de rechter niet is gehouden gemotiveerd te beslissen op voorstellen en bezwaren van partijen. In deze situatie is de kwestie tegelijk onttrokken aan de controle van de hogere rechter. In de schriftelijke procespraktijk doen zich op dit punt diverse varianten voor, bijvoorbeeld: partijen mogen ieder gelijktijdig voorstellen doen zonder op elkaars voorstellen te mogen reageren[334] of mogen – na kennisneming van elkaars voorstellen op voorhand – tegelijk reageren op elkaars voorstellen,[335] dan wel partijen mogen na elkaar voorstellen doen. In laatstgenoemd geval kan degene die als laatste aan het woord is reageren op de voorstellen van de partij die het eerst aan het woord is, maar krijgt degene die als eerste aan het woord was niet altijd gelegenheid om in een repliek te reageren op voorstellen van de wederpartij.[336] Bij laatstgenoemde variant kan het evenwicht tussen partijen in de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor dus in het

330 Bijv. Rb. Zutphen 7 december 2000, *PRG* 2002, 5859; Rb. Zwolle 8 september 2004, *LJN* AQ9892; Hof Den Bosch 28 september 2004, *LJN* AS5951; Hof Den Bosch 31 januari 2006, *LJN* AY9098; Hof Arnhem 7 februari 2006, *LJN* AV1683; Hof Den Bosch 11 april 2006, *LJN* AW9685; Hof Den Bosch 18 april 2006, *LJN* AX2480; Hof Den Bosch 26 september 2006, *LJN* AY9629; Rb. Den Bosch sector kanton 24 januari 2007, *LJN* AZ8665; Rb. Zwolle 7 februari 2007, *LJN* BA8627; Hof Den Bosch 13 februari 2007, *LJN* BA4889; Rb. Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BB9317.
331 Bijv. Rb. Utrecht sector kanton 29 maart 2006, *LJN* AY3832; Rb. Utrecht 16 april 2008, *LJN* BC9418, r.o. 2.11.
332 Hof Arnhem 21 januari 2003, *LJN* BB0832.
333 Bijv. Rb. Arnhem 2 maart 2005, *LJN* AT2927; Rb. Arnhem 9 maart 2005, *LJN* AT2988; Rb. Amsterdam 23 januari 2008, *LJN* BC3176.
334 Bijv. Rb. Groningen 3 mei 2006, *LJN* AX4137.
335 Bijv. Rb. Den Bosch sector kanton 24 januari 2007, *LJN* AZ8665.
336 Bijv. Hof Amsterdam 16 maart 2006, *LJN* AX6754; Rb. Rotterdam 24 mei 2005, *LJN* AX8918; Rb. Rotterdam sector kanton 6 februari 2007, *LJN* BA0283; Rb. Dordrecht 21 maart 2007, *LJN* BA3465.

geding komen.[337] Met de twee eerstgenoemde varianten worden in feite de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het overleg met partijen, de voorrang van de vrijheid van de rechter in de keuze van de deskundige en argumenten in verband met doorlooptijd en kosten tegen elkaar afgewogen.

Betekenis van het overleg voor de benoemingsbeslissing
Zoals het rechtsvergelijkend overzicht van par. 4.3 heeft laten zien, wordt het in de meeste landen waarin de rechter de persoon van de deskundige kiest, van belang geacht dat de rechter rekening houdt met de voorstellen van partijen. In Nederland is het overgelaten aan de rechter in feitelijke instantie of hij dat belang in de beslissing tot uitdrukking brengt. De keuze van de deskundige wordt, in de situatie waarin de keuze is voorbehouden aan de rechter in feitelijke instantie en de rechter in de beslissing niet hoeft te responderen op voorstellen en bezwaren van partijen, geacht controleerbaar en aanvaardbaar te zijn voor partijen en de hogere rechter door de enkele vermelding in de beslissing dat het overleg met partijen heeft plaatsgevonden. In de praktijk betrekt de rechter in feitelijke instantie de uitkomst van het overleg met partijen nogal eens in de keuze en doet hij daarvan blijken in de uitspraak waarin de deskundige wordt benoemd. Op de achtergrond speelt hier dat het deskundigenadvies meestal grote betekenis heeft voor de beslissing van het geschil van partijen. Het ligt in de rede dat de aanvaardbaarheid van deze beslissing voor partijen mede afhankelijk is van de aanvaardbaarheid van het deskundigenadvies. Of het deskundigenadvies voor partijen aanvaardbaar is, wordt mede bepaald door de perceptie van partijen of de gekozen persoon geschikt is om in hun zaak als deskundige op te treden. Een ander argument om bij de keuze van de deskundige het overleg met partijen van betekenis te achten, is dat partijen en hun advocaten in menig geval waardevolle ideeën hebben wie in hun zaak een geschikte deskundige zou kunnen zijn. Partijen of hun advocaten zijn meestal beter dan de rechter bekend met het veld waarin het geschil zich afspeelt. Hun informatie is des te meer nodig zolang de rechter in Nederland (nog) niet kan putten uit een deskundigenregister waarin van overheidswege systematisch wordt bijgehouden wie op welk gebied bereid en in staat is als deskundige in de rechtspleging te fungeren.[338] Zoals het rechtsvergelijkend overzicht van par. 4.3 heeft laten zien, zijn onder andere in Engeland, Frankrijk, Oostenrijk en Spanje wel lijsten met systematisch verzamelde informatie over benoembare deskundigen beschikbaar, waarbij de mate van overheidsbetrokkenheid verschilt.

In deze context pleegt de rechter in feitelijke instantie partijen te volgen in een eensluidend voorstel voor de persoon van de te benoemen deskundige, tenzij de rechter een deskundige op een ander vakgebied wenst te benoemen, er naar het

337 In deze zin HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77, ten aanzien van het voorlopig deskundigenbericht.
338 In het strafrecht is in het kader van het wetsvoorstel 'Deskundige in strafzaken' (*Kamerstukken II,* 2006/07, 31 116, nr. 2) een deskundigenregister in ontwikkeling. In het civiele recht en het bestuursrecht is de sinds 2005 in de Rechtspraak ontwikkelde Deskundigenindex in gebruik, een elektronische gegevensverzameling met betrekking tot de inzet(baarheid) van deskundigen in de rechtspraak. Zie voor een overzicht van de registerontwikkelingen: Van Dijk 2007.

oordeel van de rechter beletselen zijn om de door partijen voorgestelde deskundige te benoemen,[339] of de door partijen voorgestelde deskundige de benoeming niet wenst te aanvaarden. In zulke gevallen benoemt de rechter zonder nader overleg met partijen een andere deskundige of geeft de rechter partijen andermaal gelegenheid tot overleg,[340] waarmee een extensieve uitleg wordt gegeven aan het overleg van art. 194 lid 2 Rv. Dit is tegelijk een keuze die doorwerkt in de balans tussen processuele waarborgen enerzijds en doorlooptijd en kosten anderzijds.

Als geen eensluidend voorstel wordt gedaan met betrekking tot het vakgebied[341] of de te benoemen persoon,[342] maakt de rechter een keuze uit de voorstellen van partijen, benoemt hij een door geen van partijen voorgestelde deskundige,[343] of laat hij in het midden of zijn keuze een relatie heeft met de voorstellen van partijen.[344] Partijen weten tevoren meestal niet welke weg de rechter hierin zal volgen. De mate verschilt waarin rechters rekening houden met gemotiveerde en ongemotiveerde bezwaren van een partij tegen een voorstel van de wederpartij.[345] Een en ander betekent in de praktijk dat partijen, als zij het niet eens zijn, minder kunnen anticiperen op de keuze van de rechter dan bij een eensluidend voorstel.

Toch is er ondanks dit alles naar mijn opvatting geen aanleiding om van de rechter te verlangen dat hij de keuze van de deskundige nader motiveert dan naar huidig recht wordt verlangd. Dat zal ik toelichten in par. 8.4.2.

Aantal deskundigen

Aan de rechter is ook voorbehouden hoeveel deskundigen hij benoemt. Tot 1 april 1988 mocht de rechter niet minder dan drie deskundigen benoemen, tenzij partijen het eens waren over de benoeming en de persoon van één deskundige (art. 222 Rv 1838).[346] Het oneven aantal van drie werd nodig geacht ter voorkoming van het staken van de stemmen.[347] Godefroi vond al in 1863 dat ook zonder toestemming van partijen met één deskundige moest kunnen worden volstaan, omdat de aard en de waarde van het geschil dat konden verlangen en het niet zelden moeilijk was drie deskundigen te vinden.[348] Sinds 1 april 1988 is het mogelijk in alle gevallen met één deskundige te volstaan (art. 194 lid 2 Rv). Van de landen die in het rechts-

339 Bijv. Rb. Arnhem 17 mei 2006, *LJN* AY3895, een zaak waarin de rechtbank in plaats van de voorgestelde rechtspersoon een natuurlijke persoon wilde benoemen. Ook het eigen oordeel van de rechter over de onpartijdigheid van de deskundige kan een beletsel vormen om een voorstel van partijen te volgen.

340 Bijv. Rb. Amsterdam 16 februari 2005, *LJN* AS8816, r.o. 10; Rb. Den Bosch sector kanton 24 januari 2007, *LJN* AZ8665. Vgl. ook Rb. Arnhem sector kanton 20 juni 2008, *LJN* BD5847, r.o. 6.

341 Bijv. Rb. Haarlem sector kanton 11 augustus 2004, *LJN* AU3846.

342 Bijv. Rb. Utrecht 13 april 2005, *LJN* AT5891.

343 Bijv. Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR8862; Rb. Amsterdam 25 mei 2005, *LJN* AT8990; Hof Leeuwarden 27 december 2006, *LJN* AZ5581; Hof Den Bosch 8 januari 2008, *LJN* BC3222.

344 Bijv. Hof Arnhem 10 juni 2003, *LJN* BB0836; Hof Den Bosch 20 juli 2004, *LJN* AX3533; Rb. Arnhem 13 april 2005, *LJN* AT5929; Rb. Den Bosch 8 maart 2006, *LJN* AX9125.

345 Bijv. Hof Leeuwarden 24 juli 2002, *LJN* AE5850; Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR8862; Rb. Haarlem sector kanton 11 augustus 2004, *LJN* AU3846; Rb. Utrecht 13 april 2005, *LJN* AT5891; Rb. Amsterdam 25 mei 2005, *LJN* AT8990; Hof Leeuwarden 27 december 2006, *LJN* AZ5581; Rb. Zutphen 2 mei 2007, *LJN* BB0920; Rb. Zutphen 28 mei 2008, *LJN* BD7175.

346 HR 12 december 1969, *NJ* 1970, 161; Rb. Utrecht 9 februari 1977, *NJ* 1978, 50.

347 Oudeman 1874, p. 262; De Pinto 1857, II-1, p. 357.

348 Godefroi 1863, p. 64. In gelijke zin Sassen 1861, p. 544.

vergelijkend overzicht zijn betrokken, kennen alleen België en Spanje nog voorschriften over de benoeming van het aantal deskundigen, zoals vermeld in par. 4.3.4.2 en 4.3.5.2. Bij de totstandkoming van het nieuwe bewijsrecht werd het in Nederland van belang geacht de rechter vrij te laten in de keuze van het aantal deskundigen en hem de ruimte te bieden naar bevind van zaken te kunnen beslissen zoals in de gegeven omstandigheden wenselijk is. Het werd vanzelfsprekend geacht dat de rechter die één deskundige voldoende acht, in verband met de kostbaarheid van het onderzoek zeker niet drie deskundigen zal benoemen.[349] Ook werd de mogelijkheid opengelaten om een even aantal deskundigen te benoemen, bijvoorbeeld als het nodig is dat verschillende deskundigen over verschillende feitelijke aspecten adviseren.[350] Volgens Snijders, Klaassen & Meijer mag de rechter niet anders dan behoorlijk gemotiveerd afwijken van een eensluidend verzoek van partijen om, bijvoorbeeld in verband met de kosten, slechts één deskundige te benoemen.[351] In de praktijk worden, als meer dan één deskundige wordt benoemd, twee varianten het meest gezien. Het kan zijn dat meerdere deskundigen worden benoemd die een verschillend vakgebied hebben en aan wie verschillende vragen worden gesteld, bijvoorbeeld in een geschil over aansprakelijkheid na ongeval een neuroloog en een psychiater, of in een boedelscheiding een accountant in verband met de waardering van aandelen in een vennootschap en een makelaar in verband met de waardering van de voormalige echtelijke woning.[352] Het komt ook voor dat meerdere deskundigen worden benoemd die gezamenlijk onderzoek doen en in onderling overleg de vragen van de rechter gezamenlijk beantwoorden.[353] Een derde, zeldzamer variant is dat twee deskundigen van dezelfde discipline worden benoemd, aan wie ieder afzonderlijk dezelfde vragen worden voorgelegd en die, eventueel na onderling overleg, maar ieder afzonderlijk, dezelfde vragen beantwoorden. Deze variant doet zich wel eens voor als partijen het over de persoon van de deskundige blijvend oneens zijn en de rechter niet genegen is een niet door partijen voorgestelde deskundige te benoemen.[354]

Benoeming van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon

De wet stelt niet de eis dat alleen natuurlijke personen als deskundige worden benoemd. Deze eis is ook niet af te leiden uit het feit dat een enkele bepaling zich slechts leent voor toepassing op een natuurlijk persoon, zoals het horen van een deskundige (art. 194 lid 5 Rv). Dan kan immers de natuurlijke persoon worden gehoord die het deskundigenonderzoek feitelijk verricht. Benoeming van een

349 In deze zin bijv. Rb. Amsterdam 1 juni 2005, HAZA 03.0197 (ongepubliceerd), waarin de door een partij voorgestelde deskundige wordt benoemd en het voorstel van de wederpartij om daarnaast twee andere deskundige te benoemen wordt verworpen met de overweging dat onvoldoende is gesteld of gebleken dat de benoemde deskundige gelet op de complexiteit van de zaak en het financieel belang ervan onvoldoende in staat zou zijn de vragen zelfstandig te beantwoorden. Hof Den Bosch 3 oktober 2006, *LJN* AZ0557, benoemde in een zaak echter drie deskundigen omdat partijen het niet eens waren over de persoon van één deskundige.

350 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 320, MvA TK (1981).

351 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 228.

352 Bijv. Rb. Utrecht 27 augustus 2008, *LJN* BE9202.

353 Bijv. Hof Den Haag 4 augustus 2004, *LJN* AR2196.

354 Bijv. Rb. Leeuwarden 24 maart 2003, *VR* 2004, 106. Vgl. Rb. Rotterdam 4 oktober 2001, *VR* 2002, 139.

rechtspersoon is mogelijk in bijvoorbeeld Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk, waarover meer bij de bespreking van de wraking van deskundigen in par. 5.4.2. In Nederland komt het wel voor dat een rechtspersoon als deskundige wordt benoemd,[355] of dat zowel een natuurlijk persoon als zijn werkgever in het dictum van de benoemingsbeslissing worden vermeld als de benoemde deskundige.[356] Benoeming van een rechtspersoon lijkt niet bezwaarlijk.[357] Het gaat erom dat de benoemde rechtspersoon voor aanvang van het onderzoek aan partijen en de rechter laat weten welke natuurlijke persoon het onderzoek zal verrichten en het rapport zal opstellen.[358] Partijen en de rechter kunnen eventuele bezwaren dan tijdig kenbaar maken. De instemming van de rechter is relevant omdat de keuze van de persoon is voorbehouden aan de rechter. De instemming van partijen is niet vereist, maar zij kunnen wel de onpartijdigheid van de deskundige ter discussie stellen, waarover meer in par. 5.5.4. Nadat duidelijk is geworden welke natuurlijke persoon het onderzoek zal verrichten en het rapport zal opstellen, zijn de voorschriften voor een deskundigenonderzoek in beginsel niet alleen van toepassing op de benoemde rechtspersoon, maar tevens op die natuurlijke persoon. Dat is echter anders wanneer een voorschrift naar zijn aard slechts van toepassing kan zijn op de benoemde rechtspersoon, of juist alleen op de natuurlijke persoon die het onderzoek voor de benoemde rechtspersoon verricht.

Inschakeling van derden door de deskundige

Hoewel de rechter zonder overleg met partijen geen deskundige behoort te benoemen, is overleg met partijen niet voorgeschreven wanneer de deskundige, al dan niet met toestemming van de rechter, een derde inschakelt om een deel van het onderzoek te verrichten.[359] In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' is opgenomen dat het raadzaam is dat de deskundige met partijen overleg pleegt en contact zoekt met de griffie als hij een derde zelfstandig onderzoek wil laten verrichten (par. 10.3). Een enkele keer geeft de rechter de deskundige bij voorbaat toestemming zelf een derde in te schakelen en bepaalt hij dat overleg met partijen over het vakgebied en de persoon achterwege zal blijven.[360] Als deze derde eigen onderzoek verricht, eigen vragen beantwoordt en dus ook zelfstandig als deskundige door de rechter zou kunnen worden benoemd, kan de vraag rijzen of zijn inschakeling naar de strekking van art. 194 lid 2 Rv ten onrechte wordt onttrokken aan het overleg met partijen.

---

355 Rb. Amsterdam 4 mei 1925, *NJ* 1925, p. 926-927.

356 Rb. Breda 12 februari 2002, *LJN* AD9516; Hof Leeuwarden 20 augustus 2003, *LJN* AI1285; Rb. Arnhem 14 januari 2004, *LJN* AO3009; Rb. Breda 16 juni 2004, *LJN* AP3011; Rb. Arnhem 13 juli 2005, *LJN* AU1532; Rb. Utrecht 8 maart 2006, *LJN* AV5235. Gedacht kan ook worden aan de zaken waarin een Bedrijfshuuradviescommissie (waarover hoofdstuk 5 noot 277) als deskundige wordt benoemd, bijv. Hof Amsterdam 8 december 2005, *LJN* AV3104; Hof Amsterdam 29 december 2005, *LJN* AV3248.

357 In gelijke zin: conclusie A-G Huydecoper onder 28-31 bij HR 1 februari 2008, *LJN* BB5923. Anders: Hof Amsterdam 8 april 2004, *PRG* 2004, 6252, zij het impliciet; Rb. Amsterdam 25 mei 2005, *LJN* AT8990 r.o. 4; Rb. Arnhem 17 mei 2006, *LJN* AY3895.

358 Een instructie van deze strekking, die in Frankrijk bij benoeming van een rechtspersoon is voorgeschreven (art. 233 CPC), werd niet opgenomen in een zaak waarin Rb. Den Bosch volstond met benoeming van een rechtspersoon (Rb. Den Bosch 11 oktober 2006, *LJN* AZ0113).

359 Over de inschakeling van derden door een deskundige ook: par. 5.6.4.

360 Bijv. Rb. Rotterdam 29 maart 2006, *NJ* 2006, 314.

4.7.3 Inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek volgens de opdracht

De opdracht wordt aan de deskundige verstrekt door de rechter.[361] De rechter moet in de uitspraak de punten vermelden waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd (art. 194 lid 1 Rv). Hij pleegt tevoren overleg met partijen over de opdracht, maar is niet gebonden aan de wensen van partijen ten aanzien van de opdracht.[362] Hij mag zelf beslissen waarover hij een deskundigenadvies verlangt.[363] Wel is hij gebonden aan de omvang van de rechtsstrijd van partijen (art. 24 Rv). Verder behoort hij geen deskundigenadvies in te winnen ten aanzien van feiten waarvan hij in het kader van art. 149 lid 1 Rv geen bewijs mag verlangen. De rechter kiest zelf welke feiten in de opdracht aan de deskundige worden betrokken. Een enkele keer komt het voor dat de rechter een deskundige inschakelt om zich te doen voorlichten over de vraagstelling.[364] Volgens het Bossche hof behoort de vraagstelling niet te gedetailleerd en te gespecificeerd te zijn, teneinde de deskundige voldoende ruimte te bieden om zich op zijn vakgebied te richten op de aspecten die voor de beslechting van het geschil van belang zijn.[365] Aan het slot van de vraagstelling wordt meestal een open vraag opgenomen, bijvoorbeeld of de deskundige nog andere punten naar voren wil brengen waarvan de rechter volgens hem kennis dient te nemen bij de beoordeling van het geschil. Dit strookt met de wetsgeschiedenis, waarin is vermeld dat het in de rede ligt dat de rechter in de vraagstelling rekening houdt met de mogelijkheid dat de deskundige in zijn onderzoek nog meer of andere feitelijke aspecten zal willen betrekken dan de punten waarover de rechter deskundige voorlichting wenst.[366]

Vraagstelling bij voorlopig deskundigenbericht
In de lagere rechtspraak bestaat verschil van inzicht of de procedure tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht zich op dit punt onderscheidt van de bodemprocedure. Het hof Leeuwarden heeft geoordeeld dat uit de beoordelingsmaatstaf van de toewijsbaarheid van een verzoek tot het gelasten van een voorlo-

---

361 De rechter handelt hier in de uitoefening van zijn procesrechtelijke bevoegdheid tot benoeming van deskundigen (vgl. par. 2.2). In de literatuur is in discussie of de rechter hiermee een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent dan wel of een privaatrechtelijke overeenkomst van opdracht tussen de Staat en de deskundige tot stand komt. In laatstgenoemde zin: Klaassen 2002; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 106. In eerstgenoemde zin: De Groot 2004a; Hermans 2005, p. 585; Kortmann 2004, p. 209. De Franse cassatierechter heeft beslist dat niet de Staat, maar de deskundige aansprakelijk is voor schade als gevolg van fouten in het deskundigenadvies (CdC 19 maart 2002, 00-11907). In Duitsland is aansprakelijkheid van de deskundige wettelijk uitgesloten, tenzij sprake is van opzet of grove schuld (§ 839a BGB).
In de literatuur wordt wel algemeen aangenomen dat de relatie tussen partijen en de door de rechter benoemde deskundige niet contractueel is. Zie De Groot 2004a, met literatuurverwijzingen in noot 3. In deze zin ook Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4437, r.o. 17; Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4437, r.o. 21.

362 Zie par. 4.5.3.

363 HR 27 april 2007, *LJN* AZ4567, r.o. 4.3.1.

364 Bijv. Hof Amsterdam 19 december 1996, *NJ* 1997, 490; Hof Arnhem 12 juni 2007, *LJN* BA7499.

365 Hof Den Bosch 27 november 2007, *LJN* BB9579.

366 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 319, MvA TK (1981). In deze zin bijv. Rb. Amsterdam 15 december 2005, *LJN* AU8214, r.o. 4 slot.

pig deskundigenbericht[367] voortvloeit dat de rechter niet de ruimte heeft om de door verzoeker voorgestelde vragen aan te vullen.[368] In een andere zaak, waarin een partij op deze uitspraak een beroep deed, overwoog de rechtbank Leeuwarden dat de wetgever de rechter vrij heeft gelaten in de keuze en het aantal van de deskundigen en in de te stellen vragen en dat, indien de rechtbank de door verzoeker voorgestelde vraagstelling zonder meer zou moeten volgen, niet valt in te zien welke meerwaarde een voorlopig deskundigenbericht nog zou hebben ten opzichte van het rapport van een partijdeskundige.[369] Daaraan kan naar mijn opvatting worden toegevoegd dat het overleg met partijen (art. 205 lid 2 en art. 194 lid 2 Rv) een lege huls zou zijn, als de rechter de voorstellen van verzoeker zonder meer zou moeten overnemen. Zoals vermeld in par. 2.5.4, komt in de reacties op de door Asser, Groen & Vranken bepleite rolverdeling tussen partijen en de rechter, vaak naar voren dat van de rechter een actieve houding mag worden verwacht, vooral als het erom gaat partijen voor fouten of nalatigheden te behoeden die in hoger beroep kunnen worden hersteld. Weliswaar heeft de rechter bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht geen discretionaire bevoegdheid, maar dat behoort de actieve rechter er in mijn visie niet van te weerhouden bij de keuze van de persoon van de deskundige en de vraagstelling in ogenschouw te nemen of de te benoemen deskundige op zijn vakgebied aan de hand van de vragen van de rechter zal kunnen bijdragen aan het doel dat de verzoekende partij met het voorlopig deskundigenbericht beoogt, te weten verkrijging van zekerheid over voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden, onderbouwing van vordering of verweer, of bewijslevering. De verzoeker die een vraagstelling voorstelt waarvan op voorhand duidelijk is dat die hem niet dichter bij zijn doel zal brengen, mag verwachten dat de rechter hem daarop attendeert. In de keuze van de feiten die worden betrokken in de opdracht tot het voorlopig deskundigenbericht dat verzoeker of zelfs partijen verder helpt, zal de rechter moeten aanknopen bij de feiten die partijen over hun geschil ten gronde stellen in de procedure waarin het voorlopig deskundigenbericht wordt verzocht (art. 24 Rv) en zo nodig de rechtsgronden moeten aanvullen (art. 25 Rv).

Inbreng van deskundige

De rechter is niet gehouden tot overleg met de deskundige over de opdracht. Afgezien van de algemene eisen die worden ontleend aan het beginsel van hoor en wederhoor en het motiveringsbeginsel,[370] is er geen procesrechtelijk mechanisme waarmee wordt bevorderd dat de rechter zich er rekenschap van geeft of hij zonder overleg met een deskundige in staat is om te beoordelen welke feiten in een deskundigenonderzoek moeten worden betrokken en of de beoogde vraagstelling past binnen de mogelijkheden en beperkingen van het vakgebied van de deskundige. Hoewel de deskundige in literatuur en rechtspraak in belangrijke mate als

367 Zie par. 4.5.1.
368 Hof Leeuwarden 1 november 2006, *NJF* 2006, 577.
369 Rb. Leeuwarden 23 augustus 2007, *LJN* BB4573. Zie: J.W. Bosch 1957.
370 Zie par. 4.7.1.

hulppersoon van de rechter wordt gezien, heeft de deskundige, anders dan wanneer hij buiten rechte werkzaamheden voor een opdrachtgever verricht, geen aanspraak op overleg met de rechter als de inhoud en de reikwijdte van de opdracht worden bepaald. Dat spreekt niet voor zich als wordt bedacht dat de rechter niet altijd kan weten wat hij niet weet, of welke feiten op het vakgebied van de deskundige binnen de grenzen van het geschil in de waarheidsvinding kunnen of moeten worden betrokken. Het spreekt evenmin voor zich vanuit de verantwoordelijkheid van de deskundige om de opdracht naar beste weten te vervullen.[371] Zoals ik in het rechtsvergelijkend overzicht in par. 4.3 heb laten zien, kent België sinds kort een mondelinge behandeling in aanwezigheid van de deskundige en kan de rechter zich in Duitsland telefonisch met de deskundige verstaan over de formulering van de opdracht, nadat hij in een mondelinge behandeling met partijen van gedachten heeft gewisseld over het *Beweisbeschluss*. In Duitsland, Engeland en Frankrijk kan de deskundige nog voor aanvang van het onderzoek opheldering vragen over de opdracht. De Nederlandse rechter volstaat er meestal mee in een tussenuitspraak het geschilpunt te omschrijven in verband waarmee een deskundigenadvies wordt ingewonnen, waarna bij de benoeming van de deskundige de vragen aan de deskundige worden geformuleerd. Met de beschrijving van de inhoud van de opdracht geeft de rechter aan de deskundige en partijen niet meer dan een aanwijzing over de reikwijdte van het deskundigenonderzoek. Zoals vermeld in par. 4.5.3, laat de rechter het meestal aan de deskundige over om zelf uit de vragen in samenhang met de processtukken af te leiden welke feiten in het deskundigenonderzoek zijn betrokken, en welke daarvan tussen partijen vaststaan en in geschil zijn.

Onduidelijkheden in de opdracht

Niet is geregeld of de rechter na verstrekking van de opdracht moet voldoen aan een verzoek van een deskundige om de opdracht toe te lichten of aanwijzingen te geven met betrekking tot de inhoud en de reikwijdte van de opdracht. Zoals uiteengezet in par. 4.3, kennen Duitsland, Engeland en Frankrijk wel een regel die dit mogelijk maakt. In Duitsland en Oostenrijk kan bovendien een prikkel tot overleg uitgaan van het gebruik dat een deskundige die zonder voorafgaand overleg buiten de opdracht treedt, de betaling in de waagschaal stelt. De deskundige is in Nederland wettelijk niet verplicht eventuele twijfels of onduidelijkheid over de inhoud en de reikwijdte van de opdracht kenbaar te maken aan partijen en de rechter. In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' (onder nr. 1) wordt de deskundige hiertoe wel opgeroepen. Het staat de rechter naar mijn opvatting vrij een aanwijzing van deze strekking als maatregel ter bevordering van een goede procesorde op te nemen in de uitspraak, ongeacht of hij bepaalt dat de deskundige het onderzoek onder leiding van de rechter of zelfstandig verricht. Als niet is bepaald dat de deskundige het onderzoek verricht onder leiding van de rechter, is in de praktijk niet altijd duidelijk wie na de verstrekking van de opdracht de regie heeft

371 Zie par. 5.6.

over de inhoud en reikwijdte van het onderzoek. Treedt de deskundige buiten de opdracht, dan kan dit aanleiding geven tot hogere kosten, vertraging en problemen met de onpartijdigheid van de deskundige.

De vraag naar een juridisch oordeel
Onduidelijk is of aan de deskundige de vraag mag worden voorgelegd die na deskundigenadvies door de rechter zal worden beantwoord (de vraag naar een *ultimate issue*). Zoals vermeld in par. 4.3, mag dat in Engeland en de Verenigde Staten wel. Met betrekking tot letselschadezaken is in de literatuur bepleit dat de rechter aan de deskundige zo veel mogelijk feitelijke vragen voorlegt en zich op basis daarvan zelf het juridische oordeel vormt.[372] In de rechtspraak zijn uiteenlopende opvattingen te vinden met betrekking tot de kwestie of de rechter aan de niet juridisch geschoolde deskundige een juridisch georiënteerde vraag mag voorleggen, zoals de vraag of iemand in een bepaald geval heeft gehandeld in strijd met hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mocht worden verwacht. Deze vraag wordt op uiteenlopende rechtsgebieden wel door rechters aan deskundigen voorgelegd.[373] Er zijn ook uitspraken waarin wordt overwogen dat de deskundige met deze vraag ten onrechte zou worden verzocht een oordeel te geven dat is voorbehouden aan de rechter.[374] Het Arnhemse hof heeft geen beletsel gezien om de vraag aan een deskundige voor te leggen in een zaak waarin de rechter in eerste aanleg zich mede aan de hand van het deskundigenadvies en na afweging van hetgeen partijen nadien ten processe hadden opgemerkt, een oordeel had gevormd over de vraag of aan de norm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot was voldaan.[375] In een zaak over medische aansprakelijkheid achtte A-G Verkade het geen probleem dat een juridisch getinte vraag aan een deskundige was voorgelegd, omdat die vraag volgens hem voortvloeide uit de aard van de zaak.[376] Ook in uitspraken over andersoortige zaken dan letselschadezaken is soms een opvatting te vinden over de (on)wenselijkheid dat

372 Akkermans 2005; Dekker & Hartman 2006; Van 2003; Hartman & Dekker 2008. Zie ook: Meyst-Michels 2007, p. 294; Meyst-Michels 2008, p. 93.

373 Bijv. Hof Arnhem 27 juli 1999, *VR* 2001, 21, r.o. 2.5; Hof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, m.nt. A.J. Akkermans; Hof Leeuwarden 10 december 1997, te kennen uit HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 362, *JOR* 2001, 113, m.nt. K. Frielink; Hof Den Bosch 12 augustus 2003, *LJN* AT5400; Hof Den Bosch 3 februari 2004, *VR* 2004, 163; Hof Leeuwarden 8 maart 2006, *LJN* BB2834; Rb. Rotterdam 28 februari 2007, *LJN* BA0910; Hof Arnhem 12 juni 2007, *LJN* BA7499; Rb. Rotterdam 19 december 2007, *LJN* BC4039. Zie ook Hof Den Bosch 19 september 2006, *LJN* AY9522, een zaak waarin aan een deskundige werd gevraagd wat een redelijk handelend en redelijk bekwaam deskundige in een bepaalde situatie zou hebben gerapporteerd.

374 Bijv. Hof Den Bosch 8 april 2004, *NP* 2004, nr. 5; Rb. Zutphen 27 oktober 2006, *L&S* 2006, 260; Hof Amsterdam 9 maart 2006, 1973/03 (ongepubliceerd): het hof neemt de door één van partijen in het overleg van art. 194 lid 2 Rv voorgestelde vraag, of de aansprakelijk gestelde arts naar het medisch inzicht van de deskundige heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts onder gelijke omstandigheden mag worden verwacht, niet over, omdat die te algemeen is en bovendien daarin een oordeel van de deskundige wordt gevraagd dat aan het hof is voorbehouden. Verder: Rb. Amsterdam 6 maart 2008, *NP* 2008/4, p. 9-11.

375 Hof Arnhem 25 juni 2002, *LJN* AE4748, r.o. 4.18.

376 Conclusie A-G Verkade onder 14 bij HR 12 november 2004, *LJN* AP9636.

een niet juridisch geschoolde deskundige een juridisch oordeel geeft,[377] of wordt zonder meer een juridisch getinte vraag gesteld.[378]

Geen wettelijk beletsel
Het voorschrift dat de rechter de punten vermeldt waarop het deskundigenonderzoek betrekking heeft, verhindert op zichzelf niet dat de rechter een juridische vraag voorlegt aan een niet juridisch geschoolde deskundige. Er is geen regel waaruit is af te leiden dat de rechter zich in zijn geschilbeslechtende taak niet in deze zin door een deskundige zou mogen laten bijstaan. De Hoge Raad ziet geen beletsel om een deskundigenadvies ter beantwoording van een juridische vraag in te winnen.[379] Hierbij is niet de eis gesteld dat de deskundige over juridische expertise dient te beschikken. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in zaken waarin aan een deskundige de door de rechter te beantwoorden vraag was voorgelegd, daarin geen aanleiding gezien tot kritiek, mits iedere partij gelegenheid krijgt '*not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision'* en de rechter in de uitspraak toereikend ingaat op een gemotiveerde betwisting van het deskundigenadvies.[380]

Contra-indicaties
Er zijn echter ook argumenten die het minder wenselijk maken dat de rechter aan de niet juridisch geschoolde deskundige een juridisch georiënteerde vraag voorlegt. Allereerst mogen deskundigen veelal op grond van normen van hun beroepsgroep niet buiten hun vakgebied treden. Hieraan gaat het procesrecht niet voorbij, gezien het voorschrift dat de deskundige de opdracht naar beste weten dient te vervullen (art. 198 lid 1 Rv). Ook als door de rechter een juridische vraag mag worden gesteld, mag die dus niet altijd door een deskundige worden beantwoord. De efficiënte en effectieve geschilbeslechting wordt niet bevorderd als aan deskundigen vragen worden voorgelegd die zij niet mogen beantwoorden.

Daarnaast kan een juridisch georiënteerde vraag aanleiding geven tot verwarring bij de waardering van het deskundigenadvies. Dit speelt waarschijnlijk vooral in gevallen waarin de bewoordingen van het juridische geschilpunt gelijk zijn aan de bewoordingen van de vraag aan de deskundige, maar de juridische betekenis van de bewoordingen kan verschillen van de betekenis ervan op het vakgebied van de deskundige. Een pregnant voorbeeld is de vraag naar een redelijkheidsoordeel. Wordt aan een deskundige een normatieve vraag op zijn vakgebied gesteld, dan kan het op zichzelf zinnig zijn dat hem ook wordt gevraagd of een

---

377 Onwenselijk: bijv. Rb. Arnhem 23 juni 2004, LJN AP4283.
378 Bijv. Rb. Maastricht 12 maart 2003, *LJN* AF5831: in een bouwzaak vraagt de rechtbank aan de deskundige of bepaalde gebreken zijn te wijten aan een fout in de uitvoering van de werkzaamheden door een partij, en binnen welke termijn de door de deskundige geconstateerde gebreken redelijkerwijs haddehadden kunnen worden ontdekt.
379 HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 1, m.nt. JBMV.
380 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*); EHRM 8 augustus 2006, 43803/98, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 697-706, m.nt. PvD (*Eskelinen e.a./Finland*). Zie par. 5.3.3.

bepaalde handelwijze redelijk was. De medisch deskundige bijvoorbeeld, aan wie wordt gevraagd of een arts bij de behandeling van een patiënt de grenzen van de professionele standaard heeft overschreden door een bepaalde behandeling achterwege te laten, zal vanzelfsprekend ook kunnen vertellen of er omstandigheden waren op grond waarvan het gezien de professionele standaard redelijk was die behandeling niet toe te passen.[381] In zoverre acht ik een normatieve vraag aan een deskundige dan ook niet bezwaarlijk. Mijn bezwaar ligt ergens anders. De onderbouwing van een deskundigenadvies met een redelijkheidsoordeel maakt naar mijn ervaring lang niet altijd duidelijk in welke mate het redelijkheidsoordeel van de deskundige wordt gedragen door feiten en ervaringsregels op zijn vakgebied. Een redelijkheidsoordeel laat zich in het algemeen naar zijn aard niet eenvoudig expliciteren. Ontstaat vervolgens in het processuele debat na deskundigenadvies discussie over het redelijkheidsoordeel van de deskundige, dan kan het kwalificerende karakter van een niet toereikend geëxpliciteerd redelijkheidsoordeel van de deskundige het zicht belemmeren op de aanknopingspunten die de rechter met het oog op de verdere beoordeling van de zaak van de deskundige had willen ontvangen. Los hiervan overigens behoort degene die een normatieve vraag aan een deskundige voorlegt, de vraag in mijn visie niet zodanig te formuleren dat een deskundige de vrijheid krijgt om persoonlijke politieke of maatschappelijke opvattingen aan het advies ten grondslag te leggen die het feitelijke of normatieve kader van de voorgelegde vragen op zijn vakgebied te buiten gaan. Uiteindelijk gaat het erom dat bij partijen en de deskundige niet de schijn wordt gewekt dat het oordeel van de deskundige in de plaats treedt van het oordeel van de rechter. Aan de deskundige wordt een advies gevraagd om de rechter in staat te stellen een bepaald geschilpunt te beoordelen. Hoe normatief het oordeel van de deskundige op zijn vakgebied ook kan en mag zijn, het is aan de rechter om het geschilpunt te beoordelen en aan partijen een gemotiveerde beslissing te geven.

Voorstel voor een alternatief op basis van kerntaken van de deskundige

De tegenargumenten verliezen naar mijn opvatting aan kracht als aan de deskundige wordt gevraagd op zijn vakgebied feiten te verzamelen, te ordenen, op te helderen en/of te verklaren, kennis of ervaringsregels te verschaffen en/of conclusies te trekken uit vaststaande of door de deskundige opgehelderde feiten. Deze taken omschrijf ik als de kerntaken van de deskundige. Niet alle taken zullen overigens in elke zaak relevant zijn of evenveel aandacht behoeven. Indien nodig kan de deskundige op zijn vakgebied (ook) worden gevraagd naar kennis, ervaringsregels of conclusies voor de hypothetische gevallen waarin bepaalde in geschil zijnde feiten in het verdere verloop van de procedure wel of niet komen vast te staan. Zoals ik in par. 4.3 uiteen heb gezet, is dit in Engeland en de Verenigde Staten van

381 Een ander voorbeeld biedt Rb. Rotterdam 16 juli 2008, *LJN* BD8479: '3.35 (…) 4. Welke eisen mochten in de periode van 1997 tot en met 2003 redelijkerwijs worden gesteld aan een zorgvuldige informatieverstrekking en voorlichting in de branche in het kader van het adviseren over de totstandkoming van een beleggingsconstructie met een financieringslast als de onderhavige en de daaraan verbonden risico's? U dient hierbij uit te gaan van de destijds geldende kennis, inzichten, standaarden en gebruiken. Is naar uw deskundige inzicht aan deze eisen in dit geval voldaan (gaarne toelichten)?'

Amerika gebruikelijk. Zo wordt de deskundige uitgenodigd de relevante feiten en omstandigheden op zijn vakgebied te beschrijven voordat hij daaraan eventueel conclusies op zijn vakgebied verbindt. Hij wordt dan door de rechter niet gevraagd buiten zijn vakgebied te treden. Het is in dit scenario aan de rechter om een juridisch oordeel te verbinden aan het deskundigenadvies, bezien in samenhang met het processuele debat van partijen. Een dergelijke gang van zaken past bovendien in het stramien van art. 194 lid 1 Rv en art. 149 Rv, op grond waarvan de rechter zowel betwiste feiten die door een deskundigenadvies worden bewezen, als ervaringsregels die blijken uit een deskundigenadvies, aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen.

Wijziging van de opdracht

Vraagstellingen die in een uitspraak worden geformuleerd voordat de opdracht is verstrekt, bijvoorbeeld ten behoeve van het overleg met partijen, zijn niet definitief. De rechter heeft dan de vrijheid om de vraagstelling in een latere uitspraak, voor of bij de verstrekking van de opdracht, opnieuw te formuleren.[382] Niet is geregeld wie de inhoud en reikwijdte van de opdracht kan uitbreiden of beperken nadat de opdracht is verstrekt.[383] Zoals in par. 4.3 naar voren kwam, kent Frankrijk hiervoor een wettelijke bevoegdheid van de rechter, konden partijen in België tot de wetswijziging van 2007 de opdracht gezamenlijk uitbreiden en kent Spanje mogelijkheden voor partijen om de opdracht uit te breiden nadat die is verstrekt. Aangezien de rechter na deskundigenadvies aanvullende vragen aan de deskundige kan voorleggen (art. 194 lid 5 Rv), ligt het uit het oogpunt van een efficiënte behandeling van de zaak voor de hand dat dit ook tijdens het deskundigenonderzoek mogelijk is. Onduidelijk is of de deskundige of partijen de opdracht mogen uitbreiden of beperken. Hoewel de rechter met de opdracht de inhoud en reikwijdte van het deskundigenonderzoek bepaalt, hebben partijen het recht om bij de deskundige opmerkingen te maken en verzoeken te doen (art. 198 lid 2 Rv).[384] Aangezien het partijen in beginsel, behoudens een gegrond verzet tegen een eiswijziging (art. 130 Rv), de eis van concentratie van verweer (art. 128 lid 3 Rv) en de eisen van een goede procesorde, vrij staat de omvang van de rechtsstrijd te wijzigen in het processuele debat na deskundigenadvies, spreekt het niet zonder meer voor zich dat de opdracht aan de deskundige tijdens het deskundigenonderzoek niet kan worden gewijzigd door een eenstemmig verzoek van partijen aan de deskundige. Ook hier is van betekenis dat in de praktijk, als niet is bepaald dat de deskundige het onderzoek verricht onder leiding van de rechter, niet altijd duidelijk is wie na de verstrekking van de opdracht de regie heeft over de inhoud en de reikwijdte van het onderzoek. In par. 6.4.1.1 licht ik toe dat een deskundige in Nederland de opdracht tijdens het deskundigenonderzoek feitelijk, daargelaten of het is toegestaan, op eigen initiatief of op verzoek van partijen kan uitbreiden.

---

382 HR 7 januari 1994, *NJ* 1994, 320.

383 Rb. Arnhem 16 mei 2007, *LJN* BB0110, biedt een voorbeeld van een zaak waarin een deskundige met instemming van partijen de open geformuleerde opdracht van de rechter beperkt tot drie concrete vragen, waarna het deskundigenadvies niet op alle geschilpunten de benodigde voorlichting bevat.

384 Over opmerkingen en verzoeken: par. 6.4.3.

5 Onpartijdig en naar beste weten

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de verplichting van de deskundige om de opdracht 'onpartijdig en naar beste weten' te vervullen (art. 198 lid 1 Rv).[1] Eerst wordt de relatie toegelicht van dit aspect van deskundigenbewijs met de vraagstelling (par. 5.2). Dan wordt de onpartijdigheid van de deskundige bezien in verband met het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM (par. 5.3). Vervolgens komt aan de orde hoe in andere landen invulling wordt gegeven aan de gedachten achter art. 198 lid 1 Rv (par. 5.4). Daarna wordt ingegaan op de betekenis van 'onpartijdig' (par. 5.5) en 'naar beste weten' (par. 5.6) naar Nederlands civiel procesrecht.

5.2 Relatie met de vraagstelling

Zoals gezegd staat in dit boek de vraag centraal wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan, tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. De verplichting van de deskundige om de opdracht 'onpartijdig en naar beste weten' te vervullen, normeert het feitenonderzoek van de deskundige en het daarop gebaseerde deskundigenadvies. In par. 4.7.3 heb ik betoogd dat de rechter aan een deskundige kan vragen op diens vakgebied feiten te verzamelen, te ordenen, op te helderen en/of te verklaren, kennis of ervaringsregels te verschaffen en/of conclusies te trekken uit vaststaande of door de deskundige opgehelderde feiten. De deskundige houdt zich dan bezig met waarheidsvinding op het vakgebied waarop de rechter ten behoeve van de beslissing deskundige bijstand nodig heeft en vervult een deel van de taken van de rechter. Aan rechterlijke taken is inherent dat zij behoren te worden uitgeoefend door iemand die geen eigen belang heeft bij de uitkomst van de zaak, niet vooringenomen is en beide partijen gelijk behandelt. In zoverre is het niet meer dan logisch dat van de deskundige wordt verlangd dat hij niet op de hand van één van partijen is. Tegelijk is een deskundigenadvies vaak

1 De verplichting rust op de deskundige die de benoeming heeft aanvaard. De deskundige is niet verplicht de benoeming te aanvaarden. Zie par. 3.2.4.

een bewijsmiddel van een partij. Partijen hebben in verband met het bewijsrisico ieder eigen belangen bij de feiten die de deskundige onderzoekt, waarop zijn advies betrekking heeft en waarover de rechter vervolgens oordeelt. Meestal heeft een partij er belang bij dat de deskundige het spoor van haar standpunt volgt. De onpartijdige deskundige staat echter neutraal ten opzichte van partijen. Hij bevordert dat met het deskundigenadvies de feiten worden opgehelderd die tussen partijen in geschil zijn en het belang van de waarheidsvinding wordt gediend. Binnen de grenzen van de opdracht heeft hij een zekere mate van zelfstandigheid, die hem onder andere wordt verleend in de verplichting om zijn taak naar beste weten te verrichten. Deze zelfstandigheid past niet alleen bij de professionele verantwoordelijkheid van de deskundige, maar ook bij een aspect van de kennisparadox (par. 1.4.4): de rechter weet niet altijd wat hij niet weet op een vakgebied waarop hij niet deskundig is. Daarom heeft de deskundige binnen de grenzen van het geschil van partijen in de opdracht een zekere speelruimte nodig om feiten in het advies te betrekken die hij op zijn vakgebied relevant acht voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De gevolgen hiervan voor de vraagstelling zal ik nader uitwerken in par. 8.4.3.2. Een voorwaarde om de speelruimte optimaal te benutten, is dat de deskundige zijn verplichting naleeft om de opdracht 'onpartijdig en naar beste weten' te vervullen. De betekenis van deze verplichting is onderwerp van dit hoofdstuk.

5.3 Onpartijdigheid en het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM

5.3.1 Inleiding

Als een deskundige tussen de aanvaarding van de benoeming en de inlevering van het deskundigenadvies de verplichting niet kan nakomen om de opdracht onpartijdig te vervullen, wordt hij in de praktijk vervangen door een andere deskundige. Is het deskundigenadvies al uitgebracht wanneer een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige wordt vastgesteld, dan kan dit gevolgen hebben voor de bewijswaarde van het deskundigenadvies. De gevolgen van een gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige laten zich via het beginsel van hoor en wederhoor afleiden uit de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, zoals ik hierna uiteen zal zetten.

5.3.2 Het recht op een eerlijk proces

Het recht op een eerlijk proces is vastgelegd in art. 6 lid 1 EVRM:

> 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...) heeft een ieder 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.'

Het recht op een eerlijk proces is een essentieel onderdeel van een procedure bij de nationale rechter waarin burgerlijke rechten en verplichtingen[2] worden vastgesteld. Een eerlijk proces waarborgt en effectueert de zeggenschap van de burger over zijn burgerlijke rechten en verplichtingen. Schending van het recht op een eerlijk proces zet het vertrouwen op het spel dat burgers in een democratische samenleving in de rechtspraak moeten kunnen hebben. De verantwoordelijkheid van de Staat om het recht op een eerlijk proces te waarborgen, illustreert tegelijk dat sommige rechten en plichten van procesdeelnemers in het civiele procesrecht mede uit het publieke domein voortspruiten, zoals in par. 2.3 aan de orde kwam.

Blijkens de tekst bevat art. 6 lid 1 EVRM geen regels over de bijdrage van deskundigen aan rechtspraak. Ook de onpartijdigheid van de deskundige wordt niet expliciet geregeld door art. 6 lid 1 EVRM. Als in verband met (het achterwege laten van) een deskundigenonderzoek wordt geklaagd over schending van art. 6 lid 1 EVRM,[3] wordt door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens niet beoordeeld of het optreden van de deskundige, het deskundigenadvies of het ontbreken daarvan op zichzelf strijdig is met de eisen van art. 6 lid 1 EVRM, maar wordt getoetst:

> 'whether the proceedings in their entirety, including the way in which the evidence was assessed, were "fair" within the meaning of Article 6 § 1.'[4]

Met deze toets wordt onderzocht of in de procedure bij de nationale rechter de eisen van art. 6 lid 1 EVRM in acht zijn genomen. De deskundige die een advies uitbrengt en niet met rechtspraak is belast, maakt geen deel uit van het gerecht. Daarom gelden de eisen van art. 6 lid 1 EVRM op zichzelf niet voor de deskundige die in opdracht van de rechter een advies uitbrengt. Ze gelden voor de nationale rechter, die toeziet op de naleving ervan, en voor de Staat, die de naleving garandeert.

---

2 Het begrip 'burgerlijke rechten en verplichtingen' wordt onder het EVRM verdragsautonoom uitgelegd. Zie bijv. Jacobs & White 2005, p. 163-169; EVRM R&C par. 3.6.3.2. Het begrip komt nader aan de orde in par. 6.4.2.2.

3 Achterwege laten van deskundigenonderzoek kan onder omstandigheden ook met art. 8 EVRM in strijd zijn. Zie bijv. EHRM 13 juli 2000, 25735/94 (*Elsholz/Duitsland*), r.o. 52; EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2004, 136, m.nt. SW (*Sahin/Duitsland*), in vervolg op EHRM 11 oktober 2001, *NJ* 2002, 417; EHRM 13 juli 2006, 58757/00 (*Jäggi/Zwitserland*).

4 Vaste rechtspraak, zie o.a. EHRM 12 juli 1988, *NJ* 1988, 851, m.nt. EAA (*Schenk/Zwitserland*); EHRM 21 september 1993, *NJ* 1994, 544 (*Zumtobel/Oostenrijk*); EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS (*Dombo/Nederland*); EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*); EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*); EHRM 8 augustus 2006, 43803/98, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 697-706, m.nt. PvD (*Eskelinen e.a./Finland*). M.b.t. het niet inwinnen van een deskundigenadvies bijv.: EHRM 24 oktober 1989, 10073/82 (*H./Frankrijk*); EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996, 741 (*Doorson/Nederland*), r.o. 81-82; EHRM 18 mei 2004, 67972/01 (*Somogyi/Italië*); EHRM 27 juli 2006, 5010/04 (*Von Hoffen/Liechtenstein*), r.o. 55; EHRM 11 januari 2007, 20027/02 (*Herbst/Duitsland*); EHRM 26 april 2007, 5953/02 (*Vozhigov/Rusland*).

5.3.3 Het beginsel van hoor en wederhoor

Bij het EHRM wordt soms geklaagd over schending van art. 6 lid 1 EVRM in verband met de bewijswaardering van een deskundigenadvies door de nationale rechter.[5] Bij de beoordeling van zulke klachten neemt het EHRM tot uitgangspunt dat het aan de nationale rechter is om over vragen van bewijs te oordelen en dat het bewijsoordeel van de nationale rechter niet wordt vervangen door een eigen oordeel. Vervolgens wordt beoordeeld of de procedure als geheel, waaronder de wijze waarop het bewijs is verkregen, eerlijk is verlopen. Deze beoordeling staat nogal eens in de sleutel van het beginsel van hoor en wederhoor.[6] Een eerlijk verloop van de procedure vereist volgens vaste rechtspraak van het EHRM onder andere dat er sprake is van *equality of arms*, dat wil zeggen dat aan een partij voldoende gelegenheid wordt geboden om haar standpunt naar voren te brengen en te bewijzen onder omstandigheden die haar niet in een substantieel nadeliger positie plaatsen dan de wederpartij. Ook moet een partij voldoende gelegenheid krijgen om kennis te nemen van het standpunt en bewijsmateriaal van de wederpartij en daarop te reageren (*adversarial principle*).[7]

Mantovanelli/Frankrijk
In de uitspraak in de zaak Mantovanelli/Frankrijk heeft het EHRM nog eens benadrukt dat de verplichting tot naleving van de eisen van art. 6 lid 1 EVRM rust op de nationale rechter en niet op de deskundige. Essentieel is dat partijen naar behoren kunnen participeren in de procedure bij de nationale rechter, ook als een deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter deel uitmaakt van de procedure.[8] Doordat de eisen van een eerlijk proces niet rechtstreeks voor de deskundige gelden, heeft een partij bijvoorbeeld niet zonder meer het recht om onderzoekshandelingen van de deskundige bij te wonen of een recht op inzage in stukken waarvan de deskundige kennis neemt.[9] In de zaak Mantovanelli/Frankrijk waren klagers door de deskundige onvoldoende in staat gesteld in het deskundigenonderzoek te participeren. De deskundige had tijdens het onderzoek onder andere met personen aan de zijde van de wederpartij gesproken en kennis genomen van stuk-

5 EHRM 6 mei 1985, *NJ* 1989, 385, m.nt. PvD (*Bönisch/Oostenrijk*); EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87 (*Brandstetter/Oostenrijk*); EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*); EHRM 2 oktober 2001, 44069/98 (*G.B./Frankrijk*); EHRM 26 februari 2004, 74969/01 (*Görgülü/Duitsland*), r.o. 58; EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*). Zie ook EHRM 21 september 1993, *NJ* 1994, 544 (*Zumtobel/Oostenrijk*), r.o. 35; EHRM 23 april 1998, 22885/93 (*Bernard/Frankrijk*).

6 Soms gaat het om andere onderdelen van het recht op een eerlijk proces, bijv. EHRM 22 februari 2007, 12365/03 (*Krasulya/Rusland*), r.o. 52: in strijd met art. 6 lid 1 EVRM is in hoger beroep niet gerespondeerd op de grief dat de rechter in vorige instantie ten onrechte een deskundigenadvies niet in de bewijswaardering heeft betrokken.

7 Zie over de betekenis van de *equality of arms* en het recht op tegenspraak bijv. Jacobs & White 2005 p. 176-179; EVRM R&C par. 3.6.4.3 en 3.6.4.6.

8 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*), r.o. 33.

9 Zie over mogelijkheden van partijen om informatie te vergaren door middel van een deskundigenonderzoek: Ekelmans 2007b; De Groot 2007a; Hermans 2006; Wesseling-van Gent 2006.

ken die klagers niet kenden. In het deskundigenadvies maakte hij gebruik van de verkregen inlichtingen. De mogelijkheid om in de procedure bij de nationale rechter op het voltooide deskundigenadvies te reageren, bood klagers naar het oordeel van het EHRM geen reële mogelijkheid om het deskundigenrapport effectief tegen te spreken. De nationale rechter had het deskundigenrapport niet voor het bewijs mogen gebruiken zonder te voldoen aan het verzoek van de klagers om een nieuw deskundigenonderzoek te gelasten. Het EHRM nam bij dit oordeel de volgende omstandigheden in aanmerking. Aan de deskundige was dezelfde vraag voorgelegd als de door de rechter te beoordelen vraag. De rechter was niet in staat om het geschilpunt zonder deskundige voorlichting te beoordelen. Te verwachten was dat het deskundigenrapport van overwegende invloed op de beslissing zou zijn.[10] De deskundige had getuigen aan de zijde van de wederpartij gehoord buiten aanwezigheid van de klagers en had kennis genomen van stukken die niet aan hen ter beschikking waren gesteld. Er was geen beletsel om de klagers aanwezig te laten zijn bij het horen van de getuigen en de stukken aan hen ter beschikking te stellen.[11] Ook in andere zaken heeft het EHRM geoordeeld dat de *equality of arms* verstoord raakt als een deskundige zwaarwegende invloed heeft op het oordeel van de rechter en een partij onvoldoende effectief commentaar kan leveren op het deskundigenadvies, bij gebreke van afdoende participatie tijdens het deskundigenonderzoek.[12]

Eskelinen/Finland

De gevolgen van de uitspraak in de zaak Mantovanelli/Frankrijk voor de nationale rechter worden des te duidelijker bij beschouwing van de uitspraak van het EHRM in de zaak Eskelinen/Finland.[13] In deze strafzaak was in opdracht van een overheidsorgaan een juridisch deskundigenadvies uitgebracht, dat door het Openbaar Ministerie aan het dossier was toegevoegd. De deskundige had op basis van aan hem ter beschikking gestelde stukken een oordeel gegeven over de vraag of klagers gegevens hadden verspreid die als bedrijfsgeheim konden worden beschouwd. De deskundige had geen zelfstandig onderzoek naar feiten verricht. Niet in geschil was dat klagers in de procedure bij de nationale rechter voldoende gelegenheid hadden gekregen om het deskundigenadvies tegen te spreken. De nationale rechter had echter geweigerd om de deskundige conform het verzoek van klagers als getuige te horen. Bij het EHRM draaide de zaak om de vraag of het recht op een eerlijk proces was geschonden. Volgens klagers had het deskundigenadvies de bewijslevering vervangen en was het door de nationale rechter zonder zelfstandige beoordeling overgenomen. Het EHRM overwoog dat de vraag aan de deskundige weliswaar dezelfde was als de door de rechter te beantwoorden

10 Vgl. EHRM 29 januari 2008, 34418/04 (Csösz*/Hongarije*), r.o. 34: de aard van een geschil kan rechtvaardigen dat de rechter in de beslissing zwaar leunt op een deskundigenadvies, bijv. in complexe medische zaken.

11 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*), r.o. 33-36.

12 Zie EHRM 6 mei 1985, *NJ* 1989, 385, m.nt. PvD (*Bönisch/Oostenrijk*); EHRM 24 april 2003, 44962/98 (*Yvon/Frankrijk*); EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72, m.nt. F. Fernhout (*Cottin/België*).

13 EHRM 8 augustus 2006 , 43803/98, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 697-706, m.nt. PvD (*Eskelinen e.a./Finland*).

vraag, maar dat het verschil met de zaak Mantovanelli/Frankrijk was dat de rechter in laatstgenoemde zaak niet in staat was tot een zelfstandige beoordeling van het geschil en de deskundige buiten een partij om zelfstandig feitenonderzoek had gedaan door onder andere getuigen te horen, terwijl het deskundigenadvies naar verwachting van overwegende invloed zou zijn op de waardering van de feiten door de nationale rechter. In de zaak Eskelinen/Finland was het deskundigenadvies daarentegen gebaseerd op stukken die volledig beschikbaar waren voor partijen en de rechter. Op basis van die stukken vond verdere bewijslevering plaats bij de rechter. De rechter was niet gebonden aan het deskundigenadvies, had de beslissing niet overwegend op het deskundigenadvies gebaseerd en was in de beslissing naar behoren ingegaan op de bezwaren van klagers tegen het deskundigenadvies. Onder deze omstandigheden leidde de weigering van de nationale rechter om de deskundige te horen, niet tot de conclusie dat het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM was geschonden.

Waar het om gaat

De uitspraken in de zaken Mantovanelli/Frankrijk en Eskelinen/Finland laten in onderling verband zien dat het er niet alleen om gaat of aan een deskundige geheel of ten dele dezelfde vraag wordt voorgelegd als de door de rechter te beantwoorden vraag. Het gaat er ook om of de deskundige zelfstandig feitenonderzoek doet en, zo ja, of partijen daarin voldoende worden betrokken. Bovendien is van belang of de rechter in staat is om de door de deskundige opgehelderde feiten zelfstandig te beoordelen, dan wel valt te verwachten dat het deskundigenadvies van overwegende invloed op de beslissing zal zijn. Bij deze combinatie van omstandigheden – die in de praktijk inherent is aan vrijwel elke situatie waarin een deskundigenadvies wordt ingewonnen – zal de nationale rechter er op moeten toezien dat aan een deskundigenadvies geen gebreken kleven die raken aan de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM en dat het deskundigenadvies in geval van dergelijke gebreken niet voor het bewijs wordt gebruikt voordat gelegenheid is geboden tot herstel.

5.3.4 Beoordeling van klachten over partijdigheid van een deskundige

Ook als bij het EHRM wordt geklaagd dat een deskundigenadvies van een partijdige deskundige voor het bewijs is gebruikt, is maatgevend of in de procedure bij de nationale rechter de *equality of arms* in acht is genomen en voldoende gelegenheid tot tegenspraak is geboden.[14] Dit blijkt uit de hierna te bespreken uitspraken van het EHRM in de zaken van Bönisch tegen Oostenrijk,[15] Brandstetter tegen Oostenrijk,[16] en Sara Lind Eggertsdóttir tegen IJsland,[17] waarin onder andere werd

14 Een uitzondering vormt het bijzondere geval waarin een psychiater niet alleen een psychiatrisch onderzoek had verricht, maar in dezelfde zaak tevens deel uitmaakte van het rechterlijk college. Hier was maatgevend of de psychiater als rechter onpartijdig kon worden geacht. Zie EHRM 29 maart 2001, 27154/95 (*D.N./Zwitserland*).

15 EHRM 6 mei 1985, *NJ* 1989, 385, m.nt. PvD (*Bönisch/Oostenrijk*).

16 EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87 (*Brandstetter/Oostenrijk*).

17 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*).

geklaagd over schending van art. 6 lid 1 EVRM. De zaken tegen Oostenrijk waren strafrechtelijk van aard en de zaak tegen IJsland civielrechtelijk. Dit maakt voor de betekenis van de onpartijdigheid van een deskundige geen verschil, aangezien art. 6 lid 1 EVRM op dit punt geen onderscheid maakt tussen het civiele procesrecht en het strafprocesrecht. Ook naar Nederlands recht is er geen onderscheid tussen de eis van onpartijdigheid van een deskundige in het civiele procesrecht (art. 198 lid 1 Rv) en het strafprocesrecht (art. 228 en 299 WvSv).[18]

5.3.4.1 De zaak Bönisch/Oostenrijk

Bönisch exploiteerde in Oostenrijk een onderneming waarin vlees werd gerookt. Van zijn producten werden van overheidswege regelmatig monsters genomen, die werden onderzocht door het Oostenrijkse instituut voor voedselcontrole. Dit instituut constateerde bij herhaling in monsters een hoger gehalte benzopyreen 3.4 dan was toegestaan, en een voor de consument niet kenbare te grote hoeveelheid water. Het instituut rapporteerde zijn bevindingen bij herhaling aan het Oostenrijkse Openbaar Ministerie met het doel dat tegen Bönisch vervolging zou worden ingesteld. Aanvankelijk ontving het instituut hiervoor een bonus, op grond van een regeling die later werd afgeschaft. In achtereenvolgens aanhangig gemaakte strafzaken werd de directeur van het instituut voor voedselcontrole, wiens bevindingen tot vervolging aanleiding hadden gegeven, als door de rechter benoemde deskundige geraadpleegd. Bönisch klaagde herhaaldelijk zonder succes over partijdigheid van deze deskundige. Zijn verzoeken tot het horen van andere deskundigen werden niet gehonoreerd en zijn grieven daartegen werden verworpen. Ook kwam hij vergeefs op tegen het oordeel van de rechters in feitelijke instantie dat de mening van de deskundige meer bewijskracht had dan het door Bönisch geproduceerde bewijsmateriaal, waarmee hij de mening van de deskundige bestreed. Hij werd telkens veroordeeld.

Oordeel van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

Bönisch klaagde in Straatsburg over schending van art. 6 lid 1 EVRM in de procedure bij de nationale rechter. De Oostenrijkse regering bracht naar voren dat de Oostenrijkse rechter naar toenmalig nationaal procesrecht in de strafzaak verplicht was een persoon van het instituut voor voedselcontrole als deskundige te horen ter toelichting en zonodig aanvulling van de bevindingen van het instituut. Zij betoogde dat het enkele feit dat dit degene was wiens rapporten tot vervolging aanleiding hadden gegeven, daarom onvoldoende was voor een gegronde wraking. Volgens de Oostenrijkse regering was een deskundige naar Oostenrijks recht een neutrale en onpartijdige hulppersoon van de rechter en werd daarin geen verandering gebracht door de verplichting om iemand van het instituut in de strafzaak als deskundige te horen.

Het EHRM stelde de *equality of arms* voorop:

18 Zie par. 5.5.1.

> '32. It is easily understandable that doubts should arise, especially in the mind of an accused, as to the neutrality of an expert when it was his report that in fact prompted the bringing of a prosecution. In the present case, appearances suggested that the Director was more like a witness against the accused. In principle, his being examined at the hearings was not precluded by the Convention, but the principle of equality of arms inherent in the concept of a fair trial (...) required equal treatment as between the hearing of the Director and the hearing of persons who were or could be called, in whatever capacity, by the defence.'

In dit geval was naar het oordeel van het EHRM aan de *equality of arms* geen recht gedaan. Door de benoeming als deskundige kreeg de directeur van het instituut voor voedselcontrole volgens het nationale procesrecht tot taak de rechter neutraal en onpartijdig ter zijde te staan. Zijn verklaring kreeg daarmee meer gewicht dan de verklaringen van getuigen die in één van de zaken aan de zijde van Bönisch waren gehoord, terwijl de omstandigheden aanleiding gaven zijn neutraliteit en onpartijdigheid te betwijfelen. De deskundige had bovendien een dominante rol in de procedure, aangezien hij het recht had de volledige behandeling van de zaak bij te wonen, met toestemming van de rechter vragen te stellen aan de verdachte en de getuigen, en commentaar te leveren op door de verdediging geproduceerd tegenbewijs. In één van de zaken, waarin een getuige aan de zijde van Bönisch was gehoord en de deskundige gebruik had gemaakt van deze bevoegdheden zonder gelegenheid voor reactie van de getuige, was het gebrek aan een gelijkwaardige behandeling volgens het EHRM bijzonder opvallend. De conclusie was dat art. 6 lid 1 EVRM was geschonden.

5.4.3.2 Equality of arms en onpartijdigheid van een deskundige

In de zaak Bönisch/Oostenrijk waren naar nationaal procesrecht twee moeizaam verenigbare regels van toepassing: enerzijds de verplichting van de rechter om iemand van het instituut voor voedselcontrole als deskundige te horen terwijl op grond van het rapport van het instituut tot vervolging was besloten, en anderzijds de regel dat een door de rechter benoemde deskundige wordt verondersteld een neutrale en onpartijdige hulppersoon van de rechter te zijn. Het EHRM is niet met zoveel woorden ingegaan op het betoog van de Oostenrijkse regering dat deze regels zich met elkaar verdragen, oftewel dat de onpartijdigheid van een door de strafrechter gehoorde deskundige niet wordt aangetast doordat diens rapport tot vervolging aanleiding heeft gegeven. Het EHRM heeft voorop gesteld dat een door de rechter benoemde deskundige neutraal en onpartijdig behoort te zijn en heeft het begrijpelijk geacht dat de verdachte in deze zaak geen vertrouwen had in de onpartijdigheid van de deskundige. Vervolgens heeft het zijn oordeel geplaatst in de sleutel van de *equality of arms* en aangenomen dat de instituutsdirecteur feitelijk niet de rol van deskundige vervulde, maar als getuige aan de zijde van het Openbaar Ministerie fungeerde. Het gebrek aan onpartijdigheid van de instituutsdirecteur stond er aan in de weg hem als een onpartijdige deskundige te beschouwen, ook al was uitgangspunt dat hij als zodanig door de rechter was benoemd. Door bij de twee conflicterende regels van nationaal procesrecht zonder meer voorrang te geven aan de eis dat een door de rechter benoemde deskundige onpartijdig is en de instituutsdirecteur als zodanig te diskwalificeren, heeft het EHRM

tot uitdrukking gebracht dat het in een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM van belang is dat een door de rechter benoemde deskundige onpartijdig is. Tegelijk illustreert de uitspraak, doordat het oordeel is opgehangen aan de *equality of arms* en niet aan de onpartijdigheid van de rechter, dat onpartijdigheid van een door de rechter benoemde deskundige op zichzelf geen eis is van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Maatgevend is of in de procedure bij de nationale rechter de *equality of arms* in acht is genomen en voldoende gelegenheid tot tegenspraak is geboden.[19]

5.3.4.3 De zaak Brandstetter/Oostenrijk

Brandstetter werd er door de Oostenrijkse officier van justitie van verdacht dat hij wijn in de handel bracht waarvan de samenstelling niet voldeed aan de toepasselijke regels. Een inspecteur had drie monsters genomen uit Brandstetters wijntanks en laten onderzoeken door een deskundige van de *Landwirtschaftlich -chemische Bundesversuchsanstalt*, in de uitspraak van het EHRM *Agricultural Institute* genoemd (hierna ook: de eerste deskundige). Het rapport van deze deskundige had de officier van justitie doen besluiten Brandstetter te vervolgen. Brandstetter bestreed bij de strafrechter in eerste aanleg de bewijskracht van het rapport met een rapport van een door hem geraadpleegde deskundige met de naam Niessner. Hij vroeg vrijspraak, dan wel een deskundigenonderzoek van de monsters in opdracht van de rechter. De rechter benoemde vervolgens een deskundige genaamd Bandion. Deze was evenals de eerste deskundige verbonden aan het *Agricultural Institute*. Ook volgens het rapport van Bandion voldeed de wijn van Brandstetter niet aan de toepasselijke regels. In het rapport werd tevens commentaar geleverd op de rapporten van de eerste deskundige en Niessner. Daarop verzocht Brandstetter de rechter andere deskundigen te raadplegen en Niessner te horen. Dit verzoek werd afgewezen. Brandstetter werd in eerste aanleg veroordeeld wegens overtreding van de regels voor de samenstelling van wijn.

In hoger beroep voerde Brandstetter aan dat Bandion niet onpartijdig was, omdat hij was verbonden aan hetzelfde instituut als de eerste deskundige en het rapport van de eerste deskundige tot vervolging aanleiding had gegeven. In de beslissing in hoger beroep werd van belang geacht dat Brandstetter zijn klacht niet had geuit bij de benoeming van Bandion, maar nadat hij het voor hem ongunstige rapport van Bandion onder ogen had gekregen. Er was geen twijfel aan de objectiviteit van Bandion. Hij was voldoende deskundig en was niet betrokken geweest bij het eerste onderzoek in het *Agricultural Institute*. Bandion had niet alleen kritiek geleverd op het onderzoek van de door Brandstetter geraadpleegde deskundige Niessner, maar ook op het onderzoek van de eerste deskundige. De conclusie van het rapport van Bandion was duidelijk. Met deze argumenten werd Brandstetters verzoek om benoeming van andere deskundigen, onder wie Niessner, in hoger beroep wederom afgewezen. De zaak eindigde met een veroordeling.

---

19 Zie over de betekenis van de uitspraak *Bönisch/Oostenrijk* bij de behandeling van strafzaken bijv. Corstens 2008, p. 151 en 697.

Oordeel van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
Brandstetter wendde zich tot de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) met de klacht dat sprake was van schending van art. 6 lid 1 EVRM en art. 6 lid 3 onder d EVRM (het recht op tegenbewijs door getuigen). De Oostenrijkse rechter had volgens hem ten onrechte iemand als deskundige benoemd die was verbonden aan het *Agricultural Institute*, terwijl een eerdere analyse van de monsters door iemand van dit instituut had geleid tot de verdenking. Verder had de Oostenrijkse rechter volgens Brandstetter ten onrechte geweigerd Niessner te horen. De ECRM was unaniem van oordeel dat de klacht gegrond was voor zover het door de officier van justitie gepresenteerde deskundigenbewijs en het door de verdediging ingebrachte rapport van Niessner niet gelijkwaardig waren behandeld.[20]

Oordeel van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens
Het EHRM oordeelde echter dat art. 6 EVRM niet was geschonden. Het feit dat Bandion werkzaam was bij hetzelfde instituut als de eerste deskundige, kon Brandstetter weliswaar aanleiding geven tot bezorgdheid, maar dat was niet doorslaggevend:

> 'What is decisive is whether the doubts raised by appearances can be held objectively justified (see, mutatis mutandis, in respect of judges, the Hauschildt judgment of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 21, para. 48).'[21]

Het enkele feit dat Bandion bij hetzelfde instituut werkte als de deskundige wiens rapport aanleiding had gegeven tot vervolging, was naar het oordeel van het EHRM onvoldoende om de vrees van Brandstetter te rechtvaardigen dat Bandion een partijdige deskundige was. Zou daarover anders worden geoordeeld, dan zou volgens het EHRM de mogelijkheid van de nationale rechter om een deskundigenadvies in te winnen in veel zaken onaanvaardbaar worden beperkt.[22] Bij het oordeel dat Brandstetters vrees niet gerechtvaardigd was, werd van betekenis geacht dat Brandstetter de onpartijdigheid van de deskundige pas in twijfel had getrokken nadat hij kennis had genomen van diens voor hem ongunstige rapport. De conclusie van het EHRM was dat de weigering van de Oostenrijkse rechter om na het rapport van Bandion andere deskundigen te benoemen niet strijdig was met de *equality of arms*. Verder was het EHRM van oordeel dat de procedure niet oneerlijk was verlopen door de weigering van de nationale rechter om Niessner te horen. De eisen van een eerlijk proces brengen volgens het EHRM niet mee dat een zodanig verzoek moet worden toegewezen zodra het rapport van de door de rechter benoemde deskundige bijdraagt aan het bewijs.[23]

---

20 EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87 (*Brandstetter/Oostenrijk*), r.o. 38. De klacht werd ingediend in de hier besproken zaak en in twee andere zaken, waarin onder andere speelde of er met de monsters was geknoeid.
21 EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87 (*Brandstetter/Oostenrijk*), r.o. 44.
22 De Zwitserse cassatierechter heeft dit argument gebruikt in een uitspraak van 5 oktober 1999, BGE 125 II 541 (*Stadt Zürich/ Regina Stauffer e.a*). Zie par. 5.4.2.6.
23 EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87, (*Brandstetter/Oostenrijk*), r.o. 44-47.

5.3.4.4 Maatstaf bij de beoordeling van een klacht over partijdigheid van een deskundige

Het zojuist weergegeven citaat uit de zaak Brandstetter/Oostenrijk laat zien dat het EHRM de maatstaf voor de beoordeling van de objectieve onpartijdigheid van de rechter, onder verwijzing naar de uitspraak in de zaak Hauschildt/Denemarken,[24] heeft toegepast op de deskundige die de rechter adviseert. Bij de onpartijdigheid van de rechter gaat het er naar vaste rechtspraak van het EHRM om dat de rechter in zowel subjectieve als objectieve zin onpartijdig is.[25] De rechter is subjectief onpartijdig als hij bij de behandeling van een zaak niet wordt gehinderd door vooroordelen en niet vooringenomen is. Hij moet bij de behandeling van een zaak vrij staan ten opzichte van de procespartijen en hun vertegenwoordigers en geen eigen belangen hebben bij de zaak. De subjectieve onpartijdigheid van de rechter wordt afgeleid uit de waarborgen waarmee zijn benoeming tot rechter is omgeven en wordt verondersteld aanwezig te zijn totdat het tegendeel aannemelijk wordt. Bij de objectieve onpartijdigheid gaat het erom dat de rechter op partijen en het publiek onpartijdig overkomt. Van een gebrek aan objectieve onpartijdigheid is sprake als uit feiten of omstandigheden objectief gezien bij een partij de indruk kan ontstaan dat de rechter niet onpartijdig is. Dit kan al het geval zijn als bij een partij de gerechtvaardigde schijn van partijdigheid is gewekt. Niet doorslaggevend is of twijfel aan de onpartijdigheid theoretisch denkbaar is. Het gaat erom of een rechter in een concrete zaak als onpartijdig is te beschouwen. Het standpunt van een partij dienaangaande is evenmin doorslaggevend. Beslissend is of door een partij geuite twijfel objectief is te rechtvaardigen. Een klacht over een gebrek aan onpartijdigheid van een rechter moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval.[26] Deze criteria zijn dus ook relevant als het gaat om de objectieve onpartijdigheid van een deskundige.

5.3.4.5 De zaak Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland

De lijn van de zaken Bönisch/Oostenrijk en Brandstetter/Oostenrijk is door het EHRM voortgezet in de zaak van Sara Lind Eggertsdóttir tegen IJsland.[27] Sara Lind Eggertsdóttir is op 5 maart 1998 geboren in een ziekenhuis van de Staat. Kort na de geboorte bleek zij lichamelijk en geestelijk ernstig gehandicapt. Een klacht van haar ouders bij de *Medical Director of Iceland* over de medische behandeling werd verworpen. De ouders voerden namens klaagster een civiele procedure tegen de Staat ter verkrijging van schadevergoeding. Aan de vordering legden zij ten grondslag dat er tijdens de bevalling en direct na de geboorte door medewerkers van het ziekenhuis fouten waren gemaakt. Zij stelden onder andere dat het hersenletsel van klaagster het gevolg was van verkeerd gebruik van een

---

24 EHRM 24 mei 1989, 10486/83, *NJ* 1990, 627, m.nt. PvD (*Hauschildt/Denemarken*).

25 Zie over het onderscheid bijv. EVRM R&C, Art. 6 lid 1, par. 3.6.5, p. 6-11.

26 Zie m.b.t. deze criteria o.a. EHRM 28 juni 1984, 7819/77 en 7878/77 (*Campbell and Fell/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 26 oktober 1984, *NJ* 1988, 744, m.nt. EAA (*De Cubber/België*); EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990, 627, m.nt. PvD (*Hauschildt/Denemarken*); EHRM 22 juni 1989, 11179/84 (*Langborger/Zweden*).

27 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*).

katheter. Het gerecht in eerste aanleg, samengesteld uit een rechter, een kinderarts en een gynaecoloog, hoorde de betrokken ziekenhuismedewerkers als getuigen en won deskundigenadvies in. De vordering werd deels toegewezen.

Namens de Staat werd een rechtsmiddel aangewend bij de *Supreme Court*, onder overlegging van twee verklaringen van artsen van het ziekenhuis en een begeleidende brief van de directeur van het ziekenhuis, waarin kritiek werd geleverd op de uitspraak in eerste aanleg. Het IJslandse hof besloot ambtshalve een deskundigenadvies in te winnen bij de *State Medico-Legal Board* (SMLB), waaraan artsen waren verbonden die werkzaam waren in het ziekenhuis. Partijen zijn niet in de gelegenheid gesteld op het voornemen tot dit onderzoek te reageren. Wel werd aan hen gemeld dat het deskundigenonderzoek zou plaatsvinden. De vragen die zij naar voren brachten, werden samen met de vragen van het hof aan de SMLB voorgelegd. De SMLB, die negen leden had, liet het onderzoek volgens een interne procedure verrichten door drie van haar leden. Deze drie leden waren allen werkzaam in het betreffende ziekenhuis. Zij waren niet verbonden aan de afdelingen gynaecologie of kindergeneeskunde. Zij wonnen advies in bij een chirurg, tevens lid van de SMLB, en bij een gynaecoloog die geen lid was van de SMLB. Aan het advies van de SMLB werd niet meegewerkt door de voorzitter van de SMLB, die als *Medical Director of Iceland* eerder bemoeienis had gehad met de zaak.

De ouders van klaagster hebben in beroep herhaaldelijk bezwaar gemaakt tegen inschakeling van medewerkers van de wederpartij als deskundige. Ook hebben zij de bewijskracht van het deskundigenadvies van de SMLB betwist. Hun bezwaren werden door de nationale rechter verworpen:

> '(...) it is the role of the SMLB to provide the courts with opinions on medical matters. The situation in Iceland is such that most experts in the field of medical science are employed at the National and University Hospital. Of the SMLB's nine members four are employed at the hospital, but none of the members taking part in handling this matter is employed at the department of obstetrics and gynaecology, nor at the paediatric hospital Barnaspítali Hringsins, and none of them was involved with the treatment of the respondent's illness, or of her mother. Furthermore none of them is a member of the hospital's highest management, which has taken a stand with respect to this matter in conformity with the opinion of the doctors of the departments of obstetrics and neonatology. It has not been demonstrated that the Board's handling of the case was contrary to the SMLB Act and Regulation No. 192/1942 on the Procedure of the SMLB, or that the Board's resolution was influenced by any alien considerations. The Board's opinion and all other opinions provided in this case will have to be assessed in the light of the positions occupied by those who provide them.'[28]

28 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 24.

Op grond van het advies van de SMLB werd in beroep geoordeeld dat niet was komen vast te staan dat klaagsters hersenletsel het gevolg was van verkeerd gebruik van een katheter en dat haar toestand ook overigens niet het gevolg was van een fout van een medewerker van het ziekenhuis.

Klacht bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens
Bij het EHRM is namens klaagster aangevoerd dat aan haar geen eerlijk proces bij een onpartijdig gerecht was geboden, in het bijzonder doordat het hof zijn oordeel had gebaseerd op het deskundigenadvies van medewerkers van de wederpartij. Namens klaagster is bij het EHRM bezwaar gemaakt tegen de samenstelling en de procedurele positie en rol van de SMLB in de procedure bij de nationale rechter. IJsland heeft onder andere het verweer gevoerd dat bij de beoordeling van de klacht in aanmerking moest worden genomen dat er in IJsland relatief weinig mensen wonen en dat het daarom moeilijk was deskundigen te vinden die geen banden met het betreffende ziekenhuis hadden. Het EHRM heeft dit verweer verworpen met de overweging dat onjuist is dat de vereiste mate van onpartijdigheid van een gerecht zou kunnen variëren op grond van praktische overwegingen, waarbij vaste rechtspraak is aangehaald:

> 'The question whether a tribunal is impartial for the purposes of Article 6 § 1 must be determined solely according to the principles laid down in the Court's case-law, namely according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.'[29]

De klacht dat de nationale rechter het deskundigenadvies ten onrechte aan zijn oordeel ten grondslag had gelegd, is gegrond geacht. Volgens het EHRM is in de procedure bij de nationale rechter niet alleen de *equality of arms* geschonden, maar tevens de onpartijdigheid van de nationale rechter beschadigd.[30] Hierna ga ik eerst nader in op het zojuist weergegeven verweer van IJsland en dan op de gegrondheid van de klacht.

5.3.4.6 Invloed van de beschikbaarheid van deskundigen op de eis van onpartijdigheid

IJsland vroeg het EHRM om de beschikbaarheid van deskundigen mee te wegen bij de beoordeling van de klacht. Daar wilde het EHRM in de zaak van Sara Lind niet aan. Waarom zou de vereiste mate van onpartijdigheid niet op grond van praktische overwegingen mogen variëren? In de zaak Brandstetter/Oostenrijk heeft het EHRM zelfs uitdrukkelijk meegewogen of de reikwijdte van de eis van onpartijdigheid van een deskundige niet tot gevolg had dat de mogelijkheid van de natio-

29 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 41.
30 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 47-55.

nale rechter om een deskundigenadvies in te winnen onaanvaardbaar werd beperkt.[31] Dit aspect is eveneens meegewogen in eerdere beslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.[32] Aan de beschikbaarheid van voldoende rechters is betekenis gehecht in de zaak Steck-Risch tegen Liechtenstein, waarin werd geklaagd over partijdigheid van een rechter die tevens advocaat was.[33]

In mijn visie moet de beschikbaarheid van deskundigen in de praktijk wel degelijk kunnen worden meegewogen in de beoordeling van de onpartijdigheid van een deskundige. Deskundigen werken ook in Nederland niet zelden in een kleine wereld en kennen hun beroeps- of vakgenoten vaak in enigerlei mate. Veel deskundigen zijn in hun dagelijks werk gebaat bij het onderhouden van een netwerk van contacten. Het komt geregeld voor dat een deskundige en een partij elkaar professioneel kennen en zelfs dat zij in hun dagelijks werk elkaars concurrenten zijn. Zou dit in het kader van onpartijdigheid bij voorbaat op bezwaren stuiten, dan zou de mogelijkheid tot inschakeling van een deskundige in het gedrang kunnen komen, en uiteindelijk de toegang tot de rechter. Tegelijk bemoeilijkt dit aspect de beoordeling van klachten over partijdigheid van een deskundige. De grenzen moeten in voorkomende gevallen immers telkens met behulp van een algemene maatstaf aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval worden verkend.

Het EHRM lijkt echter in de zaak Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland niet zozeer te zijn teruggekomen van het uitgangspunt dat bij de reikwijdte van de onpartijdigheid van een deskundige in beginsel mag worden meegewogen dat de mogelijkheid van de nationale rechter om een deskundigenadvies in te winnen niet onaanvaardbaar wordt beperkt. Zoals ik hierna zal toelichten, is veeleer sprake van een nuancering: dit uitgangspunt kan niet tot gevolg hebben dat de rechter zijn oordeel baseert op een advies van een deskundige die in een afhankelijkheidsrelatie staat tot een partij of haar advocaat. In vergelijkbare zin heeft het EHRM in de zaak Steck-Risch/Liechtenstein overwogen dat een rechter partijdig is, als hij in een afhankelijkheidsrelatie tot een partij of haar advocaat staat.[34] In par. 5.4 zal blijken dat de eis dat een deskundige niet in een afhankelijkheidsrelatie staat tot een partij of haar advocaat, aansluit bij de praktijk in diverse Europese landen.

5.3.4.7 Partijdigheid van een deskundige kan de onpartijdigheid van het gerecht aantasten

Het EHRM heeft de klacht gegrond verklaard met de overweging dat in de procedure bij de nationale rechter niet alleen de *equality of arms* is geschonden, maar ook de onpartijdigheid van de nationale rechter is aangetast.[35] Een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige kan onder omstandigheden dus tot gevolg heb-

31 Zie par. 5.3.4.3.
32 ECRM 18 november 1995, 26527/95 (*Wolfgang Blum en Klaus Ignaz Jacobi/Oostenrijk*) (dec.); ECRM 29 november 1995, 21491/93 (*Beleggings- en Beheersmaatschappij Indiana B.V./Nederland*) (dec.).
33 EHRM 19 mei 2005, *NJ* 2006, 14 (*Steck-Risch e.a./Liechtenstein*).
34 EHRM 19 mei 2005, *NJ* 2006, 14, r.o. 46-47 (*Steck-Risch e.a./Liechtenstein*).
35 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 47-55.

ben dat niet langer van een onpartijdig gerecht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM kan worden gesproken. Bij de beoordeling van de klacht heeft het EHRM eerst de tussenstap gezet dat een gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige aanleiding kan geven tot schending van de *equality of arms*:

> 'It should be noted that Article 6 § 1 of the Convention guarantees a right to a fair hearing by an independent and impartial "tribunal" and does not expressly require that an expert heard by that tribunal fulfils the same requirements (see, mutatis mutandis, Mantovanelli v. France, judgment of 18 March 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II, p. 436, § 33). However, the opinion of an expert who has been appointed by the competent court to address issues arising in the case is likely to carry significant weight in that court's assessment of those issues. In its case-law the Court has recognised that the lack of neutrality on the part of a court appointed expert may in certain circumstances give rise to a breach of the principle of equality of arms inherent in the concept of fair trial (see Bönisch v. Austria, judgment of 6 May 1985 (Merits), Series A no. 92, §§ 30-35; Brandstetter v. Austria, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, p. 21, § 33). In particular, regard must be had to such factors as the expert's procedural position and role in the relevant proceedings (see Bönisch, cited above, §§ 31-35).'[36]

Het feit dat het advies was opgesteld door leden van de SMLB die verbonden waren aan het ziekenhuis, kon klaagster volgens het EHRM aanleiding geven tot vrees voor een gebrek aan neutraliteit van de SMLB. Die vrees heeft wel een zeker gewicht, maar is niet beslissend. Met verwijzing naar Brandstetter/Oostenrijk is doorslaggevend geacht '*whether the doubts raised by appearances can be held objectively justified*.' In deze beoordeling nam het EHRM de volgende omstandigheden in aanmerking. De SMLB had volgens een wettelijke regeling tot taak deskundigenadviezen in opdracht van de rechter uit te brengen en aannemelijk was dat aan het advies van de SMLB meer gewicht werd toegekend dan aan deskundigenadviezen in opdracht van een partij. Uit de overwegingen van de nationale rechter bleek ook dat hij in zijn beslissing significant gewicht had toegekend aan het advies van de SMLB. De dominante rol van de SMLB in de procedure bleek volgens het EHRM verder uit het feit dat de nationale rechter de SMLB kon inschakelen zonder overleg met partijen en dat de vragen aan de SMLB werden geformuleerd door de nationale rechter en niet door partijen, ook al is dat op zichzelf niet in strijd met het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[37] Ook was van belang dat de rechter moest beslissen over aansprakelijkheid van de Staat wegens medische fouten van hetzelfde ziekenhuis als het ziekenhuis waar de opstellers van het advies van de SMLB werkzaam waren. Het was hun taak om de handelwijze van hun collega's in het ziekenhuis te analyseren en beoordelen met het doel de rechter bij te staan bij de beslissing over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van hun werkgever. Dit zag het EHRM als een wezenlijk verschil met andere zaken waarin een deskundigenadvies werd inge-

36 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 47.
37 Zie par. 4.5.1.

wonnen bij een werknemer van een overheidsorgaan dat eerder bij de zaak was betrokken, zoals in Bönisch/Oostenrijk of Brandstetter/Oostenrijk. Hoewel de opstellers van het advies niet werkzaam waren op de afdeling gynaecologie of kindergeneeskunde, had hun leidinggevende een duidelijk standpunt tegen de uitspraak in eerste aanleg ingenomen door de brief waarmee hij twee verklaringen van artsen aan de advocaat van de Staat had gezonden. Onder deze omstandigheden achtte het EHRM de vrees van klaagster gerechtvaardigd dat de SMLB in de procedure bij de nationale rechter niet handelde met gepaste neutraliteit (*proper neutrality*). Als gevolg van dit gebrek en de positie en rol van de SMLB waren de positie van klaagster en de Staat niet gelijkwaardig en was de objectieve onpartijdigheid van de nationale rechter in het geding. De conclusie van het EHRM luidde dat aan klaagster geen eerlijk proces bij een onafhankelijk gerecht was geboden en art. 6 lid 1 EVRM was geschonden.

5.3.5 Gevolgen van een gebrek in de onpartijdigheid

In Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland is, evenals in Brandstetter/Oostenrijk, de maatstaf voor de beoordeling van een klacht over de objectieve onpartijdigheid van de rechter toegepast op de deskundige die de rechter adviseert. Onpartijdigheid van een deskundige is op zichzelf geen eis van art. 6 lid 1 EVRM en dat verklaart de analoge in plaats van de rechtstreekse toepassing van die maatstaf.[38] Onpartijdigheid van de deskundige is evenmin onderdeel van de eis van art. 6 lid 1 EVRM dat de rechter onpartijdig is. Daarom tast een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige niet zonder meer de onpartijdigheid van de rechter aan. In lijn hiermee zal, anders dan bij een gegronde klacht over partijdigheid van de rechter, een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige op zichzelf niet leiden tot het oordeel dat geen sprake is van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[39] De beoordeling van een klacht over partijdigheid van de deskundige vindt plaats in het kader van de toets of het beginsel van hoor en wederhoor in de procedure bij de nationale rechter is nageleefd, en in bredere zin of de procedure als geheel eerlijk is verlopen. Een gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige heeft dus, bezien vanuit de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, als zodanig nog geen zelfstandige gevolgen. Dit betekent dat de vaststelling dat een deskundige in een zaak niet onpartijdig is, volgens art. 6 lid 1 EVRM op zich niet tot gevolg hoeft te hebben dat de deskundige tijdens het onderzoek wordt vervangen of het voltooide deskundigenadvies niet voor het bewijs wordt gebruikt. Slechts een beoordeling van alle omstandigheden van het geval kan uitwijzen of het beginsel van hoor en wederhoor is nageleefd in de situatie waarin het advies van een deskundige voor het bewijs is gebruikt, terwijl een gebrek in zijn onpar-

38 Zie par. 5.3.2.

39 Vgl. bijv. EHRM 8 januari 2008, 82/02 (*Erdem e.a./Turkije*), r.o. 31. Anders: Bettex 2006, p. 122. Volgens hem moet uit het arrest in de zaak *Brandstetter/Oostenrijk* worden afgeleid dat art. 6 lid 1 EVRM een partij aanspraak geeft op een onpartijdige deskundige naar analogie van de eis van onpartijdigheid die voor de rechter geldt.

tijdigheid is vastgesteld. Denkbaar is wel dat het procesrecht van de nationale rechter de gevolgen van een gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige regelt. Dit is in sommige Europese landen het geval, zoals in par. 5.4 aan de orde zal komen.

Bewijswaardering
Desalniettemin ligt het naar mijn opvatting in de meeste gevallen in de rede dat een beslissing van de rechter niet kan worden gefundeerd op een deskundigenadvies dat in opdracht van de rechter is uitgebracht door een deskundige die niet onpartijdig blijkt te zijn. De uitkomst van de zaken Brandstetter/Oostenrijk en Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland in samenhang met de eerder besproken zaken Mantovanelli/Frankrijk en Eskelinen/Finland laat namelijk zien dat een deskundigenadvies in een groot aantal gevallen niet voor het bewijs mag worden gebruikt als geen gelegenheid is geboden tot herstel. Ik doel op de veel voorkomende gevallen waarin aan de deskundige geheel of ten dele dezelfde vraag is voorgelegd als de door de rechter te beoordelen vraag, de rechter niet in staat is om het geschilpunt zonder deskundige voorlichting te beoordelen, en te verwachten valt dat het deskundigenrapport van overwegende invloed op de beslissing zal zijn, bijvoorbeeld doordat de deskundige zelfstandig feitenonderzoek heeft gedaan waartoe de rechter niet in staat is en de door de deskundige opgehelderde feiten relevant zijn voor de beslissing. In deze gevallen mag een deskundigenadvies van een partijdige deskundige niet voor het bewijs worden gebruikt, tenzij gelegenheid is gebonden tot herstel. Inherent aan een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige is echter dat het zich niet leent voor herstel door middel van een deskundigenadvies van dezelfde deskundige. Daarom denk ik dat het deskundigenadvies van een niet onpartijdige deskundige in de praktijk niet in de bewijswaardering kan worden betrokken als een deskundigenadvies dat in opdracht van de rechter is uitgebracht.[40]

5.4 'Onpartijdig en naar beste weten' buiten Nederland

5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf staat centraal of andere landen regels kennen die vergelijkbaar zijn met de regel van Nederlands procesrecht dat een deskundige verplicht is om de opdracht 'onpartijdig en naar beste weten' te vervullen. Zoals ik in par. 5.5 en 5.6 uiteen zal zetten, is de betekenis van deze regel naar Nederlands procesrecht niet zo duidelijk. In de Nederlandse rechtspraak wordt de onpartijdigheid van een deskundige voornamelijk feitelijk beoordeeld. Deze beoordeling staat zelden

40 Denkbaar is dat het deskundigenadvies in de bewijswaardering wordt betrokken als een door één partij overgelegd deskundigenadvies. In deze zin: S.K. Martens (zie par. 5.4.2.1); Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 500, *JBPr* 2004, 56, m.nt. J.W. Westenberg.

expliciet in de sleutel van de Straatsburgse rechtspraak over de onpartijdigheid van deskundigen, die onderwerp was van de vorige paragraaf. In andere landen gebeurt dat wel. Vooral in landen waarin de deskundige kan worden gewraakt, is het gebruikelijk de onpartijdigheid van een deskundige te toetsen aan de maatstaven uit de rechtspraak van het EHRM. Deze toetsing werpt licht op de betekenis van die maatstaven voor de nationale rechtspraktijk. Het overzicht van de betekenis van de eis van onpartijdigheid van een deskundige in andere landen, gevoegd bij de inzichten uit de vorige paragraaf, zal dan ook in par. 5.5 de verhandeling over de eis van onpartijdigheid naar Nederlands procesrecht kleuren. Dat geldt in veel mindere mate voor de verplichting om de opdracht 'naar beste weten' te vervullen, die centraal staat in par. 5.6. Zowel in Nederland als in andere landen is de betekenis daarvan aanzienlijk minder uitgewerkt dan de betekenis van de verplichting om de opdracht onpartijdig te vervullen.

5.4.2 Landen met wrakingsregels

De deskundige die door de rechter wordt benoemd, kan in België,[41] Duitsland,[42] Frankrijk,[43] Oostenrijk,[44] Spanje,[45] Zweden[46] en Zwitserland[47] door een partij worden gewraakt op de gronden die voor wraking van een rechter gelden. De wraking van een deskundige wordt conform de uitspraak van het EHRM in de zaak Brandstetter/Oostenrijk beoordeeld met behulp van de maatstaf waarmee een klacht over de objectieve onpartijdigheid van de rechter wordt beoordeeld:[48] er is sprake van een gebrek in de vereiste onpartijdigheid als een partij stelt te vrezen dat de deskundige partijdig is, en zij aan deze stelling feiten of omstandigheden ten grondslag legt waaruit objectief bezien de indruk kan ontstaan dat de deskundige partijdig is. Daarnaast zijn er veelal regels over situaties waarin een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige zonder meer wordt aangenomen wegens een potentieel belang van de deskundige bij de uitkomst van de zaak.

5.4.2.1 België

In België komt de eis van onpartijdigheid tot uitdrukking in de mogelijkheid om de deskundige te wraken op de gronden voor wraking van een rechter. De wrakingsgronden betreffen, naast feiten die tot de gerechtvaardigde schijn van partijdigheid van de deskundige kunnen leiden, in hoofdzaak bepaalde vormen van bloed- en aanverwantschap tussen de deskundige en een partij, een dienstbetrekking tussen de deskundige en een partij en de aanwezigheid van een potentieel

41 Art. 966 GW.
42 § 406 ZPO.
43 Art. 234 CPC.
44 § 355 lid 1 ZPO.
45 Art. 343 LEC.
46 Bengt Lindell, 'Evidence in Sweden', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 425; Bengt Lindell, 'Schweden', in: Nagel/Bajons 2003, p. 554.
47 Art. 180 lid 2 Entwurf ZPO. Procesregelingen van de kantons: bijv. § 173 lid 2 ZPO Zürich, art. 173 lid 2 ZPO Wallis, art. 267 ZPO Bern.
48 Zie par. 5.3.4.4.

eigen belang van de deskundige bij de afloop van de procedure (art. 966 en 828 GW). Verder is wraking mogelijk op de grond dat de deskundige eerder in dezelfde zaak als getuige is gehoord. De Belgische cassatierechter heeft beslist dat een recht op wraking van een deskundige niet kan worden ontleend aan het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[49]

Volgens Closset-Marchal is het niet passend dat de gronden voor wraking van de rechter van toepassing zijn op de deskundige, omdat de deskundige anders dan de rechter incidenteel in een zaak wordt benoemd voor de duur van zijn opdracht, de rechter vrij is in de bewijswaardering van het deskundigenadvies en de deskundige niet dezelfde professionele autonomie heeft als de rechter. Zij meent dat het daarom aanbeveling zou verdienen de wettelijke gronden voor wraking van de deskundige te wijzigen.[50] Dalcq acht deze kritiek terecht, maar vindt wetswijziging niet nodig omdat de wrakingsgronden zelden worden toegepast: als een partij ter sprake brengt dat zich mogelijk een wrakingsgrond voordoet, pleegt een deskundige de opdracht terug te geven.[51] Partijen kunnen de wrakingsprocedure vermijden door de rechter gezamenlijk te verzoeken de deskundige te vervangen die de opdracht niet naar behoren vervult. De door partijen gekozen deskundige kan alleen worden gewraakt om redenen die zijn ontstaan of bekend geworden na de benoeming (art. 968 GW). Een deskundige die weet dat er reden is om hem te wraken, dient dat uit zichzelf te melden en geen (verdere) uitvoering te geven aan de benoeming (art. 967 GW).[52]

Afdoening en gevolgen van klachten over partijdigheid

De partij die een deskundige wil wraken, moet het verzoek daartoe indienen binnen acht dagen nadat zij kennis heeft gekregen van de redenen van wraking en voordat het rapport is ingeleverd.[53] Dit is geen termijn van openbare orde.[54] Nietnaleving van vormvoorschriften (art. 969 e.v. GW) kan tot gevolg hebben dat een wrakingsverzoek reeds daarom niet toewijsbaar is.[55] Ook dan moet echter worden beoordeeld of een wrakingsgrond in de weg staat aan het gebruik van het deskundigenadvies voor het bewijs.[56]

De gang van zaken na een wrakingsverzoek is geregeld in art. 971 GW. Aan de deskundige wordt gelegenheid gegeven op het wrakingsverzoek te reageren. Als hij het verzoek niet betwist, wordt de wraking toegestaan. Betwist hij de wraking wel, dan beslist de rechter, na partijen en de deskundige te hebben gehoord, of de wraking gegrond is. Wordt het wrakingsverzoek verworpen, dan kan de verzoeker worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de deskundige. In laatstgenoemd geval wordt de deskundige van zijn taak in de zaak ontheven. Als

---

49 Zie o.a. Hof van Cassatie 9 januari 2004, RC04192_3, RC04192_4 en RC04192_5. Zie ook Vanlersberghe 2000, p. 30.
50 Closset-Marchal 2002, p. 5-6. Hierover ook Vanlersberghe 2000, p. 30.
51 Dalcq 2002, p. 257.
52 Castermans 2004, nr. 683; Lurquin 1985, nr. 122.
53 Cloquet 1975, nr. 182; Lurquin 1985, nr. 129.
54 HvC 17 september 1993, RC939H3_1.
55 HvC 31 januari 2003, RC031V1_4.
56 Cloquet 1975, nr. 182.

een wrakingsverzoek gegrond wordt bevonden, wordt een andere deskundige benoemd. De beslissing op een wrakingsverzoek is uitvoerbaar bij voorraad.

Stelt de rechter vast dat een deskundige partijdig is, dan mag hij de wraking niet ongegrond verklaren op de grond dat de gewraakte deskundige de enige is die de rechter zou kunnen inlichten.[57]

Een voltooid deskundigenadvies mag bij de bewijswaardering niet buiten beschouwing worden gelaten op de enkele grond dat sprake is van een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige.[58] De rechter in feitelijke instantie moet de bewijskracht ervan beoordelen. Martens meent dat het deskundigenadvies dan moet worden beschouwd als een advies van een partijdeskundige.[59]

Volgens de Belgische cassatierechter kan uit de enkele omstandigheid dat een deskundige partijdig is, niet worden afgeleid dat de zaak niet eerlijk is behandeld, met name niet als partijen gelegenheid hebben gehad bij de rechter een standpunt in te nemen over de (on)partijdigheid van de deskundige en de rechter op eventuele verweren in de uitspraak is ingegaan.[60] Doorslaggevend is of op het tijdstip van de eindbeslissing in feitelijke instantie de eisen van een eerlijk proces in acht zijn genomen.[61] Het gaat er dus om of de zaak als geheel eerlijk is behandeld.[62]

Naar beste weten

De deskundige is verplicht om de opdracht 'in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk' te vervullen (art. 985 GW). Bij de ondertekening van het deskundigenadvies moet hij verklaren dat hij dat heeft gedaan. Het deskundigenadvies moet niet alleen informatie bevatten over de feiten die in geschil zijn, maar ook informatie met betrekking tot technische of wetenschappelijke kennis die eventueel nodig is voor de beoordeling van de feiten door de rechter.[63] Het is aan de deskundige om te bepalen welke (technische) onderzoeksverrichtingen hij nodig acht voor de uitvoering van de opdracht[64] en welke methode hij toepast.[65] Hij behoort de grenzen van de opdracht niet te overschrijden.[66] Zoals in par. 4.3.5.1 is vermeld, heeft de rechter sinds 2007 wettelijk een actieve(re) rol in het deskundigenonderzoek. De deskundige kan de rechter eenvoudig benaderen als er problemen rijzen en een beslissing nodig is.[67]

De deskundige moet de opdracht persoonlijk vervullen. Hij mag zich door medewerkers of specialisten laten bijstaan, die onder zijn toezicht en volgens zijn richtlijnen werken. Hij blijft echter zelf verantwoordelijk voor de verwerking van

57 HvC 17 september 1993, RC939H3_1 en RC939H3_2.
58 HvC 21 november 1989, RC89BL8_1. Cloquet 1975, nr. 182.
59 S.K. Martens, dissenting opinion onder 3.3 bij EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1992, 73 (*Borgers/België*). In gelijke zin Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 500, *JBPr* 2004, 56, m.nt. J.W. Westenberg. Zie par. 5.5.3.
60 HvC 15 maart 1985, RC853F3_2 en RC853F3_3, RW 1985(86) p. 1008-1010.
61 HvC 9 januari 2004, RC04192_2.
62 Zie par. 5.3.2.
63 Lurquin 1985, nr. 149.
64 Hofströssler 2006, p. 125.
65 Cloquet 1975, nr. 314.
66 Lysens & Naudts 2005, p. 64.
67 Taelman 2006, p. 182-183.

resultaten van het onderzoek van derden in het deskundigenadvies.[68] De inschakeling van derden moet zijn voorzien in de uitspraak van de rechter of geschieden met toestemming van partijen. Aan zijn werkzaamheden ondergeschikte diensten, zoals secretariële ondersteuning, mag hij zonder overleg met partijen door derden laten verrichten. Partijen moeten zich, vooral in verband met de kosten van het deskundigenadvies, tijdig een beeld kunnen vormen van de noodzaak of wenselijkheid van bepaalde onderzoekshandelingen. Als partijen en de deskundige het niet eens zijn, beslist de rechter (art. 973 lid 2 GW).

De deskundige die in gebreke blijft de opdracht uit te voeren, het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek miskent, niet reageert op brieven van partijen. of het deskundigenonderzoek anderszins niet volgens de regels van het Gerechtelijk Wetboek verricht, kan worden vervangen.[69]

Aansprakelijkheid

Niet naleving van de verplichting om de opdracht onpartijdig, in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk te vervullen, kan leiden tot aansprakelijkheid van de deskundige uit onrechtmatige daad, bijvoorbeeld als hij feiten op zijn vakgebied verkeerd vaststelt of beoordeelt, methodologische fouten op zijn vakgebied maakt, of regels op zijn vakgebied miskent. De aansprakelijkheid wordt beoordeeld naar hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden betaamt.[70] Een vergissing is onvoldoende voor aansprakelijkheid, evenals het enkele feit dat onder vakgenoten verschil van inzicht mogelijk is.[71] Net als in Nederland kan de aansprakelijkheid van een deskundige niet worden vastgesteld in de procedure waarin de deskundige is benoemd. Dat kan slechts in een afzonderlijke procedure tegen de deskundige.[72]

5.4.2.2 Duitsland

In Duitsland moet de deskundige het deskundigenadvies *unparteiisch* tot stand brengen (§ 410 ZPO). Evenals in België is deze eis ook in Duitsland verankerd in het recht van partijen om de deskundige te wraken op de gronden voor wraking van de rechter. Daarvoor worden in de literatuur verschillende verklaringen gegeven. Hartmann en Müller zijn van mening dat de invloed van een deskundige op de rechterlijke beslissing meebrengt dat een deskundige moet kunnen worden gewraakt op dezelfde gronden als de rechter. Die invloed is feitelijk vaak vergelijkbaar met de invloed van de rechter, ook al is de deskundige een hulppersoon van de rechter en neemt hij niet de beslissing. Wraking beschermt een partij tegen te grote macht van een deskundige.[73] Ulrich meent dat het gezien de geringe

68 Castermans 2006, nr. 686; Cloquet 1975, nr. 336-344; Lurquin 1973, p. 56; Lurquin 1985. nr. 152-153; Lysens & Naudts 2005, nr. 118 en 135; Vanlersberghe 2000, nr. 51; Verbeke 2000, nr. 28.
69 Castermans 2006, nr. 684.
70 Beerens & Cornelis 2000, nr. 28; Delvaux 2002, p. 244-245; Cloquet 1975, nr. 589; Lurquin 1985, nr. 263.
71 Delvaux 2002, p. 247; Lurquin 1973, p. 146.
72 Lurquin 1973, p. 145.
73 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 2 en 5; Müller 1988, nr 218.

invloed van partijen op de keuze van de persoon van de deskundige van belang is dat zij de deskundige kunnen wraken.[74] Volgens Pieper en Olzen zijn de wrakingsgronden van de rechter van toepassing op de deskundige omdat de deskundige een deel van de taak van de rechter vervult.[75]

De gronden voor wraking (§ 406, § 42 en § 41 ZPO) betreffen situaties waarin de deskundige een potentieel eigen belang heeft bij de uitkomst van de zaak, bijvoorbeeld in zaken waarin hij, zijn (voormalige) gehuwde partner of een familielid partij is of waarin hij als arbiter is opgetreden, en de situatie waarin bij een partij de gerechtvaardigde schijn bestaat dat een deskundige partijdig is (*Besorgnis der Befangenheit*). Volgens vaste rechtspraak van de Duitse cassatierechter is de wraking van een deskundige gegrond, als zich objectieve feiten of omstandigheden voordoen die bij een verstandig denkende procespartij twijfel kunnen wekken aan de onpartijdigheid van de deskundige.[76] Dit strookt met de rechtspraak van het EHRM. Zoals toegelicht in par. 5.3.4.4, wordt daarin immers de maatstaf voor de beoordeling van de objectieve onpartijdigheid van de rechter toegepast op de onpartijdigheid van de deskundige.

Alleen de natuurlijke persoon die als deskundige is benoemd, kan worden gewraakt.[77] Het komt wel voor dat een rechtspersoon wordt benoemd. Dan moet met het oog op een eventueel wrakingsverzoek aan een partij kenbaar worden gemaakt welke natuurlijke persoon het onderzoek zal verrichten.[78] Een deskundige kan, anders dan in België, niet worden gewraakt op de grond dat hij in de zaak als getuige is gehoord (§ 406 lid 1 ZPO).[79]

Een deskundige die bij de benoeming weet dat zich een wrakingsgrond voordoet en daarvan geen melding maakt, heeft geen aanspraak op betaling als het deskundigenadvies niet voor het bewijs kan worden gebruikt.[80]

Casuïstiek

Een deskundige mist de vereiste onpartijdigheid niet reeds op de grond dat hij in een octrooizaak als deskundige optreedt en zelf als uitvinder te boek staat van een beschermd recht van een concurrent van de octrooigerechtigde:

---

74 Ulrich 2007, nr. 192.

75 Olzen 1980, p. 72; Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 38.

76 Bijv. BGH 4 december 2001, X ZR 199/00; BGH 26 juli 2005, X ZR 108/04; BGH 24 juli 2007, X ZR 1/06; BGH 4 oktober 2007, X ZR 156/06. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 5.

77 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 1; Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 1.

78 In § 404 ZPO is benoeming van een rechtspersoon niet uitgesloten. Toelaatbaar is het volgens Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402 nr. 10. In gelijke zin: BverWG 6 december 1968, *NJW* 1969, 1591; BGH 3 maart 1998, *NJW* 1998, p. 3355, in een zaak waarin er een wettelijke grondslag was voor het optreden van een rechtspersoon als deskundige. Anders: OLG München 22 september 1968, *NJW* 1968, 202; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 13 nr. 25-26. De toelaatbaarheid werd in het midden gelaten in BGH 15 juli 2003, VI ZR 361/02.

79 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 5 en 20; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 20 nr. 11.

80 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 20 nr. 29; Ulrich 2007, nr. 202 en 264.

> 'Bei diesen Umständen erscheint auch aus der Sicht einer vernünftigen Partei die Annahme nicht gerechtfertigt, daß der Sachverständige möglicherweise den Beteiligten des Rechtsstreits nicht völlig unparteilich gegenübersteht. Gerade bei Streitigkeiten auf dem Gebiet des Patentwesens liegt es nahe, daß ein geeigneter, mit der Materie vertrauter Sachverständiger selbst auf dem Gebiet, für das er als Gutachter herangezogen wird, forschend und entwickelnd tätig wird und daß daraus auch Kontakte zu Wettbewerbern der Parteien und Schutzrechtsanmeldungen entstehen können. Ein die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigender Gesichtspunkt kann aber noch nicht ohne weiteres darin gesehen werden, daß der Sachverständige für Schutzrechte eines Konkurrenten des Patentinhabers auf dem einschlägigen Gebiet als Erfinder benannt ist.'[81]

Dit is een voorbeeld van een zaak waarin het belang van de beschikbaarheid van voldoende deskundigen wordt afgewogen tegen het belang dat de deskundige voldoende vrijstaat ten opzichte van partijen.[82] Zoals uiteengezet in par. 5.3.4.6, past deze belangenafweging in de rechtspraak van het EHRM over de onpartijdigheid van de deskundige.

De schijn van partijdigheid wordt meestal aangenomen als een deskundige één van partijen in de zaak heeft geadviseerd[83] of een partij beledigend of niet zakelijk bejegent.[84] Een wraking kan gegrond zijn als een deskundige tijdens het deskundigenonderzoek met één van partijen contact heeft buiten medeweten van de wederpartij, tenzij het een medisch onderzoek betreft,[85] of als een deskundige de grenzen van de opdracht overschrijdt.[86] Het enkele feit dat een deskundige zich in een vaktijdschrift heeft uitgelaten over een kwestie die ook relevant is in de zaak waarin hij als deskundige is benoemd, is onvoldoende voor een gegronde wraking.[87] Als een deskundige onvoldoende kennis of ervaring heeft om in een zaak te adviseren of het deskundigenadvies fouten bevat, is niet de onpartijdigheid in het geding, maar de bewijskracht van het deskundigenadvies.[88]

Afdoening en gevolgen van klachten over partijdigheid

Een wrakingsverzoek kan worden ingediend binnen twee weken na de (betekening van de) benoemingsuitspraak. Daarna is wraking slechts geoorloofd als een partij aannemelijk maakt dat de wrakingsgrond niet eerder kon worden aangevoerd (§ 406 lid 2 ZPO). Termijnoverschrijding leidt tot ongegrondverklaring van het wrakingsverzoek. Voert een partij na ongegrondverklaring van een wrakingsverzoek tijdens de verdere behandeling van de zaak opnieuw aan dat de deskundige niet

81 BGH 4 december 2001, X ZR 199/00. Vgl. o.a. BGH 18 september 2007, X ZR 81/06; BGH 23 oktober 2007, X ZR 100/05.
82 Evenals in de zaak Brandstetter/Oostenrijk (zie par. 5.3.4.3).
83 Leupertz & Hettler 2007, nr. 227; Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 7; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 20 nr. 16; Ulrich 2007, nr. 203.
84 Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 9 en 11; Ulrich 2007, nr. 220.
85 Leupertz & Hettler 2007, nr. 229; Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 6; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 20 nr. 20; Ulrich 2007, nr. 218.
86 Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 9; Ulrich 2007, nr. 222 en 224.
87 Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 11; Ulrich 2007, nr. 230.
88 Leupertz & Hettler 2007, nr. 224; Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 11; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2082, (Bayerlein) § 20 nr.11; Ulrich nr. 235.

onpartijdig is, dan moet de rechter daarover oordelen bij de bewijswaardering van het deskundigenadvies, evenals wanneer een partij een deskundige niet heeft gewraakt, maar na het deskundigenadvies aanvoert dat een deskundige partijdig is.[89]

De partij die een wrakingsverzoek indient, moet aannemelijk maken dat zich een wrakingsgrond voordoet, tenzij dat niet in geschil of van algemene bekendheid is.[90] De rechter moet de wederpartij op grond van het beginsel van hoor en wederhoor gelegenheid geven op het wrakingsverzoek te reageren. Hij is niet verplicht de deskundige te horen, maar dat is vaak wel nodig om de feiten te beoordelen die aan het wrakingsverzoek ten grondslag zijn gelegd.[91] Op een wrakingsverzoek volgt een incidentele beslissing. De rechter mag de beslissing op het wrakingsverzoek niet uitstellen tot de beslissing in de hoofdzaak.[92] Wordt de wraking gegrond bevonden voordat het advies is uitgebracht, dan pleegt de deskundige te worden vervangen. Tegen de beslissing dat een wrakingsverzoek gegrond is, staat geen rechtsmiddel open.[93] Tegen de beslissing dat een wrakingsverzoek niet ontvankelijk of ongegrond is, is direct een hogere voorziening toegelaten, maar het rechtsmiddel heeft geen schorsende werking.[94]

Als de wraking gegrond wordt bevonden nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, mag het advies in de verdere behandeling van de zaak niet worden gebruikt.[95] Is nog steeds een deskundigenadvies nodig, dan moet een andere deskundige worden benoemd. De gewraakte deskundige kan nog wel als deskundige getuige worden gehoord.[96]

Naar beste weten

De deskundige is verplicht het deskundigenadvies tot stand te brengen als hij aan de rechter heeft laten weten dat hij bereid is de benoeming te aanvaarden (§ 407 lid 2 ZPO) of als hij wettelijk verplicht is het deskundigenadvies uit te brengen (§ 407 lid 1 ZPO).[97] De deskundige moet zijn taak dan *nach bestem Wissen und Gewissen* vervullen (§ 410 ZPO). Volgens Weidhaas wordt hiermee bedoeld dat de deskundige met inzet van zijn kennis en ervaring en met gebruik van eventueel

89 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 25; Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 18; Ulrich 2007, nr. 272. BGH 21 maart 1981, *NJW* 1981, 2009 (volgens eiser tot cassatie had de medisch deskundige hem ontvangen met de woorden: 'Sie sind ein Säufer, Sie können mir nichts vormachen').

90 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 27; Ulrich 2007, nr. 253.

91 Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 17; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 20 nr. 35; Ulrich 2007, nr. 254.

92 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 29-30.

93 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 32; Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 21; Ulrich 2007, nr. 256.

94 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 33; Musielak/Huber 2007, § 406 nr. 22; Ulrich 2007, nr. 256.

95 Uitzondering: BGH 26 april 2007, VII ZB 18/06 (nadat de deskundige meerdere rapporten had uitgebracht en mondeling ter zitting was gehoord, werd hij door één van partijen ten onrechte (zie noot 114 in dit hoofdstuk) als derde in de rechtsstrijd betrokken, waarin hij vervolgens een standpunt ten gunste van één partij innam).

96 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 406 nr. 30; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 20 nr. 41-43; Ulrich 2007, nr. 261.

97 Zie par. 3.2.4.

benodigde technische hulpmiddelen zijn advies behoort te geven, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen de vaststelling van feiten, de waardering van zaken of prestaties, en de opheldering van oorzaken. Bij de keuze van methoden op zijn vakgebied dient de deskundige in aanmerking te nemen wat de rechter blijkens de opdracht van de deskundige te weten wil komen.[98] Het deskundigenadvies moet alle gegevens bevatten die nodig zijn om de bevindingen, gedachtegang en conclusies van de deskundige te kunnen volgen en controleren.[99] Ulrich rekent tot de basale verplichtingen van de deskundige dat hij beschikt over actuele vakkennis en slechts gebruik maakt van kennis en methoden die op zijn vakgebied algemeen en onbetwist als juist en betrouwbaar zijn erkend. Een deskundige die een keuze maakt uit wetenschappelijke opvattingen op zijn vakgebied in een situatie waarin een andere keuze tot een ander resultaat zou leiden, behoort daarvan melding te maken.[100] Ulrich meent dat een deskundige in het deskundigenadvies slechts die feiten mag gebruiken, die hem in samenhang met de opdracht zijn voorgelegd. Binnen dit kader is het aan de deskundige om te bepalen welke feiten hij op zijn vakgebied relevant acht voor het deskundigenadvies. Is hem verzocht feiten op zijn vakgebied op te helderen, dan dient hij dit te doen in het kader van de feitelijke aanknopingspunten die de rechter hem heeft verschaft.[101] Schlund noemt als plichten van de medisch deskundige onder andere objectiviteit, neutraliteit, exacte beantwoording van de vragen van de rechter,[102] gebruik van actuele vakkennis met kennis van het dossier, collegiaal gedrag bij medische aansprakelijkheidszaken, persoonlijke vervulling van de opdracht, adviseren binnen de grenzen van het eigen vakgebied en als deskundige kunnen omgaan met het medisch beroepsgeheim.[103] Een deskundige behoort de grenzen van zijn vakgebied in het deskundigenadvies niet te overschrijden (art. 407a lid 1 ZPO).[104] In cassatie kan niet met vrucht voor het eerst worden geklaagd over ondeskundigheid van de deskundige.[105]

De deskundige moet de opdracht persoonlijk vervullen. Hij mag de opdracht niet aan een ander overdragen. Laat hij zich bijstaan door anderen, dan moet hij hun identiteit bekend maken en de omvang van hun werkzaamheden vermelden, tenzij het om hulpwerkzaamheden van ondergeschikte betekenis gaat (§ 407a lid 2 ZPO). In welke mate de deskundige werkzaamheden aan anderen mag overlaten, hangt af van de omstandigheden van het geval, en niet zonder meer van de

98 Jutta Weidhaas, 'Die Pflichten des Sachverständigen und seine zivilrechtliche Verantwortung' in: Wellmann/Hüttemann, Walterscheidt & Weidhaas 2004, nr. 27-31.

99 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Mayr) § 28 nr. 25-26; Schlund 2005, nr. 78; Jutta Weidhaas, 'Die Pflichten des Sachverständigen und seine zivilrechtliche Verantwortung' in: Wellmann/Hüttemann, Walterscheidt & Weidhaas 2004, nr. 39.

100 Ulrich 2007, nr. 355.

101 Ulrich 2007, nr. 356-357.

102 Zie bijv. BGH 21 maart 1981, *NJW* 1981, 2009: als de deskundige bij de beantwoording van de vragen uitgaat van een ander feitencomplex dan de rechter in de vraagstelling, is het deskundigenadvies zonder herstel van dit verzuim niet bruikbaar voor het bewijs.

103 Schlund 2005, nr. 51-73.

104 Schlund 2005, nr. 67; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Mayr) § 28 nr. 17; Ulrich 2007, nr. 336.

105 BGH 15 januari 2004, I ZR 196/01.

vraag of het essentiële of ondergeschikte werkzaamheden betreft. De grens van het toelaatbare wordt overschreden als de deskundige onvoldoende intellectuele bemoeienis heeft met de totstandkoming en inhoud van het deskundigenadvies.[106] Het deskundigenadvies is niet bruikbaar voor het bewijs wanneer de opdracht niet persoonlijk door de deskundige is vervuld, tenzij als deskundige (alsnog) de persoon wordt benoemd die de opdracht daadwerkelijk heeft uitgevoerd.[107]

Aansprakelijkheid

Sinds 1 augustus 2002[108] is een door de rechter benoemde deskundige wettelijk slechts aansprakelijk voor schade van een partij door een uitspraak van de rechter die is gebaseerd op een deskundigenadvies waarin de deskundige met opzet of grove schuld fouten heeft gemaakt, tenzij de partij heeft nagelaten de schade te beperken door het gebruik van een rechtsmiddel (§ 839a BGB).[109] Het gaat om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.[110] Van een fout is sprake als het deskundigenadvies niet *unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen* tot stand is gebracht, bijvoorbeeld als is uitgegaan van een kenbaar onjuist feitencomplex, als uit de relevante feiten onverdedigbare, foute conclusies zijn getrokken, of als niet de techniek, wetenschap of ervaring in het advies is betrokken naar de stand die volgens de opdracht geboden was.[111]

Uit de regel dat de door de rechter benoemde deskundige aansprakelijk is in geval van opzet of grove schuld, volgt dat hij niet aansprakelijk is voor schade als gevolg van fouten zonder opzet of grove schuld. Zou dit laatste anders worden geregeld, dan wordt volgens de toelichting op het wetsvoorstel de deskundige de innerlijke vrijheid ontnomen die hij nodig heeft om onafhankelijk en zonder druk van het verhaalsrisico zijn werk te doen, waarbij in aanmerking is genomen dat de deskundige veelal verplicht is de benoeming te aanvaarden.[112] De Duitse cassatierechter heeft beslist dat een verzoek tot het gelasten van een *selbständiges Beweisverfahren* (min of meer vergelijkbaar met een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht) over de vraag of een deskundige met grove schuld een fout heeft gemaakt, bij gebrek aan belang niet kan worden toegewezen zolang in de zaak waarin de deskundige heeft geadviseerd nog een rechtsmiddel kan worden aangewend waarmee de gestelde fout kan worden gecorrigeerd (§ 485 lid 2 ZPO).[113] Evenmin kan een partij tijdens de bodemprocedure waarin

106 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a nr. 4-9; Leupertz & Hettler 2007, nr. 127; Musielak/Huber 2007, § 407a nr. 3; Ulrich 2007, nr. 337-343.
107 Schikora 2002, p. 1033.
108 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 14/7752, Bundestagsdrucksache 14/8780, p. 24.
109 Onder rechtsmiddel wordt niet slechts een hogere voorziening begrepen, maar bijv. ook de mogelijkheid om een mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies te verlangen (BGH 5 juli 2007, III ZR 240/06). Over de mondelinge toelichting: par. 7.2.2.1.
110 Musielak/Huber 2007, § 402 nr. 9; Nieberding 2002, p. 177; Ulrich 2007, nr. 745-752; Bernd Walterscheidt, 'Die Haftung des Sachverständigen', in: Wellmann/Hüttemann, Walterscheidt & Weidhaas 2004, nr. 356-357.
111 Ulrich 2007, nr. 754.
112 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 14/7752, blz. 28. Over de aanvaarding: par. 3.2.4.
113 BGH 28 juli 2006, III ZB 14/06.

de deskundige is benoemd, de deskundige als derde in de rechtsstrijd betrekken (§ 72 ZPO), omdat dit aanleiding kan geven tot een gegronde wraking en een partij een deskundige zo naar believen uit de procedure zou kunnen weren.[114] Deze uitspraken doen denken aan de uitspraak van het hof Den Haag waarin werd overwogen dat een partij die een klacht tegen de door het hof benoemde deskundige wenst in te dienen, het hof daarover moet inlichten. Het hof wil dan beoordelen of de partij handelt in strijd met haar verplichting om aan het deskundigenonderzoek mee te werken.[115]

5.4.2.3 Frankrijk

In Frankrijk kwam de eis van onpartijdigheid al tot uitdrukking in de *Code Louis* van 1667. Het was deskundigen niet toegestaan van partijen geschenken aan te nemen voor zichzelf of voor hun huishouden. Evenmin mochten zij dulden dat partijen hen vrijhielden, of hun kosten direct of indirect betaalden. De deskundige die in strijd met deze regels handelde, pleegde een strafbaar feit en kon een boete krijgen (art. 15 titel XXI *Code Louis*).[116]

Tegenwoordig wordt in Frankrijk van de deskundige verlangd dat hij zijn taak met *conscience, objectivité et impartialité* vervult (art. 237 CPC). Ook in Frankrijk kan de naleving van de onpartijdigheidseis door wraking worden afgedwongen. De wrakingsgronden betreffen in hoofdzaak een eigen belang van de deskundige bij de uitkomst van het geschil, banden tussen de deskundige of zijn partner en een partij, of eerdere betrokkenheid van de deskundige bij de zaak, bijvoorbeeld als partijdeskundige of arbiter (art. 234 en art. 341 CPC). Als geen wettelijke wrakingsgrond van toepassing is, kan een wraking toch gegrond zijn in verband met de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[117] Een deskundige die weet dat er reden is om hem te wraken, moet dat uit zichzelf melden (art. 234 CPC). De *Fédération Nationale des Compagnies d'Experts Judiciaires* heeft in een gedragscode onder andere gevallen beschreven waarin een deskundige de opdracht in verband met de eis van onpartijdigheid niet behoort te aanvaarden, bijvoorbeeld als hij eerder in dezelfde zaak door een partij is geraadpleegd, of als hem wordt gevraagd als partijdeskundige of arbiter op te treden in een zaak waarin hij een deskundigenadvies in opdracht van de rechter heeft uitgebracht.[118]

Wordt een rechtspersoon als deskundige benoemd, dan moet deze aan de rechter laten weten wie het onderzoek zal uitvoeren en dient de rechter daaraan zijn goedkeuring te geven (art. 233 CPC). De wraking van een deskundige kan bij benoeming van een rechtspersoon zowel de rechtspersoon betreffen als de persoon

114 BGH 27 juli 2006, VII ZB 16/06, *NJW* 2006, 3214. In gelijke zin: BGH 19 december 2006, VIII ZB 49/06; BGH 26 april 2007, VII ZB 18/06.
115 Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4433, r.o. 22. Zie par. 6.4.1.4.
116 Code Louis 1667, p. 33 en 249.
117 Boulez 2004, p. 98; Cadiet & Jeuland 2006, nr. 609; Couchez 2006, p. 357; Rousseau & De Fontbressin 2007, p. 191. CdC 5 december 2002, 01-00224.
118 Rousseau & De Fontbressin 2007, p. 171-172 en 177.

of personen die met instemming van de rechter het deskundigenonderzoek verrichten (art. 234 CPC).

Casuïstiek
In een geval waarin een partij een deskundige had mishandeld tijdens een bijeenkomst in het kader van het deskundigenonderzoek en de partij daarvoor strafrechtelijk werd veroordeeld, werd het deskundigenonderzoek voortgezet door de deskundige. De deskundige werd vervolgens gewraakt. In cassatie werd geoordeeld dat een wraking gegrond is als tussen een deskundige en een partij een procedure aanhangig is, ongeacht of de procedure is begonnen voor of na de aanvang van het deskundigenonderzoek en ongeacht of de procedure een relatie heeft met het deskundigenonderzoek.[119] Dat een deskundige niet in een afhankelijkheidsrelatie tot een partij mag staan, is beslist in zaken waarin een deurwaarder ten laste van een partij auteursrechtelijk beslag op gepretendeerde vervalsingen had gelegd met bijstand van een deskundige die in dienst was van de beslagleggende wederpartij.[120]

Afdoening en gevolgen van klachten over partijdigheid
De partij die een deskundige wil wraken, moet het wrakingsverzoek doen voordat het deskundigenonderzoek begint of zodra zij bekend is met de feiten die zij aan het verzoek ten grondslag legt (art. 234 CPC). Volgens Boulez heeft de deskundige er op grond van het beginsel van hoor en wederhoor aanspraak op dat hij wordt gehoord.[121] Dit is echter niet wettelijk geregeld. Als een wraking gegrond wordt bevonden, wordt een andere deskundige benoemd.[122] De ongegrondverklaring van een wraking is een eindbeslissing in een incident. Hiertegen kan weliswaar direct worden opgekomen, maar het rechtsmiddel heeft geen schorsende werking.[123] Tegen de gegrondverklaring van een wraking staat voor een deskundige geen rechtsmiddel open, omdat hij geen procespartij is, maar een hulppersoon van de rechter.[124]

Naar beste weten
Ook hier is van belang dat de deskundige zijn werkzaamheden met *conscience, objectivité et impartialité* moet verrichten (art. 237 CPC). Hij moet daarbij de grenzen van de opdracht in acht nemen (art. 238 CPC).[125] Als het rapport voltooid is, mag de deskundige geen verder onderzoek meer verrichten en geen bijeenkomst met partijen meer organiseren.[126]

---

119 CdC 13 oktober 2005, 04-10834.
120 CdC 6 juli 2000, 97-21404; 97-22430; 97-22392, 97-22141; CdC 28 april 2004, 02-20330.
121 Boulez 2004, p. 99. In gelijke zin: Zavaro 2006, p. 60; Zavaro 2007, nr. 73.
122 Couchez 2006, p. 356; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1283.
123 CdC 23 juni 2005, 03-16627. Boulez 2004, p. 100.
124 Couchez 2006, p. 357; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1283; Rousseau & De Fontbressin 2007, p. 197. CdC 24 juni 2004, 02-10817; CdC 24 juni 2004, 02-10200.
125 Bijv. CdC 5 maart 2003, 00-21931. In het *Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel* van de *Association Française de l'Assurance* wordt erop gewezen dat het ontbreekt aan een '*texte législatif ou réglementaire organisant la méthodologie et la procédure d'expertise médicale*' (*Livre Blanc* 2008, p. 6).
126 CdC 11 februari 2004, 02-16140.

De deskundige is verplicht de opdracht persoonlijk te vervullen (art. 233 CPC), ook al mag hij zich op onderdelen wel door anderen laten bijstaan.[127] In een grensgeschil tussen twee grondeigenaren liet een deskundige metingen verrichten door twee medewerkers zonder daarbij aanwezig te zijn. De metingen waren een substantieel onderdeel van het deskundigenonderzoek. Door deze zonder zijn leiding, controle en toezicht door anderen te laten verrichten, handelde de deskundige in strijd met de verplichting om de opdracht persoonlijk te vervullen.[128] Ook een deskundige die door een laboratorium gecompliceerde analyses met een hoog technisch gehalte liet uitvoeren zonder daarop zelf toezicht te houden, aan het laboratorium de interpretatie van de resultaten overliet en het rapport van het laboratorium in zijn rapport overnam, handelde in strijd met de verplichting de opdracht persoonlijk te vervullen.[129] Als een partij gemotiveerd in twijfel trekt dat een deskundige de opdracht persoonlijk heeft vervuld, mag de rechter daar niet ongemotiveerd aan voorbij gaan.[130] Een deskundige mag zich ook laten bijstaan door een andere deskundige (*sapiteur)*, maar alleen als laatstgenoemde deskundig is op een ander deskundigheidsgebied.[131] Wordt een rechtspersoon als deskundige benoemd, dan dient deze het onderzoek met instemming van de rechter te laten verrichten door een met name genoemde natuurlijk persoon (art. 233 CPC).

De deskundige die zijn verplichtingen niet nakomt, kan, na te zijn gehoord, op verzoek van partijen en ambtshalve worden vervangen (art. 235 CPC).

Aansprakelijkheid

De deskundige die de opdracht niet met *conscience, objectivité et impartialité* verricht, kan uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van fouten.[132] Van een fout in de uitvoering van de opdracht is sprake als de deskundige niet heeft gehandeld als een verstandig en zorgvuldig deskundige (*un technicien avisé et consciencieux*).[133] Fouten van een deskundige kunnen niet leiden tot aansprakelijkheid van de Staat.[134] Fouten of misdragingen van een deskundige kunnen overigens ook aanleiding geven hem te schrappen van de lijst van deskundigen of een verzoek tot herinschrijving te weigeren.[135]

5.4.2.4 Oostenrijk

In Oostenrijk wordt van de deskundige verlangd dat hij de opdracht onpartijdig vervult, ook al is die eis niet met zoveel woorden opgenomen in de wettelijke bepalingen over deskundigenbewijs (§ 351-367 ZPO). Wel is daarin opgenomen

127 Bijv. CdC 27 april 2000, 98-13361; CdC 7 mei 2002, 99-20676. Zie Cadiet & Jeuland 2006, nr. 608; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1306; Rousseau & De Fontbressin 2007, p. 219 e.v.
128 CdC 10 juni 2004, 02-15129.
129 CdC 10 april 1996, 95-10707.
130 CdC 8 april 1999, 96-21897.
131 CdC 19 februari 1997, 95-14163. Leclerc 2005, nr. 279-282.
132 Bijv. CdC 8 juli 1998, 96-22299. Boulez 2004, p. 68-69.
133 Boulez 2004, p. 69-70.
134 CdC 19 maart 2002, 00-11907. Héron & Le Bars 2006, nr. 1088.
135 Art. 5 Wet van 29 juni 1971, nr. 71-498. Zie bijv. CdC 12 maart 2002, 99-15377; CdC 21 september 2006, 06-10852. Boulez 2004, p. 65-66 Zie over de lijsten van deskundigen par. 4.3.10.2.

dat een deskundige op dezelfde gronden kan worden gewraakt als de rechter (§ 355 lid 1 ZPO). Zowel Bajons als Deixler-Hübner & Klicka menen dat een deskundige onpartijdig dient te zijn op de grond dat hij een hulppersoon van de rechter is en vermelden dat hij daarom op dezelfde gronden als de rechter kan worden gewraakt.[136] Rüffler en Rechberger verklaren de toepasselijkheid van de wrakingsgronden van de rechter uit de omstandigheid dat van de deskundige dezelfde objectiviteit en onpartijdigheid wordt verlangd als van de rechter.[137]

De wrakingsgronden betreffen in Oostenrijk de situatie waarin een deskundige een potentieel eigen belang heeft bij de zaak, bijvoorbeeld doordat hijzelf, zijn partner of een familielid partij is in de zaak, en de situatie waarin sprake is van *Besorgnis der Befangenheit*, oftewel gerechtvaardigde twijfel aan zijn onpartijdigheid (§ 355 ZPO en § 19 JN). De Oostenrijkse cassatierechter formuleert de maatstaf dat de deskundige objectief onpartijdig moet zijn als volgt:

> 'Befangen ist ein Sachverständiger dann, wenn er nicht mit der vollen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit an eine Sache herantritt und somit eine Beeinträchtigung der unparteilichen Beurteilung durch sachfremde psychologische Motive zu befürchten ist. Wenn naturgemäß auch nur der jeweilige Sachverständige selbst den unmittelbaren Zugang zur Erkenntnis eines solchen inneren Zustandes besitzt, ist es nicht allein maßgeblich, ob sich der Sachverständige selbst subjektiv befangen fühlt oder nicht. Vielmehr genügt grundsätzlich schon der äußere Anschein einer Befangenheit, soweit hiefür zureichende Anhaltspunkte gegeben sind, denen die Eignung zukommt, aus objektiver Sicht, das heißt bei einem verständig wertenden objektiven Beurteiler, die volle Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen.'[138]

Benoeming van een rechtspersoon als deskundige is niet uitgesloten,[139] in welk geval een wrakingsverzoek betrekking kan hebben op de benoemde rechtspersoon, of op de natuurlijke persoon die het onderzoek verricht en verslaat.

Een deskundige kan, evenals in Duitsland, maar anders dan in België, niet worden gewraakt op de grond dat hij in de zaak als getuige is gehoord (§ 355 lid 1 ZPO). Hieraan ligt volgens Bajons de gedachte ten grondslag dat eigen waarneming in het algemeen de beantwoording van de vragen door de deskundige bevordert in plaats van het blikveld beperkt. Degene die als getuige een verklaring aflegt omdat hij betrokken is geweest bij een bepaalde gebeurtenis waarover de zaak gaat, bijvoorbeeld een aanrijding, kan volgens haar echter niet als deskundige in die zaak optreden.[140]

---

136 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 468; Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 149.
137 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 355, 356 ZPO, nr. 1; Rüffler 1995, p. 108.
138 OGH 17 december 1996, 14 Os 174/96; OGH 21 augustus 2003, 15 Os 19/03. In 1972 oordeelde het OGH in een strafzaak nog dat wraking van een deskundige niet mogelijk was, omdat de wet er niet in voorzag (OGH 26 juli 1972, 11 Os 122/72).
139 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff ZPO, nr. 7; Rechberger & Simotta 2003, nr. 634. Volgens Feil & Kroisenbrunner behoort uitsluitend een natuurlijk persoon als deskundige te worden benoemd (Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1004).
140 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 467-468.

Casuïstiek
Het feit dat een deskundige buiten de opdracht was getreden door in zijn advies feiten en omstandigheden te betrekken die hem uit een andere zaak bekend waren, werd in een strafzaak onvoldoende bevonden om een wrakingsverzoek gegrond te achten.[141] In een zaak waarin een partij in eerste aanleg haar standpunt had onderbouwd met een rapport van een door haar ingeschakelde deskundige, werd deze deskundige in hoger beroep door de rechter benoemd. Een wrakingsverzoek van de wederpartij werd verworpen met de overweging dat de deskundige zo goed bekend stond, dat hij ondanks zijn eerdere betrokkenheid als partijdeskundige niet bevooroordeeld was. In cassatie werd geoordeeld dat het wrakingsverzoek gegrond had moeten worden bevonden:

> 'Bei einem Sachverständigen, der in der selben Sache gegen Entgelt schon ein Privatgutachten für die klagende Partei erstattet hat, das ein Verschulden des Beklagten behauptete, liegen zureichende Gründe vor, die bei verständiger Würdigung ein Mißtrauen der betroffenen Partei von ihrem Standpunkt aus rechtfertigen (Fasching, Kommentar III, 487 mwN). Dabei geht es nicht um die Qualität des Gutachtens oder die Integrität des Sachverständigen; sondern es kann einer Partei aus grundsätzlichen Erwägungen im Interesse eines fairen Verfahrens iSd Art 6 Abs 1 MRK nicht zugemutet werden, sich ohne ihre Zustimmung dem Gutachten eines Sachverständigen zu unterwerfen, der in derselben Sache schon für die Gegenseite tätig war.'[142]

In het algemeen zal de schijn van partijdigheid gerechtvaardigd zijn als een deskundige één van partijen in dezelfde zaak heeft bijgestaan.[143] Contact tussen een deskundige en één partij buiten medeweten van de wederpartij kan leiden tot een gegronde wraking.[144] Een gebrek aan kennis of ervaring bij de deskundige is geen grond tot wraking, maar moet bij de bewijswaardering in aanmerking worden genomen.[145]

Afdoening en gevolgen van klachten over partijdigheid
De partij die een deskundige wil wraken, moet het verzoek daartoe indienen voordat het deskundigenadvies wordt ingeleverd. Een latere wraking is evenals in Duitsland slechts mogelijk als een partij aannemelijk maakt dat de wrakingsgrond niet eerder kon worden aangevoerd (§ 355 lid 2 ZPO). Een wrakingsverzoek moet de gronden van het verzoek bevatten. Aan de beslissing gaat geen mondelinge behandeling vooraf. De partij die het wrakingsverzoek indient, moet op verzoek van de rechter aannemelijk maken dat zich een wrakingsgrond voordoet (§ 355 lid 3 ZPO).

---

141 OGH 14 april 2004, 14 Os 92/03.
142 OGH 15 maart 1989, 3 Ob 545/88.
143 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 468; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 355, 356 ZPO, nr. 4; Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1015; Jelinek 1990, p. 63; Rechberger 2006, § 356, nr. 3; Rüffler 1995, p. 132.
144 Jelinek 1990, p. 63.
145 Fasching 1990, nr. 1010; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 355, 356 ZPO, nr. 5; Jelinek 1990, p. 63; Rüffler 1995, p. 135.

Wordt een wraking gegrond bevonden, dan moet direct een andere deskundige worden benoemd (§ 355 lid 3 ZPO). Tegen deze beslissing staat geen rechtsmiddel open (§ 366 lid 2 ZPO), omdat oponthoud door geschillen over de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen zoveel mogelijk moet worden verhinderd.[146] Is het deskundigenadvies reeds uitgebracht, dan mag het evenals in Duitsland niet meer voor het bewijs worden gebruikt en moet de rechter advies inwinnen bij een andere, onpartijdige deskundige.[147] Na de gegrondverklaring van de wraking kan de deskundige als getuige worden gehoord over de feiten die hij tijdens het deskundigenonderzoek heeft vastgesteld.[148]

Tegen de verwerping van een wrakingsverzoek staat, anders dan in Duitsland, slechts een rechtsmiddel open tegelijk met een eventueel rechtsmiddel tegen een latere beslissing in de hoofdzaak (§ 366 lid 1 ZPO).[149]

Doet zich een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige voor dat niet (tijdig) tot wraking aanleiding heeft gegeven, dan kan de wrakingsgrond worden betrokken in de bewijswaardering van het deskundigenadvies.[150]

Naar beste weten

Bij de eedsaflegging belooft de deskundige dat hij zijn taken zorgvuldig, betrouwbaar, volledig, naar beste weten en geweten en naar de regels van wetenschap, kunst of ambacht zal verrichten:

> 'Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, dass ich die Gegenstände eines Augenscheins sorgfältig untersuchen, die gemachten Wahrnehmungen treu und vollständig angeben und den Befund und mein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft (der Kunst, des Gewerbes) angeben werde; so wahr mir Gott helfe!' (art. 5 SDG).

Aansprakelijkheid

Een deskundige kan in Oostenrijk aansprakelijk zijn voor schade als het deskundigenadvies van doorslaggevende betekenis is geweest voor de uitkomst van de zaak waarin het is uitgebracht en het objectief onjuist blijkt te zijn. Fouten van een deskundige kunnen niet leiden tot aansprakelijkheid van de Staat.[151] De Oostenrijkse cassatierechter stelt zich in het algemeen terughoudend op en meent dat aansprakelijkheid van een deskundige niet snel moet worden aangenomen.[152] Een aansprakelijkheidsverzekering is wettelijk verplicht voor een deskundige die ingeschreven wil zijn op een lijst van deskundigen van een gerecht (§ 2 lid 2 onder i en § 2a SDG).

---

146 OGH 26 september 1962, 1 Ob 187/62; OGH 14 december 2004, 10 Ob 69/04a. Vgl. Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 355, 356 ZPO, nr. 9.
147 OGH 24 oktober 1973, 5 Ob 176/73; OGH 25 oktober 1988, 10 ObS 286/88; OGH 18 juli 2002, 3 Ob 284/01p; OGH 22 oktober 2002, 10 Ob S316/02x. Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1018.
148 Fasching 1990, nr. 1010; Jelinek 1990, p. 64.
149 Bijv. OGH 24 september 1998, 6 Ob 113/98f. Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1019.
150 Jelinek 1990, p. 64; Rüffler 1995, p. 151.
151 Bijv. OGH 18 juli 2002, 3 Ob 284/01p.
152 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff ZPO, nr. 5; Schilcher 2002, p. 242 en p. 252.

5.4.2.5 Spanje

In Spanje geldt de eis van onpartijdigheid zowel voor de deskundige die door de rechter is benoemd als voor de deskundige die door een partij is ingeschakeld.[153] Beiden moeten in het deskundigenadvies verklaren dat het naar waarheid en met de grootst mogelijke objectiviteit is opgemaakt:

> 'Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito' (art. 335 lid 2 LEC).

De deskundige die door de rechter is benoemd, kan worden gewraakt (*recusación)*. De toepasselijke wrakingsgronden van de rechter (art. 124 LEC; art. 219 Ley del Poder Judicial) betreffen situaties waarin de deskundige een potentieel belang heeft bij de uitkomst van de zaak en kunnen mede de situatie bestrijken waarin bij een partij de gerechtvaardigde schijn bestaat dat een deskundige partijdig is. Daarnaast zijn er drie afzonderlijke gronden tot wraking van een deskundige (art. 124 LEC), die betrekking hebben op gevallen waarin een partij zich kan beroepen op de schijn van partijdigheid.[154] Dit betreft bijvoorbeeld de situatie waarin een deskundige eerder over hetzelfde onderwerp negatief voor de wrakende partij heeft geadviseerd, of de situatie waarin de deskundige in een afhankelijkheidsrelatie tot een partij staat.

De onpartijdigheid van een door de wederpartij ingeschakelde deskundige kan worden betwist (*tacha*) (art. 343 en 124 LEC). De gronden vertonen overeenkomsten met de wrakingsgronden en kunnen de situatie bestrijken waarin een partij zich beroept op de gerechtvaardigde schijn van partijdigheid. Een gegronde klacht over partijdigheid van een door een partij ingeschakelde deskundige doet afbreuk aan de bewijswaarde van het deskundigenadvies en heeft niet tot gevolg dat de deskundige van zijn taak wordt ontheven (art. 344 lid 2 LEC).[155]

Afdoening en gevolgen van een wrakingsverzoek

Een partij die een deskundige wraakt op grond van feiten of omstandigheden die voorafgaand aan de benoeming bekend zijn, behoort het verzoek te doen binnen twee dagen na de benoeming. Wrakingsoorzaken die opkomen na de benoeming en voordat het deskundigenadvies is uitgebracht, kunnen naar voren worden gebracht bij de behandeling van de zaak (art. 125 LEC).[156]

De deskundige krijgt gelegenheid op het wrakingsverzoek te reageren. Als hij erkent dat zich een wrakingsgrond voordoet en de rechter hem daarin volgt, wordt de wraking gegrond bevonden en de deskundige vervangen. Als de rechter de des-

153 Zie over dit onderscheid par. 4.3.4.1.
154 Illescas Rus 2002, nr. 56-59; Montero Aroca 2005, p. 330.
155 Illescas Rus 2002, nr. 134; Montero Aroca 2005, p. 326.
156 Illescas Rus 2002, nr. 75-78; Montero Aroca 2005, p. 331; Martina Schwonke & Irene Tölg, 'Spanien', in: Nagel/Bajons 2003, p. 630.

kundige niet volgt in zijn erkenning of de deskundige de wraking betwist, wordt aan partijen gelegenheid gegeven te reageren en dient de gegrondheid van het wrakingsverzoek aannemelijk te worden. Tegen de beslissing op een wrakingsverzoek staat geen rechtsmiddel open (art. 127 LEC). Wel kan de wrakingsbeslissing worden betrokken in een rechtsmiddel tegen de einduitspraak.[157]

Aansprakelijkheid
De deskundige kan aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad voor schade als gevolg van zijn optreden. Naarmate de materie van een deskundigenonderzoek complexer is, moet een fout ernstiger zijn om tot aansprakelijkheid te kunnen leiden.[158]

5.4.2.6 Zwitserland

Dat een deskundige in Zwitserland onpartijdig moet zijn, is niet alleen in de meeste procesregelingen van de kantons vastgelegd, maar is volgens de Zwitserse cassatierechter ook verankerd in de Zwitserse grondwet (*Bundesverfassung*).[159] De eis van onpartijdigheid houdt verband met de positie van de deskundige als hulppersoon van de rechter.[160] Bettex heeft erop gewezen dat de vrijheid van de rechter in de bewijswaardering het op zichzelf mogelijk maakt dat de rechter rekening houdt met een gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige en gelegenheid biedt voor herstel. Het belang dat de deskundige even onpartijdig is als de rechter en daarop door partijen kan worden aangesproken, ligt volgens hem in het feit dat de rechter in feitelijke instantie in de praktijk een deskundigenadvies meestal overneemt en aan een deskundigenadvies volgens rechtspraak van de cassatierechter niet ongemotiveerd voorbij mag gaan.[161]

De eis van onpartijdigheid komt in het uniforme Zwitserse procesrecht, evenals in de meeste procesregelingen van de kantons, tot uitdrukking in het recht van partijen om een deskundige te wraken (art. 180 lid 2 Entwurf ZPO). De grote en vaak beslissende betekenis van een deskundigenadvies voor de afdoening van een zaak brengt mee dat wraking mogelijk moet zijn in gevallen waarin de onpartijdigheid van de deskundige niet buiten twijfel staat, en geeft aanleiding tot toepasselijkheid van de wrakingsgronden van de rechter.[162]

De wrakingsgronden betreffen situaties waarin de deskundige een potentieel belang heeft bij de uitkomst van de zaak, bijvoorbeeld in een zaak waarin hij of een familielid partij is, en de situatie waarin bij een partij de gerechtvaardigde schijn bestaat dat een deskundige partijdig (*befangen*) is.[163] Een wrakingsverzoek

157 Illescas Rus 2002, nr. 60-104; Montero Aroca 2005, p. 329-332.
158 Illescas Rus 2002, nr. 143-146; Montero Aroca 2005, p. 358.
159 GE 3 augustus 1990 (strafzaak), 116 Ia 135 *(L./Jura)*; BGE 24 augustus 1994, 120 V 364, (*S.M./Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft*). Zie Bettex 2006, p. 119-120; Donatsch 1997, p. 39; Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, p. 589.
160 Bühler 2005, p. 24; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Das Beweisrecht in der Schweizerischen Rechtsordnung', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 452; Vogel & Spühler 2006, nr. 154.
161 Bettex 2006, p. 115-116.
162 Toelichting Art. 176 lid 2 *Vorentwurf* ZPO, p. 87; Toelichting Art. 180 lid 2 *Entwurf* ZPO, p. 104.
163 Bettex 2006, p. 125 e.v.; Habscheid 1990, nr. 671; Vogel & Spühler 2006, nr. 154.

is gegrond als zich feiten of omstandigheden voordoen die objectief kunnen rechtvaardigen dat een partij zich beroept op de schijn van of vrees voor de partijdigheid van de deskundige.[164] Maatgevend is of '*bei objektiver Betrachtung nicht mit einer unparteiischen Begutachtung der Streitsache gerechnet werden könne'*.[165]

Als een getuige wordt gehoord die niet als onpartijdige deskundige in een zaak zou kunnen optreden, mogen aan de getuige geen vragen worden gesteld die niet zonder deskundige kennis kunnen worden beantwoord.[166] Naar toekomstig Zwitsers recht kan een deskundige in dezelfde zaak niet als rechter of getuige optreden (Art. 180 lid 2 Entwurf ZPO en Art. 45 lid 1 onder b Entwurf ZPO). In een uitzondering voor de combinatie van deskundige en getuige in één persoon in één zaak is, evenals in België en anders dan in Duitsland en Oostenrijk, niet voorzien. In de toelichting wordt op dit aspect niet ingegaan.[167]

Casuïstiek

Het enkele feit dat er enige relatie bestaat tussen de deskundige en een partij, of dat de deskundige zich eerder over een bepaalde kwestie heeft uitgelaten, is onvoldoende voor een gegronde wraking.[168] In een zaak waarin een deskundige een jaar eerder negatief voor een partij had geadviseerd, werd een wrakingsverzoek ongegrond bevonden.[169] Niet onpartijdig werd de computerfirma geacht die in een strafzaak als deskundige werd ingeschakeld om een computer te onderzoeken die in beslag was genomen nadat die computerfirma aangifte tegen de eigenaar van de computer had gedaan.[170] Een deskundige die herhaaldelijk als partijdeskundige met betrekking tot vragen van gelijke beloning negatief had geadviseerd voor de Stadt Zürich, mocht in een zaak tegen het Kanton Zürich, die ongeveer tegelijk speelde, over een soortgelijke vraag niet meer als door de rechter benoemde, onpartijdige deskundige adviseren.[171] Een behandelend arts in dienst van de Staat mag als hoofdregel als deskundige optreden in een zaak van een persoon die opkomt tegen een vrijheidsbenemende maatregel die verband houdt met de geestelijke gezondheidstoestand. Zou hierover anders worden geoordeeld, dan zouden vooral in de kleinere kantons vrijwel onoplosbare praktische problemen ontstaan.[172] Een uitzondering doet zich voor als een persoon bij herhaling in dezelf-

---

164 BGE 24 augustus 1994, 120 V 357 (*M./Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft und Versicherungsgericht des Kantons Thurgau*), met verwijzing naar een niet gepubliceerde uitspraak van 29 november 1988; BGE 5 oktober 1999, 125 II 541 (*Stadt Zürich/Regina Stauffer e.a.*). Berger & Güngerich 2008, nr. 784; Sutter-Somm 2007, nr. 728.

165 BGE 10 februari 1971, 97 I 1 (*Internationale Verbandstoff Fabrik Schaffhausen/Mediline A.-G.*).

166 BGE 9 juli 1968, 94 I 417 (*Hottinger/Husy*).

167 Toelichting *Entwurf* ZPO, p. 104.

168 BGE 13 september 1995, 121 I 225 (*X/Anwaltsprüfungskommission des Kantons Luzern*); BGE 5 oktober 1999, 125 II 541 (*Stadt Zürich/Regina Stauffer e.a.*). Bühler 2005, p. 36-37.

169 BGE 13 september 1995, 121 I 225 (*X/Anwaltsprüfungskommission des Kantons Luzern*).

170 BGE 30 januari 1998, 124 I 34 (*S.B./N.*).

171 BGE 5 oktober 1999, 125 II 541 (*Stadt Zürich/Regina Stauffer e.a.*); BGE 30 augustus 2000, 5P.166/2000 (*S.V./A.P.*). Zie Bettex 2006, p. 125; Bühler 2005, p. 29.

172 Op deze overweging volgt een verwijzing naar de zaak *Brandstetter/Oostenrijk*, waarin het ERHM oordeelde dat de nationale rechter in de beoordeling van de onpartijdigheid van een deskundige mag betrekken of de mogelijkheid van de nationale rechter om een deskundigenadvies in te winnen niet onaanvaardbaar werd beperkt. Zie par. 5.3.4.3.

de kliniek met een vrijheidsbenemende maatregel is opgenomen, tegen de vrijheidsbenemende maatregel wordt opgekomen en de rechter zijn oordeel uitsluitend grondt op de mening van de behandelende arts. Dan is de objectiviteit van het advies niet meer voldoende gewaarborgd, ongeacht de vraag of de deskundige subjectief onpartijdig is, en is de deskundige als hulppersoon van de rechter nauwelijks meer als neutraal te beschouwen.[173]

Het enkele feit dat een deskundige ongunstig voor een partij adviseert, maakt hem niet partijdig, maar de schijn van partijdigheid is gewekt als de toon van het advies beledigend is voor die partij, of het advies anderszins niet zakelijk van toon is.[174] Geen grond tot wraking is dat een deskundige zich in een wetenschappelijke publicatie heeft uitgelaten over een kwestie die ook relevant is voor het deskundigenadvies, tenzij hij in de publicatie op de zaak zelf is ingegaan.[175] Ook onvoldoende voor wraking was dat de deskundige ongeveer zes jaar voordat hij in een zaak door de rechter werd benoemd, als promotor was opgetreden van de persoon die in dezelfde zaak één van partijen als partijdeskundige bijstond.[176] De schijn van partijdigheid wordt aangenomen als uit de houding van een deskundige kan worden afgeleid dat hij partijen niet gelijkwaardig behandelt of een bijzondere sympathie of antipathie voor een partij heeft. Dit deed zich voor in een zaak waarin partijen, advocaten en deskundige na afloop van een bezichtiging een half uur koffie met elkaar hadden gedronken. De deskundige en de ene advocaat tutoyeerden elkaar toen en maakten een afspraak om elkaar later op de dag te ontmoeten. Zij bleken elkaar van vroeger te kennen en herinneringen te hebben opgehaald onder het genot van een drankje op kosten van de deskundige.[177]

Afdoening en gevolgen van klachten over partijdigheid

De partij die een deskundige wil wraken, moet het verzoek indienen zodra zij bekend is met een feit dat aanleiding kan geven tot wraking van de deskundige. Als het wrakingsverzoek eerder had kunnen worden gedaan, wordt het recht op wraking van een deskundige als verwerkt beschouwd.[178] Deze eisen vloeien voort uit de *Grundsatz von Treu und Glauben*.[179] Een wrakingsverzoek moet inhoudelijk worden beoordeeld. De verwerping zonder nader onderzoek met de overweging dat de deskundige op zijn plichten is gewezen, levert een schending op van het beginsel van hoor en wederhoor. De beoordeling van een wrakingsverzoek mag niet afhankelijk worden gemaakt van betaling van het voorschot van de deskundige.[180] Een wrakingsverzoek wordt afgehandeld als een incident. Als een wraking

173 Bijv. BGE 12 maart 1992, 118 II 249 (*X/Kantonales Verwaltungsgericht*).
174 BGE 24 augustus 1994, 120 V 357 (*M./ Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft und Versicherungsgericht des Kantons Thurgau*); BGE 5 oktober 1999, 125 II 541, (*Stadt Zürich/Regina Stauffer e.a.*); BGE 10 juni 2004, 5P.79/2004 (*Z/Y*). Donatsch p. 47.
175 Bettex 2006, p. 134; Donatsch 1997, p. 44.
176 BGE 10 augustus 2005, 4P.152/2005.
177 BGE 6 december 2006, 4P.254/2006. Vgl. Bühler 2005, p. 31.
178 Bijv. BGE 3 augustus 1990 (strafzaak), 116 Ia 135 (*L/Jura*); BGE van 13 september 1995, 121 I 225 (*X/Anwaltsprüfungskommission des Kantons Luzern*); BGE 28 april 2000, 126 III 249 (*Egemetal Demir Celik Sanayi ve Ticaret A.S./Fuchs Systemtechnik GmbH und ICC-Schiedsgericht*).
179 BGE 13 september 1995, 121 I 225 (*X/Anwaltsprüfungskommission des Kantons Luzern*).
180 BGE 3 april 1974, 100 IA 28 (*Bachofner/Rekurskommission*).

gegrond wordt bevonden, wordt een andere deskundige benoemd. Het deskundigenadvies mag niet voor het bewijs worden gebruikt als is vastgesteld dat de deskundige niet onpartijdig is.[181] Klachten over een deskundigenadvies die niet in verband kunnen worden gebracht met een wrakingsgrond, worden beoordeeld bij de bewijswaardering van een deskundigenadvies.[182] Tegen de beslissing op een wrakingsverzoek kan direct een rechtsmiddel worden aangewend.[183]

Naar beste weten

Naar Zwitsers recht dient een deskundige *nach bestem Wissen und Gewissen zu amten*.[184] In het uniforme procesrecht[185] is hij *zur Wahrheit verpflichtet* en dient hij het deskundigenadvies *fristgerecht und vollständig* in te leveren (art. 181 lid 1 Entwurf ZPO). Over de eisen die aan een deskundige worden gesteld, heeft de Zwitserse cassatierechter zich in een strafzaak als volgt uitgelaten:

> '2.2.3 Von Gerichtsexperten ist zunächst besondere Sachkunde auf ihrem Wissenschaftsgebiet zu verlangen (...). Auch haben sie ihre Methodik und ihre gutachterlichen Schlussfolgerungen – zumindest in den wesentlichen Grundzügen – auf eine (auch für den Laien) verständliche und plausible Art darzulegen (...). Schliesslich müssen auch forensische Gutachter über eine objektive Unparteilichkeit und Distanz gegenüber den Parteien und dem konkreten Prozessgegenstand verfügen.'[186]

In de procesregeling van Wallis is geregeld dat de deskundige de opdracht persoonlijk moet vervullen (art. 174 lid 2 ZPO Wallis). Volgens Bühler geldt deze verplichting algemeen in het Zwitsers civiele procesrecht. Hij meent dat de verplichting meebrengt dat slechts een natuurlijk persoon als deskundige kan worden benoemd.[187] De deskundige heeft de toestemming van de rechter nodig om zich door derden te laten bijstaan.[188] De Zwitserse cassatierechter beschouwt het als een wezenlijk gebrek in een deskundigenadvies als de deskundige onvoldoende kennis van de processtukken heeft, het deskundigenadvies niet persoonlijk heeft

---

181 BGE 5 oktober 1999, 125 II 541 (*Stadt Zürich/Regina Stauffer e.a.*).

182 BGE 8 februari 2006, 132 V 93 (*Kanton St. Gallen/B*).

183 De Zwitserse cassatierechter heeft in 1971 een rechtsmiddelenverbod doorbroken geacht tegen een tussenuitspraak waarin een klacht over een gebrek aan onpartijdigheid van de door de rechter benoemde deskundige was verworpen (BGE 10 februari 1971, 97 I 1 (*Internationale Verbandstoff Fabrik Schaffhausen/Mediline A.-G. en Obergericht Luzern*). Hierbij werd van belang geacht dat het rechtsmiddel ontvankelijk zou zijn geweest als de onpartijdigheid van de rechter ter discussie had gestaan, dat de deskundige een hulpmiddel aan de rechter levert en op dezelfde gronden kan worden gewraakt als de rechter en dat de procedure niet behoort te worden voortgezet met een deskundige over wiens wraking nog niet onherroepelijk is beslist. Zie Bettex 2006, p. 140; Bühler 2005, p. 47.

184 Bettex 2006, p. 147; Habscheid 1990, nr. 675; Vogel & Spühler 2006, nr. 162. Zie bijv. art. 175 ZPO Wallis; § 174 ZPO Zürich. In Wallis is evenals in Frankrijk (zie par. 5.4.2.3) geregeld dat de verplichting in geval van benoeming van een rechtspersoon geldt voor de natuurlijke persoon die het deskundigenadvies vervaardigt (art. 175 lid 2 ZPO Wallis).

185 Zie over de ontwikkeling van uniform Zwitsers civiel procesrecht par. 4.3.8.1.

186 BGE 30 november 2006, 1P.485/2006.

187 Bühler 2005, p. 21. In gelijke zin: Vogel & Spühler 2006, nr. 155. Habscheid vermeldt dat er discussie over is (met vindplaatsen), Habscheid 1990, nr. 671.

188 Bühler 2005, p. 41.

vervaardigd, de deskundige de aan hem voorgelegde vragen niet goed begrijpt of niet heeft beantwoord, of het deskundigenadvies innerlijk tegenstrijdig is, onduidelijk is of gebrekkig is gemotiveerd. In al deze gevallen kan er reden zijn af te wijken van de conclusies van het deskundigenadvies. Inhoudelijke gebreken in het deskundigenadvies kunnen slechts bij uitzondering door de rechter worden hersteld en maken het meestal noodzakelijk nog een deskundigenadvies in te winnen.[189] In een zaak waarin werd betwist dat de deskundige de juiste methode had gebruikt bij de vaststelling van de waarde van een onroerende zaak in het economisch verkeer, oordeelde de cassatierechter, met verwijzing naar literatuur, dat de gebezigde methode algemeen erkend en gebruikelijk was en dat het de vraag was of de door de klager geprefereerde methode wel terzake dienend zou zijn geweest.[190] Hiermee begeeft de Zwitserse rechter zich in de inhoudelijke beoordeling van de door de deskundige toegepaste methode.

Aansprakelijkheid
Een deskundige kan aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van fouten in de uitvoering van de opdracht.[191] In de procesregeling van het kanton Zürich is opgenomen dat de civielrechtelijke schadevergoedingsplicht van de deskundige jegens partijen niet vervalt als hem een boete wordt opgelegd wegens overschrijding van de termijn voor inlevering van het deskundigenadvies (§ 179 lid 2 ZPO ZH).

5.4.3 Engeland

Hoewel een deskundige in Engeland door een partij wordt ingeschakeld, moet hij zijn taak onpartijdig vervullen, net zoals een deskundige die op het Europese continent door de rechter wordt benoemd. In landen met een Angelsaksisch rechtssysteem hebben partijen in beginsel ruime mogelijkheden tot bewijslevering, zoals aangeduid in par. 4.3.2.1 en 4.3.3.1, mits het bewijsmateriaal toelaatbaar en relevant is. Daaronder valt dat een partij bewijs mag leveren met behulp van een door haarzelf gekozen, geïnstrueerde en betaalde deskundige. Zo staat de deskundige al snel dichter bij de opdrachtgevende partij dan bij de rechter. Is het denkbaar dat deze deskundige in de ogen van de wederpartij en het publiek ontkomt aan de objectief gerechtvaardigde schijn dat hij partijdig is? Zoals vermeld in par. 4.3.3.1, was Lord Woolf van mening dat het bij deskundigen nogal eens ontbrak aan onpartijdigheid. In Engeland gold de eis van onpartijdigheid ook al vóór de inwerkingtreding van de *Civil Procedure Rules*:

> 'While some degree of consultation between experts and legal advisers is entirely proper, it is necessary that expert evidence presented to the court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert, uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation.'[192]

189 BGE 13 september 2001, 5P.160/2001.
190 BGE 4 oktober 2007, 5A 375/2007.
191 Bettex 2006, p. 281; Bühler 2005, p. 17-20; Habscheid 1990, nr. 675.
192 Lord Wilberforce in *Whitehouse v Jordan* [1981] 1 WLR 24.

Lord Woolf haalde deze passage met instemming aan in zijn interimrapport en voegde eraan toe dat de deskundige in veel zaken niet onpartijdig was, maar was verworden tot *a very effective weapon in the parties' arsenal of tactics*.[193] In de *Civil Procedure Rules* en daarop geïnspireerde regels zijn waarborgen opgenomen voor de onpartijdigheid van een deskundige, niet alleen voor gevallen waarin partijen een deskundige als *single joint expert* delen (zie par. 4.3.3.1), maar ook voor gevallen waarin een deskundige door één partij wordt ingeschakeld. De *Civil Procedure Rules* stellen voorop dat de deskundige een *overriding obligation* heeft om de rechter bij te staan (CPR 35.3), ook al wordt hij door een partij gekozen, geïnstrueerd en betaald. De *overriding obligation* kan niet los worden gezien van de *overriding objective* van de rechter om zaken rechtvaardig te behandelen (CPR 1.1 lid 1).[194] Er zijn ook regels gekomen die een partij beperken in haar mogelijkheden om de eigen deskundige te sturen. Die zijn van toepassing als een deskundigenadvies wordt uitgebracht in het kader van een (beoogde) procedure. Aanvankelijk heeft Lord Woolf voorgesteld om de communicatie tussen een deskundige en een partij niet langer als vertrouwelijk (*privileged*)[195] aan te merken zodra een deskundige door een partij was geïnstrueerd, maar zo ver is het niet gekomen.[196] Wel is tegenwoordig voor de wederpartij inzichtelijk welke instructies een partij aan een deskundige heeft verstrekt (CPR 35.10 lid 3)[197] en kan de wederpartij worden verplicht informatie aan de deskundige ter beschikking te stellen (CPR 35.9). Ook dienen de deskundigen van partijen meningsverschillen waar mogelijk door overleg te overbruggen (CPR 35.12) en moet een deskundige ingaan op schriftelijke vragen over het deskundigenadvies van de wederpartij van zijn opdrachtgever (CPR 35.6).[198] Het deskundigenadvies wordt niet meer ingeleverd bij de partij die de deskundige kiest, instrueert en betaalt, maar bij de rechter (PD 35/2.1). Dit zijn in vogelvlucht de contouren van het systeem waarvan de eis van onpartijdigheid een onderdeel is. Naar Engelse begrippen geldt de eis zowel voor een deskundige die door één partij wordt ingeschakeld als voor een *single joint expert*, ook al is de laatste, in de woorden van Lord Woolf, '*much more likely to be impartial than a party's expert can be*'.[199]

Onpartijdigheid

Hoewel niet uit te vlakken is dat er in de praktijk een verschil is tussen de onpartijdigheid van een *single joint expert* en een deskundige die door één partij wordt ingeschakeld, geïnstrueerd en betaald, wordt er in Engeland geen wezenlijk onderscheid gemaakt in de inhoud en reikwijdte van de onpartijdigheidseis ten aanzien

193 Access to justice, Interim report, Chapter 23, Experts, nr. 5.
194 Phipson on Evidence 2005, 33-20.
195 Zie over *privilege* par. 6.2.2.1.
196 Access to justice, Interim report, Recommendations, nr. 8; Access to justice, Final report, Chapter 13, Expert evidence, nr. 31-32; Hodgkinson & James 2007, p. 342.
197 Zie noot 232 in dit hoofdstuk.
198 Zie par 6.2.2.3.
199 Access to justice, Final report, Chapter 13, Expert evidence, nr. 21. In vergelijkbare zin: Zuckerman 2006a, p. 729.

van beide soorten deskundigen. De onpartijdigheid van een deskundige kan in een zaak aan de orde komen bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs en bij het processuele debat over een uitgebracht deskundigenadvies. Engeland kent geen regels voor de wraking van een deskundige, mogelijk doordat de opdracht aan een deskundige wordt verleend door (een) partij(en) en niet door de rechter. Het belang dat een deskundige zijn taak onpartijdig en naar beste weten vervult, ligt volgens Cross & Tapper in het feit dat een deskundigenadvies bij de bewijswaardering meestal meer gewicht krijgt dan een getuigenverklaring en raakt aan de door de rechter te beslissen punten.[200] Murphy en Keane verklaren de eis van onpartijdigheid uit de verplichting van de deskundige om de rechter bij te staan.[201] Onder de *Civil Procedure Rules* is de eis van onpartijdigheid onderdeel van de *overriding obligation* van de deskundige om op zijn vakgebied bijstand te verlenen aan de rechter (CPR 35.3).[202] In de woorden van Lord Woolf: het is de plicht van de deskundige *to help the court impartially on matters within his expertise*.[203] De deskundige moet in zijn rapport een verklaring opnemen dat hij bekend is met zijn verplichtingen jegens de rechter en dat hij die in acht heeft genomen (CPR 35.10 lid 2 onder a en b). In het *Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims* van de *Civil Justice Council* wordt het belang van de onpartijdigheid van de deskundige benadrukt (art. 13.2 en 17.12).[204] Gebruikelijke woorden in het Engelse recht om de eis van onpartijdigheid uit te drukken zijn *impartial, independent*, *objective* en *unbiased*:

> 'an expert witness should provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his expertise'.[205]

Onder *objective* wordt niet alleen de onpartijdigheid van de deskundige begrepen, maar ook de verplichting om naar beste weten op zijn vakgebied te rapporteren en inzichtelijk te maken in hoeverre zijn opinie berust op consensus in zijn beroepsgroep.[206]

Advocaten die proberen een deskundige ertoe te bewegen een deskundigenadvies aan te passen, oefenen volgens Choo gemakkelijk ongeoorloofde druk uit.[207] Volgens de *Academy of Experts*[208] kenmerkt een deskundige zich door *the 3Is*: *Independence, Impartiality and Integrity*.[209] De eis van onpartijdigheid staat er

200 Cross & Tapper 2007, p. 580-581.
201 Keane 2008, p. 538; Murphy on evidence 2008, p. 366.
202 Zie par. 4.3.3.1.
203 Access to justice, Final report, Chapter 13, Expert evidence, nr. 12.
204 Over dit protocol: par. 4.3.3.3.
205 Creswell J in *National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance Co Ltd* [1993] 2 Lloyd's Rep 68 (*The Ikarian Reefer*).
206 Cross & Tapper 2007, p. 580.
207 Choo 2006, p. 277.
208 De *Academy of Experts* is naar eigen zeggen *the Professional Body for Expert Witnesses both in the United Kingdom and around the world*. Zie www.academy-experts.org.
209 The Academy of Experts, The Use of Experts, Legal Services Commission Consultation Paper, februari 2005, par. 2.1.4 (www.academy-experts.org).

volgens de *Judicial Committee* van de *Academy of Experts* aan in de weg dat het honorarium van de deskundige afhankelijk wordt gemaakt van de uitkomst van de zaak, of dat een advocaat aan een deskundige een toezegging doet in verband met inschakeling in toekomstige zaken:

> 'A contingency fee means that the Expert Witness has a direct financial interest in the outcome of the case. Such a direct financial interest must increase the pressures on Expert Witnesses to give evidence that favours their client. Even if an Expert Witness resists this pressure, his independence may still be compromised. An Expert Witness must not only be independent, but must be seen to be independent
> (...).
> The Judicial Committee also understands that solicitors sometimes place undue pressure on Expert Witnesses. For example, there are instances when a solicitor has indicated to an Expert that if he agrees to the solicitor's terms, he will be placed on the firm's approved list of Experts. The clear implication being that the Expert will then receive further referral work from the solicitor. The Judicial Committee considers that this practice is objectionable and does compromise the Expert's independence and impartiality.'[210]

Casuïstiek en beoordelingsmaatstaf

Anders dan op het Europese continent, is het in Engeland op zichzelf niet ontoelaatbaar dat een deskundige een belang heeft bij de uitkomst van de zaak. Het is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval of een deskundige in zo'n geval een verklaring mag afleggen en, zo ja, wat de betekenis is van zijn verklaring.[211] Zo kan de onpartijdigheid problematisch zijn van een deskundige die familie is of in dienst is van een partij. Wordt het deskundigenadvies in zulke gevallen toegelaten, dan kan de bewijswaarde beperkt zijn.[212] Het deskundigenadvies van een werknemer van een partij die beschikte over relevante ervaring en toonde zich bewust te zijn van zijn verplichtingen als deskundige ten opzichte van het gerecht, werd toelaatbaar geacht. De dienstbetrekking kan echter afdoen aan de bewijswaarde van het rapport.[213] Dit is beslist in een huurzaak, waarin de huurder in een procedure tegen de verhuurder, een overheidsorgaan, stelde dat hij schade leed door achterstallig onderhoud. De deskundige was in dienst van het overheidsorgaan. Zoals in par. 5.4.2 aan de orde kwam, is een dienstbetrekking tussen een deskundige en een procespartij in België een wrakingsgrond,[214] terwijl de Zwitserse rechter in gelijke zin als de Engelse rechter heeft geoordeeld: het enkele feit dat een arts in dienst is van de overheid, belet hem niet de overheid te adviseren of het

210 *Guidance Note on Contingency Fees* van de *Judicial Committee* van *The Academy of Experts* uit juni 1995, gewijzigd in juni 1998 (http://www.academy-experts.org/contingency.htm). Zie ook *The Academy of Experts*, *The Use of Experts*, *Legal Services Commission Consultation Paper*, februari 2005, par. 5.1.8.

211 Zuckerman 2006a, p. 719.

212 Murphy on evidence 2008, p. 366; O'Hare & Browne 2007, p. 340. Bijv.: *Whitehouse v Jordan* [1981] 1 WLR 24; *National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance Co Ltd* [1993] 2 Lloyd's Rep 68 (*The Ikarian Reefer*); *Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg*, nr. 3, [2001] 1 WLR 2337.

213 *Fields v Leeds City Council* [2000] 1 EGLR 54, [2001] CPLR 129. Keane 2008, p. 538.

214 Zie par. 5.4.2.1.

geboden is iemand gedwongen op te nemen in een psychiatrisch ziekenhuis.[215] In Nederland heeft de Centrale Raad van Beroep zich in dezelfde zin als de Engelse en de Zwitserse rechter uitgelaten, zoals in par. 5.5.3 zal worden besproken.[216]
In beroepsaansprakelijkheidszaken komt het voor dat de gedaagde wil verklaren waarom hij niet in strijd met de professionele standaard heeft gehandeld. Wanneer de gedaagde dan deels als deskundige verklaart, heeft zijn verklaring niet de overtuigingskracht van het deskundigenadvies van een onafhankelijke deskundige.[217]
Of een voormalige directeur van een bedrijf als deskundige mocht optreden, hoewel hij betrokken was geweest bij de zaak waarover werd geprocedeerd, hing niet af van het bestaan van een connectie met het bedrijf, maar van de aard en inhoud ervan. [218]

Het kan ontoelaatbaar zijn dat een partij een deskundige inschakelt die eerder in een andere zaak als deskundige voor de wederpartij is opgetreden.[219] Het verweer dat het rapport van een deskundige, die was benoemd als *single joint expert* (CPR 35.7), onbruikbaar was omdat hij één van partijen al jaren scheen te kennen, werd als te vaag verworpen.[220] Een deskundige die een partij heeft bijgestaan, kan volgens de *Civil Justice Council* door een partij als *single joint expert* worden voorgesteld aan de wederpartij, mits aan de wederpartij alle relevante informatie over de eerdere bijstand wordt verstrekt (PIE 17.4).[221]

Het rapport van een deskundige die er mede door een gebrek aan onbevooroordeeldheid in zijn rapport geen blijk van geeft de *overriding duty to the court* te kennen en in acht te nemen (CPR 35.10 lid 2 onder a en b), kan ontoelaatbaar worden geacht.[222]

Deze zaken lijken erop te duiden dat in Engeland, evenals in Europese landen waarin een deskundige kan worden gewraakt, bij de beoordeling van een beroep op partijdigheid van een deskundige van belang is of een partij uit feiten of omstandigheden de gerechtvaardigde indruk heeft verkregen dat de deskundige partijdig is.[223] Toch verschillen de meningen of de onpartijdigheid van een deskundige moet worden beoordeeld naar de maatstaf van de objectieve onpartijdigheid die wordt toegepast in rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.[224] In *Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg* paste Evans-Lombe J. de maatstaf toe:

> '13. (...) However, in my judgment, where it is demonstrated that there exists a relationship between the proposed expert and the party calling him which a reasonable observer might think was capable of affecting the views of the expert so as to make them unduly favourable to that

215 BGE 12 maart 1992, 118 II 249 (*X/Kantonales Verwaltungsgericht*). Zie par. 5.4.2.6.
216 Zie noot 279 in dit hoofdstuk.
217 O'Hare & Browne 2007, p. 342.
218 *Armchair Passenger Transport Ltd v Helical Bar Plc* [2003] EWHC 367 (QB). Choo 2006, p. 277.
219 Murphy on evidence 2008, p. 366.
220 *Gleave v Holder* [2004] EWCA Civ 1192.
221 Hodgkinson & James 2007, p. 151.
222 *Stevens v Gullis* [2000] 1 All ER 527. O'Hare & Browne 2007, p. 335.
223 Bijv. Cross & Tapper 2007, p. 580; Keane 2008, p. 538; Sime 2007, p. 398.
224 Zie par. 5.3.4.4.

> party, his evidence should not be admitted however unbiased the conclusions of the expert might probably be.'[225]

Volgens Lord Philips MR in *Factortame v The Secretary of State for Transport* wordt in deze passage echter miskend dat niet uitgesloten is dat een deskundige enig belang heeft bij uitkomst van de zaak. Het gaat erom dat de deskundige de rechter zo spoedig mogelijk over dat belang informeert:

> '70. This passage seems to us to be applying to an expert witness the same test of apparent bias that would be applicable to the tribunal. We do not believe that this approach is correct. It would inevitably exclude an employee from giving expert evidence on behalf of an employer. Expert evidence comes in many forms and in relation to many different types of issue. It is always desirable that an expert should have no actual or apparent interest in the outcome of the proceedings in which he gives evidence, but such disinterest is not automatically a precondition to the admissibility of his evidence. Where an expert has an interest of one kind or another in the outcome of the case, this fact should be made known to the court as soon as possible. The question of whether the proposed expert should be permitted to give evidence should then be determined in the course of case management. In considering that question the Judge will have to weigh the alternative choices open if the expert's evidence is excluded, having regard to the overriding objective of the Civil Procedure Rules.' [226]

Zuckerman leidt hieruit af dat *transparency* naar Engels recht van groter belang is dan *independence*. Transparantie stelt de rechter in staat in de bewijsbeslissingen rekening te houden met een eventueel gebrek in de onafhankelijkheid van een deskundige.[227] De betekenis van de onpartijdigheid van een deskundige wordt in Engeland dus niet alleen gekleurd door zijn *overriding obligation* om de rechter bij te staan, maar ook door het feit dat een deskundige in Engeland rechtstreeks door een partij wordt geïnstrueerd (en betaald). Het lijkt erop dat in Engeland wordt getracht de Straatsburgse maatstaf zo veel mogelijk toe te passen, rekening houdend met de positie van de deskundige in de verhouding tussen partijen en de rechter volgens het nationale procesrecht.

Naar beste weten

Een deskundige die in het kader van een procdure optreedt, heeft zoals gezegd in de vervulling van de opdracht de *overriding obligation* om de rechter bij te staan. Hij moet zich er daarbij van bewust zijn dat de rechter de *overriding objective* heeft om zaken rechtvaardig te behandelen (CPR 1.1 lid 1), waaronder wordt begrepen een eerlijke en snelle behandeling met beperking van kosten en met inspanningen die redelijk zijn in verhouding tot het belang en de complexiteit van de zaak en de financiële positie van partijen (CPR 1.1. lid 2).

---

225 *Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg*, nr. 3, [2001] 1 WLR 2337.
226 *Factortame v The Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932.
227 Zuckerman 2006a, p. 720.

De deskundige is aan de partij die hem instrueert, *reasonable skill and care* verschuldigd, aldus het *Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims* van de *Civil Justice Council* (PIE 4.1).[228] Zoals hiervoor vermeld, moet de deskundige naar beste weten op zijn vakgebied rapporteren.[229] In de *Practice Direction Experts and Assessors* worden eisen gesteld aan het deskundigenadvies die hieraan nadere invulling geven (PD 35/2.2).[230] In het deskundigenadvies behoort de deskundige informatie op te nemen over zijn kwalificaties. Hij moet melding maken van gebruikte literatuur en andere geraadpleegde bronnen.[231] De deskundige moet inzichtelijk maken welke feiten en instructies[232] hem door partijen zijn verstrekt en door hem zijn gebruikt in de oordeelsvorming. Hij dient te vermelden met welke in het deskundigenadvies vermelde feiten hij door zijn deskundigheid bekend is geraakt. Als bepaalde kwesties buiten het bereik van zijn deskundigheid vallen, moet hij dat melden.[233] Hij behoort alle feiten in zijn overwegingen betrekken, ook als bepaalde feiten geen steun bieden aan zijn opinie (PD 35/1.4).[234] Kan hij niet tot een definitief oordeel komen, bijvoorbeeld doordat hij niet over voldoende informatie beschikt, dan moet hij daarvan melding maken (PD 35/1.5).[235] De deskundige dient inzichtelijk te maken in hoeverre zijn opinie berust op consensus in zijn beroepsgroep, en hij moet een samenvatting geven van zijn conclusies.[236]

Als hij derden heeft ingeschakeld bij het onderzoek en hun bevindingen gebruikt in het deskundigenadvies, moet hij hun personalia en kwalificaties noemen en vermelden of hun onderzoek onder zijn leiding is uitgevoerd. Verder dient de deskundige een *statement of truth* in het deskundigenadvies op te nemen, dat als volgt luidt:

> 'I confirm that insofar as the facts stated in my report are within my own knowledge I have made clear which they are and I believe them to be true, and that the opinions I have expressed represent my true and complete professional opinion' (PD 35/2.3 en 2.4).[237]

Het *Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims* bevat op sommige punten een nadere uitwerking van deze eisen. Zo moet, als in het deskundigenonderzoek wetenschappelijke of technische tests zijn uitgevoerd, in het deskundigenadvies worden beschreven welke testmethode is gebruikt en door wie

228 Zie over het *Protocol* en de *Civil Justice Council*: par. 4.3.3.3.
229 Cross & Tapper 2007, p. 580.
230 Keane 2008, p. 554; Sime 2007, p. 402.
231 Keane 2008, p. 544-545; Phipson on Evidence 2005, 33-26; Sime 2007, p. 403.
232 De instructies van een partij zijn niet *privileged* (zie over *privilege* par. 6.2.2.1) en mogen dus niet worden achtergehouden (CPR 35.10). Zie Day & Le Gat 2001, p. 26 en 39; Hodgkinson & James 2007, p. 342; Phipson on Evidence 2005, 33-26; Zuckerman 2006a, p. 727-728.
233 O'Hare & Browne 2007, p. 334.
234 Day & Le Gat 2001, p. 29.
235 Choo p. 276.
236 Hodgkinson & James 2007, p. 185; Phipson on Evidence 2005, p. 33-26.
237 Tegen de deskundige wiens *statement of truth* in strijd met de waarheid is, is een procedure mogelijk wegens *contempt of court* (PDEA 2.5 en CPR 32.14).

en onder wiens leiding de tests zijn uitgevoerd, met vermelding van hun kwalificaties en ervaring (PIE 13.7). Ook behoren feiten in het deskundigenadvies duidelijk te worden onderscheiden van meningen (PIE 13.9) en vaststaande feiten van niet vaststaande feiten (PIE 13.10).

Aansprakelijkheid

In Engeland kan een deskundige die een deskundigenadvies uitbrengt in een procedure of werkzaamheden verricht ter voorbereiding daarvan, evenals een getuige die een verklaring ter zitting aflegt, vrijwel niet aansprakelijk worden gehouden voor eventuele fouten (*immunity*). Daarvoor plegen drie redenen te worden gegeven. Allereerst moet een deskundige zich in een procedure vrij kunnen uiten zonder te hoeven vrezen dat hij op grond van zijn uitlatingen in een procedure wordt betrokken. Daarnaast moet stapeling van procedures over dezelfde kwestie worden vermeden. Verder zouden deskundigen zonder *immunity* niet bereid zijn te participeren in de rechtspraak.[238]

Andere werkzaamheden van een deskundige, bijvoorbeeld het adviseren van een partij over de kans van slagen van een zaak, kunnen wel aanleiding geven tot aansprakelijkheid voor schade van de partij als gevolg van een fout, ook als het rapport later in een procedure wordt gebruikt.[239] Van een fout is sprake als de deskundige niet heeft gehandeld *in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of his profession*.[240]

Volgens Hodgkinson en James behoort een deskundige civielrechtelijk wel aansprakelijk te kunnen worden gehouden als een partij schade lijdt als gevolg van fouten van de deskundige die een deskundigenadvies in haar opdracht heeft uitgebracht ten behoeve van een procedure. Zij betrekken dertien aspecten in hun betoog. Kort gezegd menen zij dat er op grond van fundamentele verschillen tussen de positie van de getuige en de deskundige geen reden is ten aanzien van deskundigen een uitzondering te maken op de hoofdregel van het aansprakelijkheidsrecht dat een dienstverlener aansprakelijk is voor schade als gevolg van zijn fouten in de dienstverlening. Anders dan de getuige is de deskundige niet verplicht zijn diensten te verlenen en wordt hij voor zijn diensten betaald. Het is eerlijk, redelijk en rechtvaardig dat degene die zijn diensten als deskundige verleent, ervoor instaat dat hij voldoet aan zijn professionele standaard en daarop zonodig kan worden aangesproken. De drie traditionele redenen voor *immunity* zijn volgens hen deels niet juist en deels niet meer van voldoende gewicht.[241] Ook Zuckerman betwijfelt of de *immunity* van deskundigen terecht is. Hij vermeldt dat in ieder geval buiten twijfel staat dat een deskundige aansprakelijk is voor nodeloos veroorzaakte kosten van een deskundigenadvies.[242] Tuchtrecht valt ook bui-

238 Freckelton & Selby 2005, p. 649; Hodgkinson & James 2007, p. 390-391; Zuckerman 2006a, p. 735. O.a.: *Stanton v Callaghan* [2000] 1 QB 75; *Meadow v General Medical Council*, 26 oktober 2006, [2006] EWHC 146 (Admin.). Zie ook Nieberding 2002, p. 201-203.

239 Choo 2006, p. 278; Hodgkinson & James 2007, p. 399-402.

240 Hodgkinson & James 2007, p. 406.

241 Hodgkinson & James 2007, p. 402-407 en 648-649.

242 Zuckerman 2006a, p. 737, met verwijzing naar *Philips v Symes*, [2004] EWHC 2330, Ch.

ten het bereik van *immunity*. Een deskundige die in de uitoefening van zijn beroep is onderworpen aan tuchtrecht, kan zich er niet op beroepen dat zijn gedragingen als deskundige niet onder het tuchtrecht vallen.[243]

5.4.4 Verenigde Staten van Amerika

De bepalingen van de *Federal Rules of Evidence* over deskundigenbewijs schrijven niet voor dat een deskundige onpartijdig behoort te zijn (FRE 701-706). In de Verenigde Staten van Amerika kan de onpartijdigheid van een deskundige evenals in Engeland in een zaak aan de orde komen bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs en bij het processuele debat over een uitgebracht deskundigenadvies:

> 'Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury (...)' (FRE 403).

Met *unfair prejudice* wordt bedoeld *an undue tendency to suggest decision on an improper basis, commonly, though not necessarily, an emotional one*.[244] Omdat deskundigenbewijs in de Verenigde Staten van Amerika zo veel meer dan in Europa in de context van een partijstandpunt kan staan,[245] heeft de onpartijdigheid van deskundigen in de Verenigde Staten van Amerika niet de betekenis die in Europese landen gebruikelijk is.[246] Illustratief is dat een partij in de meeste gerechten zichzelf als deskundige kan doen horen.[247]

5.5 Onpartijdigheid van deskundigen

5.5.1 De eis van onpartijdigheid

In het Nederlandse civiele procesrecht is wettelijk vastgelegd dat een deskundige zijn taak 'onpartijdig' behoort te vervullen (art. 198 lid 1 Rv). De eis van onpartijdigheid wordt ook gesteld aan de deskundige die wordt benoemd door de bestuursrechter (art. 8:34 Awb). In het strafprocesrecht is bepaald dat de deskundige de eed aflegt dat hij zijn taak 'naar geweten' zal vervullen (art. 228 en 299 WvSv). De eis van onpartijdigheid wordt gezien als een element hiervan.[248] In het wetsvoorstel 'Deskundige in strafzaken' is voorzien dat aan de deskundige wordt

243 *General Medical Council v Professor Sir Roy Meadow* [2006] EWCA Civ 1390.
244 Advisory Committee's Note in: Mueller & Kirkpatrick 1996, p. 76.
245 Zie par. 4.3.2.1.
246 Ook in Australië brengt het feit dat een deskundige partijdig is, niet mee dat zijn advies ontoelaatbaar is. Zie Freckelton & Selby 2005, p. 26.
247 Friedman 2004, p. 101 noot 11.
248 Corstens 2008, p. 153.

opgedragen 'naar waarheid, volledig en naar beste inzicht' verslag uit te brengen (art. 51i lid 3 WvSv).[249] In het civiele, straf- en bestuursprocesrecht is niet wettelijk geregeld wat onder onpartijdigheid van een deskundige moet worden verstaan. Wel is duidelijk dat een gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige in de praktijk negatieve gevolgen heeft voor de waarde van een deskundigenadvies voor het bewijs. Hoewel wraking van een deskundige niet (meer) wettelijk is geregeld, pleegt een deskundige te worden vervangen als een klacht van een partij over partijdigheid van de deskundige gegrond wordt bevonden voordat het deskundigenadvies is uitgebracht.

5.5.2 De eis van onpartijdigheid in het verleden

In het verleden kwam de eis van onpartijdigheid van de deskundige tot uitdrukking in de mogelijkheid de deskundige te wraken en in het voorschrift dat de deskundige werd beëdigd.

Wrakingsgronden
Wraking was tot 1923 wettelijk geregeld en bood partijen gelegenheid een deskundige te weren als de deskundige niet de onpartijdigheid had die nodig was voor een betrouwbaar deskundigenbericht.[250] De wrakingsgronden voor getuigen waren van overeenkomstige toepassing op deskundigen (art. 225 Rv 1838). In hoofdzaak betroffen de wrakingsgronden, evenals tegenwoordig in België,[251] bepaalde vormen van bloed- en aanverwantschap, de aanwezigheid van een dienstbetrekking en eigen belangen van de deskundige bij de afloop van de procedure (art. 225 Rv 1838 en art. 1950 BW 1838). De gronden voor wraking van de rechter[252] zijn niet van toepassing geweest op de deskundige. Van Boneval Faure meende dat, als dat wel het geval was geweest, beter tot uitdrukking zou zijn gebracht dat de deskundige zijn mening even onpartijdig als de rechter moet geven.[253]

Afschaffing van wraking
In 1923 is de wettelijke mogelijkheid tot wraking van getuigen en deskundigen afgeschaft.[254] De Minister van Justitie volgde met het desbetreffende wetsvoorstel

---

249 *Kamerstukken II*, 2006/07, 31116, nr. 2. In de MvT (*Kamerstukken II*, 2006/07, nr. 3, p. 5) staat: 'Het opnemen van de verwijzing 'naar waarheid' is bedoeld voor de empirische component in het onderzoek: het gaat voor een deel om het correct uitvoeren en weergeven van verschillende metingen.'

250 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 82.

251 Zie par. 5.4.2.1.

252 Art. 30 Rv 1838. Hierin werden tal van situaties beschreven die aanleiding konden geven tot wraking en die in essentie zijn terug te voeren op een te nauwe betrokkenheid van de rechter bij een procespartij. In 1990 oordeelde de Hoge Raad dat de opsomming van art. 30 Rv 1838 na de uitspraak van het EHRM in de zaak *Hauschildt/Denemarken* (EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990, 627, m.nt. PvD) niet meer als limitatief kon worden beschouwd (HR 30 november 1990, *NJ* 1992, 94, m.nt. HJS). De regeling van art. 30 Rv 1838 is in 1992 vervangen door de algemene regel dat een rechter kan worden gewraakt op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden (art. 36 Rv). In gelijke zin art. 512 WvSv en art. 8:15 Awb.

253 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 82-83.

254 Wet van 22 juni 1923, *Stb*. 1923, 280, volgens Van Rossem/Cleveringa in werking getreden op 12 juli 1923 (Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 677).

het advies van de Staatscommissie-Gratama.[255] Het werd niet langer wenselijk gevonden bepaalde personen op voorhand als getuige of deskundige te diskwalificeren, maar beter geacht dat de rechter iedere getuige kan horen en iedere deskundige kan raadplegen, waarna hij in de bewijswaardering de beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijs kan betrekken. Volgens de toelichting op het wetsvoorstel waren de wrakingsgronden in de praktijk niet effectief en was de kring van wraakbare verwanten onnodig ruim.[256] Wraking in verband met een dienstbetrekking werd in de praktijk veelvuldig verhinderd doordat de dienstbetrekking kort voor een getuigenverhoor werd opgezegd en na het verhoor werd hervat. De mogelijkheid van cassatie tegen de uitleg van het begrip 'belang bij het geding' leidde bovendien tot onredelijke vertraging van procedures en de desbetreffende rechterlijke uitspraken vertoonden weinig uniformiteit. Het was beter de rechter hierover van geval tot geval te laten oordelen, aldus de toelichting.[257]

Aan de eis van onpartijdigheid deed de afschaffing van de wrakingsmogelijkheid niet af. De rechter moest zich ook na de afschaffing van de wraking bewust zijn van het belang geen deskundige te benoemen van wie hij reden heeft om aan te nemen dat het hem aan de nodige objectiviteit ontbreekt. Als de rechter daarvan bij de benoeming niet op de hoogte is, zouden partijen zich later bij de behandeling van het rapport nog over de onpartijdigheid van de deskundige kunnen uitlaten.[258] Volgens Scheltema moesten na de afschaffing van de wrakingsregeling aan de deskundige ten minste dezelfde eisen van onpartijdigheid worden gesteld als aan getuigen, omdat de voorliefde voor een der partijen een nog grotere invloed uitoefent op de gevolgtrekkingen die dikwijls in het deskundigenadvies zijn te vinden, dan op de blote weergave van eigen waarneming van de getuige. Anderzijds bestond aan een regeling hiervan voor de deskundige in zijn opvatting weinig behoefte, omdat de aanwijzing van deskundigen (toen nog)[259] kon geschieden door beide partijen samen.[260]

Beëdiging

Tot 1984 werden deskundigen in het civiele geding beëdigd (art. 224 Rv 1838). In het strafprocesrecht is beëdiging van deskundigen nog steeds voorgeschreven (art. 228 WvSv).[261] Het bestuursprocesrecht (Awb) kent de beëdiging van deskundigen niet.

De inhoud van de eed was niet voorgeschreven. Het was gebruikelijk dat de deskundige de eed aflegde dat hij zijn taak naar zijn geweten zou vervullen, even-

255 *Handelingen der Staten-Generaal,* Bijlagen 1922/23, 337, nr. 3, p. 4.
256 In gelijke zin Scheltema 1939, p. 460-461.
257 *Handelingen der Staten-Generaal,* Bijlagen 1922/23, 337, nr. 3, p. 4-5.
258 *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen 1922/23, 337, nr. 3, p. 5.
259 Zie par. 4.5.2.
260 Scheltema 1939, p. 460-461.
261 In het wetsvoorstel 'Deskundige in strafzaken' (*Kamerstukken II*, 2006/07, 31 116, nr. 2) wordt op dit punt geen wijziging beoogd. Volgens De Werd is de gedachte dat de betrouwbaarheid van een deskundigenadvies niet alleen volgt uit de inhoudelijke expertise van een deskundige, maar ook uit de omstandigheid dat het advies door de deskundige op ambtseed is opgemaakt (EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd onder 3 (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*).

als de deskundige in het strafprocesrecht (art. 228 Sv).[262] Beëdiging werd beschouwd als een waarborg voor de naleving van de eis dat de deskundige zijn taak betrouwbaar vervult.[263] Van Boneval Faure meende dat de betrouwbaarheid van de deskundige afhankelijk is van diens onpartijdigheid.[264]

Afschaffing van beëdiging

De eed is per 1 mei 1984 vervangen door de verplichting de opdracht 'onpartijdig en naar beste weten' te volbrengen, omdat het vertrouwen bestond dat de deskundige zijn taak ook naar behoren zou vervullen zonder eed, om de werklast van de rechter te beperken en om de deskundige tijd en kosten te besparen.[265] Reeds de Staatscommissie-Gratama was met 7 stemmen tegen 1 voorstander geweest van de afschaffing van de deskundigeneed.[266]

Uit de wetsgeschiedenis is niet af te leiden dat met de afschaffing van de beëdiging en de codificatie van de eis van onpartijdigheid is bedoeld onpartijdigheid als voorwaarde te stellen voor de bewijskracht van een deskundigenadvies. Dit zou niet hebben gepast bij de aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende gedachte dat de rechter in bewijskwesties grote vrijheid moet worden gelaten.[267] De wetsgeschiedenis lijkt erop te duiden dat vooral is beoogd aan de *rechter* de verplichting op te leggen in elke zaak een deskundige te zoeken die zijn taak onpartijdig kan vervullen. De Minister van Justitie vermeldde namelijk dat aan het voorstel tot afschaffing van de eed ten grondslag lag:

> 'dat aan beëdiging van deskundigen, die door de rechter na overleg met partijen vanwege hun deskundigheid en betrouwbaarheid zijn aangezocht om ten dienste van de rechter hun deskundig oordeel te geven omtrent feitelijke geschilpunten, geen behoefte bestaat. De keuze en benoeming van deze personen door de rechter houdt immers in beginsel in dat althans bij de rechter het vertrouwen bestaat dat deze deskundigen hun taak naar beste weten en onpartijdig zullen vervullen. Dit vertrouwen vormt dan ook de basis van de beslissing welke de rechter uiteindelijk aan de hand van het deskundigenbericht omtrent de betreffende geschilpunten heeft te nemen, al behoudt de rechter uiteraard de vrijheid van dit deskundigenbericht af te wijken. Aldus bezien voegt de eed, welke deskundigen zouden moeten afleggen, aan de aard en functie van het deskundigenbericht geen extra waarde toe. Dit geldt naar mijn oordeel niet alleen ten aan zien van deskundigen wier ambt of beroepsuitoefening reeds met een eed aanvangt, maar ook voor andere personen die vanwege hun deskundigheid in een bepaalde beroeps- of bedrijfsuitoefening voor het uitbrengen van een deskundigenbericht worden aangezocht en benoemd.'[268]

262 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 224, p. 677.
263 Zie bijv. Rb. Arnhem 14 november 1912, *NJ* 1913, p. 99-101: de betrouwbaarheid van de deskundige wordt gewaarborgd door de eedsaflegging. Zie ook Asser/Anema/Verdam 1953, p. 500; Van Boneval Faure 1893, IV-I, p. 78; Coops/Westerouen van Meeteren 1953, p. 90.
264 Van Boneval Faure 1893, IV-I, p. 82.
265 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, blz. 334-335, MvA TK (1981). Wet van 25 januari 1984, *Stb.* 19, in werking getreden op 1 mei 1984 (*Stb.* 1984, 128). Het betrof aanvankelijk art. 224 lid 2 Rv 1984, toen art. 222 lid 2 Rv 1988, thans art. 198 lid 1 Rv.
266 Notulen Staatscommissie-Gratama 1911-1920 (1913), blz. 548 en 564.
267 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 49, MvT-RO (1969).
268 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 334, MvA TK (1981).

5.5.3 Casuïstiek

Klachten over partijdigheid van een deskundige kunnen soms in het midden worden gelaten. Dat deed zich bijvoorbeeld voor in een zaak waarin een partij klaagde dat de deskundige in het deskundigenadvies te zeer was afgegaan op de lezing van de feiten die de wederpartij tijdens het deskundigenonderzoek had gegeven. Het hof had daarop gereageerd met de overweging dat zijn oordeel hetzelfde was geweest als de lezing van de klagende partij juist zou zijn. Een cassatiemiddel tegen dit oordeel werd verworpen. Volgens de Hoge Raad was het oordeel van het hof van feitelijke aard en kon het in cassatie niet op juistheid worden getoetst.[269] Het spreekt voor zich dat een klacht over partijdigheid van een deskundige mag worden verworpen, als de klacht onvoldoende feitelijk wordt onderbouwd.[270] Als de civiele rechter wel inhoudelijk ingaat op een klacht over partijdigheid van een deskundige, hanteert hij in het algemeen geen duidelijke maatstaf. Dit zal hierna worden toegelicht met behulp van rechterlijke uitspraken.

5.5.3.1 De rechter heeft uit eigen wetenschap vertrouwen in de deskundige

In 1933 verwierp een Amsterdamse kantonrechter het verweer dat een als deskundige benoemde tandarts niet betrouwbaar was. Het was de kantonrechter bekend dat de deskundige gedurende ongeveer twintig jaar, van 1910 tot 1930, een zeer drukke particuliere tandartspraktijk te Amsterdam had uitgeoefend, dat het plaatsen van gouden kronen tot zijn gewone werkzaamheden behoorde, dat de deskundige onder zijn collega's als bijzonder bekwaam bekend stond, geruime tijd secretaris was geweest van de Nederlandsche Maatschappij tot Bevordering der Tandheelkunde en enig plaatsvervangend tandheelkundig lid van het Centraal Medisch Tuchtcollege. De kantonrechter had op deze gronden 'het volste vertrouwen' in de deskundigheid en objectiviteit van de deskundige.[271] Deze oudere uitspraak strookt met de in par. 5.5.2 vermelde opvatting van de Minister van Justitie in de jaren tachtig dat het aan de rechter is om een deskundige te benoemen in wiens onpartijdige taakvervulling hij vertrouwen heeft.

5.5.3.2 Ongunstig oordeel

Hoewel het voor zich spreekt dat een beroep op partijdigheid van een deskundige niet slaagt op de grond dat een deskundigenadvies ongunstig is voor een partij, is de Zwitserse rechter niet de enige die aanleiding zag zich hierover uit te spreken.[272] Ook het hof Arnhem heeft in een zaak geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een partij de bevindingen en conclusies van de deskundige in twijfel trekt, hem nog niet partijdig maakt.[273]

---

269 HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175.
270 HR 20 november 1996 (belastingkamer), *NJ* 1997, 288, m.nt. PCEvW.
271 Ktr. Amsterdam 12 oktober 1933 en 21 december 1933, *NJ* 1934, 1205.
272 Zie par. 5.4.2.6.
273 Hof Arnhem 27 juli 1999, *VR* 2001, 21.

5.5.3.3 Belangenverstrengeling

In een medische aansprakelijkheidszaak bij de rechtbank Arnhem bevonden zich onder de processtukken voorlopige deskundigenberichten van een neuroloog en een orthopedisch chirurg. Ter betwisting hiervan en ter onderbouwing van hun verweer legden gedaagden, onder wie de arts X, een rapport over van een door gedaagden geraadpleegde deskundige Y. De onpartijdigheid van deze partijdeskundige Y was in het geding. In de procedure stond vast dat X ongeveer tien jaar voordat het rapport werd uitgebracht, copromotor was geweest van Y. In het dankwoord in het proefschrift stond:

> 'Zeer geleerde [copromotor], beste [copromotor], jij staat eigenlijk aan de basis van dit proefschrift. Het was voor mij een eer, dat ik de gegevens van de door jou behandelde patiënten voor dit proefschrift mocht gebruiken. Ik ben zeer trots op je en ik ben je zeer dankbaar voor de fantastische manier, waarop je mij hebt opgeleid en mij geholpen hebt bij de totstandkoming van dit proefschrift.'

Eiser had het rapport van Y gemotiveerd betwist met een rapport van een door eiser geraadpleegde deskundige. De rechtbank overwoog ten aanzien van het rapport van Y:

> '27. (...) De rechtbank hecht in dit verband verder geen betekenis aan het rapport van de partijdeskundige dr. [..]. Weliswaar heeft dit rapport vrije bewijskracht maar met de wijze van totstandkoming van een dergelijk rapport kunnen beletselen samenhangen om daaraan enige bewijswaarde toe te kennen. Dat doet zich naar het oordeel van de rechtbank in het bijzonder voor indien een procespartij een eigen deskundige aanzoekt die zo dicht bij die partij staat of heeft gestaan dat reeds op grond daarvan tenminste twijfels kunnen rijzen over de onbevangenheid van de partij-deskundige. Het feit dat [copromotor] dr. [..] heeft opgeleid en zijn copromotor is geweest maakt die twijfels hier gerechtvaardigd.'[274]

Kennelijk achtte de rechtbank het feit dat één van de drie gedaagden de copromotor was geweest van de deskundige zodanig onverenigbaar met de onpartijdigheid van een door een partij ingeschakelde deskundige, dat aan het rapport geen betekenis toekwam voor het bewijs.

Tutoyeren

In een andere zaak werd bij het hof Arnhem in hoger beroep geklaagd dat in eerste aanleg een deskundige was benoemd die niet aan de eis van onpartijdigheid had voldaan. Appellant stelde dat bij een bezichtiging bleek dat de deskundige en geïntimeerde elkaar goed kenden: zij bejegenden elkaar amicaal en noemden elkaar bij de voornaam. Volgens geïntimeerde was niet in te zien dat een deskundige niet onpartijdig kan zijn als hij de ene partij eerder kent dan de andere, waaruit het hof afleidde dat de deskundige en geïntimeerde elkaar tutoyeerden omdat

274 Rb. Arnhem 6 december 2001, 2000/1988, ongepubliceerd.

zij elkaar kenden. Omdat het op de weg had gelegen van geïntimeerde om uiteen te zetten waarvan, hoe lang en hoe goed zij elkaar kenden, was de betwisting van geïntimeerde onvoldoende gemotiveerd en nam het hof aan dat de deskundige de opdracht niet naar de eis van art. 198 lid 1 Rv onpartijdig had volbracht. Volgens het hof werd de waarde van het rapport hierdoor beperkt tot het rapport van een partijdeskundige.[275] De kosten van het deskundigenadvies werden voor rekening van geïntimeerde gebracht alsof hij opdrachtgever was. Het hof tekende hierbij aan dat dit een beslissing was in de verhouding tussen partijen en niet ten opzichte van de in het appel niet betrokken deskundige. Het hof meende dat het in de verhouding tot de deskundige geen beslissing kon nemen omdat partijen de deskundige niet in het debat over zijn onpartijdigheid hadden betrokken.[276] Wellicht zag het hof geen aanleiding de deskundige ambtshalve in de gelegenheid te stellen op de grieven te reageren omdat het niet om de vervanging van een deskundige ging, maar om de waardering van de bewijskracht van een in eerste aanleg uitgebracht deskundigenadvies.

Bedrijfshuuradviescommissie
In een huurprijsgeschil werd de Bedrijfshuuradviescommissie (BHAC)[277] door de kantonrechter ingeschakeld. De verhuurders verzochten de BHAC bepaalde panden in het onderzoek te betrekken. De BHAC liet die panden buiten beschouwing met de overweging dat uit huurcontracten bleek dat de panden eigendom waren van de verhuurders en de BHAC bij het opstellen van haar vergelijking de voorkeur gaf aan panden van derden. Hiertegen kwamen de verhuurders in hoger beroep vergeefs op. Het hof Den Bosch was met de BHAC en de kantonrechter van oordeel dat het de beoordeling van de onpartijdigheid van de deskundigen ten goede komt als zij zoveel mogelijk die vergelijkingspanden buiten beschouwing laten, ten aanzien waarvan één van de procespartijen mogelijk enige invloed heeft uitgeoefend.[278]

Deskundige in dienst van overheidsorgaan
In een bestuursrechtelijke zaak heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat het enkele feit dat een overheidsorgaan het in beroep bestreden besluit mede heeft gebaseerd op het advies van een verzekeringsarts die bij het overheidsorgaan in dienst is, niet meebrengt dat niet langer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak.[279] Dit oordeel stemt overeen met civielrechtelijke uit-

275 In gelijke zin: S.K. Martens. Zie noot 59 in dit hoofdstuk.
276 Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 500, *JBPr* 2004, 56, m.nt. J.W. Westenberg.
277 De Bedrijfshuuradviescommissies zijn naar aanleiding van wetgeving met betrekking tot huur van bedrijfsruimten in het begin van de jaren tachtig van de twintigste eeuw op basis van vrijwilligheid door de Kamers van Koophandel ingesteld om de (kanton)rechter te adviseren in kwesties van huurprijsvaststelling. De Kamers van Koophandel benoemen de commissieleden, die afkomstig kunnen zijn uit kringen van deskundigen op het terrein van onroerend goed, zoals een makelaar, kringen van financieel-economisch deskundigen, zoals een accountant, en kringen van huurders en verhuurders.
278 Hof Den Bosch 14 juni 2005, *LJN* AT9938.
279 CRvB 5 oktober 2001, *LJN* AD5242.

spraken van de Zwitserse[280] en de Engelse[281] rechter. Het hof Amsterdam was daarentegen niet overtuigd dat een door een overheidsorgaan aangedragen deskundige in staat is onpartijdig te adviseren in een zaak waarin het overheidsorgaan partij is. Op last van de overheid was tijdens de vogelpestcrisis in 2003 pluimvee geruimd en waren eieren vernietigd, nadat de waarde was vastgesteld door een taxateur. De eigenaar kon zich niet verenigen met de waardevaststelling. In een procedure bij de kantonrechter werden naast de taxateur twee deskundigen benoemd die op een door het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit gehanteerde lijst stonden. Het hof oordeelde in hoger beroep dat de eigenaar terecht bezwaar had tegen de benoeming van deze twee deskundigen, alleen al omdat zij richtlijnen hanteerden die eenzijdig door, althans in opdracht van het Ministerie waren opgesteld.[282]

Partij als deskundige

Terwijl in de Verenigde Staten van Amerika een partij in sommige gerechten zichzelf als deskundige kan doen horen, heeft de ABRvS in een bestuursrechtelijke zaak geoordeeld dat een partij in een procedure geen eigen kennis of ervaring kan inbrengen bij wijze van deskundigenadvies.[283] Dit oordeel strookt met de opvatting van Scheltema, die eveneens aannam dat een partij niet als deskundige in de eigen zaak kan optreden.[284] De Hoge Raad kwam tot een ander oordeel ten aanzien van de taxatie in de zin van art. 275 K, die niet wordt verricht in opdracht van de rechter, maar door een deskundige over wie partijen het eens zijn. Deze taxatie kan volgens de Hoge Raad ook worden gedaan door een deskundige die tevens zelf de verzekeringnemer en/of de (mede)verzekerde bij de verzekeringsovereenkomst is. Omdat een taxatie in de zin van art. 275 K alleen kan geschieden met instemming van beide partijen, kan de verzekeraar volgens de Hoge Raad vooraf beoordelen of hij zodanig vertrouwen heeft in de persoon en de bekwaamheid van de aan te wijzen deskundige dat hij bereid is de aan diens taxatie verbonden gevolgen te aanvaarden, ook in gevallen waarin de deskundige niet geheel vrij staat met betrekking tot de verzekerde of enig eigen belang heeft bij het verzekerde voorwerp. Niet uitgesloten is dat ook in een dergelijk geval een deskundige volgens de verzekeraar in staat is een onafhankelijk en objectief oordeel te geven over de waarde van de voorwerpen waarop de verzekering betrekking heeft. De verzekeraar die hiermee akkoord gaat, kan zich vervolgens echter niet meer beroepen op een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de taxateur.[285] Kennelijk kan in de visie van de Hoge Raad afstand worden gedaan van het recht op een

280 Zie par. 5.4.2.6.
281 Zie par. 5.4.3.
282 Hof Amsterdam 23 februari 2006, *LJN* AX0124.
283 ABRvS 28 juni 1999, *JB* 1999/219, m.nt. MAH. In gelijke zin Scheltema 1939, p. 456 en 460. Anders: Asser/Anema/Verdam 1953, p. 500.
284 Scheltema 1939, p. 460.
285 HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 176, waarover: Van Dijk 2001. Zie ook Hof Leeuwarden 25 juni 1941, *NJ* 1941, 789: de partij die in een overeenkomst met de wederpartij een deskundige had aangewezen, kon zich er daarna bij de rechter niet met succes op beroepen dat de deskundige ongeschikt was voor zijn taak.

onpartijdige deskundige als beide partijen het eens zijn over de persoon van de deskundige.

5.5.3.4 Contacten met één partij

Een makelaar die als deskundige was benoemd in een verdeling na echtscheiding, werd door de vrouw ingeschakeld bij de verkoop van onroerende zaken. De man voerde vervolgens aan dat de makelaar niet langer als onpartijdig kon worden beschouwd. Kennelijk op grond hiervan besloot het hof Den Bosch tot vervanging van de deskundige.[286] Verdere motivering ontbreekt.

Een WAM-verzekeraar klaagde in een whiplash-zaak dat de door de rechtbank benoemde arbeidsdeskundige partijdig was omdat deze alleen met de wederpartij had gesproken. De rechtbank Roermond verwierp de klacht met de overweging dat de deskundige had vermeld dat de verzekeraar vooraf op de hoogte was van het horen van de wederpartij, zodat de verzekeraar daarbij aanwezig had kunnen zijn. De rechtbank oordeelde dat het voor risico van de verzekeraar komt dat deze hiervan geen gebruik heeft gemaakt.[287] De rechtbank Leeuwarden werd in een zaak geconfronteerd met een klacht over partijdigheid van een deskundige die vragen had gesteld aan de partijdeskundige van de ene partij, zonder tevens de partijdeskundige van de wederpartij te benaderen. Volgens de rechtbank was dit onvoldoende om te concluderen dat de deskundige partijdig was.[288]

Eenzijdig verkregen informatie gebruiken

De rechtbank Arnhem heeft aanleiding gezien een nieuw deskundigenadvies in te winnen in een zaak waarin de eerder benoemde deskundige de uitgangspunten van de opdracht had miskend en in het deskundigenadvies niet alleen was afgegaan op de informatie uit het procesdossier, maar tevens op informatie die hij mondeling van één partij buiten medeweten van de wederpartij had verkregen. Na verschijning van het concept-rapport sprak de deskundige alsnog met de wederpartij. Laatstgenoemde klaagde bij de rechtbank over partijdigheid van de deskundige. De rechtbank nam bij de beoordeling van de klacht in aanmerking dat de deskundige niet verplicht was partijen in elkaars aanwezigheid te horen,[289] maar vond het van belang dat de deskundige partijen in een wezenlijk andere fase van het deskundigenonderzoek buiten elkaars aanwezigheid had gehoord, terwijl voor de ene partij niet voldoende kenbaar was wat door de andere partij met de deskundige was besproken en in hoeverre de informatie van de andere partij had bijgedragen aan het concept-rapport van de deskundige. De rechtbank vond het begrijpelijk dat de wederpartij het vertrouwen in de onpartijdigheid van de deskundige had verloren, zag daarom geen aanleiding de deskundige om een nadere toelichting te vra-

286 Hof Den Bosch 17 oktober 2006, *LJN* BA0264. Zie ook Hof Amsterdam 23 november 2006, *NJF* 2007, 59: niet in aanmerking voor een benoeming als deskundige kwam een persoon die als adviseur van één van partijen bleek op te treden.
287 Rb. Roermond 24 maart 2005, *LJN* AT2618.
288 Rb. Leeuwarden 14 november 2007, *LJN* BB8114.
289 HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234.

gen en achtte benoeming van een andere deskundige noodzakelijk.[290] Het oordeel van de rechtbank dat de klacht over partijdigheid van de deskundige begrijpelijk is, bevat een zeker subjectief element en lijkt daarom niet volledig aan te sluiten bij de in par. 5.3.4.4 besproken Straatsburgse maatstaf van de objectief gerechtvaardigde schijn van partijdigheid.

Bezichtiging in aanwezigheid van één partij
Een eigenaar van een pand vorderde schadevergoeding van een gemeente en stelde dat de gemeente zich onvoldoende had ingespannen om haar toezegging na te komen dat zij zou proberen de bestemming van het pand te wijzigen. In eerste aanleg werd een deskundige benoemd. Deze bezichtigde het pand en sprak bij de bezichtiging met de eigenaar van het pand. Hij had verzuimd de gemeente uit te nodigen en die was bij de bezichtiging niet vertegenwoordigd. De klacht van de gemeente hierover achtte de rechtbank juist, maar volgens de rechtbank was er onvoldoende aanleiding het rapport op deze grond geheel of ten dele buiten beschouwing te laten. In hoger beroep voerde de gemeente aan dat de deskundige een eenzijdig beeld had geschetst en zijn taak niet onpartijdig en naar beste weten had verricht. Volgens het hof was het onjuist om de gemeente niet uit te nodigen, maar was de gemeente daardoor niet in haar belangen geschaad. De deskundige had, alvorens te rapporteren, zijn concept-rapport aan partijen gezonden en hen in de gelegenheid gesteld daarop commentaar te leveren. Het commentaar van de gemeente was door de deskundige in het definitieve rapport in aanmerking genomen en vermeld. De grief werd verworpen.[291]

In een zaak bij de rechtbank Rotterdam was in geschil of een woning ten tijde van de koop niet de eigenschappen had die nodig zijn voor een normaal gebruik als woonhuis. De rechtbank had een deskundige benoemd, die het huis had bezichtigd. Het betrof de woning van eisers. De wederpartijen klaagden dat de deskundige partijdig was, omdat hij hen niet had uitgenodigd om de bezichtiging bij te wonen. De rechtbank constateerde dat de deskundige de wederpartijen in strijd met de instructie van de rechtbank niet had uitgenodigd om bij de bezichtiging te zijn. Omdat het de woning van eisers betrof, kon de rechtbank zich voorstellen dat eisers aanwezig waren geweest, ook al bleek dat niet uit het deskundigenadvies. De rechtbank nam aan dat de deskundige zich niet eenzijdig had laten voorlichten door eisers, omdat in het deskundigenadvies was aangetekend dat gedaagden niet waren uitgenodigd voor de plaatsopneming in verband met de stellige overtuiging van de deskundige dat de inspectie volstrekt onafhankelijk moest plaatsvinden. De klacht over partijdigheid van de deskundige werd niet expliciet verworpen. Het enkele feit dat de wederpartijen niet bij de plaatsopneming aanwezig waren geweest, stond volgens de rechtbank niet in de weg aan het gebruik van het deskundigenadvies in de uitspraak.[292]

290 Rb. Arnhem 12 oktober 2005, *LJN* AU8391.
291 Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5418. Anders: Hof Arnhem 8 april 2008, *LJN* BD2252.
292 Rb. Rotterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB3478.

Contacten met één partij na het deskundigenadvies
Van een deskundige wordt verlangd dat hij zijn onpartijdigheid ook bewaakt nadat het deskundigenadvies is voltooid. Een deskundige die in opdracht van de rechter in eerste aanleg een deskundigenadvies had uitgebracht en op verzoek van één partij commentaar had geleverd op de uitspraak van de rechtbank, kwam in hoger beroep niet meer in aanmerking als deskundige toen het hof nadere voorlichting door een deskundige noodzakelijk achtte.[293]

De rechtbank Arnhem kwam in een andere zaak tot een ander oordeel. In geschil was of whiplashklachten ongevalsgevolg waren. Op gemeenschappelijk verzoek van partijen was een rapport uitgebracht door een neuroloog. Deze had daarna aanvullend gerapporteerd op verzoek van alleen eiser. De rechtbank verwierp het verweer van de verzekeraar dat het aanvullende rapport niet aan het bewijs kon bijdragen. Eiser had bij de aanvullende vragen de daaraan voorafgaande correspondentie tussen partijen gevoegd en de vragen kwamen de rechtbank niet onlogisch voor. Volgens de rechtbank waren de vragen dermate 'open' dat niet op grond hiervan kon worden geoordeeld dat de neuroloog zijn rapporten niet (meer) objectief en naar beste weten had opgesteld. Ook de inhoud van het aanvullende rapport bood daarvoor geen aanknopingspunten. De enkele omstandigheid dat eiser zich eenzijdig tot de neuroloog had gewend, maakte dit volgens de rechtbank niet anders. Essentieel was dat partijen zich bij de rechter hebben kunnen uitlaten over de bewijsmiddelen, waaronder de beide rapporten. De verzekeraar had hiervan gebruik gemaakt en had nagelaten te vermelden welke andere vragen aan de neuroloog hadden moeten worden voorgelegd.[294]

5.5.3.5 Betrokkenheid van een deskundige bij dezelfde zaak of dezelfde materie

Eerder kwam aan de orde dat een deskundige die in een zaak door een partij is ingeschakeld, volgens de Oostenrijkse rechter in dezelfde zaak niet meer door de rechter behoort te worden benoemd.[295] In Nederland vond de rechtbank Zutphen benoeming van TNO als deskundige ter beoordeling van de brandwerendheid van materialen minder gelukkig in een zaak waarin TNO Bouw op verzoek van een partij reeds een rapport had opgemaakt, ook al hoefde volgens de rechtbank in het algemeen aan de deskundigheid en onafhankelijkheid van TNO niet te worden getwijfeld. De rechtbank benoemde een deskundige van Peutz B.V., aan wiens onafhankelijkheid volgens de rechtbank niet afdeed dat in het verleden door een afdeling van Peutz B.V. voor partijen een akoestische proef was gedaan, omdat het daarbij was gegaan om een ander vakgebied en andere medewerkers.[296]

---

293 Hof Leeuwarden 20 september 2000, 9900083, ongepubliceerd. De zaak heeft geleid tot HR 12 november 2004, *LJN* AP9636; vlg. conclusie A-G Verkade onder 2.6. Vgl. Vzr. Rb. Amsterdam 10 januari 2008, *LJN* BC3099: door rechtbank benoemde deskundige hoefde geen antwoord te geven op na beëindiging van de opdracht door één van partijen gestelde nadere vragen.
294 Rb. Arnhem 15 februari 2006, *LJN* AW1836.
295 Zie par. 5.4.2.4.
296 Rb. Zutphen 14 maart 2007, *LJN* BB0906.

De rechtbank Groningen heeft het ongewenst geacht dat een deskundige die in opdracht van een partij onroerend goed heeft gewaardeerd, daarna door de kantonrechter was benoemd om hetzelfde onroerend goed te taxeren. Het verweer dat het niet nodig was de deskundige te vervangen, omdat de kantonrechter in totaal drie deskundigen had benoemd en deze het eens waren over de waarde, werd verworpen. Volgens de rechtbank kon het inzicht van een nieuw te benoemen deskundige aanleiding geven tot wijziging van het oordeel van de beide andere deskundigen.[297]

Naar mijn mening valt te betwijfelen of een gewijzigd oordeel een reële optie is. Fernhout heeft erop gewezen dat het risico van *belief perseverance*, de menselijke neiging om vast te houden aan een eerder gegeven oordeel, meebrengt dat fouten in een deskundigenonderzoek eigenlijk alleen kunnen worden hersteld door een geheel nieuw deskundigenonderzoek te gelasten.[298]

Betrokkenheid bij de materie

Betrokkenheid van een deskundige bij de materie van het deskundigenonderzoek doet, vergelijkbaar met uitspraken van de Zwitserse rechter,[299] in het algemeen niet af aan de onpartijdigheid van de deskundige. Het hof Den Haag zag in het feit dat in een octrooizaak in eerste aanleg deskundigen waren benoemd die in andere zaken over hetzelfde octrooi ook een deskundigenadvies hadden uitgebracht, geen aanleiding hen in hoger beroep als deskundige te diskwalificeren. Het hof meende dat een deskundige onpartijdig moest zijn. Daaronder moest volgens het hof worden verstaan dat de deskundige beide partijen gelijk behandelt en onbevangen tegenover de zaak staat, dat wil zeggen dat hij openstaat voor alle argumenten die door partijen worden aangevoerd en deze nauwlettend en eerlijk onderzoekt en weegt, maar niet dat hij tevoren nog geen enkel oordeel heeft gehad omtrent de betrokken materie of onderdelen daarvan.[300]

Standpunt van de beroepsvereniging

Het hof Arnhem was van oordeel dat de onpartijdigheid van een neuroloog niet in het geding kwam doordat zijn beroepsvereniging een standpunt had ingenomen over het postwhiplashsyndroom. In deze zaak was in hoger beroep aangevoerd dat een neuroloog, door de rechtbank benoemd om een voorlopig deskundigenbericht uit te brengen, geen onafhankelijk en onpartijdig oordeel zou kunnen geven. Het hof overwoog dat de klacht geen doel trof:

> 'Dat Nederlandse neurologen whiplash hebben erkend als oorzaak voor klachten en beperkingen en dat volgens [verzekeraar] en [verzekerde] in de jurisprudentie nimmer door een Nederlandse neuroloog is geconcludeerd dat betrokkene geen whiplash heeft, maakt niet dat Nederlandse

297 Rb. Groningen 3 december 1948, *NJ* 1949, 701. Het ging om een waardering ex art. 62 Successiewet.
298 Noot van F. Fernhout bij EHRM 2 juni 2005 (*Cottin/België*), *EHRC* 2005, 72.
299 Zie par. 5.4.2.6.
300 Hof Den Haag 8 februari 1950, *NJ* 1951, 198. Ook de grief dat één van de deskundigen, die bijna tachtig was, te oud was om als deskundige op te treden, werd verworpen, 'nu niet is gesteld, laat staan aannemelijk gemaakt dat hij door ouderdom ongeschikt is geworden tot intellectueel werk.'

> neurologen, in het onderhavige geval de benoemde deskundige, geen onafhankelijk en onpartijdig oordeel kunnen geven. Erkenning van whiplash als zodanig heeft immers niet tot gevolg dat een Nederlandse neuroloog geen onafhankelijke en onpartijdige beoordeling zou kunnen geven ten aanzien van de vraag of in een specifieke situatie sprake is van een whiplash.'[301]

Dit doet denken aan rechtspraak van de Duitse[302] en de Zwitserse[303] rechter: een standpunt over het onderwerp van het deskundigenonderzoek, ingenomen in een wetenschappelijke publicatie, doet in beginsel niet af aan de onpartijdigheid van een deskundige, tenzij in de publicatie op de zaak zelf zou zijn ingegaan.

Pregnant standpunt van de deskundige

Enkele jaren eerder was aan het hof Arnhem ook een zaak voorgelegd waarin het standpunt van een neuroloog een rol speelde. Een WAM-verzekeraar had het hof verzocht een voorlopig deskundigenbericht te gelasten over de vraag of een slachtoffer van een verkeersongeval een postwhiplashsyndroom als gevolg van het ongeval had. De WAM-verzekeraar wenste benoeming van een met name genoemde neuroloog.[304] Tussen partijen was reeds een bodemprocedure aanhangig. Het slachtoffer stelde geen vertrouwen te hebben in de objectiviteit van de voorgestelde neuroloog. Volgens het slachtoffer had deze neuroloog een pregnant standpunt over whiplash. Het hof overwoog dat de te benoemen deskundige een persoon dient te zijn die een onafhankelijk en onpartijdig oordeel kan geven. Zelfs de schijn van partijdigheid moet ontbreken en geen van partijen moet in redelijkheid bezwaar tegen de te benoemen persoon kunnen hebben. Gezien de bezwaren van het slachtoffer tegen de benoeming van de door de verzekeraar genoemde neuroloog, zou volgens het hof niet deze neuroloog tot deskundige moeten worden benoemd, maar een andere medisch specialist, in wiens deskundigheid en onafhankelijkheid ook het slachtoffer vertrouwen had. Omdat de verzekeraar het verzoek uitdrukkelijk had beperkt tot benoeming van de met name genoemde neuroloog, werd het verzoek afgewezen.[305] In deze zaak valt op dat het hof het standpunt van het slachtoffer over de onpartijdigheid van de neuroloog zonder meer honoreert en niet aan een eigen oordeel onderwerpt. Kennelijk en begrijpelijk geeft het hof er de voorkeur aan dat de deskundige voor beide partijen aanvaardbaar is. Dat neemt niet weg dat het verzoek afkomstig was van de verzekeraar en een toewijsbaar verzoek niet kan worden afgewezen op de grond dat de wederpartij van de verzoeker bezwaar heeft tegen de door de verzoeker voorgestelde deskundige, tenzij het bezwaar door de rechter gerechtvaardigd en voldoende zwaarwegend wordt geacht.[306]

---

301 Hof Arnhem 21 januari 2003, rekestnummer 2002/502, ongepubliceerd.
302 Zie par. 5.4.2.2.
303 Zie par. 5.4.2.6.
304 Benoeming van een bepaalde persoon kan volgens de Hoge Raad geen onderwerp zijn van een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht. Zie HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77.
305 Hof Arnhem 17 maart 1998, *VR* 1998, 123.
306 Zie over de beoordeling van een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht par. 4.5.1.

Een deskundige die door de rechtbank werd benoemd in een verzekeringszaak over opstalschade als gevolg van brand, had tijdens het deskundigenonderzoek in gezelschap van de verzekerde een bezoek gebracht aan een reconditioneringsbedrijf, zonder de verzekeraar daarbij eveneens uit te nodigen. In het deskundigenbericht liet hij zich in algemene zin negatief uit over de wijze van schadeafwikkeling door de verzekeraar, ook buiten de grenzen van de opdracht. Bij een daaropvolgend deskundigenverhoor had de deskundige onder andere verklaard dat hij lid was van een stichting van contra-experts die hoofdzakelijk voor verzekerden optreden. De bezwaren van de verzekeraar tegen het deskundigenbericht werden door de rechtbank verworpen. In hoger beroep kwam de verzekeraar hiertegen op. Het hof was van oordeel dat de deskundige niet onpartijdig was en dat het deskundigenbericht niet bruikbaar was voor de verdere beslissing van de zaak. Volgens het hof bleek uit overgelegde internetpublicaties van de stichting dat de deskundige zich 'vanuit zijn bedrijfsvoering en taakopvatting (...) (hoofdzakelijk) inzet voor de belangen van verzekerden en zonder enige reserve stelling neemt tegen verzekeraars in het algemeen'.[307]

Veelvuldig optreden voor een professionele procespartij
De Centrale Raad van Beroep heeft geoordeeld dat uit het enkele feit dat bepaalde personen regelmatig in verschillende zaken als deskundigen worden geraadpleegd, niet kan worden afgeleid dat zij niet onafhankelijk of onpartijdig zouden zijn.[308] De appellant in deze zaak had zich op het standpunt gesteld dat de desbetreffende deskundigen regelmatig optraden voor verzekeringsmaatschappijen en bekend stonden als 'werkgeversdeskundigen'. Zoals besproken in par. 5.3.4.3, was een soortgelijk argument volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Brandstetter/Oostenrijk evenmin aanleiding om een deskundige partijdig te achten. Ook in Engeland is het argument verworpen, zoals vermeld in par. 5.4.3.

5.5.3.6 Betekenis van het eigen oordeel van een deskundige over zijn onpartijdigheid

In de drie hierna te bespreken zaken kreeg de deskundige van de rechter gelegenheid te reageren op een klacht over partijdigheid, waarna de rechter het eigen oordeel van de deskundige over zijn onpartijdigheid overnam.

Bij de beoordeling van een geschil tussen Remu enerzijds en de Staat en De Klerk anderzijds over de aansprakelijkheid voor schade aan kabels achtte de rechtbank een deskundigenonderzoek nodig. Remu stelde voor een met name genoemde medewerker van KEMA als deskundige te benoemen. De Staat en De Klerk beriepen zich op de schijn van partijdigheid van deze persoon. Zij stelden daartoe dat Remu een klant was van KEMA en dat Remu na advies van TNO om KEMA te benoemen zelf de betrokken medewerker had voorgesteld. Volgens de rechtbank

307 Hof Arnhem 8 april 2008, *LJN* BD2252.
308 CRvB 10 augustus 2006, *LJN* AY6543.

was dat onvoldoende voor gerede twijfel aan de onafhankelijkheid van KEMA jegens partijen. De rechtbank achtte de onpartijdigheid van KEMA afdoende gewaarborgd op grond van informatie die KEMA desgevraagd aan de rechtbank had verstrekt:

> 'KEMA Nederland B.V. levert diensten op het gebied van energievoorziening en kwaliteitszorg in Nederland en daarbuiten. De Nederlandse elektriciteitsbedrijven behoren tot onze klantenkring. Conform haar statuten is KEMA daarbij bij het vormen van haar oordeel en het vastleggen daarvan onafhankelijk van opdrachtgevers en derden.
> In dat kader hanteert KEMA in het algemeen de gedragslijn, dat haar werknemers die betrokken zijn (geweest) bij de ontwikkeling of fabricage van producten of werkwijze dan wel bij het (management)systeem van een bepaalde partij, geen werkzaamheden ten behoeve van die partij verrichten tot beoordeling van dergelijke producten, werkwijze of organisatie.'[309]

De rechtbank overwoog 'ten overvloede' dat deskundigen op het onderhavige gebied niet in ruime mate voorhanden zijn. Zoals uiteengezet in par. 5.3.4.6, is de beschikbaarheid van deskundigen bij de beoordeling van de onpartijdigheid van een deskundige ook wel meegewogen door de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

De rechtbank Leeuwarden benoemde een deskundige in een geschil over de vraag of een door de ene partij aan de andere partij verkocht paard geschikt was voor de fokkerij. Gedaagde trok de onpartijdigheid van de door de rechtbank benoemde deskundige in twijfel, waarna de deskundige de rechtbank desgevraagd als volgt informeerde:

> 'Kende u [eiser] voordat u uw onderzoek in deze zaak heeft verricht?
> Antwoord: Nee. Ik had [eiser] nimmer ontmoet. [Eiser] had twee kennissen bij zich, een vader en een zoon, die ik wel oppervlakkig ken van keuringen van de Koninklijke Vereniging Het Friesch Paarden Stamboek. De naam van deze mensen is mij echter niet bekend. Ik tref hen zo nu en dan op keuringen in het zuiden van het land. [Gedaagde] ken ik ook oppervlakkig. Ook hem tref ik met enige regelmaat op keuringen van de Koninklijke Vereniging Het Friesch Paarden Stamboek of op andere hippische evenementen.'

De rechtbank oordeelde vervolgens dat het enkele feit dat de deskundige twee kennissen van eiser en gedaagde oppervlakkig kende, omdat hij deze personen met enige regelmaat trof op keuringen, niet meebracht dat twijfel aan de onpartijdigheid van de deskundige gerechtvaardigd was.[310] Het hof Leeuwarden verenigde zich in hoger beroep met dit oordeel met de overweging dat geen nieuwe feiten waren gesteld die twijfel aan de onpartijdigheid van de deskundige konden voeden, bijvoorbeeld door overlegging van een rapport van een partijdeskundige.[311]

---

309 Rb. Breda 16 juni 2004, *LJN* AP3011.
310 Rb. Leeuwarden 6 september 2000, H 97.987, ongepubliceerd.
311 Hof Leeuwarden 24 juli 2002, *LJN* AE5850.

De rechtbank Amsterdam benoemde in een medische aansprakelijkheidszaak een deskundige die niet bereid bleek de benoeming te aanvaarden. In zijn plaats benoemde de rechtbank een andere deskundige, X, die de benoeming aanvaardde. Beide partijen maakten daarop kenbaar aan de rechtbank dat zij het ongelukkig achtten dat de rechtbank X had benoemd en deze de benoeming had aanvaard. Als reden gaven zij hiervoor dat X zich publiekelijk afficheerde als leerling van gedaagde. De rechtbank zag geen aanleiding de deskundige X te vervangen en overwoog dat X zich, nadat hij daarover expliciet door de rechtbank was bevraagd, voldoende vrij had geacht een deskundigenadvies in de zaak uit te brengen.[312] Hier wreekt zich dat het inzicht van de rechter in de kwalificaties van de deskundige voorafgaand aan de benoeming in hoge mate afhankelijk is van toevalligheden, zolang er geen behoorlijk deskundigenregister is. Dat X was opgeleid door gedaagde, stond op de website van X.

Pleidooi voor een zelfstandig oordeel van de rechter
In par. 5.3 heb ik uiteengezet dat het naar Straatsburgse rechtspraak aan de rechter is om toezicht te houden op de onpartijdigheid van de deskundige. In par. 5.5.2 kwam aan de orde dat de Minister van Justitie een vergelijkbaar standpunt heeft ingenomen. Als de rechter onvoldoende oog heeft voor de onpartijdigheid van de deskundige, kan de onpartijdigheid van het gerecht in het gedrang komen, zoals blijkt uit de uitspraak in de zaak Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland.[313] Naar mijn opvatting is het dan ook niet toereikend dat de rechter de visie van een deskundige op diens onpartijdigheid in een bepaalde zaak overneemt zonder zelfstandig te toetsen of de indruk van een partij dat een deskundige partijdig is, op grond van alle omstandigheden van het geval gerechtvaardigd is.

5.5.3.7 Klacht over partijdigheid van deskundige doorbreekt appelverbod niet

Tegen de benoeming van een deskundige in de bodemprocedure staat in beginsel geen rechtsmiddel open (art. 194 lid 2 Rv). Tegen de toewijzende beslissing op een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht is geen hogere voorziening toegelaten (art. 204 lid 2 Rv).[314] Een rechtsmiddelenverbod kan in beginsel worden doorbroken, als wordt geklaagd dat bij de behandeling van de zaak in de vorige instantie een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Het hof Den Bosch heeft in twee zaken geoordeeld dat klachten van een partij over partijdigheid van de door de rechtbank benoemde deskundige onvoldoende zijn voor doorbreking van het appelverbod.[315] Eén van deze

312 Rb. Amsterdam 28 maart 2007, 330997/HAZA 05-3449, ongepubliceerd.
313 EHRM 5 juli 2007, 31930/04, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, besproken door Coenraad 2007a (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*). Zie par. 5.3.4.7.
314 Zie par. 4.5.2.
315 Hof Den Bosch 17 mei 2005, *LJN* AT6702; Hof Den Bosch 9 augustus 2005, *LJN* AU4102, *JBPr* 2006, 68, m.nt. E.F. Groot. Vgl. Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 500, *JBPr* 2004, 56, m.nt. J.W. Westenberg, r.o. 4.3.

zaken betrof een boedelscheiding, waarin door de rechtbank Maastricht onder andere deskundigen waren benoemd die waren verbonden aan de vestiging van PriceWaterhouse Coopers Accountants N.V. te Den Bosch. De man voerde in hoger beroep aan dat deze deskundigen hun werkzaamheden wegens belangenverstrengeling niet naar behoren zouden kunnen verrichten, waarbij hij erop wees dat de zus van de vrouw was getrouwd met de directeur/eigenaar van deze vestiging. Volgens de vrouw was haar zwager daar geen aandeelhouder of directeur geweest en was hij er al ruim een jaar niet meer werkzaam. Het hof vond dat de gestelde belangenverstrengeling onvoldoende was voor schending van een fundamenteel rechtsbeginsel, waardoor het toepasselijke appelverbod niet werd doorbroken.

Zoals hiervoor vermeld, heeft de Zwitserse rechter een klacht over partijdigheid van een deskundige wel voldoende geacht voor doorbreking van een rechtsmiddelenverbod.[316]

5.5.3.8 Beoordeling van een klacht over partijdigheid van een deskundige blijft achterwege

In een aansprakelijkheidszaak tegen een dierenarts, die een aankoopkeuring van een paard had verricht, werd bij pleidooi in hoger beroep door de koper van het paard aangevoerd dat de door de rechter in eerste aanleg benoemde deskundige partijdig was. De koper had kort tevoren vernomen dat de deskundige opleider was geweest van de dierenarts. Het hof ging in de uitspraak niet in op de klacht over partijdigheid van de deskundige, waartegen in cassatie vergeefs werd opgekomen. Het hof had het deskundigenadvies slechts gebruikt bij de beoordeling van de vraag of de dierenarts de keuring naar behoren had verricht. Het hof had in de pleitnota op dit punt kennelijk geen bestrijding van de objectiviteit van het oordeel van de deskundige gelezen. Dat was, gezien de pleitnota, volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. Uit het arrest blijkt dat de koper tegen het oordeel van de deskundige over de aankoopkeuring geen bezwaar had gemaakt en dat dit oordeel niet afweek van het oordeel van de tuchtrechter, bij wie de koper een klacht tegen de dierenarts had ingediend. De koper had de klacht over partijdigheid geuit in samenhang met bezwaren tegen de beantwoording door de deskundige van vragen over kwesties waaraan het hof in de beoordeling niet was toegekomen.[317] Desalniettemin vind ik het opvallend dat de rechter in feitelijke instantie in de visie van de Hoge Raad kennelijk niet hoeft in te gaan op een klacht over partijdigheid van de deskundige als de klacht wordt geuit in samenhang met een gedeelte van het deskundigenadvies dat niet voor het rechterlijk oordeel wordt gebruikt. Een eventueel gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige raakt immers naar zijn aard het gehele deskundigenadvies in de kern.

316 Zie par. 5.4.2.6.
317 HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 9.

In een zaak waarin een gynaecoloog aansprakelijk was gesteld na een mislukte sterilisatie en in hoger beroep vergeefs was geklaagd dat een deskundige partijdig was, heeft de Hoge Raad het toelaatbaar geacht dat het hof deze klacht niet had beoordeeld en zelf evenmin een oordeel had gegeven over de onpartijdigheid van de deskundige.[318]

De casus was als volgt. De gynaecoloog had bij een vrouw een sterilisatie verricht. De vrouw is daarna zwanger geraakt. Bij een hersterilisatie door X is een video vervaardigd. X heeft een rapport van zijn bevindingen opgemaakt. Volgens X had de gynaecoloog bij de eerste sterilisatie een fout gemaakt. Op verzoek van partijen heeft Y een deskundigenadvies uitgebracht over de oorzaak van het mislukken van de eerste sterilisatie. Volgens Y had de gynaecoloog geen fout gemaakt. Partijen slaagden er niet in de zaak te regelen.

Bij de rechtbank vorderde de vrouw veroordeling van de gynaecoloog tot schadevergoeding. De rechtbank wilde Y tot deskundige benoemen. Eiseres vreesde dat Y niet meer onbevangen tegenover de zaak zou staan en wenste benoeming van een andere deskundige. De rechtbank stelde daarop voor niet alleen Y, maar ook Z als deskundige te benoemen. Hiermee ging eiseres akkoord. Y en Z brachten ieder een rapport uit. De rechtbank stelde eiseres in het gelijk.

In hoger beroep legde de gynaecoloog ter onderbouwing van zijn standpunt dat hij geen fout had gemaakt, een nota over van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG). De vrouw voerde in hoger beroep aan dat de deskundige Y de schijn van partijdigheid had gewekt, omdat hij samen met de wederpartij lid was geweest van de commissie die de NVOG-Nota had voorbereid, terwijl deze commissie slechts uit drie personen bestond. Zij betoogde voorts dat haar wederpartij en de deskundige Y de NVOG-Nota de status van een wetenschappelijk stuk trachtten te geven, terwijl de Nota volgens haar in de grond niet meer was dan een voorlichtingsfolder voor gynaecologen ter voorkoming van aansprakelijkheid.

Het hof stelde de vrouw in het ongelijk op basis van vrijwel hetzelfde bewijsmateriaal, waaronder het buitengerechtelijke rapport van Y en zijn in opdracht van de rechtbank uitgebrachte deskundigenadvies. Het hof ging bij de bewijswaardering niet in op de klacht van de vrouw dat de deskundige Y niet onpartijdig was.

In cassatie klaagde de vrouw dat het hof zijn arrest ontoereikend had gemotiveerd door bij de bewijswaardering onvoldoende rekening te houden met onder andere haar bezwaar dat de deskundige Y niet onpartijdig was en niet op dit bezwaar in te gaan. Het hof heeft volgens de vrouw blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting als het tot uitgangspunt heeft genomen dat haar bezwaren niet relevant zijn bij de beoordeling van de rapportage in het kader van de totale bewijswaardering. De Hoge Raad oordeelde dat het hof op de kwestie van de onpartijdigheid van de deskundige niet met zoveel woorden hoefde in te gaan, omdat de deskundigen Y en Z op essentiële punten hetzelfde oordeel hadden, eiseres in eerste aanleg

318 HR 25 november 2005, *LJN* AT9053.

akkoord was gegaan met de benoeming van Z, eiseres tegen het oordeel van Z geen bezwaren had geuit en uit de uitspraak van het hof bleek dat het hof de bezwaren van eiseres tegen de deskundige Y had gezien. Evenmin heeft het hof volgens de Hoge Raad blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Weliswaar had het hof in eerdere overwegingen in hetzelfde arrest overwogen dat het, indien noodzakelijk, zou terugkomen op de bezwaren van de vrouw, maar het hof heeft volgens de Hoge Raad kennelijk geoordeeld dat dit niet meer nodig was, omdat de rechtbank juist in verband met de bezwaren van de vrouw Y en Z als deskundigen had benoemd en de vrouw hiermee uitdrukkelijk had ingestemd door aan de rechtbank te laten weten dat daarmee afdoende aan haar bezwaren tegemoet gekomen was.

Meldplicht van een deskundige

Volgens de Hoge Raad kon het deskundigenadvies van Z het oordeel van het hof dus zelfstandig dragen en was het daarom overbodig de klacht over partijdigheid van de deskun-dige Y te beoordelen. Het hof had zijn oordeel echter mede op het deskundigenadvies van Y gebaseerd en desondanks de klacht niet beoordeeld. In de redenering van de Hoge Raad is ook dan het belang van de onpartijdigheid van een deskundige kennelijk ondergeschikt aan het motiveringsbeginsel en mag de rechter in feitelijke instantie een klacht over partijdigheid van een deskundige impliciet in zijn bewijsoordeel weerleggen. Verder had de vrouw in de opvatting van de Hoge Raad kennelijk afstand gedaan van haar recht om alsnog de onpartijdigheid van Y in twijfel te trekken door bij de rechtbank in te stemmen met de benoeming van Y en Z. Anders laat zich niet goed verklaren waarom het niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt om niet in te gaan op een gemotiveerde klacht dat in de bewijswaardering een rapport is betrokken van een deskundige die niet aan een wettelijke eis voldoet (art. 198 lid 2 Rv). Zoals hiervoor vermeld, duidt een uitspraak van de Hoge Raad over de schadetaxatie in de zin van art. 275 K er eveneens op dat een partij die instemt met de keuze van een deskundige, daarop niet kan terugkomen. Een verschil met laatstgenoemde zaak is echter dat de vrouw de deskundige in deze zaak niet zelf heeft voorgesteld. De vrouw reageerde op een voorstel van de rechter tijdens de behandeling van haar zaak en had volgens art. 194 lid 2 Rv geen beslissende invloed op de keuze van de deskundige. Vanuit het oogpunt van de aanvaardbaarheid van het rechterlijk oordeel voor de verliezende partij rijst de vraag waarom de Hoge Raad er geen aandacht aan besteedt dat eiseres, toen zij in eerste aanleg haar bezwaar tegen Y liet varen en zich akkoord verklaarde met benoeming van Y en Z, kennelijk niet wist dat haar wederpartij en de deskundige Y lid waren van het bewuste driemanschap. Wellicht had van eiseres mogen worden verlangd dat zij zich daarvan toen op de hoogte had gesteld. Meer nog had het echter op de weg van Y gelegen, die na aanvaarding van de benoeming verplicht was de opdracht onpartijdig te vervullen, aan de rechtbank en partijen mededeling te doen over zijn relatie met de gynaecoloog. Dit wordt althans in menig Europees land van een deskundige verlangd.[319] Dan had direct kunnen worden beoordeeld of er een gebrek was in zijn onpartijdigheid.

319 Zie par. 5.4.

Relatie met Straatsburgse rechtspraak
Bezien in het licht van rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over de onpartijdigheid van deskundigen[320] roept de uitspraak nog een vraag op. Er wordt namelijk door de Hoge Raad kennelijk geen rekening mee gehouden of Y en Z geheel zelfstandig dan wel na overleg tot hun oordeel zijn gekomen. Weliswaar hebben zij afzonderlijk gerapporteerd, maar de Hoge Raad haalt aan dat in een brief van Y aan de advocaat van de vrouw is vermeld dat de tijd van de vrouw om op de concept-deskundigenadviezen te reageren ruimschoots is verstreken en 'dat de deskundigen om verder tijdverlies te vermijden hebben besloten de definitieve rapportage aan de rechtbank te zenden' (r.o. 3.3). Het ligt dan weinig voor de hand zonder meer aan te nemen dat Z over de inhoud van het advies geen overleg heeft gehad met Y, temeer niet daar Y reeds voorafgaand aan de procedure een standpunt had ingenomen in een buitengerechtelijk rapport. Als zij wel overleg hebben gehad, is niet goed in te zien dat, zoals de Hoge Raad kennelijk aanneemt door te oordelen dat het deskundigenadvies van Z het oordeel van het hof zelfstandig kon dragen, de klacht over partijdigheid van Y het advies van Z niet kon raken. Dit is relevant voor de vraag of de weigering om de onpartijdigheid van Y te beoordelen zich verdraagt met de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Het betrof immers een zaak waarin aan de deskundigen geheel of ten dele dezelfde vraag was voorgelegd als de door de rechter te beoordelen vraag, de rechter niet in staat was om het geschilpunt zonder deskundige voorlichting te beoordelen en te verwachten viel dat het deskundigenrapport van overwegende invloed op de uitspraak zou zijn. De deskundigen hebben zelfstandig feitenonderzoek gedaan waartoe de rechter niet in staat was, bijvoorbeeld door bestudering van de videobeelden van de tweede sterilisatie, en de uitkomsten van hun feitenonderzoek zijn relevant voor de beslissing. Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet, behoort de rechter een advies van een partijdige deskundige niet voor het bewijs te gebruiken zonder gelegenheid te bieden voor herstel.[321] Het hof had dan ook, alvorens het advies van Y voor het bewijs te gebruiken, de klacht over zijn partijdigheid moeten beoordelen en bij gegrondbevinding moeten nagaan of het gebrek was hersteld met het deskundigenadvies van Z en de mogelijkheden van de vrouw om daarop effectief commentaar te leveren. De Hoge Raad had, alvorens te oordelen dat de onpartijdigheid van Y geen beoordeling behoefde omdat het deskundigenadvies van Z het oordeel van het hof zelfstandig kon dragen, moeten beoordelen of, indien de klacht over de onpartijdigheid van Y zou opgaan, door de rechter in feitelijke instantie voldoende gelegenheid tot herstel van dit gebrek was geboden. Wellicht heeft de Hoge Raad dat overigens impliciet beoogd met de overweging dat de rechtbank juist in verband met de bezwaren van de vrouw Y en Z als deskundigen had benoemd en de vrouw hiermee uitdrukkelijk had ingestemd door aan de rechtbank te laten weten dat daarmee afdoende aan haar bezwaren tegemoet gekomen was.

320 Zie par. 5.3.
321 Zie par. 5.3.5.

5.5.4 Voorstellen om de eis van onpartijdigheid duidelijker in te vullen

Zoals ik in hoofdstuk 2 heb vermeld, staat het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure niet op zichzelf, maar onderhoudt het een relatie met het belang dat de procedure binnen een redelijke termijn kan eindigen en het belang dat de kosten van een procedure voor partijen aanvaardbaar zijn.[322] Dit perspectief vergt dat een deskundige zo spoedig mogelijk kan worden vervangen nadat feiten of omstandigheden blijken die zich niet verdragen met de eis van onpartijdigheid. Het Nederlandse civiele procesrecht kent hiervoor sinds de afschaffing van de wraking van deskundigen geen regels meer. Ook in procesreglementen is hierin niet voorzien. In het systeem van art. 198 lid 1 en 152 lid 2 Rv is uitgangspunt dat de rechter voorafgaand aan de benoeming beoordeelt of een deskundige onpartijdig is en dat klachten van een partij over partijdigheid van een deskundige na de benoeming worden beoordeeld bij de bewijswaardering van het deskundigenadvies. In de praktijk is de rechter in feitelijke instantie meestal bereid ook na de benoeming en voordat het deskundigenadvies is ingeleverd te beslissen over zulke klachten van een partij of twijfels van een deskundige. Niet alleen het belang van een onpartijdig deskundigenadvies voor de waarheidsvinding in de civiele procedure wordt hiermee gediend, maar ook het belang dat een procedure binnen een redelijke termijn kan eindigen en het belang dat nodeloze kosten zo veel mogelijk worden vermeden.

Pleidooi voor een zichtbaar toetsingskader

Uit de in par. 5.5.3 besproken rechterlijke uitspraken blijkt dat de Nederlandse civiele rechter de eis van onpartijdigheid van een deskundige niet eenduidig hanteert. Hij geeft bij de beoordeling van een klacht over partijdigheid van een deskundige geen blijk van een ijkpunt en lijkt vooral naar bevind van zaken te handelen. Naar mijn opvatting zou het de rechtszekerheid van partijen en deskundigen ten goede komen, als de rechter (duidelijker) acht zou slaan op de algemene lijnen die zijn af te leiden uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en die in andere landen worden gevolgd. Die omschrijf ik als volgt. In zaken waarin een deskundige een van de rechter afgeleide taak vervult in de waarheidsvinding in de civiele procedure, behoort de rechter het deskundigenadvies niet in de bewijswaardering te betrekken als zich een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige voordoet en onvoldoende gelegenheid is geboden tot herstel daarvan. Is de onpartijdigheid van de deskundige in geschil, dan behoort de rechter die te beoordelen alvorens het deskundigenadvies voor het bewijs te gebruiken. Hierbij gaat het erom of de vrees van een partij dat een deskundige partijdig is, objectief gerechtvaardigd is op grond van door de wederpartij of de deskundige niet weersproken dan wel na betwisting aannemelijk geworden feiten of omstandigheden. De beoordeling of de schijn van partijdigheid in een bepaald geval gerechtvaardigd is, is feitelijk en afhankelijk van alle omstan-

322 Zie par. 2.5.

digheden van het geval. De schijn van partijdigheid is in ieder geval gerechtvaardigd als de deskundige in een afhankelijkheidsrelatie staat tot een partij of haar advocaat, of als de deskundige in dezelfde zaak één van partijen heeft bijgestaan of geadviseerd.

Suggesties voor procedurele voorschriften
Partijen, rechter en deskundige hebben naar mijn opvatting uit het oogpunt van rechtszekerheid niet alleen baat bij een helder en zichtbaar toetsingskader, maar ook bij de vastlegging van enkele procedurele regels over de meest voor de hand liggende kwesties rondom de onpartijdigheid van de deskundige. Daarmee kan in mijn visie tot uitdrukking worden gebracht dat partijen en de deskundige erop kunnen vertrouwen dat de rechter ook na de benoeming en vóór inlevering van het deskundigenadvies de onpartijdigheid van een deskundige in voorkomende gevallen toetst aan de Europeesrechtelijke en in andere landen gebruikelijke maatstaf van de objectieve onpartijdigheid. Zo zou kunnen worden vastgelegd dat een partij, na de benoeming en vóór inlevering van het deskundigenadvies, feiten of omstandigheden die tot vervanging van de deskundige aanleiding kunnen geven en waarop zij zich wenst te beroepen, zo spoedig mogelijk moet aanvoeren nadat zij daarmee bekend is geworden. Wordt hieraan niet voldaan, dan kan daarmee rekening worden gehouden in de kostenveroordeling. Ook zou een deskundige er toe kunnen worden verplicht feiten die zijn onpartijdigheid kunnen aantasten, aanstonds te melden.

Aan deze meldplicht zou hij overigens deels kunnen voldoen door standaard gebruik te maken van een *disclosure statement*. In een *disclosure statement* geeft een deskundige een overzicht van zijn opleiding, werkervaring en publicaties. Een deskundige stelt een *disclosure statement* eenmalig op en houdt het vervolgens actueel. Zeker zolang deze gegevens niet zijn te vinden in een register waarin deskundigen worden ingeschreven op basis van een kwaliteitstoets, is het zinvol dat een partij bij haar voorstellen aan de rechter voor de keuze van de deskundige, waar mogelijk inzicht verschaft in de bekwaamheden van de deskundige door middel van een *disclosure statement*. Ook de rechter of griffier die contact heeft met een deskundige over diens bereidheid om als deskundige op te treden, zou de deskundige moeten vragen het *disclosure statement* toe te zenden, indien dat nog niet door een partij is gedaan. Vervolgens zou het in kopie aan partijen moeten worden gezonden. Langs deze weg stelt de deskundige zowel partijen als de rechter in staat om op basis van de meest voor de hand liggende informatie tijdig na te gaan of hij in hun ogen onpartijdig en naar beste weten zal kunnen functioneren.[323] Informatie over contacten met bepaalde personen zal niet altijd blijken uit een *disclosure statement*. Deze zal de deskundige soms pas kunnen melden na kennisneming van de processtukken, of naar aanleiding van zijn contacten met partijen na de benoeming. Ook dan mag van hem worden verwacht dat hij feiten die zijn onpartijdigheid kunnen aantasten, aanstond meldt.

---

323 Zie over het '*disclosure statement*' bijv.: De Groot & Elbers 2008, par. 5.3.1.1 en 6.4.2.1; Smeehuijzen 2003; Van Dijk 2007, p. 441; Verkerk 2007, p. 495.

Wordt aan de meldplicht niet voldaan, dan kan daarmee rekening worden gehouden bij de begroting van het salaris van de deskundige. Verder ligt het voor de hand dat een deskundige verplicht is zijn werkzaamheden op te schorten als hem bekend is dat de rechter zal beslissen over zijn onpartijdigheid. Hij behoort naar mijn opvatting te kunnen reageren op een klacht over zijn onpartijdigheid, tenzij de klacht aanstonds wordt verworpen. Een reactie van de deskundige zal vaak nodig zijn om de gegrondheid van een klacht te kunnen beoordelen, nog daargelaten of een deskundige zelf behoefte heeft om te reageren.

Rechtsmiddelenkwesties

Wanneer naar huidig recht op een 'wrakingsverzoek' wordt beslist en tegelijk de deskundige wordt vervangen, staat daartegen waarschijnlijk geen rechtsmiddel open. Bij de vervanging van een deskundige wordt immers een deskundige benoemd en tegen de benoeming van een deskundige staat geen rechtsmiddel open (art. 194 lid 2 Rv).[324]

Wordt een wrakingsregeling ontworpen, dan verdient overweging of voor een partij een rechtsmiddel open moet staan tegen de wrakingsbeslissing. Wordt dit niet afzonderlijk geregeld, dan zal de beslissing op een wrakingsverzoek een tussenuitspraak zijn waartegen slechts met verlof van de rechter tussentijds kan worden opgekomen (art. 337 lid 2 Rv). Dat biedt meer ruimte dan bij wraking van een rechter is voorzien, want tegen de beslissing op een wrakingsverzoek van een rechter staat geen voorziening open (art. 39 lid 5 Rv), tenzij er aanleiding is voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod.

Naar mijn mening is het niet wenselijk dat de procedure verder kan worden opgehouden door een rechtsmiddel tegen de beslissing op een wrakingsverzoek. Dan zou zonder redelijke grond doorslaggevende betekenis worden toegekend aan het belang van een onherroepelijke beslissing over de onpartijdigheid van een deskundige. Dat is een kwestie die geen afzonderlijke voorvraag bevat, maar opgaat in de later in de procedure te beantwoorden vraag of het deskundigenadvies aan de beslissing in het geschil van partijen ten grondslag mag liggen. Verder oponthoud zou daarom in mijn visie onvoldoende recht doen aan andere belangen die met de afwikkeling van een civiele procedure zijn gemoeid, zoals belangen van de wederpartij om voortvarend te procederen, of het belang dat de aandacht voor het werkelijke geschil van partijen in de procedure voorop staat en niet nodeloos wordt vertroebeld door procesrechtelijke complicaties. Evenals in Oostenrijk[325] en Spanje[326] moet volgens mij tegen de beslissing op een wrakingsverzoek slechts een rechtsmiddel kunnen worden aangewend tegelijk met een rechtsmiddel tegen de einduitspraak. Denkbaar is wel dat met verlof van de rechter alsnog tussentijds kan worden opgekomen tegen een tussenuitspraak,[327] maar dan zou het hoger

324 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77; HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 256, m.nt. HJS, *JBPr* 2004, 67, m.nt. H.W. Wiersma; Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 500, *JBPr* 2004, 56, m.nt. J.W. Westenberg; Hof Leeuwarden 22 februari 2006, *LJN* AV2479.

325 Zie par. 5.4.2.4.

326 Zie par. 5.4.2.5.

327 HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510, m.nt. DA, *JBPr* 2004, 22, m.nt. H.W. Wiersma, r.o. 3.4.

beroep in mijn opvatting geen schorsende werking moeten hebben, evenals in Duitsland[328] en Frankrijk.[329]

Een tweede rechtsmiddelenkwestie heeft betrekking op de deskundige. In landen met regels voor wraking van deskundigen staat tegen een gegronde wraking geen rechtsmiddel voor de deskundige open. In Frankrijk wordt hiervoor volgens mij terecht als argument genoemd dat de deskundige geen procespartij is.[330] Door de gegrondverklaring van een wraking krijgt een deskundige ook geen eigen belang bij de procedure, anders dan de getuige wiens beroep op een verschoningsrecht wordt afgewezen en die daarom een rechtsmiddel tegen deze beslissing kan instellen. Om deze redenen behoort voor een deskundige naar mijn mening geen rechtsmiddel open te staan van de gegrondverklaring van een wrakingsverzoek. Wanneer een wrakingsregeling wordt getroffen, zou meer algemeen kunnen worden vastgelegd dat aan de deskundige geen rechtsmiddel toekomt terzake van beslissingen van de rechter, tenzij het de begroting van zijn kosten en salaris betreft.[331]

De voorstellen bezien tegen de achtergrond van de rolverdeling tussen partijen, rechter en deskundige

Zoals te zien is in landen met wrakingsregels, kunnen regels over de vervanging van een deskundige meestal niet verhinderen dat een klacht over partijdigheid van een deskundige in geval van een voltooid deskundigenadvies bij de bewijswaardering moet worden beoordeeld. Het maakt dan geen verschil of de klacht eerder is geuit, maar is verworpen, of pas na inlevering van het deskundigenadvies naar voren is gebracht. Wel wordt met wrakingsregels onderkend dat het belang van waarheidsvinding en de belangen van de aanvaardbare duur en kosten van een procedure waar mogelijk met elkaar moeten worden verenigd. Zo bezien laat de noodzaak van wrakingsregels zich mede verklaren vanuit de toegenomen betekenis van het procesrecht in het publieke domein.[332] Ook de rolverdeling tussen partijen, rechter en deskundige verschaft een argument om terug te keren naar procedurele regels voor de beoordeling van klachten over partijdigheid van een deskundige. Partijen hebben zowel voor als na de benoeming geen mogelijkheden om de deskundige van hun gezamenlijke voorkeur te kiezen.[333] Hun invloed op de keuze van de deskundige is beperkt, terwijl het deskundigenadvies meestal bepalend is voor de uitkomst van hun zaak. Door in 1923 de wrakingsregels af te schaffen en in 1988 de invloed van partijen op de keuze van de deskundige te beperken, terwijl partijen toch al geen aanspraak hebben op bewijslevering door middel van een deskundigenadvies,[334] heeft de wetgever de zeggenschap van partijen over

328 Zie par. 5.4.2.2.
329 Zie par. 5.4.2.3.
330 Zie par. 5.4.2.3.
331 Zie par. 3.2.4.
332 Zie par. 2.3.
333 Zie par. 4.5.2.
334 Zie par. 4.5.1.

de bewijslevering van feiten die aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd en tussen hen in geschil zijn, verder teruggedrongen dan in landen waar het bestaan van wrakingsregels wordt verklaard uit de geringe invloed van partijen op de keuze van de deskundige in samenhang met het gewicht van het deskundigenadvies voor de uitkomst van de zaak. In par. 4.4 heb ik betoogd dat het Nederlandse deskundigenbewijs in verhouding tot het deskundigenbewijs in menig ander Europees land in de wisselwerking van de rolverdeling tussen partijen, rechter en deskundige relatief weinig ruimte kent voor de autonomie van partijen. Met regels voor de beoordeling van klachten over partijdigheid van een deskundige kan op dit punt naar mijn opvatting naar verbetering worden gestreefd.

5.6 Naar beste weten

5.6.1 Betekenis in het civiele procesrecht

Over de betekenis van de verplichting van de deskundige om de opdracht 'naar beste weten' te vervullen, is weinig bekend. In de wetsgeschiedenis is er slechts over te vinden dat de bepaling volgens de Minister van Justitie nodig was om wettelijk vast te leggen dat een deskundige aansprakelijk is als hij de verplichting niet nakomt:

> 'In verband met de voorgestelde afschaffing van de beëdiging van deskundigen is het tevens wenselijk de taak van de deskundigen te formuleren, aldus dat de deskundige verplicht is zijn taak onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. (…)
> De vaste commissie heeft zich voorts afgevraagd of (...) niet terecht wordt voorgesteld de bepaling volgens welke een eenmaal beëdigd deskundige verplicht is de opdracht te volbrengen, te schrappen. Hoewel het in voorkomende gevallen van weigering meestal weinig zinvol is te trachten de weigerachtige deskundige door middel van sancties alsnog tot vervulling van zijn taak te brengen, en vervanging door een nieuwe deskundige alsdan de voorkeur verdient, meen ik toch dat artikel 216, oorspronkelijk derde, thans tweede lid, zij het met aanpassing aan de voorgestelde schrapping van de beëdiging van deskundigen, niet kan worden gemist. Er kan immers, wanneer deskundigen hun taak niet of niet behoorlijk vervullen, schade ontstaan voor (een van) partijen. Indien in een dergelijk geval de elementen voor een actie uit wanprestatie of onrechtmatige daad aanwezig zijn, dient de benadeelde partij de deskundige voor deze schade aansprakelijk te kunnen stellen en daartoe dient in beginsel vast te staan dat de deskundige die zijn taak aanvaard heeft, verplicht is deze taak na te komen.'[335]

De vraag of een deskundigenadvies naar beste weten is uitgebracht, lost zich in de praktijk meestal op in de bewijswaardering en wordt als zodanig in de uitspraak na deskundigenadvies zelden beantwoord. Het feit dat de deskundige de verplich-

335 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 334-335, MvA TK (1981). Vgl. Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*) (oud), art. 222, aant. 3.

ting op zich heeft genomen om de opdracht naar beste weten te vervullen, is veelal aanleiding voor de (impliciete) veronderstelling dat het deskundigenadvies naar beste weten is uitgebracht, tenzij er aanwijzingen zijn voor het tegendeel. Als een partij gemotiveerd betwist dat de deskundige naar beste weten heeft geadviseerd, bijvoorbeeld met een rapport van een partijdeskundige, kan aan de orde komen wat onder 'naar beste weten' is te verstaan. De rechter mist dan, evenals bij de zojuist genoemde veronderstelling, een belangrijk deel van de kennis en ervaring die nodig is om te beoordelen of een deskundigenadvies naar beste weten van de deskundige tot stand is gekomen. Dit gemis was immers meestal juist de aanleiding om een deskundigenadvies in te winnen. Deze kennisparadox, nader beschreven in par. 1.4.4, impliceert dat de rechter in veel gevallen slechts tot op zekere hoogte kan nagaan of het deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is[336] en de conclusie wordt gedragen door hetgeen de deskundige daaraan ten grondslag heeft gelegd.

'Naar beste weten' in civiele aansprakelijkheidszaken

Ook civielrechtelijke aansprakelijkheidszaken bieden weinig houvast om de betekenis te duiden van de verplichting om de opdracht naar beste weten te vervullen. Bij de beoordeling van gestelde en betwiste fouten zal het gaan om de vraag of een deskundige heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelende deskundige in gelijke omstandigheden mocht worden verlangd.[337] Hiervan kan onderdeel zijn of de deskundige naar beste weten heeft gehandeld. In aansprakelijkheidszaken en bij de uitleg van 'naar beste weten' is onder andere relevant of een deskundige is gebonden aan normen op zijn vakgebied. Is een deskundige onderworpen aan tuchtrecht, dan kan rechtspraak van de tuchtrechter aanwijzingen bevatten over de betekenis van de verplichting om de opdracht naar beste weten te verrichten. Dit zal hierna worden toegelicht met behulp van tuchtspraak ten aanzien van artsen en registeraccountants.

In civiele aansprakelijkheidszaken kan de vraag of een deskundige aansprakelijk is voor een fout echter niet los worden gezien van de vraag of de partij die de deskundige aansprakelijk acht, voldoende gebruik heeft gemaakt van de processuele mogelijkheden om het deskundigenadvies te betwisten en de daarop gebaseerde rechterlijke uitspraak te bestrijden. Eventuele fouten van een deskundige kunnen zich immers vertalen in de bewijswaardering nadat partijen commentaar hebben kunnen leveren op het deskundigenadvies en zijn daarmee in beginsel vatbaar voor herstel in dezelfde of een hogere instantie in de procedure waarin het deskundigenadvies is uitgebracht. Dit kan meebrengen dat er geen noodzaak is om te beoordelen of een deskundige een fout heeft gemaakt, en buiten beschouwing kan blijven of een deskundige naar beste weten heeft geadviseerd.

---

336 Over 'volledig, begrijpelijk en logisch te volgen': par. 7.5.2.5 en 7.5.3.6.

337 Zie m.b.t. beroepsaansprakelijkheid in het algemeen bijv. Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 51c. Zie voor een voorbeeld van toepassing van de norm op partijdeskundigen: Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR2224.

Situaties waarin een deskundige in het algemeen niet naar beste weten zal hebben geadviseerd, kunnen zich bijvoorbeeld voordoen als een deskundige buiten de opdracht treedt[338] of de opdracht op essentiële onderdelen onjuist of onvolledig vervult.[339] Het ligt ook in de rede dat een deskundige de opdracht niet naar beste weten heeft vervuld als de deskundige tekortschiet in een verplichting op zijn vakgebied om een valide en betrouwbare onderzoeksmethode te hanteren, de validiteit of de betrouwbaarheid van een gehanteerde onderzoeksmethode te waarborgen, of de methode verkeerd heeft toegepast.

De deskundige die de benoeming heeft aanvaard en de verplichting niet nakomt om de opdracht onpartijdig en naar beste weten te vervullen, kan overigens een strafbaar feit tegen het openbaar gezag plegen (art. 192 WvSr; art. 444 WvSr).[340]

5.6.2 Civiele rechtspraak

Soms bevat een uitspraak in een civiele zaak aanwijzingen over de betekenis van 'naar beste weten'. Allereerst verdient een uitspraak van hof Arnhem in een medische aansprakelijkheidszaak vermelding. In deze zaak was een anonieme verklaring van een partijdeskundige overgelegd. In de uitspraak heeft het hof een overzicht gegeven van aspecten die van belang zijn bij de beoordeling van de kwaliteit van een deskundigenadvies:

> 'Bij de beoordeling of een gynaecoloog aansprakelijk is voor bepaald (in een procedure) ter discussie gesteld medisch handelen is de rechter in belangrijke mate afhankelijk van de overgelegde medische deskundigenrapporten, omdat de conclusies van de deskundige betrekking hebben op technische kennis buiten het vakgebied van de rechter. Daarbij is ook de persoon van de deskundige van belang voor de waardering van zijn/haar bevindingen. Van belang is onder meer of de deskundige heeft gerapporteerd binnen zijn vakgebied, of hij gezien zijn positie binnen de medische professie als onafhankelijk heeft te gelden en of hij ten opzichte van partijen als onafhankelijk kan worden beschouwd. Wat betreft de medisch inhoudelijke waardering van een deskundigenbericht is het van belang te weten of omtrent het te beoordelen medisch handelen meerdere opvattingen verdedigbaar zijn, zodat van belang is te weten of de deskundige tot een bepaalde "school" behoort. Een anoniem deskundigenrapport kan de wederpartij noch de rechter op zijn merites beoordelen. Dat de procureur van [appellanten] instaat voor de juistheid van de kwalificaties en ervaring van de betreffende medisch adviseur maakt dat niet anders en kan hen derhalve niet baten. Derhalve heeft de rechtbank in het vonnis van 28 juli 2004 (rov. 7) met juist-

338 Bijv. Hof Arnhem 13 juni 2006, *LJN* AY9107. In deze zaak stond tussen partijen stond vast dat een kind dyslexie had. Een psycholoog, die als deskundige was benoemd ter beantwoording van de vraag of een basisschool fouten had gemaakt bij het onderwijs aan het kind, had in het deskundigenadvies niet als vaststaand aangenomen dat het kind dyslexie had. Daardoor ging de deskundige volgens het hof zijn opdracht te buiten. Zie ook Rb. Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC7179, r.o. 2.18.

339 Een voorbeeld biedt de reeds in het kader van de onpartijdigheid besproken uitspraak van Rb. Arnhem van 12 oktober 2005, *LJN* AU8391 (zie noot 290 in dit hoofdstuk). In deze zaak had de deskundige volgens de rechtbank de uitgangspunten van de opdracht miskend.

340 Rutgers *(Burgerlijke Rechtsvordering*) (oud), art. 222, aant. 1 en 4; noot van A.C. 't Hart onder 7 bij HR 9 december 1986, *NJ* 1987, 632.

heid geoordeeld dat aan het anonieme overgelegde obstetrisch gynaecologisch preadvies geen bewijskracht toekomt. Het hof zal tevens voorbijgaan aan het bij memorie van grieven overgelegde anonieme preadvies.'[341]

De onderzoeksvrijheid van de deskundige

In het arrest Halcion II heeft de Hoge Raad geoordeeld – aansluitend bij de parlementaire geschiedenis[342] – dat deskundigen binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid hebben om onderzoek te verrichten op de wijze die hun het beste voorkomt.[343] Hiermee wordt aan een deskundige een zekere vrijheid verleend om te bepalen wat het op zijn vakgebied betekent om de opdracht naar beste weten te vervullen. Volgens de rechtbank Rotterdam is het bijvoorbeeld aan de deskundige om te bepalen welk onderzoek hij op grond van zijn kennis en ervaring noodzakelijk acht om tot een juiste beantwoording van de aan hem gestelde vragen te komen.[344] Onderdeel van de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek is ook de keuze van de onderzoeksmethode. Zoals de rechtbank Arnhem overwoog: de keuze voor een deskundige impliceert de keuze van zijn methode.[345] Partijen kunnen de deskundige niet dwingen om een bepaalde onderzoeksmethode te kiezen. Weliswaar kan een partij in het kader van opmerkingen en verzoeken (art. 198 lid 2 Rv) aan de deskundige vragen om een bepaalde methode toe te passen, maar de deskundige is niet gehouden daaraan te voldoen.[346] In enkele hierna te bespreken uitspraken is aan de orde in hoeverre een deskundige vrij is in de keuze van de onderzoeksmethode en of de rechter aan een deskundige kan voorschrijven welke onderzoeksmethode hij dient toe te passen.

Keuze van de onderzoeksmethode

In een geschil over de betaling van achterstallig loon bij ziekte stelde een werkgever in hoger beroep dat een door de werknemer overgelegd rapport van een verzekeringsarts niet voldeed aan de in art. 7:629a lid 3 BW gestelde eis dat de deskundige verplicht is zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten te volbrengen, omdat de verzekeringsarts het rapport had opgesteld zonder de werkgever te horen. Hof Den Bosch leidde uit het deskundigenoordeel af dat de deskundige geen informatie had ingewonnen bij de werkgever, de ARBO-arts en de behande-

341 Hof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481. Een partijrapport van een inspecteur van een pensioenfonds, dat verklaringen bevatte van werknemers zonder vermelding van hun namen, mocht volgens de Hoge Raad als geschrift met vrije bewijskracht voor het bewijs worden gebruikt. Het ontbreken van de namen was een factor die bij de waardering van het bewijs in aanmerking moest worden genomen (HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 109).

342 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 344, Nadere MvA TK (1985).

343 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers (*Halcion II*), r.o. 3.1. In vergelijkbare zin: HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 (*WE/VIB II*).

344 Rb. Rotterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB3478.

345 Rb. Arnhem 10 oktober 2007, *LJN* BB5995, *JA* 2008, 26, m.nt. G. de Groot. Vgl. Rb. Arnhem 26 maart 2008, *LJN* BC8808: '2.5. [eiser] heeft bij akte voorstellen gedaan voor de wijze waarop de deskundige zijn onderzoek zal uitvoeren. De rechtbank passeert deze omdat ook de wijze van onderzoek aan de deskundige dient te worden overgelaten.'

346 Conclusie A-G Langemeijer onder 2.12 bij HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456, m.nt. F.C.B. van Wijmen.

lende sector. Hoewel hun consultatie in bepaalde gevallen volgens het hof gewenst kan zijn om een evenwichtig(er) beeld te krijgen van de situatie waarin de werknemer verkeert, betekende dit niet dat de deskundige in dit geval op basis van de vergaarde informatie niet tot een medisch verantwoord oordeel had kunnen komen. De op eigen wetenschap en ervaring gebaseerde bevindingen van de verzekeringsarts, neergelegd in het deskundigenoordeel, boden volgens het hof een toereikende grondslag om daaruit conclusies te trekken met betrekking tot de arbeids(on)geschiktheid van de werknemer. Het hof nam hierbij in aanmerking dat de werkgever niet concreet had gesteld en niet was gebleken dat de verzekeringsarts partijdig was of het onderzoek niet naar beste weten had uitgevoerd. Het hof concludeerde dat het deskundigenoordeel voldeed aan de daaraan te stellen eisen.[347] In deze zaak liet het hof het dus aan de deskundige over om te bepalen met welke onderzoeksmethode wordt voldaan aan de eis dat het deskundigenadvies 'naar beste weten' is opgesteld.

In een andere zaak kwam het hof Leeuwarden tot een vergelijkbaar oordeel. Nadat in opdracht van de rechter in eerste aanleg een deskundigenadvies was uitgebracht, kwamen appellanten in hoger beroep op tegen de wijze waarop de door de rechtbank benoemde deskundige het onderzoek had uitgevoerd, en tegen het feit dat de rechtbank de onderzoeksmethode van de deskundige had aanvaard. Volgens appellanten had de deskundige ten onrechte een onderzoek ter plaatse achterwege gelaten. Volgens het hof is uitgangspunt dat de deskundige na aanvaarding van de benoeming verplicht is de opdracht naar beste weten te volbrengen. De deskundige heeft daarbij binnen de grenzen van de hem gegeven opdracht de vrijheid het onderzoek te verrichten op de wijze die hem geraden voorkomt. De keuze die de deskundige in dit verband maakt, zal in het algemeen geëerbiedigd moeten worden indien vast komt te staan dat de gehanteerde onderzoeksmethode verantwoord is. De deskundige had in het deskundigenadvies de redenen genoemd waarom een onderzoek ter plaatse niet nodig was en de vraagstelling kon worden beantwoord aan de hand van eerder door andere deskundigen uitgebrachte rapportages. Na kritiek van appellanten had de deskundige deze keuze nader toegelicht en de kritiek verworpen. Volgens het hof had de deskundige genoegzaam aangetoond dat de wijze waarop zij haar onderzoek had verricht, geen afbreuk deed aan de bruikbaarheid van het deskundigenadvies.[348]

In een zaak die hiervoor aan de orde kwam in het kader van de onpartijdigheid, maakte een eigenaar van vernietigd pluimvee er bezwaar tegen dat de kantonrechter bij de benoeming van deskundigen had bepaald dat de deskundigen een hertaxatie moesten uitvoeren met inachtneming van richtlijnen gehanteerd door de wederpartij, het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit. Het hof Amsterdam achtte dit bezwaar gegrond, omdat de wet niet de mogelijkheid bood aan de deskundigen een bepaalde werkwijze voor te schrijven.[349] Dit oordeel

347 Hof Den Bosch 12 maart 2003, *LJN* AG8056.
348 Hof Leeuwarden 11 oktober 2006, *LJN* AZ0110.
349 Hof Amsterdam 23 februari 2006, *LJN* AX0124. Zie par. 5.5.3.3.

strookt niet met de opvatting van de Hoge Raad in een andere zaak. In een geschil tussen voormalige echtelieden over de verdeling van de huwelijkgemeenschap benoemde de rechtbank een deskundige met het oog op de waardering van de praktijkvennootschap van de man. In hoger beroep voerde de man aan dat de rechtbank ten onrechte aan de deskundige geen instructie had gegeven voor de waarderingsgrondslag van de onderneming. Het hof achtte deze grief gegrond en overwoog:

> 'Gezien het feit dat er tussen partijen geen overeenstemming bestaat over de waarderingsgrondslagen acht het hof het wenselijk dat de rechter de waarderingsgrondslag voor de onderneming vaststelt voor de deskundige. De uitgangspunten voor de waardering kunnen van grote invloed zijn op de uitkomst. Het hof is met de deskundige van de man voorshands van oordeel dat voor de waardering van deze onderneming uitgegaan dient te worden van een actuele intrinsieke waarde. In het onderhavige geval is sprake van een praktijkvennootschap, de winstgevendheid is afhankelijk van de arbeidsprestatie van de man. In dit specifieke geval vindt het hof het niet redelijk en billijk dat de toekomstige kasstromen en of winst in de waardering worden betrokken. De grief van de man treft doel. De man stelt in zijn petitum dat de waarde van de onderneming moet worden vastgesteld op basis van methodiek intrinsiek met rentabiliteitsnotie. Het hof neemt aan dat dit een kennelijke verschrijving is en dat de man heeft bedoeld de waardering van het ondernemingsvermogen op grond van actuele intrinsieke vermogenswaarde.'

In cassatie werd door de vrouw aangevoerd dat dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof hiermee kennelijk een onvoorwaardelijke waarderingsinstructie aan de deskundige heeft willen geven. Dit kan, indien de deskundige van oordeel is dat de instructie onjuist is, ertoe leiden dat de deskundige toch gebonden is aan de verkeerde aanwijzing. Een en ander is volgens de vrouw onverenigbaar met de onafhankelijke positie van de deskundige in ons rechtsbestel. De Hoge Raad verwierp deze klacht en overwoog daarbij onder andere dat de rechter zelf mag beslissen waarover hij een deskundigenbericht verlangt, en dus ook de vrijheid heeft om op basis van een voorlopig oordeel te preciseren waarover hij door de deskundige wil worden voorgelicht. De onafhankelijke positie van de deskundige in ons rechtsbestel wordt daardoor volgens de Hoge Raad geenszins ondergraven.[350] In de visie van de Hoge Raad kan de rechter dus van de deskundige verlangen dat deze een bepaalde methode hanteert,[351] waarmee de Hoge Raad in feite, evenals de Zwitserse cassatierechter,[352] aanvaardt dat de rechter kan treden in de beoordeling van de door de deskundige toegepaste methode.[353] Dat neemt niet weg dat, althans in mijn visie, van de deskundige mag worden verlangd dat hij zich tijdens het onderzoek tot de rechter wendt als hij meent dat de voor-

350 HR 27 april 2007, *LJN* AZ4567.
351 In deze zin bijv.: Hof Den Bosch 27 november 2007, *LJN* BC4956, r.o. 6.7.4; Rb. Den Bosch 2 juli 2008, *LJN* BD6517, r.o 3.18.
352 Zie par. 5.4.2.6 onder 'Naar beste weten'.
353 Vgl. bijv. Rb. Zutphen 29 juni 2005, *LJN* AU0347, waarin de rechtbank beoordeelt of een medisch deskundige terecht bepaalde richtlijnen uit een wetenschappelijke publicatie als uitgangspunt heeft gehanteerd bij de beantwoording van de vragen.

geschreven methode onjuist is of de toepassing ervan in verband met de omstandigheden van het geval op zijn vakgebied niet kan worden verantwoord.

Inzichtelijkheid van bronnen

Een andere kwestie is of de eis om de opdracht naar beste weten te vervullen, impliceert dat een deskundige zijn bronnen inzichtelijk maakt. Het hof Den Bosch heeft in een zaak geoordeeld dat een deskundige niet verplicht is zijn deskundigenrapport en de onderliggende bescheiden open te leggen als persoonsregistratie in de zin van de voormalige Wet Persoonsregistraties.[354] In een andere zaak heeft het hof Den Bosch die verplichting impliciet wel denkbaar geacht door een bezwaar dat deskundigen hun bronnen niet hadden vermeld, niet te verwerpen op de grond dat zij dat niet hoefden, maar met het oordeel dat de deskundigen hun bronnen voldoende inzichtelijk hadden gemaakt.[355] In de praktijk vraagt een partij de rechter wel eens om te bepalen dat een deskundige het deskundigenadvies zo veel mogelijk moet onderbouwen met literatuurverwijzingen of kopieën van geraadpleegde literatuur moet bijvoegen. Volgens de Hoge Raad kan in zijn algemeenheid niet de opvatting als juist worden aanvaard dat deskundigen essentiële wetenschappelijke stellingen die zij aan hun oordelen ten grondslag leggen, zouden moeten staven met literatuurverwijzingen. Of deskundigen in hun taak tekortschieten door verwijzingen naar relevante literatuur achterwege te laten, hangt af van de omstandigheden van het geval.[356] Elders heb ik betoogd dat dit wel degelijk kan vallen onder het voorschrift dat de deskundige de opdracht naar beste weten vervult (art. 198 lid 2 Rv),[357] hetgeen voornamelijk afhankelijk zal zijn van het vakgebied van de deskundige en de aard en inhoud van het deskundigenadvies. De mate waarin een deskundige door bronvermelding, literatuurverwijzingen of bijlagen laat zien waar zijn antwoorden zich bevinden op de glijdende schaal van 'intuïtief gegeven' naar 'op zijn vakgebied geobjectiveerd', zal de controleerbaarheid van het advies voor partijen en de rechter en daarmee de beoordeling van de bewijskracht van het deskundigenadvies in het algemeen bevorderen. Ik heb overigens tegelijk gesuggereerd dat aan praktische bezwaren van een verdergaande documentatieplicht tegemoet kan worden gekomen als een deskundige de door hem geraadpleegde stukken waarnaar hij in het deskundigenbericht verwijst, in ieder geval niet aan partijen ter beschikking hoeft te stellen als die stukken verkrijgbaar zijn in een Nederlandse bibliotheek, of als ze bij het uitbrengen van het deskundigenbericht op internet zijn te vinden.

354 Hof Den Bosch 30 oktober 1996, *NJ* 1997, 431.

355 Hof Den Bosch 3 februari 2004, *LJN* AO4139. Zie ook Rb. Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104: rechtbank ziet geen aanleiding om in te gaan op de stelling van een partij dat literatuurverwijzingen in de rapporten van deskundigen ontbreken, omdat die partij niet heeft vermeld welke gevolgen daaraan zouden moeten worden verbonden.

356 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers (*Halcion II*), r.o. 3.2.

357 De Groot 2007a, p. 38 en 43.

Opdracht persoonlijk vervullen
In 1930 oordeelde de rechtbank Rotterdam dat niet vereist is dat iedere deskundige zich met alle onderdelen van het onderzoek bezighoudt, maar wel dat het rapport door alle deskundigen is opgemaakt en ondertekend. Ook mochten deskundigen zich volgens de rechtbank doen bijstaan door een andere deskundige op 'enig niet direct binnen hun bekwaamheidssfeer liggend punt', mits diens advies en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen in het deskundigenbericht werden opgenomen.[358]

In 1972 werd in cassatie in een onteigeningszaak,[359] waarin de deskundigen met medeweten van de rechtbank iemand hadden geraadpleegd en diens informatie in het deskundigenbericht hadden opgenomen, geklaagd dat de rechtbank de beslissing niet op die informatie had mogen baseren. Deze klacht werd door de Hoge Raad verworpen met de overweging dat niets deskundigen belet hunnerzijds voorlichting van derden te vragen en de aldus verkregen voorlichting in hun advies op te nemen.[360] In 1976 oordeelde de Hoge Raad dat een door de rechter benoemde deskundige in zijn rapport gebruik mag maken van het rapport van andere deskundigen, ook als die andere deskundigen partijen geen gelegenheid hebben gegeven tot het doen van voordrachten en vorderingen (art. 230Rv 1838), mits de door de rechter benoemde deskundige die gelegenheid wel aan partijen heeft geboden.[361] De Hoge Raad stelde niet de eis dat de deskundige partijen informeert over zijn voornemen om derden in te schakelen.

In een zaak bij de rechtbank Dordrecht was een deskundige benoemd die aan TNO was verbonden. Na zijn deskundigenadvies had de rechtbank aanvullende vragen aan hem voorgelegd, die waren beantwoord door een andere medewerker van TNO. Een reden voor de wissel was niet opgegeven en er was geen verzoek gedaan om de deskundige te vervangen. Ook bleek niet waaruit de deskundigheid van de andere medewerker bestond. De rechtbank vond dat het deskundigenonderzoek onder deze omstandigheden niet was afgerond en achtte het nodig dat de deskundige die door de rechtbank was benoemd, ter comparitie aanvullend mondeling verslag uitbracht.[362] Uit deze uitspraak is af te leiden dat de rechtbank van oordeel was dat een deskundige de opdracht persoonlijk behoort te vervullen.

Naar mijn opvatting mag van een deskundige worden verlangd dat hij de opdracht persoonlijk vervult. Zoals ik in par. 5.4.2 liet zien, dient een deskundige ook in België, Duitsland, Frankrijk de opdracht persoonlijk te vervullen. Is een rechtspersoon als deskundige benoemd, dan zal de opdracht persoonlijk moeten worden vervuld door de natuurlijke persoon die met instemming van de rechter door de rechtspersoon is aangewezen als degene die het onderzoek zal verrichten en het rapport zal opstellen. In Nederland verlangt de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' van een deskundige dat hij het onderzoek zelf verricht en verslaat

358 Rb. Rotterdam 3 november 1930, *NJ* 1931, 732.
359 In onteigeningszaken zijn de bepalingen van art. 194 e.v. Rv volgens art. 32 Ow niet van toepassing.
360 HR 15 november 1972, *NJ* 1973, 153. In vergelijkbare zin: Rb. Arnhem 4 januari 1973, *NJ* 1975, 75.
361 HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 383, m.nt. WMK.
362 Rb. Dordrecht 7 november 2007, *LJN* BB7702.

(nr. 53), ook al wordt inschakeling van derden evenals in landen om ons heen wel mogelijk geacht (nr. 79 e.v.). Het gaat erom dat de deskundige intellectueel verantwoordelijkheid neemt voor het deskundigenadvies en dat het onderzoek, ook als de deskundige derden inschakelt, onder zijn toezicht en leiding wordt verricht.

5.6.3 Tuchtrechtspraak

In beroepsgroepen van deskundigen kunnen eigen opvattingen heersen over de aan een deskundigenadvies te stellen eisen, die al dan niet kunnen stroken met juridische opvattingen. Leenen vermeldt dat artsen en juristen tijdens een conferentie over de arts als medisch deskundige in 1993 gezamenlijk van mening waren dat de medisch deskundige alleen mag oordelen op grond van en binnen de grenzen van de medisch-professionele standaard en dat het deskundigenbericht moet zijn gebaseerd op de stand van de wetenschap en niet verder mag reiken dan naar de stand van de wetenschap kan worden gefundeerd.[363] Normering van de professionele standaard in een beroepsgroep vindt onder andere plaats in tuchtrechtspraak, waarin het belang van een goede beroepsuitoefening centraal staat. Door de samenstelling van een tuchtcollege kunnen gedragingen van een deskundige tuchtrechtelijk mede worden beoordeeld met gebruik van kennis en ervaring op het vakgebied van de deskundige. Uitspraken van tuchtrechters bevatten dan ook wel eens aanwijzingen over de betekenis die op het desbetreffende vakgebied toekomt aan de verplichting van een deskundige om de opdracht naar beste weten te vervullen. Deze zijn van invloed op de betekenis ervan in het civiele procesrecht. Hierna wordt met behulp van uitspraken van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg en het College van Beroep voor het bedrijfsleven ingegaan op enkele aandachtspunten.

5.6.3.1 Medische tuchtrechtspraak

Artsen, tandartsen, apothekers, gezondheidszorgpsychologen, psychotherapeuten, fysiotherapeuten, verloskundigen en verpleegkundigen die zijn ingeschreven in het BIG-register, zijn onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van

> ‘a. enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die hij in die hoedanigheid behoort te betrachten ten opzichte van:
> 1º degene, met betrekking tot wiens gezondheidstoestand hij bijstand verleent of zijn bijstand is ingeroepen;
> 2º degene die, in nood verkerende, bijstand met betrekking tot zijn gezondheidstoestand behoeft;
> 3º de naaste betrekkingen van de onder 1º en 2º bedoelde personen;
> b. enig ander dan onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg’ (art. 47 Wet BIG).

363 Leenen 1993, p. 420.

Bevoegd is in eerste aanleg één van de vijf Regionale Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg en in hoger beroep het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg.

Het optreden van een medisch deskundige valt onder de reikwijdte van art. 47 Wet BIG als de werkzaamheden van de deskundige rechtstreeks betrekking hebben op de gezondheidstoestand van een persoon.[364] De gegrondheid van een klacht wordt beoordeeld met toepassing van de medisch-professionele standaard.[365] In geval van klachten in verband met een deskundigenadvies toetst de medische tuchtrechter volgens vaste rechtspraak of het deskundigenadvies voldoet aan de volgende criteria:

> '1) wordt in het rapport op inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden de conclusie van het rapport steunt,
> 2) vinden de in het rapport uiteengezette gronden aantoonbaar voldoende steun in de feiten, omstandigheden en bevindingen van het rapport,
> 3) kunnen bedoelde gronden de daaruit getrokken conclusie rechtvaardigen,
> 4) beperkt de rapportage zich tot de deskundigheid van de rapporteur en
> 5) kon de methode van onderzoek teneinde tot beantwoording van de voorgelegde vraagstelling te komen tot het beoogde doel leiden, dan wel heeft de rapporteur daarbij de grenzen van redelijkheid en billijkheid overschreden.'[366]

De tuchtrechtelijke colleges zien toe op de naleving van deze eisen.[367] Zij toetsen volledig of het onderzoek van een deskundige de toets der kritiek kan doorstaan vanuit het oogpunt van vakkundigheid en zorgvuldigheid. Of de conclusie kan volgen uit de bevindingen in het advies, wordt marginaal getoetst.[368]

Eerder kwam ter sprake dat een deskundige in sommige landen expliciet verplicht is de opdracht persoonlijk te vervullen.[369] Een onderdeel van deze verplichting is verankerd in rechtspraak van het Centraal Tuchtcollege: een arts mag bij een deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter als hoofdregel niet volstaan met een advies op basis van de hem ter beschikking gestelde gegevens en behoort de betrokkene persoonlijk te zien, spreken en/of onderzoeken.[370]

5.6.3.2 Tuchtrechtspraak van registeraccountants

De tuchtrechtspraak ten aanzien van registeraccountants heeft 'ten doel het weren en beteugelen van misslagen van registeraccountants in de uitoefening van hun beroep en van inbreuken op verordeningen van de Orde en op de eer van de stand der registeraccountants' (art. 33 Wet op de Registeraccountants). Bevoegd is in

364 Van 2004, p. 505-507.
365 Zie over de (medisch-)professionele standaard bijv. Leenen 2004, p. 33 e.v.
366 CTG 7 december 2004, 2004.045.
367 Bijv. CTG 20 maart 2001, 1999.258; CTG 29 maart 2001, 1999.271; CTG 4 december 2001, 2001.058; CTG 17 december 2002, 2002.056; CTG 19 juli 2007, 2006.026.
368 CTG 7 december 2004, 2004.045.
369 In ieder geval in België, Duitsland, Frankrijk en een deel van Zwitserland. Zie par. 5.4.1.
370 CTG 13 mei 2004, 2003.130; CTG 31 augustus 2004, 2003.177; CTG 7 juni 2005, *Stcrt.* 10 juni 2005, nr. 110, p. 1, 2004.149.

eerste aanleg één van de Raden van Tucht en in hoger beroep het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB). De gedragsregels waren voorheen neergelegd in de Verordening Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants 1994 (GBR-1994) en sinds 1 januari 2007 in de Verordening gedragscode voor registeraccountants (VGC). Alle registeraccountants zijn verplicht tot integriteit, objectiviteit, deskundigheid en zorgvuldigheid, geheimhouding en professioneel gedrag (art. A-100.4 VGC). Van de hoedanigheid waarin een registeraccountant optreedt, hangt af aan welke gedragsregels hij daarnaast is gebonden. In de VGC worden, naast de algemene gedragsregels, afzonderlijke gedragsregels onderscheiden voor de openbaar accountant, de interne accountant of overheidsaccountant, en de accountant in business.

Onder de GBR-1994 heeft het CBB zich herhaaldelijk uitgelaten over de verplichtingen van een registeraccountant die optreedt als deskundige in opdracht van de rechter of (een) partij(en). Het CBB acht relevant of de registeraccountant die een deskundigenadvies uitbrengt, daartoe werkzaamheden verricht die specifiek op het terrein van de accountancy liggen (in de VGC: 'een aan assurance verwante opdracht') of wiens gedragingen tot de conclusie leiden dat hij als openbaar accountant is opgetreden.[371] Is een registeraccountant als deskundige niet in de hoedanigheid van openbaar accountant opgetreden, dan gelden volgens het CBB minder vergaande zorgvuldigheidseisen dan in gevallen waarin sprake is geweest van een optreden als openbaar accountant. In de opvatting van het CBB is slechts in uitzonderlijke gevallen plaats voor tuchtrechtelijk ingrijpen indien een deskundige niet is opgetreden als openbaar accountant, omdat een tuchtprocedure in beginsel niet is bedoeld om de inhoud en/of de wijze van totstandkoming van een deskundigenadvies direct of indirect ter discussie te stellen. Daartoe is de civiele procedure waarin het deskundigenadvies wordt uitgebracht de geëigende weg.[372] Het CBB toetst of de registeraccountant die als deskundige niet in de hoedanigheid van openbaar accountant is opgetreden, zich heeft onthouden 'van al hetgeen schadelijk is voor de eer van de stand der registeraccountants' (art. 5 GBR-1994), in de bewoordingen van de VGC: 'Professioneel gedrag. De registeraccountant houdt zich aan de voor hem relevante wet- en regelgeving en onthoudt zich van handelen dat het accountantsberoep in diskrediet brengt' (art. A-100.4 aanhef en onder e VGC). Volgens het CBB mag een mededeling van een registeraccountant als deskundige niet zozeer een deugdelijke grondslag ontberen dat sprake is van een schending van art. 5 GBR-1994.[373] Het deskundigenadvies van een registeraccountant dat niet in zijn hoedanigheid van openbaar accountant is uitgebracht, moet volgens het CBB zo worden opgesteld, dat de rechter adequaat wordt voorgelicht over de punten waarvoor zijn deskundigheid kennelijk is vereist en waar-

371 CBB 3 april 2003, *LJN* AF7159; CBB 5 februari 2004, *LJN* CBB 21 september 2004, *LJN* AR3157; CBB 29 maart 2007, *LJN* BA2960.

372 CBB 21 september 2004, *LJN* AR3157. In vergelijkbare zin in een tuchtzaak tegen een notaris die in opdracht van de rechter een deskundigenadvies had uitgebracht: Hof Amsterdam 12 juli 2007, *LJN* BA9617.

373 Op grond van art. 11 GBR-1994 moet een mededeling van een registeraccountant die als zodanig optreedt, een deugdelijke grondslag hebben. Het CBB betrekt art. 11 GBR-1994 in de uitleg van art. 5 GBR-1994 ten aanzien van een registeraccountant die niet als zodanig optreedt. Zie Joling 2005, p. 99.

over de rechter zelf niet meent te beschikken. Dit betekent dat de door de accountant in het deskundigenadvies gehanteerde uitgangspunten en de wijze waarop hij tot zijn zienswijze met betrekking tot de aan hem voorgelegde punten is gekomen voor partijen en de rechter transparant en inzichtelijk moeten zijn.[374] Over de uitkomst van zijn werkzaamheden behoort de deskundige slechts mededelingen te doen voor zover zijn deskundigheid en de door hem verrichte werkzaamheden daarvoor een deugdelijke grondslag vormen. Ook behoort hij er zorg voor te dragen dat zijn mededelingen een duidelijk beeld geven van de uitkomst van zijn werkzaamheden.[375] Een deskundigenadvies, uitgebracht in opdracht van de rechter, is niet onjuist op de grond dat andere deskundigen met andere inzichten en deskundigheid mogelijk niet tot dezelfde bevindingen en conclusies komen.[376] Het CBB stelt niet de door Pheijffer en Kuijl bepleite eis dat de deskundige bekend is met de rechten, plichten en bevoegdheden van de diverse procesdeelnemers en het bewijsrecht beheerst.[377]

5.6.4 Voorstellen om 'naar beste weten' duidelijker in te vullen

Al met al laten zich uit het voorgaande, in samenhang met onderdelen uit het rechtsvergelijkend overzicht van par. 5.4, een aantal min of meer algemeen aanvaarde lijnen distilleren die naar mijn mening naar Nederlands procesrecht in aanmerking moeten worden genomen als in voorkomende gevallen de betekenis moet worden bepaald van de eis dat de deskundige de opdracht 'naar beste weten' vervult. Deze lijnen vat ik als volgt samen.[378]

De deskundige behoort de vragen van de rechter naar waarheid te beantwoorden met kennis van de aan hem ter beschikking gestelde (gegevens uit de) (proces)stukken en met gebruik van actuele vakkennis en zijn professionele ervaring. Hij mag de grenzen van de opdracht van de rechter niet overschrijden. Hij dient de grenzen van zijn deskundigheid in acht te nemen.

De deskundige dient de opdracht persoonlijk te vervullen, met dien verstande dat hij in het algemeen onderdelen van het onderzoek onder zijn leiding en toezicht door anderen mag laten verrichten. Hij dient de identiteit van die anderen bekend te maken en blijft zelf volledig verantwoordelijk voor het deskundigenadvies. De deskundige is in beginsel vrij in de inrichting van het onderzoek, maar de rechter kan daarvoor voorschriften geven. Als de deskundige een onderzoeksmethode toepast, moet de onderzoeksmethode op zijn vakgebied algemeen aanvaard, betrouwbaar en valide zijn en correct worden toegepast. Het deskundigenadvies

374 CBB 2 februari 2007, *LJN* AZ9443, vervolg van CBB 21 september 2004, *LJN* AR3157.
375 CBB 22 mei 2003, *LJN* AG0153; CBB 29 april 2004, *LJN* AO9538.
376 CBB 9 januari 2001, *LJN* AA9501.
377 Pheijffer & Kuijl 1997, p. 85.
378 Buiten beschouwing blijft de eis dat de deskundige de opdracht binnen de daarvoor gestelde termijn vervult. Enerzijds kan tijdigheid als een onderdeel van kwaliteit worden gezien en heeft 'naar beste weten' betrekking op de kwaliteit van de werkzaamheden van de deskundige. Anderzijds is de tijdigheidseis afzonderlijk geregeld (art. 197 lid 2 Rv) en kan evengoed worden gezegd dat 'naar beste weten' vooral betrekking heeft op de toepassing van de kennis en ervaring van de deskundige en niet zozeer op tijdigheid.

moet de gegevens bevatten die nodig zijn om de bevindingen, gedachtegang en conclusies van de deskundige zo veel mogelijk te kunnen volgen en controleren. Lopen de meningen op het vakgebied van de deskundige op een relevant punt uiteen, dan behoort de deskundige daarvan melding te maken. Het deskundigenadvies moet inzichtelijk en consistent zijn en een toereikende onderbouwing van de antwoorden op de vragen van de rechter bevatten. Deze lijnen zal ik, waar relevant, in par. 8.4.5 betrekken in de beantwoording van de vraag wie naar huidig recht in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan.

6 Het feitenonderzoek van de deskundige

6.1 Inleiding

In par. 4.7.3 heb ik als kerntaken van de deskundige onder andere genoemd dat hij op zijn vakgebied feiten verzamelt, ordent, opheldert en verklaart. In veel zaken kan de deskundige de vraagstelling van de rechter niet beantwoorden zonder eigen onderzoek naar feiten. Het gaat meestal om onderzoek dat de rechter niet zelf kan verrichten, omdat hij niet beschikt over de benodigde kennis of ervaring. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan onderzoek van een gebouw, een auto of een schip, medisch onderzoek, onderzoek van software, farmaceutisch onderzoek, accountantsonderzoek, bodemonderzoek, en dergelijke. Het onderzoek heeft betrekking op feiten die tussen partijen in geschil zijn. Die feiten zullen in het algemeen van belang zijn voor de vaststelling door de rechter of er sprake is van wanprestatie of onrechtmatige daad, of er causaal verband is tussen wanprestatie of onrechtmatige daad en schade, en/of wat de omvang is van de schade. De rechter formuleert de opdracht in de context van het geschil van partijen, zoals in par. 4.7.3 aan de orde kwam. Het feitenonderzoek van een deskundige heeft dus betrekking op feiten die tussen partijen in geschil zijn en speelt zich af binnen de grenzen van de opdracht. Zoals toegelicht in par. 1.4.3 en 2.5, behoort een deskundigenadvies een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Het feitenonderzoek van een deskundige dient dan ook te zijn gericht op de totstandkoming van een deskundigenadvies waarmee de rechter de feiten die tussen partijen in geschil zijn, zo waarheidsgetrouw mogelijk kan vaststellen.

Tegen deze achtergrond wordt in dit hoofdstuk het feitenonderzoek van de deskundige in de procesrechtelijke verhouding tussen partijen, rechter en deskundige onder de loep genomen. Vertrekpunt is de feitelijke start van het deskundigenonderzoek door de deskundige die de benoeming aanvaardt (art. 198 lid 2 Rv). Eindpunt is het moment waarop de deskundige het deskundigenadvies voltooit en ondertekent (art. 197 lid 2 en 198 lid 4 Rv). Aan de hand van thema's zoals het toezicht van de rechter op het feitenonderzoek door de deskundige, de medewerking van partijen aan het onderzoek, de informatieverzameling tijdens het deskundigenonderzoek, of de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het deskundigenonderzoek, wordt het speelveld tijdens het deskundigenonderzoek in beeld gebracht. Bij de beschouwing van de informatieverzameling ten behoeve van het feitenonderzoek van de deskundige wordt in par. 6.2 en 6.4 onderscheid gemaakt tussen de verkrijging van informatie uit stukken, de verkrijging van mon-

delinge informatie van partijen en derden, het onderzoek van zaken en het onderzoek van personen. Welke feiten in het onderzoek (kunnen) worden betrokken, is mede afhankelijk van de invloed van partijen, rechter en deskundige op de inhoud en reikwijdte van deze onderzoeksverrichtingen.

Indeling van dit hoofdstuk
Ook in dit hoofdstuk beschouw ik eerst in een rechtsvergelijkend overzicht het feitenonderzoek door een deskundige in andere landen (par. 6.2). Vervolgens leid ik de positionering van Nederland ten opzichte van andere landen in (par. 6.3). Daarna komt aan de orde welke invloed partijen, rechter en deskundige naar Nederlands recht kunnen uitoefenen op het feitenonderzoek van de deskundige (par. 6.4). Zoals vermeld in par. 4.2, laat de invloed van de verschillende procesdeelnemers zich in werkelijkheid niet zo scherp van elkaar onderscheiden, maar maakt de focus op ieders positie een scherpere analyse van hun invloed mogelijk dan een op voorhand geïntegreerde. Ook in dit hoofdstuk is daardoor af en toe verwijzing of herhaling nodig om de wisselwerking van ieders invloed vast te houden en die in hoofdstuk 8 te koppelen aan de beantwoording van de centrale vraagstelling.

6.2 Feitenonderzoek van de deskundige buiten Nederland

6.2.1 Inleiding

Evenals in par. 4.3.1, laat zich ook in dit hoofdstuk bij de inleiding van het rechtsvergelijkend overzicht een glijdende schaal tekenen. Weliswaar is de deskundige in het feitenonderzoek in hoge mate zelfstandig actief op zijn vakgebied, maar de invloed van partijen en de rechter is gegeven doordat zij ieder invloed hebben op de procedure waarin het deskundigenadvies wordt uitgebracht. Bij wijze van leeswijzer is per land een indicatie te geven van de verhouding tussen partijautonomie en regie van de rechter met betrekking tot het feitenonderzoek dat door een deskundige wordt verricht:[1]

Invloed partijen					*Invloed rechter*
Engeland	Frankrijk	België	Oostenrijk	Duitsland	Spanje Zwitserland

Schematisch aangeduid hebben partijen aan de linker zijde van de lijn, in Engeland, relatief de meeste invloed op het feitenonderzoek van de deskundige, terwijl aan de rechter zijde, in Spanje en Zwitserland, de rechter relatief de mees-

1 In dit hoofdstuk is rechtsvergelijking met Zweden achterwege gelaten. Er was onvoldoende informatie in een voor mij begrijpelijke taal voorhanden over het feitenonderzoek door deskundigen in Zweden.

te invloed daarop heeft. Nederland laat zich op deze lijn niet zonder meer inpassen. Dit heeft te maken met het accent op de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek, zoals in par. 6.3 wordt toegelicht.

6.2.2 Engeland

6.2.2.1 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige

In Engeland wordt een deskundige door een partij ingeschakeld en niet door de rechter benoemd, zoals vermeld in par. 4.3.3.2. Het vertrekpunt bij de inschakeling van een deskundige is van oudsher de partijdeskundige. De *single joint expert*, de deskundige die door beide partijen samen wordt ingeschakeld, is ingepast in de traditie van de door een partij geïnstrueerde deskundige. Nadat een deskundige in Engeland de opdracht tot het onderzoek van (een) partij(en) heeft ontvangen, verricht hij het onderzoek tamelijk zelfstandig. Er is geen regel waarin wordt voorgeschreven dat het deskundigenonderzoek plaatsvindt onder leiding van de rechter. Op grond van zijn *overriding obligation* (CPR 35.3) dient de deskundige er echter ook in het feitenonderzoek rekening mee te houden dat hij de rechter bijstaat. Hij kan de rechter bij de uitvoering van de opdracht om instructies vragen (CPR 35.14). Een verzoek om instructies behoort hij in kopie aan partijen te zenden, tenzij de rechter anders bepaalt.[2] In het laatste geval zal de rechter in het algemeen wel bepalen dat een kopie van het verzoek aan partijen moet worden gezonden bij de toezending van de instructies. Volgens Keane beschermt deze regeling de deskundige, bijvoorbeeld als hij vreest dat het opvolgen van de instructies van een partij betekent dat hij in strijd handelt met zijn *overriding obligation* om de rechter bij te staan.[3] De deskundige moet er volgens de *Queen's Bench Guide* en de *Chancery Guide* wel om denken geen informatie in een verzoek om instructies op te nemen die de instruerende partij als *privileged matters* of *matters without prejudice* niet ter kennis van de rechter hoeft te brengen (QBG 7.9.10, CG 4.19).[4] Een partij die eenzijdig een deskundige inschakelt, hoeft namelijk de informatie die zij met de deskundige uitwisselt, niet met de wederpartij te delen als die informatie *privileged matters* of *matters without prejudice* betreft (CPR 31.19 lid 3). Dat is het geval als een partij door de informatieverstrekking strafrechtelijke vervolging riskeert. Het doet zich ook voor bij communicatie in de adviesrelatie tussen advocaat en cliënt, of tussen advocaat of cliënt enerzijds en derden anderzijds (*legal professional privilege*). Ook valt hieronder informatie die betrekking heeft op onderhandelingen waarbij partijen zich alle rechten hebben voorbehouden, zoals schikkingsonderhandelingen.[5]

---

2 De *Civil Justice Council* adviseert de deskundige vóór indiening van een verzoek steeds overleg te plegen met de partij die de deskundige instrueert (PIE 11.1). De *Admiralty & Commercial Courts Guide* schrijft de deskundige voor eerst de instruerende partij en dan de andere partijen in kennis te stellen van zijn voornemen de rechter om instructies te vragen, alvorens hij het verzoek aan de rechter doet toekomen (ACCG H2.10).

3 Keane 2008, p. 557.

4 Zie over de *Queen's Bench Guide,* de *Chancery Guide* en de *Admiralty & Commercial Courts Guide* par. 4.3.3.1.

5 Cross & Tapper 2007, p. 447 e.v.; Keane 2008, p. 596 e.v.; O'Hare & Browne 2007, p. 336. Zie over *privilege* bijv. Thanki e.a. 2006.

6.2.2.2 Het feitenonderzoek van de deskundige

Verkrijging van informatie van de opdrachtgever

De partij die een deskundige instrueert, behoort hem volgens het *Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims* van de *Civil Justice Council*[6] de processtukken te verstrekken en informatie te geven over onder andere de aard en omvang van de opdracht en het doel van het verzoek om een deskundigenadvies uit te brengen (PIE 8.1). Verstrekt de partij die een deskundige instrueert ontoereikende informatie en leidt overleg tussen de deskundige en die partij niet tot een oplossing, dan kan de deskundige de rechter om instructies vragen (CPR 35.14, PIE 12.1). Informatie die niet onder *privilege* valt, wordt niet vertrouwelijk op de enkele grond dat de instruerende partij (of haar advocaat) de informatie doet toekomen aan de deskundige. Informatie die wel onder *privilege* valt, verliest die status niet doordat een partij de informatie aan een deskundige doet toekomen. Gebruikt de deskundige de informatie vervolgens in het deskundigenadvies, dan wordt dat geacht te geschieden met toestemming van de partij van wie de informatie afkomstig is, en is de informatie niet langer vertrouwelijk.[7]

Verkrijging van informatie van de andere partij

Een partij kan door de rechter worden verplicht om informatie ter beschikking te stellen aan de wederpartij ten behoeve van een deskundigenonderzoek dat in opdracht van de wederpartij wordt verricht (CPR 35.9). Volgens Hodgkinson en James wordt deze mogelijkheid weinig gebruikt, wellicht omdat de rechter in de meeste gevallen waarin partijen een verschillende informatiepositie hebben een *single joint expert* benoemt.[8] In de afweging of een beroep op CPR 35.9 slaagt, is onder andere van belang of het essentieel is dat de deskundige over de informatie beschikt, of de kosten en tijd die gemoeid zullen zijn met de verkrijging van de informatie in een redelijke verhouding staan tot het belang van de informatie voor de zaak (PIE 12.2) en of de informatie betrekking heeft op *privileged matters* of *without prejudice matters*. Moet de informatie worden verschaft en liggen daaraan feiten, tests, experimenten of hypotheses ten grondslag, dan moet de informatie hierover voldoende details bevatten om de wederpartij in staat te stellen de informatie en de betekenis ervan te (doen) duiden (PD 35/3). De informatie kan vervolgens in de instructies aan de deskundige en het deskundigenonderzoek worden betrokken.[9]

Zelfstandige verwerving van informatie

Een deskundige mag op eigen initiatief informatie uit openbare bronnen en wetenschappelijke publicaties gebruiken.[10] In het verleden mocht in een deskundigenadvies niet zomaar informatie van anderen worden gebruikt, maar onder de Civil

6 Zie over het *Protocol* en de *Civil Justice Council*: par. 4.3.3.1.
7 Day & Le Gat 2001, p. 24; Hodgkinson & James 2007, p. 344-345.
8 Hodgkinson & James 2007, p. 125.
9 Hodgkinson & James 2007, p 124; Keane 2008, p. 552; O'Hare & Browne 2007, p. 338; Phipson on Evidence 2005, 33-37.
10 Keane 2008, p. 545; Hodgkinson & James 2007, p. 253-257; Phipson on Evidence 2005, 33-18.

Evidence Act 1995 (CEA) is dat minder belangrijk geworden. Bewijs mag sindsdien namelijk niet meer ontoelaatbaar worden geacht op de grond dat het *hearsay evidence* is, bewijs van horen zeggen (CEA 1 lid 1). Het is aan de rechter om de bewijswaarde te beoordelen van onderdelen van het deskundigenadvies waaraan geen eigen wetenschap van de deskundige ten grondslag ligt, bijvoorbeeld resultaten van onderzoekshandelingen die zijn verricht door een persoon die de deskundige heeft bijgestaan.[11] Een deskundige mag verder gebruik maken van gepubliceerde en ongepubliceerde informatie op zijn vakgebied[12] en van feiten die hij los van de zaak kent door de uitoefening van zijn beroep, bijvoorbeeld kennis van een situatie ter plaatse bij de waardering van een onroerende zaak.[13]

Onderzoek van personen en zaken in opdracht van één partij
De partij die een deskundige instrueert, zal in het algemeen bereid zijn om mee te werken aan onderzoek ter plaatse en ander onderzoek van zaken aan haar zijde, evenals aan een onderzoek van haar persoon. Mocht zich hier echter een probleem voordoen waarvoor overleg tussen de deskundige en de instruerende partij geen oplossing biedt, dan kan de deskundige de rechter om instructies vragen (CPR 35.14). Eigen aan het deskundigenonderzoek in opdracht van één partij is dat het onderzoek geen contradictoir karakter heeft. De wederpartij heeft er dus als hoofdregel geen aanspraak op om onderzoekshandelingen van de deskundige te mogen bijwonen. Daar zijn wel uitzonderingen op, bijvoorbeeld in het octrooirecht. Een partij die in het kader van een octrooizaak een experiment wil uitvoeren, dient de wederpartij gelegenheid te bieden daarbij aanwezig te zijn (PD 61/9.1). Wat onder een experiment moet worden verstaan, is niet gedefinieerd.[14]

Verricht de deskundige onderzoek in opdracht van één partij en wil hij onderzoek verrichten aan personen of zaken aan de zijde van de wederpartij, dan heeft hij de medewerking van de wederpartij nodig. Wordt die niet vrijwillig verleend, dan kan de rechter worden verzocht de wederpartij tot medewerking te verplichten. Medewerking kan in civiele zaken niet worden afgedwongen. Dat geldt ook als het gaat om rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, bijvoorbeeld bij DNA-onderzoek in een afstammingszaak. Aan een weigering kunnen wel gevolgen worden verbonden bij de bewijswaardering en in de beslissing over de proceskosten.[15] Een weigering om mee te werken kan ook tot gevolg hebben dat de procedure wordt geschorst, totdat de weigerende partij alsnog medewerking verleent. Dit laatste is een gebruikelijke sanctie in zaken waarin een partij vergoeding wenst van letselschade en weigert een medisch deskundigenonderzoek te ondergaan. Hierbij dient te worden bedacht dat een partij in Engeland, anders dan in Nederland, ook kan worden verplicht tot medewerking aan een

11 Choo 2006, p. 224 e.v. en 273; Cross & Tapper 2007, p. 6126 e.v.; Hodgkinson & James, p. 249-253 en 257 e.v.; Keane 2008, p. 322 e.v.
12 Hodgkinson & James 2007, p. 269-273; Keane 2008, p. 545; Sime 2007, p. 403.
13 Hodgkinson & James 2007, p. 266-269.
14 Hodgkinson & James 2007, p. 569; Phipson on Evidence 2005, 33-17.
15 Hodgkinson & James 2007, p. 102 en 464.

medisch onderzoek door een deskundige die wordt geïnstrueerd door de wederpartij.[16]

Hodgkinson en James vermelden dat het in het algemeen niet is toegestaan om aan de medewerking de voorwaarde te verbinden dat een eigen medisch adviseur het onderzoek bijwoont. Zij zien echter niet in waarom deze voorwaarde in beginsel, behoudens kostenoverwegingen, niet mag worden gesteld in gevallen waarin de aanwezigheid van de medisch adviseur bevordert dat de deskundige de benodigde informatie verkrijgt.[17]

In de persoon van de door de wederpartij gekozen deskundige kan vrijwel nooit een valide reden worden gevonden om medewerking aan een medisch deskundigenonderzoek te weigeren. Als deskundigenbewijs toelaatbaar is, is de keuze van de deskundige naar Engels recht fundamenteel aan de partij die bewijs door middel van een deskundigenadvies wil leveren.[18] Dat verklaart ook waarom een partij haar medewerking aan een medisch deskundigenonderzoek niet afhankelijk mag stellen van de voorwaarde dat het rapport slechts met haar toestemming aan de wederpartij wordt gezonden.[19] Een risico op gezondheidsschade kan wel voldoende grond zijn om medewerking aan een deskundigenonderzoek te weigeren, mits het een reëel risico is gezien de gezondheidstoestand van te onderzoeken persoon en het beoogde onderzoek.[20]

Op verzoek van een partij kan iemand door middel van een *court order* worden verplicht om een deskundigenonderzoek van een zaak te dulden. Wie deze rechtsplicht niet nakomt, pleegt *contempt of court*. Nakoming kan niet worden afgedwongen. Voorwaarde voor toewijzing van het verzoek is in ieder geval dat er een geding aanhangig is over de te onderzoeken zaak, of dat de te onderzoeken zaak relevant is voor geschilpunten die in een aanhangig geding aan de orde zullen komen (CPR 25.5 lid 2). Bij de beoordeling van het verzoek kunnen onder andere worden meegewogen de aard en complexiteit van het geschil, de inspanningen, tijd en kosten die gepaard gaan met het verlangde onderzoek, het belang van het onderzoek voor het geding, of door het onderzoek *privileged* informatie wordt geopenbaard, en of de informatie die het onderzoek naar verwachting zal opleveren ook kan worden verkregen van een partij, of door inschakeling van een *single joint expert*.[21] Deze elementen zijn terug te voeren op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Single joint expert

Als een *single joint expert* wordt benoemd, zijn partijen samen opdrachtgever. Zoals vermeld in par. 4.3.3.3, ontvangt een *single joint expert* zijn instructies van beide partijen. Zij bepalen in overleg met elkaar en de deskundige of zij onder-

16 Hodgkinson & James 2007, p. 534; Sime 2007, p. 405.
17 Hodgkinson & James 2007, p. 537-538.
18 Hodgkinson & James 2007, p. 538-539.
19 Day & Le Gat 2001, p. 36-37; Hodgkinson & James 2007, p. 535-536.
20 Hodgkinson & James 2007, p. 540-542.
21 Hodgkinson & James 2007, p. 100-101; Sime 2007, p. 388-389. In de *small claims track* kan een derde als hoofdregel niet tot medewerking aan een onderzoek ter plaatse of een onderzoek van een zaak worden verplicht (CPR 27.2 lid 1 onder a).

zoekshandelingen bijwonen. De deskundige is aan beide partijen evenveel openheid en vertrouwelijkheid verschuldigd.[22] Hij moet de partijen die hem instrueren op gelijke wijze van zijn onderzoeksverrichtingen op de hoogte houden (PIE 17.10). Hij mag geen bespreking met één partij houden zonder toestemming van de wederpartij of instructie van de rechter (PIE 17.12).[23] Een medisch onderzoek van een partij wordt buiten aanwezigheid van de wederpartij verricht.[24]

6.2.2.3 Na het onderzoek

Schriftelijke vragen

Een partij mag aan een door de wederpartij geïnstrueerde deskundige en aan een *single joint expert* schriftelijke vragen voorleggen ter verduidelijking van het deskundigenadvies (CPR 35.6 lid 1), met een kopie aan de wederpartij (PD 35/5.2). De gelegenheid bestaat éénmaal binnen achtentwintig dagen na ontvangst van het deskundigenadvies. In de *Queen's Bench Guide* wordt aangenomen dat de regeling is bedoeld voor de partij die het deskundigenadvies niet begrijpt (QBG 7.9.9). Volgens Hodgkinson en James worden in de praktijk alle vragen toegestaan met betrekking tot kwesties die vallen binnen de deskundigheid van de deskundige, relevant zijn voor enig onderdeel van de zaak en worden bestreken of zouden moeten worden bestreken door het deskundigenadvies. Deze ruime definitie past volgens hen bij het doel van de regeling.[25] De bedoeling van de regeling is te bevorderen dat het schriftelijke deskundigenadvies volstaat en het horen van de deskundige ter zitting achterwege kan blijven.[26] Niet alle vragen zijn echter toegestaan. Vragen mogen niet ontaarden in een schriftelijke *cross-examination* met betrekking tot de persoon van de deskundige, of in een poging de deskundige te bewegen tot nader onderzoek. Evenmin zijn vragen toegestaan waarmee gezien hun toon, inhoud of aantal wordt beoogd de deskundige dwars te zitten.[27] Als vragen door hun aantal of inhoud de voortgang belemmeren en niet dienen ter opheldering van het deskundigenadvies, zullen de *Queen's Bench Division*, de *Chancery Division* en de *Admiralty and Commercial Courts* de vragen in het algemeen niet toelaatbaar achten en daarmee rekening houden in de kosten (QBG 7.9.9, CG 4.18, ACCG H2.19). Het *Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims* stimuleert deskundigen, die menen dat vragen niet dienen ter opheldering van het deskundigenadvies, disproportioneel zijn of buiten de gestelde termijn zijn ingediend, om zo veel mogelijk in overleg met de instruerende partij en eventueel de vragenstellende partij naar een oplossing te zoeken, zonder de rechter om instructies te vragen (PIE 16.3).

Afwijkingen van de regels over het stellen van vragen, bijvoorbeeld door vragen voor te leggen buiten de reikwijdte van de vraagstelling van het deskundi-

22 Hodgkinson & James 2007, p. 150.
23 Keane 2008, p. 552; O'Hare & Browne 2007, p. 331.
24 Hodgkinson & James 2007, p. 150.
25 Hodgkinson & James 2007, p. 117.
26 Cross & Tapper 2007, p. 577; Hodgkinson & James 2007, p. 116; Keane 2008, p. 554; Zuckerman 2006a, p. 725.
27 Hodgkinson & James 2007, p. 117.

genadvies (en binnen de grenzen van het vakgebied van de deskundige), zijn mogelijk met goedvinden van de rechter of de wederpartij (CPR 35.6 lid 2 en PD 35/5.1).[28]

De antwoorden van de deskundige op de schriftelijke vragen maken deel uit van het deskundigenadvies (CPR 35.6 lid 3).[29] Als de deskundige de vragen niet beantwoordt, kan de rechter daaraan gevolgen verbinden in de beslissing over de proceskosten of bepalen dat de partij die de deskundige heeft geïnstrueerd, geen bewijs aan de uitlatingen van de deskundige mag ontlenen (CPR 35.6 lid 4).

Debat tussen deskundigen

Als meerdere deskundigen op hetzelfde vakgebied in een zaak zijn ingeschakeld, kan de rechter – ook tegen de zin van partijen – verlangen dat de deskundigen zonder vooringenomenheid overleg met elkaar plegen en schriftelijk aan partijen en de rechter rapporteren op welke punten zij tot overeenstemming zijn gekomen, dan wel waarover en waarom zij van mening blijven verschillen (CPR 35.12 lid 3, QBG 7.9.8, CG 4.9 en 4.16, ACCG H2.12).[30] De overeenstemming van de deskundigen bindt partijen niet, tenzij zij uitdrukkelijk verklaren zich eraan gebonden te achten (CPR 35.12 lid 5). Volgens de *Civil Justice Council* moet een partij die zich er niet aan gebonden acht, wel kunnen uitleggen waarom niet (PIE 18.12). De instruerende partijen mogen de deskundige geen opdracht geven om niet tot overeenstemming met de andere deskundigen te geraken. De deskundige mag een eventuele instructie van deze strekking niet accepteren (PIE 18.7).[31] In het interimrapport van *Access to Justice* vermeldde Lord Woolf dat de opdracht van de rechter aan deskundigen om te streven naar overeenstemming, in veel zaken stuk liep op de instructie van een partij aan de eigen deskundige om het niet eens te worden met de deskundige van de wederpartij.[32] Dat is kennelijk deels de achtergrond van deze gedragsregel. Volgens Zuckerman draagt het debat tussen deskundigen op instructie van de rechter bij aan het begrip van de zaak en de onafhankelijkheid van deskundigen:

> 'Face to face discussions between experts who profess skills and knowledge in the same field are likely to be conducive to better and deeper understanding of the issues and of the means of resolving them. Such an environment softens adversarial posturing since it is more difficult to adhere to set opinions or insist on untenable positions in the presence of equally qualified peers. The need to articulate reasons before other well-informed experts is therefore bound to moderate any mercenary loyalty towards the party paying the expert's fees. Lastly, the need to write a joint report, even if it is one in which the experts indicate their dissent from each other, is bound to focus their minds on the core issues and lead them to discard marginal disputes.'[33]

28 Cross & Tapper 2007, p. 577; Hodgkinson & James 2007, p. 116; Keane 2008, p. 553; Sime 2007, p. 403; Zuckerman 2006a, p. 726.
29 De kosten van de beantwoording van de vragen zijn in afwachting van de proceskostenveroordeling voor rekening van de partij die de deskundige instrueert (PD 35/5.3).
30 Day & Le Gat 2001, p. 34-35 en p. 111-112; Hodgkinson & James 2007, p. 118-119; Keane 2008, p. 555.
31 Hodgkinson & James 2007, p. 122.
32 Access to justice, Interim report, Chapter 23, Experts, nr. 9.
33 Zuckerman 2006a, p. 724-725.

De deskundigen bepalen zelf de vorm van het overleg. Het mag telefonisch plaatsvinden. In *small track cases* en *fast track cases* behoort volgens de *Civil Justice Council* geen bijeenkomst van deskundigen te worden georganiseerd. In *multi track cases*[34] is dat wel denkbaar, maar kan het praktischer of efficiënter zijn om de discussie per telefoon of videoconferentie te voeren (PIE 18.4). In uitzonderlijke gevallen komt het voor dat de advocaten van partijen bij het overleg van deskundigen aanwezig zijn. Hodgkinson & James wijzen erop dat onduidelijk is in hoeverre dat is toegestaan.[35] Zuckerman veronderstelt dat de rechter kan bepalen dat partijen en hun advocaten het overleg van de deskundigen niet mogen bijwonen.[36] Volgens de *Civil Justice Council* mogen de advocaten alleen aanwezig zijn met goedvinden van alle partijen of op aanwijzing van de rechter. Advocaten mogen zich niet mengen in de discussie, maar alleen vragen van de deskundigen beantwoorden en juridisch advies geven (PIE 18.8). Plegen de deskundigen buiten aanwezigheid van (de advocaten van) partijen voorafgaand aan een zitting overleg in de zin van CPR 35.12, dan valt dat niet onder het bereik van art. 6 lid 1 EVRM.[37]

Leidt het overleg van de deskundigen tot een wijziging van betekenis in de opinie van een deskundige, dan moet daarvan schriftelijk mededeling worden gedaan aan partijen en zonodig aan de rechter. Een wijziging van opinie is op zichzelf geen reden voor de rechter om een partij toestemming te geven een andere deskundige in te schakelen. Daarvoor is nodig dat de deskundige van mening verandert *for reasons which cannot properly or fairly support his revised opinion*.[38] Op de discussie tussen de deskundigen wordt naderhand ter zitting niet ingegaan, tenzij partijen anders overeenkomen (CPR 35.12 lid 4).[39]

6.2.3 Frankrijk[40]

6.2.3.1 Contradictoir deskundigenonderzoek

Het deskundigenonderzoek heeft in Frankrijk een contradictoir karakter. Het beginsel van hoor en wederhoor (*le principe de la contradiction*) moet niet alleen door de rechter worden gerespecteerd (art. 16 CPC), maar ook door de deskundige, wiens taak is afgeleid van de taak van de rechter. In het Rapport-Magendie staat dat partijen niet alleen recht hebben op '*un procès équitable, mais bien aussi*

---

34 Volgens het procesrecht van de CPR bepaalt de rechter bij aanvang van de procedure aan de hand van het vermogensrechtelijk belang en de complexiteit van de zaak in welk spoor de zaak zal worden behandeld: *small track*, *fast track* of *multi track.* Het procesverloop (procestempo en proceshandelingen) wordt bepaald door het gekozen spoor. Zie over het onderscheid bijv. O'Hare & Browne 2007, p. 8; Sime 2007, p. 7.

35 Hodgkinson & James 2007, p. 119-120.

36 Zuckerman 2006a, p. 725.

37 Phipson on Evidence 2005, 33-38, met verwijzing naar *Hubbard v. Lambeth, Southwark and Lewisham Health Authority,* The Times, 8 oktober 2001.

38 *Stallwood v David* [2006] EWHC 2600 (QB), r.o. 21.

39 Hodgkinson & James 2007, p. 121.

40 In dit hoofdstuk wordt met betreking tot Frankrijk voornamelijk ingegaan op de *expertise*, omdat het feitenonderzoek van een deskundige in een *expertise* de meeste overeenkomsten vertoont met het feitenonderzoek van een deskundige in Nederlandse civiele zaken. Zie over het onderscheid tussen *expertise, constatation* en *consultation* par. 4.3.10.1.

à une "expertise équitable".'[41] In Frankrijk wordt, evenals in België, maar anders dan in bijvoorbeeld Nederland of Duitsland, algemeen aangenomen dat het beginsel van hoor en wederhoor door de deskundige in acht moet worden genomen:[42]

> 'La loi et la jurisprudence requièrent que l'expertise se déroule de manière contradictoire (...). Une telle exigence pourrait surprendre. Le principe du contradictoire s'adresse au juge qui "doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction" (article 16 [N]CPC). Mais la place que l'expertise occupe dans le processus de jugement suffit à rendre compte de cette exigence: "malgré son caractère technique, l'expertise est par sa nature d'abord un acte judiciaire. Or, la règle essentielle du procès civil est le caractère contradictoire de la procédure, du début à la fin du procès" (...).
> Le principe du contradictoire, qui caractérise la procédure devant le juge, quel qu'en soit le domaine, recouvre un double impératif: il permet, d'une part, de protéger les parties et il contribue, d'autre part, à l'élaboration du jugement (...). Ainsi, la contradiction est un élément déterminant de la discussion judiciaire non seulement en ce qu'elle garantit, dans une certaine mesure, sa légitimité (...), mais aussi en ce qu'elle manifeste les exigences de la construction du jugement. Ainsi, soumettre les opérations d'expertise au principe du contradictoire revient non seulemant à leur conférer une plus grande légitimité, mais aussi à prendre acte du fait que l'expertise contribue, non pas à découvrir un fait brut, mais à construire un jugement de fait (...). Dès lors, en effet, que l'expertise contribue à l'émergence du sens de la norme, il importe que le processus qui conduit à l'avis de l'expert soit mené de façon contradictoire entre les parties concernées. En ce sens, il est permis de voir dans l'expertise un "procès des faits".
> Deux niveaux d'analyse doivent être distingués. En premier lieu, l'expert doit réaliser ses opérations de manière contradictoire: les parties étant présentes ou ayant été appelées à assister aux opérations (A). Les opérations d'expertise offrent ainsi aux parties une occasion de discuter la pertinence des analyses de l'expert et ces objections seront portées à la connaissance du juge. Menées contradictoirement, les opérations d'expertise conduisent à l'établissement par l'expert d'un compromis entre les arguments que lui soumettent les parties et sa propre opinion sur la question qui lui est soumise (...) (B).'[43]

Frison-Roche heeft erop gewezen dat er eigenlijk geen aanleiding is om aan te nemen dat de deskundige het beginsel van hoor en wederhoor tijdens het deskundigenonderzoek in acht moet nemen, omdat een deskundigenadvies geen rechterlijke beslissing is. Wie de toepassing ervan wil rechtvaardigen, moet volgens haar erkennen dat een deskundige normatieve invloed heeft op de uitkomst van de zaak.[44] De bewijskracht van een deskundigenadvies is volgens haar mede afhan-

---

41 Rapport-Magendie 2004, p. 20. Het Rapport-Magendie is uitgebracht in 2004 in opdracht van de Franse Minister van Justitie door een commissie onder voorzitterschap van Jean-Claude Magendie, president van de rechtbank van Parijs. In het rapport worden, kort gezegd, aanbevelingen gedaan om de verhouding tussen snelheid en kwaliteit in de rechtspraak te verbeteren.

42 Rapport-Magendie 2004, p. 107; Zavaro 2007, nr. 152.

43 Leclerc 2005, p. 312. Aan het slot van de eerste alinea citeert hij J. Debeaurain, 'Les caractères de l'expertise civile', Recueil Dalloz périodique 1979, chron. XXII, p.144.

44 Normatieve invloed van een deskundige op rechterlijke oordeelsvorming is in Frankrijk mede een thema door het voorschrift dat de deskundige zich niet mag uitlaten over juridische vragen (art. 238 CPC). Zie bijv. Leclerc 2005, p. 159 e.v.

kelijk van de mate waarin partijen in het feitenonderzoek van de deskundige hebben geparticipeerd, omdat oordeelsvorming door een deskundige niet goed mogelijk is als hij partijen niet hoort. Bovendien hebben partijen er belang bij om de onderzoeksactiviteiten van de deskundige van nabij te kunnen volgen, want

> '(...) se défendre après l'expertise, c'est souvent se défendre trop tard.'[45]

Volgens Cadiet & Jeuland is respect voor het contradictoire karakter van een deskundigenonderzoek – naast de gebondenheid van de deskundige aan de opdracht van de rechter en de vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs – essentieel om het risico te beperken dat de rechter het deskundigenadvies onvoldoende aan een eigen beoordeling onderwerpt en te snel overneemt.[46] Naar mijn opvatting is dit risico onlosmakelijk verbonden met de kennisparadox.[47] De rechter schakelt de deskundige in op de grond dat hij kennis en ervaring mist die hij nodig acht voor de beoordeling van in geschil zijnde feiten. Daarmee kan hij de juistheid en volledigheid van een deskundigenadvies niet zo diepgaand beoordelen als het bewijs van feiten waarbij hij geen deskundige bijstand nodig heeft. Naarmate partijen het feitenonderzoek van de deskundige beter kunnen volgen, zullen zij in de verdere procedure bij de rechter effectiever commentaar kunnen leveren op de bevindingen van de deskundige ten aanzien van de feiten. Het processuele debat na deskundigenadvies is mede bepalend voor de omvang van de motiveringsplicht van de rechter in de beslissing na deskundigenadvies.[48] Invloed van partijen tijdens het deskundigenonderzoek kan een instrument zijn om risico's van de kennisparadox te beperken. Hiermee is nog niet gezegd dat een contradictoir deskundigenonderzoek wenselijk is, want dat hangt ook van andere factoren af, bijvoorbeeld of een contradictoir deskundigenonderzoek daadwerkelijk bijdraagt aan de *equality of arms*, dan wel juist tot verdergaande polarisatie leidt. Ook is van belang of de doorlooptijd en de kosten van een contradictoir deskundigenonderzoek in het algemeen aanvaardbaar zijn. In België[49] en Frankrijk wordt geklaagd over de lange duur van (een procedure met) deskundigenonderzoek. Het Franse Rapport-Magendie beschouwt de *expertise* als een belangrijke factor van vertraging tijdens civiele procedures. Een procedure waarin een deskundigenadvies wordt gelast, duurt volgens het rapport twee keer zo lang als een gemiddelde procedure.[50] Een bouwzaak met deskundigenadvies kan zelfs zes keer zo lang duren als zonder deskundigenadvies. Veel rapporten worden niet binnen de gestelde termijn ingeleverd. In Parijs betreft het naar schatting 80% van de rapporten. De oorzaak hiervan ligt niet alleen bij deskundigen, want de termijn voor inleve-

45 Frison-Roche 1995, p. 93.
46 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 606.
47 Over de kennisparadox: par. 1.4.4.
48 Zie par. 7.5.3.2.
49 Zie par. 4.3.5.1.
50 Het Rapport-Magendie bevat echter geen vergelijkende cijfers van doorlooptijden van zaken met en zonder deskundigenonderzoek. Zie over doorlooptijden in Nederland: par. 1.6.

ring van een deskundigenadvies is vaak te krap. Het Rapport-Magendie doet de suggestie dat de rechter in het vervolg een reële termijn stelt en de deskundige op het salaris kort als die niet wordt gehaald.[51]

Contradictoir deskundigenonderzoek in de praktijk

In Frankrijk wordt van een deskundige verlangd dat hij partijen de kans geeft zijn onderzoekshandelingen te controleren en met hem van gedachten te wisselen.[52] Dat begint als hij zich een beeld van het geschil vormt. Hij neemt niet alleen kennis van de processtukken, maar moet partijen ten minste éénmaal oproepen voor een bijeenkomst waar zij hun standpunt aan de deskundige uiteen kunnen zetten.[53] Als geen bijeenkomst met partijen is gehouden en de rechten van de verdediging daardoor onvoldoende zijn gerespecteerd, mag het deskundigenadvies niet voor het bewijs worden gebruikt.[54] De deskundige moet partijen verder betrekken in de verkrijging van informatie en in het onderzoek van personen en zaken.[55] Schakelt hij een hulppersoon in, dan moeten partijen op diens bevindingen kunnen reageren bij de deskundige.[56] In Frankrijk ziet de cassatierechter erop toe dat partijen voldoende kunnen participeren in het deskundigenonderzoek en effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies. Is dit niet het geval, dan mag het deskundigenadvies niet voor het bewijs worden gebruikt.[57] Zo moest het deskundigenadvies terzijde worden gelegd in een zaak waarin een deskundige na een bijeenkomst met partijen nadere informatie ontving en slechts één van partijen gelegenheid gaf om op die informatie te reageren.[58] Een deskundige die na een bijeenkomst met partijen nadere informatie verkreeg, die deed toekomen aan partijen en hen in de gelegenheid stelde te reageren, hoefde echter niet opnieuw een bijeenkomst met partijen te houden toen slechts één van partijen reageerde.[59] Het beginsel van hoor en wederhoor was naar het oordeel van de cassatierechter ook in acht genomen in een zaak waarin de deskundige volgens het cassatiemiddel het resultaat van zijn eerste schattingen aan partijen had moeten geven, waarop zij dan hadden kunnen reageren voordat het deskundigenadvies definitief was. Dat was volgens de cassatierechter niet vereist. De deskundige had partijen om informatie gevraagd. Die was hem door één partij toegezonden, met een kopie aan de wederpartij. Voldoende was dat de deskundige vervolgens gelegenheid aan partijen had gegeven om opmerkingen te maken.[60]

---

51 Rapport-Magendie 2004, p. 20 en 98-100.
52 Leclerc 2005, p. 312-313; Zavaro 2006, p. 101.
53 Boulez 2004, nr. 807-810; Leclerc 2005, p. 315; Zavaro 2007, nr. 158. Voor de oproeping gelden vormvoorschriften (art. 160 CPC), waarvan de naleving vooral betekenis krijgt als een partij niet verschijnt op een afspraak met de deskundige.
54 Boulez 2004, nr. 810; Leclerc 2005, p. 316.
55 Couchez 2006, nr. 372; Leclerc 2005, nr. 409.
56 CdC 24 juni 2004, 02-14959.
57 Boulez 2004, nr. 406, 809, 819; Frison-Roche 1995, p. 95.
58 CdC 12 oktober 1994, 92-16493.
59 CdC 11 april 1995, 93-16147.
60 CdC 8 april 2004, 02-11619.

6.2.3.2 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige

Het deskundigenonderzoek vindt plaats onder leiding van de rechter (art. 155 lid 1 CPC). In de wet is tevens het vertrekpunt gekozen dat rechter en deskundige zo veel mogelijk samenwerken.[61] Zo kan de rechter het deskundigenonderzoek bijwonen (art. 241 lid 1 CPC) en kan de deskundige de rechter vragen hem te horen (art. 245 lid 2 CPC). De rechter heeft tot taak ambtshalve of op verzoek van de deskundige of een partij te interveniëren bij problemen tijdens het deskundigenonderzoek (art. 167 CPC). De vraagstelling kan tijdens het onderzoek door de rechter worden uitgebreid of beperkt (art. 236 en 149 CPC), bijvoorbeeld als de uitvoering van het onderzoek daartoe aanleiding geeft.[62] De deskundige moet de rechter op de hoogte houden van de voortgang van het deskundigenonderzoek (art. 273 CPC).[63] De rechter kan er verder op toezien dat partijen aan het onderzoek meewerken. Partijen zijn daartoe verplicht (art. 11 lid 1 CPC). Zoals vermeld in par. 4.3.10.3, is in Frankrijk een ieder verplicht om in een procedure mee te werken aan de vaststelling van de waarheid (art. 10 *Code civil*).

Wanneer partijen niet meewerken aan een deskundigenonderzoek, kan de rechter daaraan de gevolgen verbinden die hij geraden acht. Een weigering van een partij om mee te werken aan een deskundigenonderzoek kan bijvoorbeeld een reden zijn om niet te voldoen aan het verzoek van die partij om een andere deskundige te benoemen.[64]

6.2.3.3 Het feitenonderzoek van de deskundige

Processtukken

Bij de benoeming van de deskundige behoren partijen de processtukken ter griffie neer te leggen. De deskundige kan de gedeponeerde stukken inzien om te beoordelen of hij de opdracht wil aanvaarden. Na aanvaarding van de opdracht kan de deskundige zich de gedeponeerde processtukken door de griffie doen toezenden (art. 268 CPC), ook als hij daarmee meer informatie krijgt dan nodig is voor de beantwoording van de vraagstelling.[65] Als de vraagstelling ter zitting met partijen en de deskundige wordt besproken, ontvangt de deskundige de processtukken ter zitting (art. 266 CPC).

Inlichtingen inwinnen bij partijen en derden

De deskundige kan inlichtingen inwinnen bij partijen en derden (art. 242 CPC). Al onder de *Code Louis* van 1667 mochten deskundigen in Frankrijk derden horen tijdens het onderzoek, als partijen geen bezwaar hadden.[66] Partijen en derden kunnen niet worden verplicht om bij de deskundige te verschijnen. De deskundige

61 Dumoulin 2007, nr. 36-38; Guinchard 1995, p. 73; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1288; Héron & Le Bars 2006, nr. 1086; Rousseau/De Fontbressin 2007, p. 214-215.
62 Héron & Le Bars 2006, nr. 1086.
63 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 614.
64 Boulez 2004, nr. 1012.
65 Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1301.
66 Pigeau 1787, p. 300 en 305.

mag met partijen en derden spreken, maar hij mag hen niet onder ede als getuige horen.[67]

Partijen kunnen de rechter vragen personen als getuigen te horen bij wie de deskundige inlichtingen heeft ingewonnen.[68] Ook Zwitserland kent deze mogelijkheid, zoals par. 6.2.8.2 laat zien. Een deskundigenadvies kan feiten bevatten die vatbaar zijn voor ieders waarneming en feiten die slechts door een deskundigenadvies kunnen worden opgehelderd, in Duitsland *Zusatztatsachen*, respectievelijk *Befundtatsachen* genoemd.[69] Wanneer partijen getuigen kunnen doen horen over feiten die onderwerp zijn van een deskundigenadvies, maar vatbaar zijn voor ieders waarneming, wordt kennelijk belang gehecht aan het onmiddellijkheidsbeginsel, op grond waarvan bewijslevering zo veel mogelijk ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen behoort plaats te vinden.

Stukken opvragen

De deskundige kan partijen en derden vragen bepaalde stukken over te leggen (art. 243 en 275 CPC). Wordt aan het verzoek voldaan, dan moet de deskundige zich ervan verzekeren dat beide partijen beschikken over de stukken die de deskundige heeft ontvangen.[70] Hier is waarneembaar dat het beginsel van hoor en wederhoor in Frankrijk tijdens het deskundigenonderzoek door de deskundige in acht moet worden genomen. Voldoet een partij in strijd met haar medewerkingsverplichting niet aan een verzoek van de deskundige om stukken over te leggen, dan kan de deskundige zich tot de rechter wenden. Een partij die een bewijsstuk achterhoudt, kan op verzoek van de wederpartij door de rechter worden verplicht tot overlegging van het stuk op straffe van een dwangsom (art. 11 lid 2 CPC). Aan een weigering van een partij om stukken over te leggen kan de rechter de gevolgen verbinden die hij geraden acht (art. 243 en 275 CPC).[71]

De rechter kan op verzoek van een partij ook een derde tot overlegging van stukken verplichten. Aan de verplichting van de derde kan eveneens een dwangsom worden verbonden (art. 11 lid 2 CPC). Partijen en derden kunnen echter niet tot overlegging van stukken worden verplicht als er een gerechtvaardigde reden is om de verlangde stukken niet over te leggen.[72]

---

67 Boulez 2004, nr. 824; Cadiet & Jeuland 2006, nr. 608; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1287; Héron & Le Bars 2006, nr. 1086.

68 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 609.

69 Zie par. 4.3.6.3.

70 Boulez 2004, nr. 814; Cadiet & Jeuland 2006, nr. 614; Leclerc 2005, nr. 415. Boulez vermeldt dat, als partijen door advocaten worden bijgestaan, de deskundige van de advocaten kan verlangen dat zij zorgdragen voor toezending aan de wederpartij van de stukken die zij aan de deskundige doen toekomen. In andere gevallen is het aan de deskundige om zich ervan te vergewissen dat beide partijen beschikken over stukken die hij gebruikt (Boulez 2004, nr. 814).

71 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 614; Couchez 2006, nr. 372; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1306; Julien & Fricero 2003, nr. 454. Art. 275 CPC is een uitwerking van de algemene regel van art. 11 CPC.

72 Een gerechtvaardigde reden kan verband houden met privacybescherming of voortvloeien uit een beroepsgeheim (Zavaro 2007, nr. 160). Bijv. CdC 15 juni 2004, 01-02338: een arts weigert met een beroep op het medisch geheim stukken aan een deskundige ter beschikking te stellen, waarna de rechter moet beoordelen of de weigering gerechtvaardigd is. De rechter is volgens Leclerc in het algemeen gevoelig voor het argument dat het medisch beroepsgeheim ook in een deskundigenonderzoek moet worden gerespecteerd (Leclerc 2005, nr. 413).

De deskundige dient zich bij het inwinnen van informatie steeds te beperken tot de feiten waarop het onderzoek volgens de vraagstelling betrekking heeft.[73] Ook echter als de deskundige deze grenzen overschrijdt, staat het de rechter vrij om het deskundigenadvies aan zijn uitspraak ten grondslag te leggen.[74]

Onderzoek van personen en zaken
De deskundige moet partijen als hoofdregel in de gelegenheid stellen al het onderzoek van zaken bij te wonen. Hij moet partijen daartoe telkens uitnodigen (art. 160 CPC).[75] Ook hier is de rechtstreekse toepasselijkheid van het beginsel van hoor en wederhoor zichtbaar. Als de deskundige onderzoek doet buiten aanwezigheid van partijen, bijvoorbeeld omdat er aanleiding is onaangekondigd onderzoek te doen, het onderzoek van ondergeschikt belang betreft of partijen toestemming hebben verleend voor onderzoek buiten hun aanwezigheid,[76] moet hij partijen over zijn bevindingen informeren voordat hij het deskundigenadvies aan de rechter doet toekomen. Partijen moeten namelijk bij de deskundige op deze bevindingen kunnen reageren.[77]

Voor een onderzoek waarbij inbreuk wordt gemaakt op het lichaam, is de toestemming van de te onderzoeken persoon nodig, ook in afstammingszaken.[78] Het medisch onderzoek van een partij mag niet worden bijgewoond door de wederpartij, maar wel door de medisch adviseurs van partijen. Fout handelt de deskundige die aan de medisch adviseur van slechts één partij gelegenheid geeft om het medisch onderzoek bij te wonen.[79]

Een partij kan de deskundige vragen om een bepaald soort onderzoek te verrichten. De deskundige toetst dan of het verzoek past bij de opdracht en de goede vervulling daarvan. Als hij een verzoek niet honoreert, vermeldt hij de reden in het deskundigenadvies.[80]

6.2.3.4 Na het onderzoek

Opmerkingen en verzoeken
In het deskundigenadvies wordt verslag gedaan van het contradictoire deskundigenonderzoek. De deskundige moet in het deskundigenadvies vermelden welke gevolgen hij verbindt aan de opmerkingen en verzoeken (*observations ou réclamations*) van partijen tijdens of na het onderzoek (art. 276 lid 4 CPC).[81] Op geza-

---

73 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 608 en 614; Couchez 2006, nr. 367; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1304.
74 Bijv. CdC 5 maart 2003, 00-21931. Cadiet & Jeuland 2006, nr. 608 en 614; Guinchard 1995, p. 72; Julien & Fricero 2003, nr. 446.
75 Frison-Roche 1995, p. 95; Guinchard 1995, p. 74.
76 Boulez 2004, nr. 809 en 818; Zavaro 2006, p. 102. Een voorbeeld van onderzoek met ondergeschikt belang: raadpleging van het kadaster.
77 Boulez 2004, nr. 818; Cadiet & Jeuland 2006, nr. 614; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1304. Bijv. CdC 19 december 1995, 93-20822; CdC 18 januari 2001, 98-19958; CdC 5 december 2002, 01-10320; CdC 15 mei 2003, 01-12665.
78 Jeuland 2007, nr. 522.
79 CdC 1 juni 1999, 98-10988.
80 Boulez 2004, nr. 813.
81 Boulez 2004, nr. 827; Cadiet & Jeuland 2006, nr. 614; Couchez 2006, nr. 372; Guinchard 1995, p. 75; Rapport-Magendie 2004, p. 106; Zavaro 2007, p. 1168.

menlijk schriftelijk verzoek van partijen moet de deskundige in het deskundigenadvies ook reageren op opmerkingen en verzoeken die de vraagstelling van de rechter te buiten gaan (art. 238 CPC). De deskundige dient alle opmerkingen en verzoeken van partijen in het deskundigenadvies te verwerken, tenzij het te laat ontvangen reacties of schriftelijke reacties betreft. Sinds 1 maart 2006 is in de wet vastgelegd dat de deskundige die een termijn heeft gesteld, niet hoeft in te gaan op te laat ontvangen reacties (art. 276 lid 2 CPC). Verder hoeft de deskundige, als partijen (tevens) schriftelijk opmerkingen maken of verzoeken doen, alleen in te gaan op de schriftelijk gemaakte opmerkingen en verzoeken. Wat eerder is gezegd en niet schriftelijk wordt herhaald, worden zij dan geacht te hebben laten varen (art. 276 lid 3 CPC). Wel mogen zij in de verdere procedure bij de rechter de niet schriftelijk herhaalde opmerkingen en verzoeken opnieuw naar voren brengen.[82] Dat geldt echter niet onbegrensd. Zo was een partij die tijdens een deskundigenonderzoek akkoord was gegaan met de toepassing van een bepaalde waarderingsmethode, daaraan in de verdere procedure bij de rechter gebonden.[83] Schriftelijke opmerkingen of verzoeken moeten op verzoek van partijen aan het deskundigenadvies worden gehecht (art. 276 lid 1 CPC).

Prérapport

Het komt voor dat de deskundige zijn deskundigenadvies als een *prérapport*, in Nederland wel 'concept-rapport' genoemd,[84] eerst aan partijen doet toekomen. Hij geeft partijen dan gelegenheid te reageren en verwerkt de ontvangen reacties in het deskundigenadvies dat hij uiteindelijk aan de rechter zendt. Deze gang van zaken is niet wettelijk voorgeschreven, maar is onder deskundigen gebruikelijk en wordt wel door de rechter aan deskundigen opgedragen.[85] Voert de deskundige deze opdracht van de rechter niet uit en klaagt een partij daarover, dan volstaat voor de verwerping van de klacht niet dat partijen in de verdere procedure bij de rechter op het deskundigenadvies hebben kunnen reageren.[86] Dat kan in Nederland anders zijn, zoals par. 6.4.3.7 laat zien. De deskundige mag vanzelfsprekend niet aan slechts één van partijen gelegenheid bieden om op het *prérapport* te reageren.[87] Een *prérapport* kan zonder toestemming van partijen niet vervangen dat de deskundige partijen in het onderzoek behoort te betrekken.[88]

Het Rapport-Magendie bevat de aanbeveling om in een code van *best practices* op te nemen dat de deskundige in alle gevallen een *prérapport* aan partijen dient te zenden om te bevorderen dat partijen de gedachtegang van de deskundige kunnen controleren voordat het deskundigenadvies definitief is en te verhinderen

82 Zavaro 2007, nr. 165.
83 CdC 8 april 2004, 02-11619.
84 Bijv. Aanbeveling procedure medisch deskundigenbericht, p. 4; Leidraad deskundigen in civiele zaken, nr. 25.
85 Boulez 2004, nr. 913; Cadiet & Jeuland 2006, nr. 615; Leclerc 2005, nr. 420; Rapport-Magendie 2004, p. 107-108; Zavaro 2007, nr. 167.
86 CdC 24 februari 2005, 03-12226. Rousseau & De Fontbressin 2007, p. 235.
87 Boulez 2004, nr. 913-914; Cadiet & Jeuland 2006, nr. 615. Bijv. CdC 7 november 1995, 93-19318; CdC 27 mei 1998, 96-17919; 96-19819.
88 CdC 20 december 2001, 00-10633.

dat het debat over de inhoud van het deskundigenadvies voor het eerst bij de niet terzake deskundige rechter wordt gevoerd.[89] Volgens de *Fédération nationale d'experts judiciaires* moet het debat tussen partijen en de deskundige echter in een eerder stadium van het deskundigenonderzoek plaatsvinden en is het risico reëel dat sommige partijen een aanspraak op een *prérapport* zouden misbruiken om vertraging te bewerkstelligen.[90] De aanbeveling heeft niet tot wetswijziging geleid. Wel is naar aanleiding van het Rapport-Magendie zoals gezegd de verplichting van de deskundige om in te gaan op alle opmerkingen en verzoeken van partijen enigszins ingeperkt, doordat hij een termijn kan stellen en niet hoeft in te gaan op te laat ontvangen opmerkingen en verzoeken (art. 276 CPC).[91] Volgens Rousseau & De Fontbressin stelt de wettelijke vastlegging dat de deskundige geen acht hoeft te slaan op te laat ontvangen opmerkingen van partijen (art. 276 CPC), de deskundige en de rechter beter in staat onnodige vertraging te vermijden. Zavaro betwijfelt of de wijziging tot verbetering zal leiden.[92]

6.2.4 België

6.2.4.1 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige

Zoals vermeld in par. 4.3.5.4, start een deskundigenonderzoek in België sinds de wetswijziging van 2007 in beginsel met een installatievergadering, waar partijen, rechter en deskundige onder andere van gedachten wisselen over de vraagstelling van het deskundigenonderzoek. Na afloop van de installatievergadering past de rechter de opdracht zonodig aan (art. 972 lid 2 GW).

Het is de bedoeling van de wetgever dat de rechter bij problemen tijdens het deskundigenonderzoek eenvoudig bereikbaar is.[93] De rechter heeft tot taak het verloop van het onderzoek te volgen en er met name op toe te zien dat de termijnen worden nageleefd en het beginsel van hoor en wederhoor tijdens het deskundigenonderzoek wordt gerespecteerd (art. 973 GW). In België heeft het deskundigenonderzoek evenals in Frankrijk een contradictoir karakter.[94] De deskundige die partijen onvoldoende in het onderzoek betrekt of het beginsel van hoor en wederhoor anderszins onvoldoende respecteert, loopt het risico dat de rechter zijn salaris vermindert.[95] Het toezicht van de rechter op het deskundigenonderzoek wordt beperkt door de vrijheid die de deskundige toekomt bij de inrichting van het onderzoek.[96]

Partijen zijn verplicht mee te werken aan het deskundigenonderzoek. Als een partij niet meewerkt, kan de rechter daaruit de conclusies trekken die hij geraden acht (art. 972bis lid 1 GW). Volgens Verbeke kan een dwangsom worden opgelegd

---

89 Rapport-Magendie 2004, p. 107-108.
90 Rousseau & De Fontbressin 2007, p. 236.
91 *Décret* nr. 2005-1678 van 28 december 2005.
92 Rousseau & De Fontbressin 2007, p. 237; Zavaro 2007, nr. 164.
93 Taelman 2006, p. 182-183.
94 Cloquet 1975, nr. 287; Closset-Marchal 2002, nr. 28-33; Lurquin 1973, nr. 48; Lurquin 1985, nr. 139 en 184; Lysens & Naudts 2005, nr. 141.
95 Closset-Marchal 2002, nr. 33; Hofströssler 2006, p. 126; Lysens & Naudts 2005, p. 233 en 239.
96 Lysens & Naudts 2005, nr. 162.

om een onwillige partij tot medewerking te bewegen, tenzij het om een onderzoek van een persoon gaat.[97]

De rechter kan ambtshalve of op verzoek van partijen werkzaamheden van de deskundige bijwonen (art. 973 lid 1 GW). Dit komt niet vaak voor.[98] Volgens Hofströssler moet de rechter daar verandering in brengen, niet alleen om een actieve rol te vervullen tijdens het deskundigenonderzoek, maar ook om naderhand met meer kennis van zaken te kunnen oordelen.[99]

Geschillen tussen partijen en de deskundige met betrekking tot het deskundigenonderzoek worden door de rechter beslecht. Partijen en de deskundige kunnen zich daartoe bij gewone brief onder opgave van redenen tot de rechter wenden, waarna het geschil in raadkamer wordt behandeld. Binnen ongeveer zes weken na de ontvangst van de brief moet er zijn beslist (art. 973 lid 2 GW). Volgens Lysens & Naudts wordt steeds vaker een beroep op de rechter gedaan om knelpunten tijdens het deskundigenonderzoek op te lossen.[100] Voorbeelden van knelpunten zijn de uitleg van de opdracht, de uitbreiding van de opdracht, tegenwerking van de deskundige door een partij of tekortkomingen in de inachtneming van de eisen die voortvloeien uit het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek. Als een knelpunt niet wordt opgelost in een gesprek met partijen en de deskundige, kan de rechter eventueel de deskundige vervangen. Ook kan hij oordelen dat een partij handelt in strijd met haar verplichting om mee te werken aan het deskundigenonderzoek, waaraan hij de gevolgen mag verbinden die hem geraden voorkomen.

6.2.4.2 Het feitenonderzoek van de deskundige

Verkrijging van informatie

Het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek is zichtbaar in het voorschrift dat de deskundige bij de start van het onderzoek, na de installatievergadering, met partijen moet spreken over de opdracht en de inrichting van het onderzoek (art. 972 GW). Een partij heeft dan gelegenheid haar standpunt mondeling en schriftelijk uiteen te zetten aan de deskundige en de wederpartij.[101] De werkzaamheden van de deskundige zijn er ook op gericht om te onderzoeken of een minnelijke regeling tussen partijen kan worden getroffen (art. 977 GW).[102]

Bij de start van het onderzoek overhandigen partijen aan de deskundige de processtukken die zij relevant achten (art. 972bis lid 1 GW). Zij zijn niet verplicht een kopie van het gehele procesdossier aan de deskundige te overhandigen. De deskundige mag echter stukken bij partijen opvragen die hij relevant acht, bijvoorbeeld niet overgelegde stukken waarvan het bestaan blijkt uit de door partijen overhandigde stukken. Hij kan ook anderszins inlichtingen vragen aan partijen.[103]

97 Verbeke 2000, nr. 45.
98 Lurquin 1985, nr. 133; Lysens & Naudts 2005, nr. 154.
99 Hofströssler 2006, p. 131.
100 Lysens & Naudts 2005, nr. 155.
101 Cloquet 1975, nr. 310; Lysens & Naudts 2005, nr. 128.
102 De Groot 2007b, p. 68.

De deskundige bepaalt weliswaar welke stukken en inlichtingen hij van partijen wenst te ontvangen, maar hij kan geen dwangmiddelen toepassen als een partij niet meewerkt.[104] De rechter kan een partij op verzoek van de deskundige gelasten een bepaald stuk over te leggen (art. 877 GW[105]), maar heeft evenmin middelen om de medewerking van een partij aan een deskundigenonderzoek af te dwingen. Aan een weigering om mee te werken kan de rechter zoals gezegd wel de gevolgen verbinden die hem geraden voorkomen (art. 972bis lid 1 GW).

De deskundige mag verder schriftelijk, mondeling en elektronisch inlichtingen inwinnen bij derden. Hij behoort partijen in verband met het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek uit te nodigen om aanwezig te zijn bij gesprekken met derden. Voor partijen dient kenbaar te zijn welke informatie de deskundige van wie heeft verkregen. Inlichtingen van derden hebben in de verdere procedure na deskundigenadvies geen zelfstandige betekenis, maar maken deel uit van de bevindingen van de deskundige. Als derden niet willen meewerken, kan de deskundige hen daartoe niet dwingen.[106]

De deskundige mag gebruik maken van informatie die hem bekend is uit andere zaken, bijvoorbeeld bekendheid met een situatie ter plaatse, mits hij die informatie voorlegt aan partijen en zij daarop kunnen reageren.[107]

De deskundige mag partijen of derden niet onder ede als getuige horen. Informatie, verstrekt door iemand die daarmee een beroepsgeheim schendt, mag door de deskundige niet worden gebruikt. Ook anderszins onrechtmatig verkregen gegevens mogen niet in het deskundigenadvies worden betrokken.[108]

Onderzoek van personen en zaken

De deskundige die een onderzoek ter plaatse verricht, dient partijen gelegenheid te bieden daarbij aanwezig te zijn. Onderzoek dat op onvoorziene momenten moet worden verricht, bijvoorbeeld afhankelijk van de weersomstandigheden, mag hij zonder partijen doen. De resultaten van dergelijk onderzoek dient hij onmiddellijk mee te delen aan partijen, zodat zij zijn bevindingen desgewenst kunnen controleren. De deskundige mag verder buiten aanwezigheid van partijen kennis nemen van stukken of ander feitenonderzoek verrichten als met de aanwezigheid van partijen geen redelijk doel wordt gediend. Hij moet dan aan partijen meedelen van welke stukken en andere informatie hij kennis neemt.[109]

Als de deskundige zich laat bijstaan door derden en die bijstand een inhoudelijk karakter heeft, moet de deskundige het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek respecteren door bijvoorbeeld partijen ervan in kennis te stel-

---

103 Cloquet 1975, nr. 321; Lurquin 1973, nr. 38; Lysens & Naudts 2005, nr. 133.
104 Lurquin 1985, nr. 134.
105 Art. 877 GW luidt: Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, kan de rechter bevelen dat het stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd.
106 Castermans 2004, nr. 686; Cloquet 1975, nr. 328-331; Lurquin 1985, nr. 151; Lysens & Naudts 2005, nr. 134; Verbeke 2000, nr. 30.
107 Cloquet 1975, nr. 336-345; Lurquin 1985, nr. 153; Lysens & Naudts 2005, nr. 167-175.
108 Cloquet 1975, nr. 346; Lysens & Naudts 2005, nr. 146.

len dat een onderzoek door een derde zal worden verricht, partijen gelegenheid te geven een onderzoek ter plaatse door een derde bij te wonen, of aan partijen de inlichtingen ter beschikking te stellen die de deskundige van derden heeft verkregen.[110]

Een partij is weliswaar verplicht mee te werken aan een medisch deskundigenonderzoek, maar de medewerking kan niet worden afgedwongen. Bij een medisch onderzoek mogen de medisch adviseurs van partijen aanwezig zijn.[111] Als de te onderzoeken partij haar advocaat vraagt het medisch onderzoek bij te wonen en de deskundige en de advocaat hieraan meewerken, mag volgens Lysens & Naudts en De Callataÿ ook de advocaat van de wederpartij bij het onderzoek aanwezig zijn.[112] Als partijen en de deskundige het er niet over eens zijn wie bij een onderzoeksverrichting aanwezig mag zijn, moet de rechter om een beslissing worden gevraagd (art. 973 lid 2 GW).

De deskundige kan op verzoek van partijen meer of ander onderzoek verrichten dan uit de opdracht voortvloeit.[113]

6.2.4.3 Na het onderzoek

Vóór de wijziging van de wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek in 2007 (par. 4.3.5.1) was de deskundige verplicht zijn bevindingen aan partijen te doen toekomen, waarop zij mochten reageren. Het was gebruikelijk dat de deskundige in dit stadium zijn volledige rapport aan partijen zond.[114] In 2007 is wettelijk vastgelegd dat de deskundige zijn rapport, bestaande uit zijn bevindingen en een 'voorlopig advies', aan partijen en de rechter zendt. Hierop kunnen partijen vervolgens bij de deskundige reageren (art. 976 GW). Terwijl in Frankrijk het *pré-rapport* in 2006 niet in de wet is terechtgekomen, zoals vermeld in par. 6.2.3.4, is dat in België in 2007 dus wel gebeurd.

Partijen mogen vervolgens binnen een door de deskundige gestelde termijn opmerkingen aan de deskundige doen toekomen. De deskundige hoeft geen rekening te houden met opmerkingen die hij te laat ontvangt. De rechter kan te laat bij de deskundige gemaakte opmerkingen buiten beschouwing laten (art. 976 GW). Het deskundigenadvies behoort de opmerkingen van partijen te bevatten en de reactie daarop van de deskundige.[115]

---

109 Lurquin 1973, nr. 49-50; Lysens & Naudts 2005, nr. 128 en 141-142.
110 Castermans 2004, nr. 686; Cloquet 1975, nr. 343; Lurquin 1985, nr. 153; Lysens & Naudts 2005, nr. 169 en 233.
111 Lurquin 1985, nr. 142; Lysens & Naudts 2005, nr. 144; Verbeke 2000, nr. 37.
112 De Callataÿ 2002, p. 220; Lysens & Naudts 2005, nr. 144.
113 Castermans 2004, nr. 680; Lurquin 1973, nr. 42; Lurquin 1985, nr. 156; Lysens & Naudts 2005, nr. 151.
114 Cloquet 1975, nr. 382; Lysens & Naudts 2005, nr. 185-189. In gelijke zin: Kamerstukken (Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers), 2006/07, 51.2540/007, p. 16. Lurquin was een tegenstander van dit gebruik (Lurquin 1985, nr. 166).
115 Castermans 2004, nr. 688; Lysens & Naudts 2005, nr. 201.

6.2.5 Oostenrijk

6.2.5.1 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige

In Oostenrijk vindt een deskundigenonderzoek plaats onder leiding van de rechter. Dat is niet met zoveel woorden in de wettelijke regeling van deskundigenbewijs opgenomen, maar vloeit voort uit de betekenis van de *Unmittelbarkeitsgrundsatz* tijdens de bewijslevering: de rechter dient zich zo veel mogelijk uit eigen, rechtstreekse waarneming een oordeel te vormen over het bewijs van feiten die tussen partijen in geschil zijn. Bewijslevering dient dan ook zo veel mogelijk plaats te vinden ten overstaan van de rechter die de zaak behandelt (*das erkennende Gericht*). Wordt hiervan zonder goede grond afgeweken, dan is sprake van een *wesentlicher Verfahrensmangel* die nietigheid van de uitspraak tot gevolg heeft (§ 496 lid 1 onder 2 ZPO).[116] In het licht van de *Unmittelbarkeitsgrundsatz* spreekt het volgens Rechberger voor zich dat ook bewijs door deskundigen zo veel mogelijk wordt geleverd in aanwezigheid van de rechter die de zaak behandelt en beslist.[117] Dit kan anders zijn als een deskundige bijvoorbeeld een voorwerp moet bezichtigen buiten het ambtsgebied van die rechter. De bezichtiging mag dan plaats vinden ten overstaan van een andere rechter (§ 351 lid 1 ZPO).

Op grond van het onmiddellijkheidsbeginsel behoort een deskundigenadvies zo veel mogelijk mondeling te worden uitgebracht aan de rechter die de zaak behandelt, maar uit praktische overwegingen is het schriftelijke deskundigenadvies toelaatbaar en gangbaar (§ 357 lid 1 ZPO).[118] Wanneer een schriftelijk deskundigenadvies wordt uitgebracht, houdt het toezicht van de rechter evenals in Nederland weinig meer in dan dat de rechter een termijn stelt voor de inlevering van het deskundigenadvies (§ 357 lid 1 ZPO). De deskundige kan het onderzoek buiten tegenwoordigheid van de rechter verrichten.[119] De rechter kan worden benaderd als de deskundige de benodigde informatie van partijen of derden niet verkrijgt. Ook andere problemen tijdens het deskundigenonderzoek kunnen door een partij of de deskundige aan de rechter worden voorgelegd.

Medewerking van partijen en derden

Partijen en derden zijn verplicht mee te werken aan het deskundigenonderzoek (§ 359 lid 2 ZPO). De deskundige kan hun medewerking niet afdwingen.[120] Sinds 1 januari 2003 bevat de wet voorschriften voor het geval de deskundige aangewezen is op de medewerking van partijen en een partij niet meewerkt (§ 359 lid 2 ZPO).[121] De deskundige behoort de rechter hiervan in kennis te stellen, waarna de rechter die partij gelast binnen een bepaalde termijn mee te werken. Tegen deze

116 Rechberger & Simotta 2003, nr. 610-612.
117 Rechberger 2006, § 352 nr. 1.
118 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 151; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 357 ZPO, nr. 1; Rechberger 2006, § 357 nr. 1; Rüffler 1995, p. 163.
119 Feil & Kroisenbrunner 2003, p. 735.
120 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 359 ZPO, nr. 5; Jelinek 1990, p. 70.
121 Fasching had in 1993 gewezen op het ontbreken van zo'n bepaling (Fasching 1993, p. 99). In vergelijkbare zin: Rüffler 1995, p 181.

beslissing staat geen rechtsmiddel open. Wanneer medewerking ook dan uitblijft, moet het deskundigenadvies worden voltooid. Als een partij niet meewerkt, kan de rechter daaraan bij de bewijswaardering de gevolgen verbinden die hij geraden acht.[122] Wordt ontbrekende informatie alsnog overgelegd, dan moet de deskundige die informatie in zijn (aanvullende) deskundigenadvies betrekken. De extra kosten komen ongeacht de uitkomst van de procedure voor rekening van de partij die in gebreke is geweest.

De wettelijke regeling van deskundigenbewijs kent geen bevoegdheden aan de rechter toe om derden te bewegen tot medewerking aan een deskundigenonderzoek, ongeacht of het gaat om de verkrijging van stukken of inlichtingen, of de medewerking van een derde aan een onderzoek van personen of zaken.[123]

6.2.5.2 Het feitenonderzoek van de deskundige

Verkrijging van informatie

In Oostenrijk is uitgangspunt dat de deskundige moet kunnen beschikken over de informatie die hij nodig heeft voor de beantwoording van de vraagstelling. De benodigde stukken, voorwerpen en hulpmiddelen die zich ter griffie bevinden, ontvangt hij van de griffier (§ 359 lid 1 ZPO). Meestal ontvangt de deskundige van de griffie een kopie van de processtukken. Soms kan hij in plaats daarvan het procesdossier ter griffie inzien. Ook krijgt hij wel eens de beschikking over het procesdossier van de rechter.[124] De deskundige kan partijen en derden rechtstreeks om andere stukken of inlichtingen vragen die relevant zijn voor de beantwoording van de vraagstelling van de rechter en vallen binnen de reikwijdte van de feiten die hij op grond van de vraagstelling als vaststaand moet aannemen of dient op te helderen.[125] Hij heeft geen bevoegdheden om onwillige partijen of derden tot medewerking te bewegen, zoals vermeld in par. 6.2.5.1.

Weigert een partij de gevraagde stukken te verstrekken en benadert de deskundige of de wederpartij de rechter, dan zal de rechter volgens Rechberger beslissen langs de lijnen van de verplichting van partijen om tijdens de procedure stukken aan de rechter en de wederpartij over te leggen (§ 304 en 305 ZPO).[126] Een partij mag niet weigeren een stuk over te leggen waarop zij zich heeft beroepen, wanneer zij naar burgerlijk recht verplicht is het stuk over te leggen, of als het stuk naar zijn inhoud betrekking heeft op de rechtsverhouding die tussen partijen in geschil is (§ 304 ZPO). Een partij mag wel weigeren stukken over te leggen als die bijvoorbeeld betrekking hebben op het familie- en gezinsleven van die partij, als de openbaarmaking van het stuk die partij of derden aan het risico van

122 Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1025; Rechberger 2006, § 359 nr. 4, met verwijzing naar § 381 ZPO, waarin hetzelfde is opgenomen voor de partij die zonder goede reden weigert een verklaring af te leggen of vragen te beantwoorden.

123 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 151; Fasching 1990, p. 108-109; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 359 ZPO, nr. 6; Jelinek 1990, p. 70; Rechberger 2006, § 359 nr. 5.

124 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, nr. 66; Rechberger 2006, § 359 nr. 2.

125 Fasching 1993, p. 105-106; Jelinek 1990, p. 69; E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, nr. 66; Rechberger 2006, § 359 nr. 2.

126 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 359 ZPO, nr. 4; Rechberger 2006, § 359 nr. 3.

strafrechtelijke vervolging zou blootstellen, of als zij door het stuk over te leggen een bedrijfsgeheim zou schenden, of een door de staat erkende geheimhoudingsplicht waaruit zij niet rechtsgeldig is ontslagen (§ 305 ZPO).

Voldoet een derde niet aan een verzoek van een deskundige om stukken over te leggen, dan kunnen partijen trachten met gebruik van de regeling van de exhibitieplicht stukken of voorwerpen ten behoeve van het deskundigenonderzoek van de derde te verkrijgen (§ 308 en 318 lid 2 ZPO).[127]

De partij bij wie een deskundige mondeling inlichtingen wil inwinnen, is volgens Rechberger verplicht om daaraan mee te werken, tenzij zij zich als getuige zou kunnen beroepen op een verschoningsrecht (§ 321 ZPO).[128] Volgens Fasching mag een deskundige niet met één partij spreken buiten aanwezigheid van de wederpartij, behalve als daar een deugdelijke reden voor is, zoals bij medisch onderzoek.[129]

Onderzoek van personen en zaken

De deskundige moet partijen gelegenheid geven aanwezig te zijn bij onderzoeksverrichtingen die zijn afgeleid van de taak van de rechter.[130] Zoals uiteengezet in par. 4.3.7.1, wordt de deskundige in Oostenrijk gezien als een hulppersoon of medewerker van de rechter. Fasching heeft betoogd dat ten overstaan van de deskundige materieel bewijs wordt geleverd en dat zijn taak in zoverre is afgeleid van de taak van de rechter ten overstaan van wie bewijs wordt geleverd. In zijn opvatting moet de deskundige daarom dezelfde procesrechtelijke beginselen in acht nemen als de rechter, zoals het beginsel van hoor en wederhoor. Volgens Rüffler zou dat betekenen dat een deskundige juridische kennis nodig heeft.[131] Zowel Fasching als Rüffler menen dat de deskundige partijen in staat moet stellen onderzoekshandelingen bij te wonen waarvoor de medewerking van (een) partij(en) nodig is of die zich lenen voor controle door partijen, zoals een bezichtiging, of een bijeenkomst waar de deskundige vragen aan iemand stelt. Zo hebben partijen de mogelijkheid het deskundigenonderzoek te controleren en door middel van opmerkingen en verzoeken (*durch geeignete Fragen und Hinweise*) de juistheid en volledigheid van de grondslag van het deskundigenadvies aan te vullen.[132] Rüffler vindt dat partijen pas beschikken over een effectief middel om de invloed van de deskundige op het rechterlijk oordeel te controleren, als zij tijdens een deskundigenonderzoek – waarbij de rechter zelden aanwezig is – vragen kunnen stellen aan de deskundige en hem aanwijzingen kunnen geven.[133] Een andere opvatting heeft Jelinek. Hij meent dat een deskundige geen bewijs mag vergaren en dat ten overstaan van een deskundige geen bewijs wordt geleverd. Wel mag de deskundige

127 Rechberger 2006, § 359 nr. 5.
128 Rechberger 2006, § 359 nr. 3.
129 Fasching 1993, p. 105.
130 Fasching 1990, nr. 1005; Peter G. Mayr, 'Das Beweisrecht in Österreich', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 58; Rechberger 2006, § 359 nr. 2.
131 Rüffler 1995, p. 185.
132 Fasching 1993, p. 103-105; Rüffler 1995, p. 188.
133 Rüffler 1995, p. 168.

buiten aanwezigheid van de rechter onderzoek doen naar feiten op zijn vakgebied en bij partijen en derden informatie op zijn vakgebied verzamelen. De desbetreffende waarnemingen van de deskundige staan ten dienste van het deskundigenadvies. De rechter beoordeelt de betekenis ervan voor het bewijs.[134] Rechberger vermeldt een beslissing van de Oostenrijkse cassatierechter in een zaak op het gebied van sociaal zekerheidsrecht, waarin werd geoordeeld dat de ondervraging van partijen of derden door deskundigen niet gelijk staat aan een verhoor van partijen of getuigen door de rechter, omdat de beginselen van openbaarheid, mondelinge behandeling, onmiddellijkheid en vrije bewijswaardering slechts bij een verhoor door de rechter een juiste uitkomst van de bewijslevering kunnen waarborgen. Volgens Rechberger zijn de onderzoekshandelingen van de deskundige echter materieel als bewijslevering te kwalificeren, en zijn ze slechts toelaatbaar als de naleving van die beginselen is gewaarborgd.[135] Naar zijn opvatting mogen partijen onderzoekshandelingen van de deskundige bijwonen '*soweit dies möglich und tunlich ist*'.[136] Jelinek meent dat de deskundige partijen bij onderzoek ter plaatse moet uitnodigen voor zover dat feitelijk en juridisch mogelijk en zinvol is.[137] Uit de aangehaalde literatuur komt naar voren dat partijen in de praktijk in het algemeen aanwezig mogen zijn bij het onderzoek van zaken, zoals een onderzoek ter plaatse of een onderzoek van een voorwerp. Het medisch onderzoek van een persoon wordt buiten aanwezigheid van de wederpartij verricht. Partijen wonen langdurig onderzoek niet (voortdurend) bij. Zij zijn evenmin aanwezig wanneer zij niet tijdig kunnen worden uitgenodigd, bijvoorbeeld bij onderzoek dat onder bepaalde weersomstandigheden moet worden verricht.

De deskundige is volgens Fasching niet verplicht deskundigen door wie partijen zich laten bijstaan, uit te nodigen om het onderzoek bij te wonen of aan te horen.[138] Zoals vermeld in par. 6.2.6.2, mogen partijen zich in Duitsland wel door eigen deskundigen laten bijstaan.

6.2.5.3 Na het onderzoek

In gevallen waarin het niet toegestaan, niet uitvoerbaar of niet zinvol is dat onderzoek door (één van) partijen wordt bijgewoond, bijvoorbeeld medisch onderzoek van een persoon of onderzoek bij bepaalde weersomstandigheden, moeten partijen volgens Fasching kennis kunnen nemen van het deskundigenadvies voordat het wordt ingeleverd bij de rechter. Partijen kunnen dan naar voren brengen wat zij bij het onderzoek hadden willen opmerken.[139] Geen wettelijke bepaling verplicht de deskundige echter om partijen bij of na het onderzoek gelegenheid te geven tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken.

134 Jelinek 1990, p. 70.
135 Rechberger 2006, § 359 nr. 2.
136 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 359 ZPO, nr. 1.
137 Jelinek 1990, p. 70.
138 Fasching 1993, p. 105.
139 Fasching 1993, p. 105.

6.2.6 Duitsland

6.2.6.1 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige

In Duitsland vindt een deskundigenonderzoek net zoals in Frankrijk plaats onder leiding van de rechter (§ 404a lid 1 ZPO). Zoals vermeld in par. 4.3.6.3, bevat het Duitse civiele procesrecht wetsbepalingen die rechter en deskundige moeten aansporen tot uitwisseling van informatie. Het doel daarvan is te bevorderen dat het feitenonderzoek door een deskundige betrekking heeft op de feiten die tussen partijen in geschil zijn en bijdraagt aan de beslissing van de rechter na deskundigenadvies. Als de deskundige wordt gevraagd onderzoek te doen naar feiten, of over feiten te adviseren, kan de rechter bepalen in welke mate de deskundige de door een partij te bewijzen feiten mag ophelderen, of de deskundige een onderzoek ter plaatse mag doen, of hij met partijen mag spreken, en in welke gevallen hij partijen gelegenheid moet geven onderzoeksverrichtingen bij te wonen (§ 404a lid 4 ZPO).[140] Binnen de reikwijdte van de opdracht bepaalt de deskundige zelfstandig welk onderzoek hij op zijn vakgebied nodig acht en welke onderzoeksmethode(n) hij toepast.[141] De rechter behoort de autonomie van de deskundige op diens vakgebied niet te beperken.[142] De rechter heeft echter de regie over de bewijslevering en daarmee over de feiten die de deskundige onderzoekt, over de terbeschikkingstelling van informatie en materiaal aan de deskundige, en over de contacten van de deskundige met partijen en derden. De rechter moet de deskundige wijzen op zijn verplichtingen (§ 407a lid 5 ZPO) en erop toezien dat het deskundigenadvies kan bijdragen aan een zo correct mogelijke beslissing.[143]

Medewerking van partijen

De rechter houdt ook toezicht op de medewerking van partijen aan het deskundigenonderzoek. Partijen zijn tot die medewerking verplicht. Als een partij niet meewerkt aan een onderzoek en het onderzoek daardoor niet kan worden verricht, heeft de deskundige geen zelfstandige middelen om medewerking af te dwingen. De rechter kan een partij een termijn stellen. Werkt de partij ook binnen de door de rechter gestelde termijn niet mee, dan kan de rechter daaraan de gevolgen verbinden die hem geraden voorkomen (§ 356 ZPO).[144]

Wijziging van de opdracht

Tijdens het deskundigenonderzoek kunnen partijen en de deskundige gevolgen ondervinden van de zeggenschap van de rechter over de grenzen van de opdracht en het probandum (*Beweisthema*). Komt de deskundige tijdens het onderzoek tot het inzicht dat een bepaalde kwestie niet in de vraagstelling is betrokken, maar

---

140 Musielak/Huber 2007, § 404a nr. 5; Ulrich 2007, nr. 322 en 330-331.
141 Ulrich 2007, nr. 383.
142 usielak/Huber 2007, § 404a nr. 2; Ulrich 2007, nr. 312.
143 Ulrich 2007, nr. 303.
144 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a nr. 19; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 73, 102-104, 180 en 228; Ulrich 2007, nr. 398.

doorslaggevend is voor de uitkomst van de zaak, dan mag hij die kwestie niet naar eigen inzicht in het deskundigenadvies betrekken. Hij dient het punt onder de aandacht van de rechter te brengen in bewoordingen die de schijn van partijdigheid vermijden.[145] Het komt wel voor dat tijdens een onderzoek in aanwezigheid van partijen naar voren komt dat de opdracht eigenlijk zou moeten worden aangevuld of uitgebreid. Dat is slechts toegestaan als het een niet tijdrovende aanvulling of uitbreiding betreft, partijen en hun advocaten ermee instemmen en de rechter toestemming geeft. Het kan bijvoorbeeld gebeuren dat een bouwdeskundige andere gebreken ontdekt dan de gebreken waarover hem in de opdracht vragen worden gesteld. Die andere gebreken mag hij niet in het deskundigenadvies betrekken, tenzij beide partijen de deskundige daarom hebben verzocht, de deskundige aan de rechter heeft laten weten dat hij zich over de andere gebreken kan uitlaten als de opdracht wordt uitgebreid en de opdracht door de rechter is uitgebreid.[146] Als aan een deskundige wordt gevraagd of een gebeurtenis is veroorzaakt door A of B en de deskundige meent dat de oorzaak niet A of B is, maar C, mag hij niet uit zichzelf vermelden dat de gebeurtenis is veroorzaakt door C, als oorzaak C nog geen deel uitmaakt van het processuele debat van partijen. Wel mag hij aan zijn oordeel dat de gebeurtenis niet is veroorzaakt door A of B, het bewijs van oorzaak C ten grondslag leggen. Deze benadering zal in Nederland al snel formalistisch worden gevonden. Aangezien de deskundige de reikwijdte van het processuele debat van partijen bij gebreke van toereikende juridische kennis in het algemeen niet kan beoordelen, nopen dit soort situaties meestal tot overleg met de rechter.[147] In par. 8.4.3 zal ik uiteenzetten hoe ze in Nederland al in de vraagstelling deels kunnen worden ondervangen.

6.2.6.2 Het feitenonderzoek van de deskundige

Verkrijging van informatie

De rechter moet alle voorwerpen en stukken die zich bij het gerecht bevinden en kunnen bijdragen aan het deskundigenonderzoek ter beschikking stellen aan de deskundige.[148] De rechter bepaalt welke (onderdelen van de) processtukken aan de deskundige ter beschikking worden gesteld.[149] De keuze van de processtukken zal mede worden ingegeven door de feiten die de deskundige in het onderzoek moet betrekken (§ 404a lid 3 ZPO). De informatie die de rechter aan de deskundige over de zaak verstrekt, moet de deskundige in staat stellen zich een beeld te vormen van het relevante feitencomplex.[150] Prütting meent dat terbeschikkingstelling van teveel processtukken op gespannen voet staat met de wettelijke regeling van de bescherming van persoonsgegevens.[151] De deskundige kan de rechter vragen

145 Ulrich 2007, nr. 581.
146 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 77-78; Ulrich 2007, nr. 405 en 579.
147 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 14 nr. 62 en (Mayr) § 28 nr. 12.
148 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 411 nr. 4.
149 Ulrich 2007, nr. 323.
150 Ulrich 2007, nr. 371.
151 Prütting 1993, p. 460.

aanwijzingen te geven over de mate waarin uit de processtukken kenbare feiten aan het deskundigenadvies ten grondslag mogen worden gelegd.[152]

Ontvangt de deskundige tijdens het onderzoek spontaan aanvullende informatie van een partij, dan kan deze slechts binnen de grenzen van de opdracht voor het deskundigenadvies worden gebruikt. De deskundige kan de rechter naar de toelaatbaarheid van het gebruik ervan vragen.[153]

De rechter kan de deskundige machtigen informatie bij partijen of derden op te vragen. De deskundige mag met toestemming van de rechter tijdens het onderzoek vragen stellen aan partijen en derden over feiten op zijn vakgebied die relevant zijn voor het deskundigenadvies. Spreekt de deskundige zonder toestemming van de rechter met partijen of derden, dan maakt hij zich kwetsbaar voor wrakingsverzoeken. Evenals in België maken de inlichtingen die de deskundige verkrijgt van partijen en derden deel uit van de bevindingen van de deskundige die zijn vermeld in het deskundigenadvies.[154] De deskundige mag partijen of derden niet als getuige horen.[155]

De deskundige die stukken of voorwerpen van een partij of een derde nodig heeft, behoort dat aan de rechter te laten weten. Vraagt de deskundige zonder machtiging van de rechter stukken of voorwerpen op, dan kan zijn onpartijdigheid in het geding komen.[156] De rechter kan gelasten dat bepaalde stukken of voorwerpen ten behoeve van het deskundigenonderzoek aan de deskundige ter beschikking worden gesteld.[157] Ook derden kunnen door de rechter worden verplicht om stukken over te leggen ten behoeve van het deskundigenonderzoek (§ 142 ZPO).

Onderzoek van zaken

In Duitsland mogen partijen het deskundigenonderzoek van een zaak of persoon bijwonen voor zover dat zinvol en technisch mogelijk is, tenzij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de onderzochte persoon daaraan in de weg staat, zoals bij medisch onderzoek, of aanwezigheid bij het onderzoek afstuit op veiligheids- of gezondheidsrisico's.[158] Partijen die bij een onderzoek aanwezig zijn, mogen opmerkingen maken bij de deskundige. Ook mogen zij zich laten bijstaan door een andere deskundige. Anders dan in Frankrijk betekent het bijwonen van een onderzoek echter niet dat partijen met de deskundige mogen debatteren.[159]

In de Duitse literatuur worden verschillende argumenten genoemd voor het recht van partijen om aanwezig te zijn bij het feitenonderzoek door een deskundi-

152 Ulrich 2007, nr. 373.
153 Ulrich 2007, nr. 356; Walterscheidt in: Wellmann 2004, nr. 118.
154 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 218-225; Ulrich 2007, nr. 380, 382, 404; Walterscheidt in: Wellmann 2004, nr. 116.
155 Leupertz & Hettler 2007, nr. 197; Ulrich 2007, nr. 380 en 404.
156 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 209-210; Ulrich 2007, nr. 376.
157 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 14 nr. 24; Ulrich 2007, nr. 372.
158 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a nr. 15; Musielak/Huber 2007, § 404a nr. 6; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 56-65, 90 en 195; Schnapp p. 567; Ulrich 2007, nr. 388-389 en 413-418.
159 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a nr. 16; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 56; Schnapp p. 568; Ulrich 2007, nr. 397.

ge. Schnapp vindt dat partijen onderzoekshandelingen die materieel bewijslevering zijn, zoals onderzoek ter plaatse of het inwinnen van inlichtingen bij partijen of derden, moeten kunnen bijwonen en daarbij opmerkingen moeten kunnen maken. Als partijen niet aanwezig zouden mogen zijn bij de opheldering van feiten op het vakgebied van de deskundige en geen opmerkingen zouden mogen maken, zouden zij volgens hem niet toereikend kunnen controleren of de waarnemingen van de deskundige en de onderzoeksresultaten juist en volledig zijn. Daarmee zou de effectiviteit van de aanspraak op hoor en wederhoor in het gedrang komen.[160] Pieper heeft erop gewezen dat een deskundige taken van de rechter vervult door waarnemingen te doen die de rechter bij gebreke van de vereiste kennis en ervaring niet zelf kan doen, en dat een deskundige daarmee actief deelneemt aan de oordeelsvorming ten behoeve van de beslissing.[161] Een soortgelijk standpunt heeft Fasching in Oostenrijk ingenomen, zoals vermeld in par. 6.2.5.2. In Frankrijk worden vergelijkbare argumenten gebruikt om de – verdergaande – stelling te onderbouwen dat het beginsel van hoor en wederhoor rechtstreeks door de deskundige behoort te worden gerespecteerd, zoals ik liet zien in par. 6.2.3.1. Schnapp kiest echter niet het perspectief van de taken van de rechter en de deskundige, maar van de aanspraken die partijen kunnen ontlenen aan het beginsel van hoor en wederhoor. In Duitsland geldt de *Grundsatz der Parteiöffentlichkeit*. Op grond hiervan mogen partijen onder andere aanwezig zijn bij elke bewijsverrichting en alle stukken van de zaak inzien. Met de rechten die partijen aan de *Parteiöffentlichkeit* ontlenen, wordt de naleving van het grondwettelijk vastgelegde beginsel van hoor en wederhoor (art. 103 lid 1 GG) mogelijk gemaakt en gewaarborgd. Daarom moeten die rechten volgens hem zo worden uitgelegd dat zij de effectieve naleving van het beginsel van hoor en wederhoor bevorderen.[162]

Volgens Daub is het in het algemeen effectiever als partijen ook tijdens het onderzoek commentaar kunnen leveren op de bevindingen van de deskundige, en niet alleen na de totstandkoming van het deskundigenadvies:

> 'Den Parteien ist es bei ihrer Anwesenheit möglich, direkt zu reagieren, sie können den Sachverständigen während seiner Ermittlungen bereits auf Fehler aufmerksam machen, so daß dieser bereits zu einem früheren Zeitpunkt mit anderen Meinungen konfrontiert wird, mit denen er sich auseinanderzusetzen hat. Die Parteien sind in diesem Fall nicht auf eine Reaktion im Hinblick auf einen feststehenden Sachverhalt beschränkt. (...) Es ist leichter, in einen Beurteilungsprozeß während der Entscheidungsphase einzugreifen, als erst dann Beanstandungen vorzubringen, wenn die Entscheidung des Sachverständigen bereits getroffen ist. Der Sachverständige kann sich nach Erstellung des Gutachtens regelmäßig nur schwer von einer bereits gefaßten Meinung lösen. Es besteht die Gefahr, daß die Kritik der Parteien am Sachverständigengutachten vom Sachverständigen als Angriff auf seine Sachverständigenkompetenz verstanden werden. Dies kann dazu führen, daß der Sachverständige sein Gutachten nicht nur

160 Schnapp 1985, p. 565 en 570. In gelijke zin Müller 1988, nr. 554a.
161 Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 37.
162 Schnapp 1985, p. 561.

deshalb aufrecht erhält, weil er von der inhaltlichen Richtigkeit überzeugt ist, sondern auch um das eigene Ansehen nicht zu gefährden. Ein Sachverständiger ist oftmals darauf angewiesen, vom Gericht als kompetent angesehen zu werden, damit seine erneute Bestellung in anderen Fällen nicht gefährdet ist.'[163]

Ulrich denkt dat het recht van partijen om bij onderzoek van zaken aanwezig te zijn, niet alleen voortvloeit uit het beginsel van hoor en wederhoor, maar ook uit de aanspraak van partijen op effectieve rechtsbescherming.[164] Huber meent dat, als partijen een onderzoeksverrichting van de deskundige bijwonen, de kans op procesrechtelijke geschillen afneemt en de transparantie en aanvaardbaarheid van het deskundigenadvies toenemen.[165] Volgens Druschke kunnen partijen die een onderzoek ter plaatse bijwonen waardevolle aanwijzingen, aansporingen en verklaringen met betrekking tot de feiten aan de deskundige verstrekken, omdat zij hun zaak het beste kennen. Daarmee kan volgens haar worden verhinderd dat fouten bij de opheldering van feiten door de deskundige niet of pas in de loop van de procedure worden ontdekt.[166] Bayerlein en Walterscheidt suggereren daarentegen dat het recht van partijen om een onderzoek van een deskundige bij te wonen vooral verband houdt met het feit dat de deskundige meestal de medewerking van de ene partij nodig heeft om een plaats te betreden of over een voorwerp te beschikken. Onder die omstandigheden moet ook de andere partij het onderzoek kunnen bijwonen.[167]

Onderzoek van zaken van derden

Heeft het deskundigenonderzoek betrekking op een zaak die eigendom is van een derde, dan kan de deskundige het onderzoek slechts verrichten met toestemming van deze derde. De deskundige maakt bij de rechter melding van een weigering van de derde om mee te werken. De rechter kan bepalen dat de derde het onderzoek moet dulden, als hem dat *zumutbar* is. Van de derde kan niet worden verlangd dat hij de deskundige tegen zijn wil toegang geeft tot zijn woning (§ 144 ZPO).[168]

---

163 Daub 1997, p. 200.
164 Ulrich 2007, nr. 388.
165 Musielak/Huber 2007, § 404a nr. 6.
166 Druschke 1989, p. 17. Druschke betoogde ook dat het Duitse recht geen grondslag biedt voor een recht van partijen om (een deel van) het deskundigenonderzoek bij te wonen en dat aan het belang van partijen om kennis te nemen van de opheldering van feiten door de deskundige kan worden tegemoet gekomen in de verdere procedure bij de rechter (p. 152). Zoals uiteengezet in par. 5.3.3, spreekt het laatste aspect sinds het arrest van het EHRM in de zaak Mantovanelli/Frankrijk niet meer voor zich.
167 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 195; Walterscheidt in: Wellmann 2004, nr. 117.
168 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 144 nr. 11 en 13; Leupertz & Hettler 2007, nr. 143-145 en 201; Ulrich 2007, nr. 398.

Onderzoek van personen
Als een medisch deskundige het nodig acht een partij te onderzoeken, is die partij verplicht daaraan mee te werken. Zonder de toestemming van de te onderzoeken persoon mag het onderzoek niet worden verricht. Als een partij toestemming weigert, kunnen daaraan gevolgen in haar nadeel worden verbonden.[169] De wederpartij mag het onderzoek niet bijwonen, ook niet de arts die in een medische aansprakelijkheidszaak gedaagde is.[170]

Medewerking aan medisch deskundigenonderzoek kan niet worden afgedwongen, tenzij er een wettelijke basis voor is, zoals in afstammingszaken. Aan de partij die in een afstammingszaak weigert mee te werken aan een bloedonderzoek, kan een boete worden opgelegd. Ook gijzeling is mogelijk. Verder kan een bevel medebrenging naar de plaats van het bloedonderzoek worden afgegeven. Blijft een partij in een afstammingszaak medewerking aan een bloedonderzoek weigeren, dan kan daaraan een bewijsrechtelijk vermoeden in haar nadeel worden ontleend.[171]

6.2.6.3 Na het onderzoek
Partijen hebben geen aanspraak op opmerkingen en verzoeken bij de deskundige.[172] Als de deskundige geen onderzoek heeft verricht in aanwezigheid van partijen, hebben partijen dus geen gelegenheid om opmerkingen te maken bij de deskundige voordat hij het deskundigenadvies aan de rechter doet toekomen.

6.2.7 Spanje

Bewijslevering ten overstaan van de rechter verloopt in Spanje op zichzelf contradictoir. In het deskundigenonderzoek is door de wetgever echter weinig ruimte toebedeeld aan partijen. Een partij die aanwezig wil zijn bij een onderzoekshandeling van een door de rechter benoemde deskundige, heeft daarvoor de toestemming van de rechter nodig. De rechter kan het verzoek toestaan als (a) het gaat om onderzoek ter plaatse, onderzoek van personen of zaken, of vergelijkbaar onderzoek, (b) het deskundigenonderzoek daardoor niet zal worden verstoord en (c) de juistheid van het deskundigenadvies en de onpartijdigheid van de deskundige zijn gewaarborgd (art. 345 lid 1 LEC). Verleent de rechter toestemming, dan bepaalt hij tevens dat de deskundige tijd en plaats van het onderzoek uiterlijk 48 uur tevoren aan partijen moet laten weten (art. 345 lid 2 LEC). Met dit alles is niet gezegd of partijen opmerkingen mogen maken bij de deskundige en of de deskundige inlichtingen kan inwinnen bij partijen of derden.[173] Een deskundige die informatie inwint, behoort die in ieder geval ter kennis van partijen en de rechter te bren-

169 Ulrich 2007, nr. 416.
170 Ulrich 2007, nr. 388.
171 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 286, nr. 44; Ulrich 2007, nr. 418.
172 Schwab schreef eenvoudigweg dat het deskundigenonderzoek in Duitsland niet contradictoir verloopt (Schwab, in: Terré 1969, p. 104).
173 Illescas Rus 2002, nr. 156.

gen.[174] Montero Aroca meent dat het bij gebruikelijk onderzoek, bestaande uit het bestuderen van stukken, laboratoriumonderzoek, onderzoek van een boekhouding, of medisch onderzoek van een persoon, niet altijd mogelijk zal zijn dat partijen het onderzoek met toepassing van art. 345 LEC bijwonen.[175]

Er is geen wettelijke bepaling die partijen aanspraak geeft op het maken van opmerkingen of het doen van verzoeken bij de deskundige. Het debat over het deskundigenadvies, zowel de betwisting door een partij als de toelichting of wijziging door de deskundige, behoort ten overstaan van de rechter plaats te vinden (art. 289 LEC).

6.2.8 Zwitserland

6.2.8.1 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige

In Zwitserland heeft de rechter de leiding over de procedure en daarmee ook over het deskundigenonderzoek (art. 122 Entwurf ZPO). In het uniforme procesrecht is ruim aandacht voor het toezicht van de rechter op de medewerking van partijen aan het deskundigenonderzoek. Er is voorzien in een algemene medewerkingsplicht van partijen en derden aan bewijslevering, die zich mede uitstrekt tot een onderzoek van personen of zaken door een deskundige (art. 157 lid 1 aanhef en onder c Entwurf ZPO), een verplichting die ook al is opgenomen in de procesrechtelijke regelingen van sommige kantons.[176]

Naar het uniforme procesrecht mag een partij haar medewerking weigeren als medewerking aanleiding kan geven tot strafrechtelijke vervolging van haarzelf of een naaste, of tot civielrechtelijke aansprakelijkheid van een naaste (art. 160 Entwurf ZPO). Als een partij handelt in strijd met haar medewerkingsplicht, wordt dat bij de bewijswaardering in aanmerking genomen (art. 161 Entwurf ZPO).

Bepaalde familieleden van een partij mogen steeds hun medewerking weigeren (art. 162 Entwurf ZPO). Andere derden mogen onder andere medewerking weigeren als zij door mee te werken worden bedreigd met strafrechtelijke vervolging of civielrechtelijke aansprakelijkheid. Een professioneel verschoningsgerechtigde (o.a. arts, advocaat, notaris, geestelijke) mag zijn medewerking aan een deskundigenonderzoek onthouden, wanneer medewerking een strafbare schending van zijn beroepsgeheim zou opleveren. Voor andere geheimhouders geldt dit slechts als zij aannemelijk maken dat het belang van geheimhouding zwaarder moet wegen dan het belang van de waarheidsvinding (art. 163 Entwurf ZPO).

Een derde die handelt in strijd met een medewerkingsplicht, loopt het risico een boete te krijgen, in proceskosten te worden veroordeeld of strafrechtelijk te worden vervolgd.[177]

In afstammingszaken zijn partijen en derden verplicht om mee te werken aan deskundigenonderzoek (art. 291 lid 2 Entwurf ZPO, art. 254 SZGB). Hiermee zijn

174 Montero Aroca 2005, p. 347.
175 Montero Aroca 2005, p. 348.
176 Hohl 2001, nr. 1054.
177 Toelichting Entwurf ZPO 2006, p. 100.

partijen en derden nog niet verplicht om bloedonderzoek te dulden. Deze verplichting kan wel onderdeel zijn van de wetgeving van een kanton (bijv. art. 264a lid 1 ZPO Bern, § 177 ZPO Zürich, art. 182 ZPO Luzern, art. 177 lid 1 ZPO Wallis, art. 193 ZPO Solothurn). Dan kunnen aan een weigering niet alleen de gevolgen worden verbonden die de rechter geraden voorkomen, maar is het ook mogelijk om iemand tot medewerking te bewegen door een bevel medebrenging, schadeplichtigheid of strafvervolging.[178] In deze kantons wordt aan het belang van de waarheidsvinding dus meer belang gehecht dan aan de vrijheid van de persoon.

6.2.8.2 Het feitenonderzoek van de deskundige

De benodigde processtukken ontvangt de deskundige volgens het uniforme procesrecht van de rechter (art. 182 lid 2 Entwurf ZPO). Bettex vermeldt dat het in Wallis gebruikelijk is om aan de deskundige het gehele procesdossier te overhandigen. Volgens hem is daar niets op tegen, vooral niet omdat een deskundige de informatie die hij verzamelt niet verder mag openbaren dan voor het deskundigenadvies nodig is.[179]

De leiding van de rechter over het deskundigenonderzoek (art. 122 Entwurf ZPO) reikt in het uniforme procesrecht, evenals in Duitsland, tot in het feitenonderzoek van de deskundige. Hij heeft de toestemming van de rechter nodig om zelfstandig onderzoek te doen ter opheldering van feiten (art. 183 Entwurf ZPO). De toestemming kan besloten liggen in de opdracht of worden verkregen tijdens het onderzoek.[180] Het kan bijvoorbeeld gaan om inlichtingen die hij inwint bij partijen of derden of om onderzoek ter plaatse. De rechter kan in verband met gerechtvaardigde belangen van een partij of derde beperkingen stellen aan de informatie waarvan de deskundige kennis mag nemen (art. 153 Entwurf ZPO). De deskundige moet in het deskundigenadvies melding maken van zijn onderzoekshandelingen, om zeker te stellen dat ze met toepassing van het bewijsrecht kunnen worden herhaald, bijvoorbeeld door middel van een getuigenverhoor of een gerechtelijke plaatsopneming.[181] De rechter kan ambtshalve tot die herhaling besluiten of, evenals in Frankrijk,[182] op verzoek van een partij. Hierin klinkt door dat de deskundige zijn onderzoek eigenlijk in tegenwoordigheid van de rechter zou moeten verrichten, maar hem uit praktische overwegingen wordt toegestaan zelfstandig te opereren.[183]

Volgens het procesrecht van sommige kantons kan de deskundige partijen en derden vragen stukken over te leggen, kan hij inlichtingen inwinnen bij partijen en derden (bijv. § 176 ZPO ZH, art. 181 ZPO Luzern, art. 177 ZPO Wallis) en is hij verplicht partijen bij het feitenonderzoek te betrekken (bijv. art. 264 ZPO Bern, art. 152 ZPO Basel Stadt).

---

178 Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, nr. 54; Habscheid 1990, nr. 678; Sutter-Somm 2007, nr. 694 en 735; Vogel & Spühler 2006, nr. 159-160.
179 Bettex 2006, p. 148-149.
180 Bettex 2006, p. 152; Bühler 2005, p. 56.
181 Toelichting *Entwurf* ZPO 2006, p. 105.
182 Zie par. 6.2.3.3.
183 Bettex 2006, p. 151.

In het nieuwe procesrecht is niet voorzien in welke mate partijen door de deskundige in het onderzoek moeten worden betrokken. Het wetsvoorstel bevat geen bepaling zoals in Wallis, waar de deskundige evenals in Frankrijk en België verplicht is een bijeenkomst met partijen te houden (art. 176 lid 4 ZPO Wallis). Rechtspraak van de Zwitserse cassatierechter laat weinig ruimte voor partijen om onderzoekshandelingen van de deskundige bij te wonen. Slechts '*sofern dies für die Festlegung des zu begutachtenden Sachverhaltes unabdingbar ist*', hebben partijen het recht bij het onderzoek aanwezig te zijn. In andere gevallen moeten partijen het doen met het deskundigenadvies.[184] Daarmee is niet gezegd hoe de praktijk is. Bij deskundigenonderzoek in een medische aansprakelijkheidszaak is het bijvoorbeeld gebruikelijk dat de deskundige spreekt zowel met de persoon op wie het onderzoek betrekking heeft als met de aangeklaagde arts, om zich van beide kanten van het verhaal een indruk te vormen.[185]

Partijen en derden zijn op grond van de algemene medewerkingsplicht gehouden om mee te werken aan een (medisch) onderzoek van de persoon, tenzij zich een weigeringsgrond voordoet, zoals vermeld in par. 6.2.8.1. Medewerking mag worden geweigerd als een persoon door medewerking aan het onderzoek gezondheidsschade zal lijden (art. 291 lid 2 Entwurf ZPO).[186]

6.2.8.3 Na het onderzoek

In het wetsvoorstel voor het uniforme procesrecht is niet voorzien in een aanspraak van partijen op opmerkingen en verzoeken bij de deskundige. Ook in procesrechtelijke regelingen van de kantons (bijv. Zürich, Bern, Wallis) ontbreken dergelijke bepalingen. Bögli vermeldt dat partijen na een medisch deskundigenonderzoek dat op verzoek van partijen buiten een procedure wordt verricht, wel opmerkingen bij de deskundige kunnen maken naar aanleiding van het deskundigenadvies. Tegelijk vermeldt hij dat, als een partij het niet eens is met het deskundigenadvies, de opmerkingen van een partij zelden tot gevolg hebben dat een deskundige op wezenlijke punten van mening verandert.[187] Bettex verhaalt dat sommige deskundigen de gewoonte hebben om partijen een *prérapport* toe te sturen, waarop zij vervolgens bij de deskundige kunnen reageren voordat het definitieve rapport aan de rechter wordt gezonden. Hij vraagt zich af of het goed is dat deze praktijk zich ontwikkelt in de marge van de wet en zonder rechterlijke controle, ook al gaat het om een aanvullende waarborg dat partijen worden gehoord.[188]

184 BGE 13 september 2001, 5P.160/2001. Bettex 2006, p. 163.
185 Bögli 2006, p. 130; Ott 2006, p. 25.
186 Staehelin e.a. 2008, nr. 132.
187 Bögli 2006, p. 136.
188 Bettex 2006, p. 178.

6.3 De positie van Nederland in het feitenonderzoek van de deskundige in Europa

In par. 6.2.1 gaf ik een indicatie van de verhouding tussen de autonomie van partijen en de regie van de rechter ten aanzien van het feitenonderzoek door een deskundige in landen om ons heen:

Invloed partijen					*Invloed rechter*
Engeland	Frankrijk	België	Oostenrijk	Duitsland	Spanje Zwitserland

Naar mijn mening is het problematisch Nederland op deze lijn te positioneren. Dat zal ik toelichten door de aspecten te noemen die mij de plaats van een land op de glijdende schaal hebben doen kiezen en enkele inleidende opmerkingen te maken over het feitenonderzoek door een deskundige in Nederland, het onderwerp van de volgende paragraaf.

De partij die in Engeland met toestemming van de rechter een deskundige instrueert, kan de keuzes van de deskundige tijdens en na het feitenonderzoek rechtstreeks beïnvloeden. De beïnvloedingsmogelijkheden van de wederpartij zijn weliswaar zeer beperkt, maar die kan op haar beurt met toestemming van de rechter eveneens een deskundige inschakelen. Het toezicht van de rechter is relatief beperkt. Als een *single joint expert* wordt ingeschakeld, is het aan partijen gezamenlijk om de deskundige te instrueren. Partijen bepalen dan in overleg met de deskundige op welke wijze zij in het feitenonderzoek worden betrokken. De rechter heeft daar geen zeggenschap over en komt er alleen aan te pas als er problemen rijzen. Hierdoor komt Engeland uiterst links op de schaal te staan.

In Frankrijk en België hebben partijen ruime mogelijkheden om de onderzoekshandelingen van een deskundige te controleren en met hem van gedachten te wisselen over het onderzoek en de inhoud van het deskundigenadvies. In België wordt de rechter door de wetgever sinds kort wat meer tot toezicht op het feitenonderzoek door de deskundige bewogen dan in Frankrijk. Frankrijk komt daardoor op de schaal tussen Engeland en België in te staan.

Aan de andere zijde van de schaal is de invloed van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige dominanter dan de invloed van partijen. In Oostenrijk is de invloed van de rechter op het feitenonderzoek door een deskundige nog relatief beperkt in vergelijking met Duitsland, Spanje en Zwitserland. Anders dan in Duitsland of Zwitserland hoeft de deskundige in Oostenrijk aan de rechter geen toestemming te vragen voor contacten met partijen en derden. Partijen mogen allerlei onderzoekshandelingen van de deskundige bijwonen en mogen dan opmerkingen maken en verzoeken doen. Zij hebben echter, anders dan in België en Engeland, niet het recht opmerkingen te maken bij de deskundige naar aanleiding van het deskundigenadvies. Zo belandt Oostenrijk op de schaal links van Duitsland, Spanje en Zwitserland.

In Duitsland, Spanje en Zwitserland is de invloed van partijen op het feitenonderzoek beperkter dan in Oostenrijk en reikt het toezicht van de rechter tot in het

feitenonderzoek door de deskundige. In Duitsland mag een deskundige alleen met toestemming van de rechter onderzoek doen waarbij contacten met partijen of derden nodig zijn. Wordt de toestemming verkregen, dan zijn er wel allerlei onderzoekshandelingen waarbij partijen aanwezig mogen zijn. Ze mogen dan tevens opmerkingen maken, maar anders dan in Frankrijk en België is het niet de bedoeling dat partijen met de deskundige in debat gaan. Partijen hebben in Duitsland geen aanspraak op het maken van opmerkingen bij de deskundige naar aanleiding van het deskundigenadvies. Doordat de rechter een dominante functie vervult in het feitenonderzoek van de deskundige, maar partijen in onderdelen daarvan kunnen participeren, is Duitsland op de schaal geplaatst tussen Oostenrijk enerzijds en Spanje en Zwitserland anderzijds.

In Spanje en Zwitserland hebben partijen er vrijwel geen aanspraak op om onderzoekshandelingen van een deskundige bij te wonen. De deskundige heeft voor contacten met partijen of derden de toestemming van de rechter nodig. Partijen hebben in Spanje en Zwitserland evenmin het recht bij de deskundige opmerkingen te maken naar aanleiding van het deskundigenadvies. Daarom zijn Spanje en Zwitserland aan de uiterst rechtse zijde van de schaal ingetekend, waar de invloed van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige in vergelijking met de andere landen het grootst is, en de invloed van partijen verhoudingsgewijs het kleinst.

Een schets van de Nederlandse situatie

Op dezelfde punten levert een schets van de Nederlandse situatie ongeveer het volgende beeld op. Toezicht van de rechter tijdens het feitenonderzoek door een deskundige ontbreekt vrijwel geheel. In Nederland staat voorop dat een deskundige vrij is bij de inrichting van het deskundigenonderzoek. Onduidelijk is wat de deskundige en partijen van de rechter mogen verwachten als er bij het feitenonderzoek problemen rijzen, anders dan dat partijen verplicht zijn mee te werken aan het deskundigenonderzoek en de rechter aan een weigering de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht. Dat de rechter vrijwel geen invloed uitoefent op het feitenonderzoek van een deskundige, doet de balans in Nederland echter niet zonder meer doorslaan naar invloed van partijen op het feitenonderzoek. De vrijheid van de deskundige in de inrichting van het onderzoek omvat ook dat de deskundige zelden verplicht is om aan partijen gelegenheid te bieden onderzoekshandelingen bij te wonen. Anders dan in Frankrijk, wordt in Nederland niet aangenomen dat het beginsel van hoor en wederhoor tijdens het deskundigenonderzoek door de deskundige in acht moet worden genomen. De deskundige is niet gehouden om met partijen bijeen te komen en hoeft partijen geen gelegenheid te bieden om hun standpunten toe te lichten. Doet hij dat wel, dan mag hij kiezen voor een bijeenkomst met één partij, ook als de privacy van die partij niet in het geding is. Dat is anders dan in Engeland (bij de *single joint expert*), Frankrijk of Oostenrijk. Verder is de deskundige in Nederland weliswaar verplicht om partijen bij het onderzoek gelegenheid te geven tot opmerkingen en verzoeken, maar het is onduidelijk of dat betekent dat partijen bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren. Anders dan in België, Engeland en Frankrijk is ook onduidelijk of de deskundige in Nederland in het deskundigenadvies moet ingaan op de opmerkingen en ver-

zoeken van partijen. In par. 7.2 zal nog naar voren komen dat in landen waar partijen niet bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren, partijen er meestal aanspraak op hebben hun vragen naar aanleiding van het deskundigenadvies mondeling ter terechtzitting aan de deskundige voor te leggen. Dit is in Nederland niet het geval.

Kortom, in Nederland is de rechter tijdens het feitenonderzoek van de deskundige vrijwel geheel uit beeld. In welke mate partijen in het onderzoek kunnen participeren, is in aanzienlijke mate afhankelijk van de deskundige, die binnen de grenzen van de opdracht vrij is in de inrichting van het onderzoek. Hierdoor heeft de deskundige in Nederland meer dan in één van de andere landen een eigen positie in de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter en wordt zijn positie in het feitenonderzoek niet voornamelijk afgeleid uit de positie van partijen of de rechter. Wordt de plaats van Nederland op de glijdende schaal bepaald vanuit het perspectief van de invloed van de rechter op het feitenonderzoek door de deskundige, dan zou Nederland misschien zelfs links van Engeland moeten worden gepositioneerd. Wordt echter het perspectief van de invloed van partijen gekozen, dan heeft Nederland waarschijnlijk meer weg van de positie van Oostenrijk of Duitsland. Dit roept het beeld op dat de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter tijdens het deskundigenonderzoek in Nederland nog niet uitgekristalliseerd is. In het vervolg van dit hoofdstuk werk ik dit beeld nader uit, waarna het in hoofdstuk 8 zal worden betrokken in de beantwoording van de vraagstelling.

6.4 Feitenonderzoek van de deskundige

6.4.1 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van een deskundige

6.4.1.1 Zelfstandig of onder leiding van de rechter

Een deskundige verricht het onderzoek onder leiding van de rechter of zelfstandig (art. 198 lid 2 Rv). Dit staat sinds 1 april 1988 in de wet. In de wetsgeschiedenis is vermeld dat het de voorkeur verdient de rechter

> 'de vrijheid te laten om al naar gelang de omstandigheden zulks wenselijk maken, te bepalen of het deskundigenonderzoek zelfstandig dan wel onder begeleiding van de rechter (...) zal plaatshebben.'

De inhoud van beide varianten is niet nader toegelicht.[189] In het bewijsrecht dat op 1 april 1988 is ingevoerd, is er vanaf gezien om de verplichtingen van de deskundige en partijen nader wettelijk te regelen en uit te werken, omdat de deskundige daardoor al te zeer zou kunnen worden belemmerd.[190] Bij de uitleg ervan is van belang dat de rechter volgens de Minister van Justitie de vrijheid moet hebben om

189 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 319, MvA TK (1981), en p. 338, MvT RO (1969).
190 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 343, Nadere MvA TK (1985).

naar bevind van zaken zo te handelen als hem gezien de omstandigheden het beste voorkomt.[191] Ook dient naar het oordeel van de Minister van Justitie

> 'aan de deskundigen de nodige vrijheid en zelfstandigheid te worden gelaten om het onderzoek, waarvoor zij immers verantwoordelijk zijn, op de hun best voorkomende wijze te verrichten.'[192]

De Hoge Raad heeft in 2001 in gelijke zin geoordeeld dat 'deskundigen binnen de grenzen van hun opdracht de nodige vrijheid hebben hun onderzoek op de wijze te verrichten die hun het beste voorkomt'.[193] Over het belang van de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek overwoog het hof Den Haag in 1942 dat de rechtbank de deskundigen terecht de vrije hand had gelaten in het onderzoek,

> '(...) daar bij het wèl geven van een richtsnoer aan de deskundigen hierdoor wellicht de mogelijkheid geschapen ware tot het formuleeren van even spitvondige als gezochte grieven (...)'.[194]

De rechter maakt de keuze om het onderzoek zelfstandig of onder zijn leiding te laten verrichten meestal in de uitspraak waarin de deskundige wordt benoemd. Als partijen zich uitlaten over de te benoemen deskundige en de te stellen vragen, zouden zij op zichzelf ook hun voorkeur voor één van beide varianten kenbaar kunnen maken, maar dat komt weinig voor. De rechter in eerste aanleg pleegt in vrijwel alle gevallen te bepalen dat de deskundige het onderzoek zelfstandig dient te verrichten. Wordt in eerste aanleg of in hoger beroep een deskundige benoemd door een meervoudige kamer, dan wordt vrijwel steeds een raadsheer-commissaris benoemd. Dat gaat vaak samen met de keuze om het onderzoek onder diens leiding te laten verrichten.

Betekenis van 'onder leiding van de rechter'

Wordt het onderzoek onder leiding van de rechter verricht, dan betekent dat niet automatisch dat de rechter (een deel van) het deskundigenonderzoek bijwoont. Ook betekent het niet dat een deskundigenonderzoek ter terechtzitting wordt verricht.[195] Omdat 'onder leiding van de rechter' van alles kan inhouden, is de rechter genoodzaakt per zaak aan de deskundige te laten weten in welke mate hij de inrichting van zijn onderzoek met de rechter dient af te stemmen. De 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' attendeert de deskundige daarop (nr. 78). In uitspraken waarin wordt bepaald dat de deskundige het onderzoek onder leiding van de rechter dient te verrichten, worden soms aanwijzingen voor de deskundige en

191 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 318, MvA TK (1981).
192 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 344, Nadere MvA TK (1985).
193 HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 *(WE/VIB II)*.
194 Hof Den Haag 14 december 1942, *NJ* 1943, 386.
195 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 339, MvA TK (1981).

partijen opgenomen met het oog op de begeleiding van de rechter,[196] maar soms ook niet.[197]

Naar mijn opvatting ligt het voor de hand dat bij aanvang van een onderzoek dat onder leiding van de rechter wordt verricht, in ieder geval wordt vastgelegd met welke begeleiding van de rechter of welke mate van zelfstandigheid de deskundige zal opereren. De deskundige zal tijdens het onderzoek afschriften van correspondentie met partijen aan de rechter behoren te sturen. Hij zou zijn vragen tijdens het onderzoek gemakkelijk aan de rechter moeten kunnen voorleggen en tijdig een adequaat antwoord moeten krijgen, maar dat is naar mijn ervaring lang niet altijd de werkelijkheid. Net zoals in België, Duitsland, Engeland, Frankrijk of Oostenrijk, zal de deskundige de begeleiding van de rechter moeten inroepen als het deskundigenonderzoek vast dreigt te lopen.

'Onder leiding van de rechter' zou, net zoals in Duitsland en Zwitserland, ook in Nederland kunnen inhouden dat de deskundige slechts met toestemming van de rechter contact mag zoeken met partijen en derden en personen en zaken mag onderzoeken. Daarmee verdraagt zich echter niet goed dat op de deskundige de verplichting rust partijen bij het onderzoek gelegenheid tot opmerkingen en verzoeken te geven (art. 198 lid 2 Rv), waardoor hij, ook als het onderzoek onder leiding van de rechter wordt verricht, een eigen verantwoordelijkheid heeft om partijen bij het onderzoek te betrekken. Bovendien biedt de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunt om aan te nemen dat de vrijheid van de deskundige om het onderzoek zo in te richten als hem wenselijk voorkomt, verschilt al naar gelang hij het onderzoek zelfstandig verricht of onder leiding van de rechter. Het ligt in Nederland meer voor de hand dat de rechter die restricties wil aanbrengen in de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het deskundigenonderzoek, de deskundige daarvan bij aanvang van het onderzoek in kennis behoort te stellen.

Het doel van de begeleiding van de rechter moet naar mijn opvatting zijn dat de rechter bevordert dat het onderzoek betrekking heeft op de feiten die op het vakgebied van de deskundige tussen partijen in geschil zijn en strekt tot opheldering van die feiten. Een voorbeeld in deze zin biedt een uitspraak van de rechtbank Utrecht, waarin een deskundige tussentijds van zijn taak werd ontheven op de grond dat de interpretatie van de vraagstelling door de deskundige een andere was dan die van de rechtbank, en niet kon worden uitgesloten dat het deskundigenonderzoek niet het door de rechtbank beoogde resultaat zou opleveren.[198]

Betekenis van 'zelfstandig verrichten'

Bepaalt de rechter dat de deskundige het onderzoek zelfstandig dient te verrichten, dan is de rechter feitelijk buiten beeld vanaf de start van het deskundigenonderzoek, totdat het deskundigenadvies wordt ingeleverd en de kosten ervan worden begroot. In de tussenliggende periode is het aan de deskundige en partijen of

196 Rb. Amsterdam 15 december 2005, *LJN* AU8214; Hof Den Haag 25 oktober 2006, *LJN* AZ2090; Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4433; Hof Den Haag 28 maart 2007, *LJN* BA3489.
197 Bijv. Hof Arnhem 8 mei 2007, *LJN* BA4885; Hof Amsterdam 3 juli 2007, *LJN* BB1389.
198 Rb. Utrecht 5 december 2007, *LJN* BC0289.

zij zich tot de rechter wenden 'als er wat is.' Als één van hen dat doet, is niet met zoveel woorden geregeld wat er van de rechter wordt verlangd. Anders dan Duitsland, Engeland of Frankrijk kent de Nederlandse wettelijke regeling van deskundigenbewijs geen bepalingen die de communicatie tussen rechter en deskundige stimuleren, ook al wordt in de wetsgeschiedenis aangenomen dat een deskundige voldoende mogelijkheden heeft om voor aanvang, tijdens en na het onderzoek met de rechter in contact te treden.[199] De rechter die de regie voert over de procedure, zal echter waar nodig bereid zijn een beslissing te nemen als partijen en de deskundige er in onderling overleg niet uitkomen. In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken', die aanvaard is door de landelijke overlegorganen van de sectoren civiel recht van de gerechten, wordt de deskundige gestimuleerd om de rechter te benaderen bij eventuele problemen (nr. 77). De algemene opvatting onder civiele rechters in Nederland is kennelijk dat de rechter in geval van problemen tijdens het deskundigenonderzoek benaderbaar is.

Over de betekenis van 'zelfstandig verrichten' houdt de Leidraad bovendien het volgende in:

> '77. In veel gevallen is in de uitspraak bepaald dat u het onderzoek zelfstandig verricht. Dit betekent dat u zelf kiest hoe u het deskundigenonderzoek inricht, uitvoert en verslaat en hoe u partijen in het onderzoek betrekt. U heeft de leiding van het onderzoek en bent daarmee ook verantwoordelijk voor de voortgang ervan. In de wijze waarop u het onderzoek leidt, houdt u rekening met de gerechtvaardigde belangen van partijen en hun advocaten of gemachtigden. (...) Als u het onderzoek zelfstandig verricht, hoeft u uw plan van aanpak niet voor te leggen aan de rechter voordat u aan de gang gaat. Zelfstandig verrichten betekent dus dat u zelf de regie voert, zolang u en partijen daar geen problemen mee hebben.'

Kortom, als de deskundige het onderzoek zelfstandig verricht, is in beginsel aan het toezicht van de rechter onttrokken of het onderzoek daadwerkelijk betrekking heeft op de feiten die op het vakgebied van de deskundige tussen partijen in geschil zijn en strekt tot opheldering van die feiten. Volgens de wetsgeschiedenis ligt het in de rede dat de rechter in de vraagstelling rekening houdt met de mogelijkheid dat de deskundige in zijn onderzoek nog meer of andere feitelijke aspecten zal willen betrekken dan de punten waarover de rechter deskundige voorlichting wenst.[200] Dat is begrijpelijk vanuit de gedachte dat een deskundigenonderzoek een optimale bijdrage dient te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De deskundige die het onderzoek zelfstandig verricht en deze ruimte krijgt, bijvoorbeeld in de gebruikelijke slotvraag of hij nog andere opmerkingen heeft die voor de verdere beoordeling van de zaak van belang kunnen zijn, wordt echter kennelijk geacht zelfstandig te doorgronden welke voorlichting de rechter nodig heeft om het geschil van partijen verder te beslissen, en daarmee wat de omvang van het geschil van partijen is. Ik betwijfel of een niet juridisch geschool-

199 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 335, Nadere MvA TK (1985).
200 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 319, MvA TK (1981). Toegepast in bijv. Hof Den Bosch 20 juli 2004, *LJN* AX3533, r.o. 8.5; Rb. Amsterdam 15 december 2005, *LJN* AU8214, r.o. 4 slot.

de deskundige, die het onderzoek zelfstandig mag verrichten en de nodige ruimte krijgt om feiten buiten de vraagstelling in het onderzoek te betrekken, in staat is om de juridische grenzen van het geschil van partijen te herkennen en in acht te nemen. De regels van stelplicht en bewijs, waarop ik in par. 2.4.5 ben ingegaan, zijn voor juristen al niet zo eenvoudig. De kans bestaat dus dat de deskundige op eigen initiatief of op verzoek van een partij feiten in het onderzoek betrekt die buiten de vraagstelling vallen, maar in de opvatting van de deskundige of (een) partij(en) relevant zijn voor de verdere beoordeling van het geschil door de rechter. Opvallend is dat een deskundige die het onderzoek zelfstandig verricht, het deskundigenonderzoek langs deze weg feitelijk op verzoek van partijen kan uitbreiden. Partijen mogen de vraagstelling van de rechter naar Nederlands recht, anders dan in Frankrijk[201] of Engeland,[202] formeel echter niet door middel van opmerkingen en verzoeken uitbreiden, zoals ik in par. 6.4.3.6 zal toelichten.

Een andere kwestie is of partijen en de deskundige tijdens het onderzoek steeds kunnen overzien of het onderzoek betrekking heeft op de feiten die op het vakgebied van de deskundige tussen partijen in geschil zijn, en strekt tot opheldering van die feiten. Denkbaar is dat zij eventuele knelpunten niet signaleren, of dat één van hen een knelpunt signaleert, maar er niets mee doet. Daargelaten of de rechter dat beter kan, heeft hij hier in ieder geval wel een taak. Door toepassing van de regels van stelplicht en bewijs stelt hij immers vast welke feiten tussen partijen in geschil zijn, en hij beslist welke voorlichting hij nodig heeft om de feiten vast te stellen en de beslissing deugdelijk te motiveren. De rechter die heeft bepaald dat de deskundige het onderzoek zelfstandig verricht en tussentijds niet door de deskundige of (een) partij(en) wordt benaderd, neemt van eventuele knelpunten in het feitenonderzoek echter meestal pas kennis wanneer er uitspraak moet worden gedaan. Als de uitspraak dan niet toereikend kan worden gemotiveerd, is aanvullend of nieuw deskundigenonderzoek nodig,[203] met alle extra doorlooptijd en kosten van dien.

6.4.1.2 Toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van een deskundige in het verleden

Zoals ik aan het begin van deze paragraaf vermeldde, was het voorschrift dat de deskundige het onderzoek 'zelfstandig' verricht of 'onder leiding van de rechter' in 1988 nieuw. De vorige keren dat het deskundigenbewijs wettelijk werd geregeld, in 1811 en 1838, werden alle zaken nog meervoudig behandeld, ook in eerste aanleg. Dat was bij een deskundigenonderzoek weinig praktisch, bijvoorbeeld omdat de deskundige dan door de meervoudige kamer zou moeten worden beëdigd. In art. 305 Rv 1811, de vertaalde *Code de procédure civile* van 1806, en in diens voorganger art. 8 van titel XXI van de *Code Louis* uit 1667, was dan ook voorgeschreven dat een rechter-commissaris werd benoemd in de uitspraak waar-

201 Zie par. 4.3.10.3 en 6.2.3.4. Vgl. ook Spanje, par. 4.3.4.3.
202 Zie par. 6.2.2.3.
203 Bijv. HR 8 september 2006, NJ 2006, 493, besproken door Boonekamp 2007, p. 18; Rb. Zutphen 12 september 2007, *LJN* BB6269. Zie par. 7.4.2.

in het deskundigenadvies werd gelast. Een soortgelijk voorschrift ontbrak in het wetboek van 1838, bij zowel het deskundigenbewijs als de plaatsopneming. Met betrekking tot de plaatsopneming heeft Van Rossem/Cleveringa opgemerkt dat er geen twijfel was dat een rechter-commissaris kon worden benoemd.[204] Bij de parlementaire behandeling van het wetboek van 1838 is de noodzaak van de beschikbaarheid van een rechter-commissaris bij deskundigenonderzoek wel ter sprake gekomen. In art. 317 Rv 1811 was geregeld dat partijen voordrachten en vorderingen bij de deskundige mochten doen. In art. 230 Rv 1838 werd ten opzichte van Rv 1811 toegevoegd dat partijen dit recht *bij het onderzoek* hadden. Tijdens de parlementaire behandeling van dit herzieningsvoorstel werd opgemerkt dat de toevoeging *bij het onderzoek* het noodzakelijk maakte dat bij het deskundigenonderzoek een rechter-commissaris en een griffier aanwezig waren. Deze opmerking heeft echter niet tot wijziging van het wetsvoorstel geleid.[205]
Ongeacht of uit een meervoudige kamer voor de duur van het deskundigenonderzoek een rechter-commissaris werd benoemd, is er geen twijfel over dat het deskundigenonderzoek in het verleden onder leiding van de rechter stond. Dat was weliswaar niet met zoveel woorden geregeld in de wettelijke regeling van deskundigenbewijs van Rv 1811 en Rv 1838, maar de gehele procedure werd onder leiding van de rechter gevoerd en de rechter had niet de bevoegdheid van art. 198 lid 2 Rv om het onderzoek zelfstandig door de deskundige te doen verrichten. Evenals tegenwoordig was in het verleden niet erg duidelijk wat het voor de deskundige betekende om het onderzoek onder leiding van de rechter te moeten verrichten.

In de negentiende eeuw, nadat de Franse regeling van deskundigenbewijs in Nederland was ingevoerd, moest de deskundige partijen volgens Berriat-Saint Prix/Van der Linden naar de rechter verwijzen wanneer tussen de deskundige en partijen een geschil ontstond en het deskundigenonderzoek daardoor werd belemmerd. Dat vloeide voort uit het feit dat de deskundigen geen rechters waren, maar ingezet werden om de rechter inlichtingen te verschaffen.[206] Of de rechter de deskundige en partijen dan hoorde alvorens te beslissen, vertelt het verhaal niet.

6.4.1.3 Toezicht van de rechter op tijd en plaats van het onderzoek

Een erfenis uit het verleden is het voorschrift dat de rechter bepaalt waar en wanneer de deskundige het onderzoek dient te verrichten (art. 197 lid 1 Rv). Tot 1 april 1988, toen de leiding van het deskundigenonderzoek formeel steeds in handen was van de rechter, stemde de rechter bij de toen nog voorgeschreven eedsaflegging met de deskundige af wanneer en waar deze zijn werkzaamheden zou verrichten. Dat werd vervolgens vermeld in het proces-verbaal van de eedsaflegging (art. 314 Rv 1811, art. 228 Rv 1838). Door de afgifte van het proces-verbaal waren partijen op de hoogte van tijd en plaats van het onderzoek. Dat was van belang voor zover partijen bij het onderzoek nodig waren of aanwezig mochten

204 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 219, aant. 1, p. 671.
205 *Handelingen der Staten-Generaal* 1837/38, 234, bij art. 71; Van den Honert 1839, p. 320-321.
206 Berriat-Saint-Prix/Van der Linden 1812, p. 220.

zijn. Tijd en plaats van het onderzoek werden met het oog hierop bij akte van procureur tot procureur meegedeeld aan de partij die de eedsaflegging niet had bijgewoond (art. 314 Rv 1811, art. 228 Rv 1838). Een nadeel was dat de deskundige weinig flexibel was in de planning van zijn onderzoeksverrichtingen. In de *Code Louis* van 1667 kwam een soortgelijk voorschrift niet voor.

Het huidige voorschrift dat de rechter bepaalt waar en wanneer de deskundige het onderzoek zal verrichten, is weinig praktisch, alleen al omdat partijen, rechter en deskundige elkaar voor aanvang van het deskundigenonderzoek niet meer automatisch zien sinds deskundigen niet meer worden beëdigd.[207] Bovendien kan de deskundige met behulp van moderne communicatiemiddelen tijdig aan partijen laten weten waar en wanneer hij een onderzoek zal uitvoeren waarbij partijen nodig zijn of aanwezig mogen zijn. Het lijkt wat merkwaardig dat een deskundige die het onderzoek zelfstandig dient te verrichten, op dit punt iets voorgeschreven moet krijgen van een rechter die, zoals ik in par. 6.4.1.1 liet zien, aan de deskundige grote vrijheid laat bij de inrichting van het deskundigenonderzoek. In de meeste uitspraken waarin een deskundige wordt benoemd, vertaalt het voorschrift zich in de nietszeggende woorden dat de deskundige het onderzoek zal verrichten 'op de door hem te bepalen tijd en plaats'. Wordt het onderzoek verricht onder leiding van de rechter, dan hangt van de regie van de rechter af wat wordt bepaald met betrekking tot tijd en plaats van het onderzoek.

6.4.1.4 De raadsheer-commissaris in het familierecht

Zoals par. 6.4.1 tot nu toe heeft laten zien, reikt het toezicht van de rechter niet of nauwelijks tot in het feitenonderzoek door de deskundige. Anders dan in België, Duitsland, Engeland, Frankrijk of Zwitserland kent Nederland geen wettelijke bepalingen die de communicatie tussen rechter en deskundige bevorderen. Alleen het onderzoek onder leiding van de rechter kan, afhankelijk van de invulling ervan, meebrengen dat de rechter er tijdens het feitenonderzoek van de deskundige op toeziet dat het onderzoek betrekking heeft op de feiten die op het vakgebied van de deskundige tussen partijen in geschil zijn en strekt tot opheldering van die feiten. Vooral het hof Den Haag probeert hierin sinds enkele jaren stelselmatig te voorzien bij de behandeling van gecompliceerde familiezaken waarin een financieel deskundige wordt benoemd.[208] Nadat de deskundige is benoemd, wordt een regiezitting gehouden, waarvoor naast partijen en hun advocaten ook de deskundige wordt uitgenodigd. Deze regiezitting doet denken aan de installatievergadering in België, vermeld in par. 6.2.4.1. Tijdens de regiezitting wordt namelijk evenals in België onder andere aandacht besteed aan de juistheid en volledigheid van de vraagstelling. Ook wordt het onderzoeksplan (plan van aanpak) van de deskundige besproken, waarbij onder andere aan de orde komt welke informatie de deskundige nodig verwacht te hebben, welk soort onderzoek hij verwacht te zullen verrichten en op welke wijze partijen in het onderzoek zullen worden betrok-

207 Zie par. 5.5.2.
208 Kooger 2005; Labohm & Dusamos 2005. Bijv.: Hof Den Haag 25 oktober 2006, *LJN* AZ2090; Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4433; Hof Den Haag 28 maart 2007, *LJN* BA3489.

ken. Soms betreft het een deskundigenonderzoek met toepassing van mediation.[209] Een vergelijkbare aanpak wordt gehanteerd bij complexe zaken over gezag en omgang.[210] Na de regiezitting bewaakt de raadsheer-commissaris de voortgang van het onderzoek. De deskundige kan zich tijdens het deskundigenonderzoek tot de raadsheer-commissaris wenden als er problemen rijzen waarvoor hij in overleg met partijen geen oplossing bereikt.

Eén van de instrumenten die het hof bij deze aanpak hanteert, is de medewerkingsverplichting van partijen (art. 198 lid 3 Rv). Het hof wijst partijen bij aanvang van het onderzoek op deze verplichting, gelast partijen waar nodig stukken over te leggen en wijst een partij die onvoldoende meewerkt tijdens het deskundigenonderzoek zo nodig op de risico's daarvan. Soms wordt partijen opgedragen het hof in kennis te stellen van een eventueel voornemen om een klacht tegen de deskundige in te dienen, opdat het hof, na partijen en de deskundige te hebben gehoord, kan beoordelen of die partij nog wel voldoet aan haar medewerkingsverplichting.[211]

6.4.1.5 Toezicht op de medewerking van partijen

De verplichting van een partij om mee te werken aan een deskundigenonderzoek is per 1 januari 2002 wettelijk vastgelegd (art. 198 lid 3 Rv). In rechtspraak vóór 1 januari 2002 is herhaaldelijk aangenomen dat partijen verplicht zijn om mee te werken aan een door de rechter gelast deskundigenonderzoek.[212] Wanneer een partij aan deze verplichting niet voldoet, heeft de rechter die het deskundigenonderzoek heeft gelast, evenals in België, Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk, geen bevoegdheden om de medewerking af te dwingen. De belanghebbende wederpartij kan in kort geding vorderen dat de weigerende partij wordt veroordeeld tot medewerking aan het deskundigenonderzoek op straffe van verbeurte van een dwangsom (art. 611a Rv). Het enkele handelen in strijd met de medewerkingsverplichting van art. 198 lid 3 Rv zal echter niet volstaan om de vordering toe te wijzen. Het toewijsbare gebod tot medewerking zal een rechtsgrond moeten hebben in de verhouding tussen partijen. Het gebrek aan medewerking kan bijvoorbeeld op grond van bepaalde feiten en omstandigheden onrechtmatig zijn jegens de belanghebbende wederpartij.[213]

---

209 Zie over het deskundigenbericht met toepassing van mediation bijv. De Groot 2007b; Hoefnagels & Van Leuven 2003; Hoefnagels, Van Leuven & Van Arendonk 2007; Kooger 2004; Labohm & Van Leuven 2005; Van Teeffelen 2005.

210 Bijv. Hof Den Haag 25 januari 2006, *LJN* BA0157; Hof Den Haag 21 juni 2006, *LJN* AY3820; Hof Den Haag 28 maart 2007, *LJN* BA3489.

211 Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4433; Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4437; Hof Den Haag 7 februari 2007, *LJN* BB4094.

212 HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61, m.nt. DJV (*Bloedproef*). In vergelijkbare zin: Rb. Utrecht 21 januari 1914, *NJ* 1914, p. 239-241; HR 7 mei 1920, *W* 10589, m.nt. H. de Jong, *NJ* 1920, p. 602-605; HR 28 april 1978, *NJ* 1979, 104. Impliciet: HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456, m.nt. F.C.B. van Wijmen. Na 1 januari 2002 bijv.: HR 26 maart 2004, *LJN* AO1330, *JBPr* 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen, *TvGR* 2004, 33, m.nt. J. Van der Burg. Zie m.b.t. medewerking aan een plaatsopneming door de rechter: Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AS6385, *JBPr* 2005, 26, m.nt. J.G.A. Linssen.

213 Bijv. conclusie A-G Langemeijer onder 2.21 bij HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106. Zie m.b.t. een niet door de rechter gelast deskundigenonderzoek bijv. Vzr. Rb. Den Bosch 5 juni 2007, *LJN* BA6557.

De medewerkingsverplichting ligt in het verlengde van de verplichting van partijen om de feiten die voor de beslissing van belang zijn, volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv).[214] Aan de medewerkingsverplichting ligt echter ook de verantwoordelijkheid van partijen ten grondslag om bij te dragen aan de oplossing van een geschil dat aan de rechter is voorgelegd. Partijen hebben deze verantwoordelijkheid niet alleen – in het private domein – ten opzichte van elkaar, maar ook – in het publieke domein – ten opzichte van de overheid. Bij de herziening van het procesrecht per 1 januari 2002 overwoog de Minister van Justitie:

> '(...) vraagt men eenmaal op grond van een bepaalde feitenconstellatie aan de rechter een beslissing over een geschil, dan gaat het niet aan om de rechter de beslissing te bemoeilijken of zelfs onmogelijk te maken, door hem benodigde gegevens (...) te onthouden.'[215]

De Minister heeft na de 'Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht' het voornemen geuit om in een algemeen beginsel wettelijk vast te leggen 'dat elk der partijen verantwoordelijk is voor het bijdragen aan de oplossing van hun geschillen'.[216]

Als een partij niet meewerkt aan een deskundigenonderzoek, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. De rechter ziet erop toe dat een partij voldoet aan haar verplichting om mee te werken aan een deskundigenonderzoek. Dat begint bij de betaling van het voorschot.[217] De rechter bepaalt door welke partij(en) een voorschot moet worden betaald[218]. Blijft betaling uit, ook na een rappel, dan is er gehandeld in strijd met de verplichting om mee te werken aan het deskundigenonderzoek.[219] Het deskundigenonderzoek vindt dan meestal geen doorgang,[220] waarna de zaak zonder deskundigenadvies wordt afgewikkeld.[221] Nadat het onderzoek van start is gegaan, kunnen in de praktijk zowel de deskundige als de wederpartij zich tot de rechter wenden wanneer een partij onvoldoende medewerking verleent aan het onderzoek. De rechter zal kennisnemen van de klacht en de andere procesdeelnemers gelegenheid geven tot een reactie. Constateert hij vervolgens dat een partij niet voldoet aan haar medewerkingsverplichting, dan behoort hij dat mee te delen aan partijen en de deskundige, de weigerende partij erop te wijzen dat hij daar in de verdere procedure de gevolgen kan verbinden die hij geraden acht en haar de kans te bieden om alsnog mee te wer-

214 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 372, MvT.
215 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 147, MvT.
216 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 11.
217 Voordat de benoeming is aanvaard, kan de rechter er ook op toezien dat een partij meewerkt aan de totstandkoming van een aansprakelijkheidsbeperking aan de zijde van de deskundige. Zie par. 3.2.4.
218 Procedeert een partij met een toevoeging, dan bepaalt de rechter dat het voorschot ten laste van die partij komt, maar in afwachting van de beslissing over de proceskosten in debet wordt gesteld (art. 195 Rv).
219 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 370, NvW 1.
220 In deze zin reeds De Pinto 1857, II-1, p. 355.
221 Bijv.: Hof Den Haag 14 december 1984, *NJ* 1986, 372; Rb. Arnhem 25 januari 2006, *LJN* AV7885; Rb. Rotterdam 1 maart 2006, *LJN* AV3940, *JBPr* 2006, 58, m.nt. E.F. Groot; Hof Leeuwarden 24 januari 2007, *LJN* AZ7479.

ken.[222] Blijft een partij bij haar weigering, dan zal zij daarvan meestal nadelige gevolgen ondervinden in de verdeling van de stelplicht en het bewijsrisico en mogelijk ook in de proceskostenveroordeling.[223]

Gevolgen van handelen in strijd met de medewerkingsverplichting
De wettelijke verplichting van partijen om mee te werken aan een deskundigenonderzoek is absoluut geformuleerd (art. 198 lid 3 Rv). De vrijheid van een persoon is zo fundamenteel, dat het geen twijfel lijdt dat er gevallen zijn waarin de medewerking aan een deskundigenonderzoek wegens gewichtige redenen kan worden geweigerd. Dat heeft echter zelden tot gevolg dat er niet is gehandeld in strijd met de medewerkingsverplichting van art. 198 lid 3 Rv. Ook de gevolgen van een weigering wegens gewichtige redenen komen vrijwel altijd voor risico van de partij die niet meewerkt. In zijn conclusie bij het Bloedproefarrest uit 1953 schreef advocaat-generaal Eggens dat de vrijheid van de persoon belet dat een partij zonder wettelijke grondslag zou worden gedwongen een bloedonderzoek in het kader van een vaderschapsactie feitelijk te ondergaan.[224] Zoals ik in par. 6.2.8.1 heb laten zien, wordt een partij hiertoe zelfs in Zwitserland niet gedwongen, waar in sommige kantons dwangmiddelen kunnen worden toegepast om een partij tot medewerking te bewegen. Desalniettemin meende A-G Eggens dat de vrijheid van de persoon er niet aan in de weg staat dat op een partij een rechtsplicht[225] rust om mee te werken aan een bloedonderzoek in het kader van een vaderschapsactie. De partij die deze rechtsplicht niet nakomt, ondervindt daarvan de gevolgen in haar processuele of materieelrechtelijke positie. De Hoge Raad heeft hem in deze opvatting gevolgd.[226] Een vergelijkbare situatie heeft zich voorgedaan met betrekking tot het inzage- en blokkeringsrecht in letselschadezaken (art. 7:464 lid 2 onder b BW), het recht om een deskundigenbericht als eerste in te zien en desgewenst te verhinderen dat het aan de wederpartij en de rechter wordt gezonden.[227] Wie het deskundigenbericht blokkeert, geeft voorrang aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer boven de rechtsplicht tot medewerking aan een deskundigenonderzoek. Dat mag, maar kwalificeert als handelen in strijd met deze rechtsplicht, waarvan de blokkerende partij de gevolgen behoort te dragen.[228] Dat is (alleen) begrijpelijk vanuit het perspectief dat iedere partij eraan moet bijdragen dat geschillen met de wederpartij worden opgelost, partijen verplicht zijn de voor

222 HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 m.nt. JBMV, (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), r.o. 4.4.6 onder iv. Toepassing bijv: Rb. Utrecht 12 december 2007, *LJN* BC1934, r.o. 2.10; Rb. Utrecht 16 januari 2008, *LJN* BC1934.
223 Bijv. Rb. Rotterdam 25 juni 2008, *LJN* BE9358.
224 Conclusie A-G Eggens bij HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61, m.nt. DJV (*Bloedproef*). Zie over het Bloedproefarrest bijv.: Van den Reek 1997, nr. 22.
225 Zie over het begrip rechtsplicht bijv. Van der Wiel 2004, p. 8-11.
226 HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61, m.nt. DJV (*Bloedproef*). In vergelijkbare zin bijv. HR 28 april 1978, *NJ* 1979, 104; HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 647, m.nt. JdB.
227 Zie over het inzage- en blokkeringsrecht bijv.: Elferink 2003a; Elferink 2004; Jansen 2004; Leenen/Gevers & Legemaate 2007, p. 260; Wervelman & De Jong 2005.
228 HR 26 maart 2004, *LJN* AO1330, *JBPr* 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen, *TvGR* 2004, 33, m.nt. J. van der Burg; HR 12 augustus 2005, *LJN* AT3477.

de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, en moet worden vermeden dat een partij door de blokkering van een deskundigenbericht in een substantieel betere bewijspositie kan komen te verkeren dan de wederpartij.

6.4.1.6 Toezicht op de medewerking van derden

De wettelijke bepalingen over het deskundigenbewijs verplichten een derde (een persoon die geen partij is bij de procedure), niet tot medewerking aan een deskundigenonderzoek. Van toezicht van de rechter op de medewerking van derden aan een deskundigenonderzoek is in Nederland, anders dan in bijvoorbeeld Duitsland of Zwitserland, geen sprake. Voor zover een derde kan worden verplicht tot medewerking, betreft het een verplichting op grond van andere regels dan de wettelijke regels van deskundigenbewijs, zoals de exhibitieplicht van art. 843a Rv. Deze komen waar relevant nader aan de orde in par. 6.4.2.

6.4.2 Het feitenonderzoek van een deskundige

Bij de behandeling van het feitenonderzoek neem ik de deskundige tot uitgangspunt ten aanzien van wie de rechter heeft bepaald dat hij het onderzoek zelfstandig dient te verrichten. Verricht de deskundige het onderzoek onder leiding van de rechter, dan hangen zijn rechten en plichten in het feitenonderzoek mede af van zaaksgebonden aanwijzingen van de rechter, zoals vermeld in par. 6.4.1.1.

6.4.2.1 De betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van een deskundige

Voordat wordt ingegaan op de verkrijging van informatie door de deskundige en het onderzoek van personen en zaken, komt eerst in algemene zin een kwestie aan de orde die voor alle onderdelen van het feitenonderzoek relevant is. Dat betreft de vraag welke betekenis het beginsel van hoor en wederhoor heeft in het feitenonderzoek van een deskundige. Zoals uiteengezet in par. 6.4.1.1, heeft de deskundige in Nederland binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid om het onderzoek te verrichten op de wijze die hem het beste voorkomt. Partijen kunnen bij de deskundige opmerkingen maken en verzoeken doen.[229] De wettelijke bepalingen van deskundigenbewijs bevatten geen nadere aanwijzingen over de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige. In de parlementaire geschiedenis staan opmerkingen over de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in de context van de onwenselijkheid dat de deskundige beide partijen ongelijk behandelt en van het recht van partijen om bij de deskundige opmerkingen te maken en verzoeken te doen.[230] De vraag of de verplichting om het beginsel van hoor en wederhoor te respecteren op de deskundige rust, komt in de parlementaire geschiedenis niet in bredere zin aan de orde. Hetzelfde is het geval in de literatuur. Volgens Pitlo/Hidma & Rutgers staat het

229 Zie par. 6.4.3.
230 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 343, Nadere MvA TK (1985).

beginsel van hoor en wederhoor hoog in het vaandel en dienen partijen op grond van de wetsgeschiedenis zo veel mogelijk en gelijkelijk bij het onderzoek te woren betrokken, mits onnodige vertraging wordt vermeden.[231] Stein/Rueb meent dat de deskundige partijen zo veel mogelijk bij het onderzoek dient te betrekken door hen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen.[232]
Er zijn aanwijzingen dat het beginsel van hoor en wederhoor in de opvatting van de Hoge Raad niet door de deskundige in acht hoeft te worden genomen. Zo heeft de Hoge Raad in 1993 overwogen:

> '4.1. Onderdeel 2.1 berust op de opvatting dat het door het hof ingewonnen deskundigenbericht met miskenning van een elementair beginsel van behoorlijke procesvoering is tot stand gekomen, nu de deskundigen de partijen wel hebben gehoord doch elk op een verschillend tijdstip en, naar het onderdeel aanvoert, zonder telkens de andere partij in de gelegenheid te stellen daarbij aanwezig te zijn. Het onderdeel verbindt daaraan de slotsom dat het hof derhalve dit deskundigenbericht niet aan zijn beslissing ten grondslag had mogen leggen.
> De opvatting van het onderdeel vindt echter geen steun in het recht. Een als rechtsregel in acht te nemen vereiste als het onderdeel tot uitgangspunt neemt, ligt noch besloten in de procesregels betreffende het deskundigenbericht, zoals deze voor de inwerkingtreding van het in deze zaak nog niet toepasselijke nieuwe bewijsrecht golden, noch ook in art. 6 EVRM. Daarbij is van belang dat beide partijen na het deskundigenbericht in ruime mate gelegenheid tot een onderlinge discussie over de inhoud van het door de deskundigen opgemaakte rapport hebben gekregen, waarvan zij ook uitvoerig gebruik hebben gemaakt.'[233]

In 1992 werd in een andere zaak in cassatie geklaagd dat het hof een deskundigenadvies niet aan de uitspraak ten grondslag had mogen leggen. In feitelijke instantie was onder andere in geschil of een breuk in een osteosyntheseplaat ongevalsgevolg was. In de vraagstelling aan de deskundige had het hof de toedracht van het ongeval, die eveneens tussen partijen in geschil was, in het midden gelaten. Tijdens het deskundigenonderzoek zond de ene partij een brief aan de deskundige met daarin een standpunt over de toedracht van het ongeval, zonder een kopie aan de wederpartij te verstrekken. De deskundige ging in het deskundigenadvies uit van de lezing van de toedracht die in de brief was opgenomen. Het hof oordeelde vervolgens dat de breuk ongevalsgevolg was. Hierbij lichtte het hof toe dat het oordeel niet anders zou luiden wanneer van de lezing van de toedracht van de wederpartij werd uitgegaan. In cassatie werd de klacht verworpen dat de verwerking in het deskundigenadvies van schriftelijke inlichtingen, die eenzijdig door een partij buiten medeweten van de wederpartij aan de deskundige waren verstrekt, in de weg stond aan het gebruik van het deskundigenadvies voor het bewijs.[234]

---

231 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 177.
232 Stein/Rueb 2007, nr. 7.7.3.
233 HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234 (*Fernandes/Oostdam*). Deze uitspraak is gedaan in een zaak waarin het bewijsrecht van vóór 1 april 1988 van toepassing was. Zoals ik in par. 6.4.3.2 zal laten zien, heeft het bewijsrecht van 1988 geen verandering gebracht in het recht op opmerkingen en verzoeken. Het oordeel van de Hoge Raad heeft zijn betekenis door de wijziging van het bewijsrecht dan ook niet verloren.
234 HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175.

De opvatting van de Hoge Raad komt er op neer dat het niet aan de deskundige is om te bewaken dat het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) tijdens het deskundigenonderzoek wordt gerespecteerd. Deze opvatting komt ook tot uitdrukking in de rechtspraak waarin is geoordeeld dat een deskundige binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid heeft om het onderzoek te verrichten op de wijze die hem het beste voorkomt.[235] De rechter moet erop toezien dat het beginsel van hoor en wederhoor in de procedure in acht wordt genomen, onder andere door te waarborgen dat partijen effectief commentaar kunnen leveren op een deskundigenadvies. Deze opvatting strookt met vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, zoals uiteengezet in par. 5.3.2 en 5.3.3. Doorslaggevend in deze opvatting is dat art. 6 lid 1 EVRM eisen stelt aan de procedure bij de nationale rechter, en niet aan een door de rechter benoemde deskundige.[236]

Desalniettemin wordt in Frankrijk[237] en België[238] aangenomen dat het beginsel van hoor en wederhoor niet alleen door de rechter in acht moet worden genomen, maar ook door de deskundige. De gedachten daarachter zijn naar mijn mening treffend verwoord door Frison-Roche in Frankrijk.[239] Soortgelijke gedachten komen tot uitdrukking bij Schnapp in Duitsland[240] en Fasching in Oostenrijk.[241] Essentieel is dat de deskundige normatieve invloed heeft op de uitkomst van de zaak. Het verzamelen, ordenen, ophelderen en verklaren van feiten en het toepassen van kennis en ervaringsregels op feiten, is immers een normatieve bezigheid. Om zich een effectief oordeel te vormen, heeft de deskundige vrijwel altijd ook informatie van partijen nodig. De mate waarin de deskundige tot de kern van de zaak is doorgedrongen, en daarmee de waarde van een deskundigenadvies voor het bewijs, wordt in de praktijk vaak mede bepaald door de mate waarin partijen in het deskundigenonderzoek hebben kunnen participeren. Een partij weet in het algemeen als geen ander welke informatie relevant is voor haar standpunt in de zaak en voor de oordeelsvorming van de deskundige. Daarnaast is essentieel dat ten overstaan van de deskundige materieel bewijslevering plaatsvindt ten aanzien van feiten die tussen partijen in geschil zijn en door de deskundige op zijn vakgebied moeten worden opgehelderd om de vraagstelling te kunnen beantwoorden.[242] In Nederland onderkende Scheltema waarschijnlijk reeds in 1939 het belang van de normatieve invloed en de bewijsbetekenis van een deskundigenadvies voor de

235 Zie par. 6.4.1.1.

236 In deze zin heeft de Hoge Raad met betrekking tot het enquêterecht geoordeeld dat art. 6 EVRM en de fundamentele beginselen van het procesrecht uitsluitend betrekking hebben op de procedure voor de rechter en niet op de werkwijze van door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers (HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. MA). A-G De Vries Lentsch-Kostense heeft hetzelfde heeft betoogd voor de deskundige (conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense onder 21 bij HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175). In gelijke zin (Rutgers) Burgerlijke Rechtsvordering (oud), art. 223, aant. 6.

237 Zie par. 6.2.3.1.

238 Zie par. 6.2.4.1.

239 Zie par. 6.2.3.1.

240 Zie par. 6.2.6.2.

241 Zie par. 6.2.5.2.

242 Verkerk signaleert dat het deskundigenonderzoek een soort proces binnen het proces wordt en het gevaar ontstaat dat het deskundigenonderzoek *de facto* het verdere bewijstraject vervangt (Verkerk 2007, p. 491).

mate waarin partijen in een deskundigenonderzoek kunnen participeren. Hij meende dat het recht van een partij om de deskundige te wijzen op volgens haar belangrijke punten, dat tegenwoordig is vervat in het voorschrift over opmerkingen en verzoeken (art. 198 lid 2 Rv), beperkt was tot – en daarmee in zijn opvatting kennelijk bedoeld was voor – het geval waarin een deskundige onderzoek op zijn vakgebied verricht naar feiten die door het deskundigenadvies al dan niet worden bewezen.[243]

Afwegingen bij het bepalen van de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek

Deze aspecten, de normatieve invloed van de deskundige op de uitkomst van de zaak en het karakter van bewijslevering, zijn duidelijk herkenbaar in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, wanneer het hof beoordeelt of de *equality of arms* in acht is genomen in zaken waarin art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is en in opdracht van de rechter een deskundigenadvies is uitgebracht. Zoals uiteengezet in par. 5.3.3, gaat het er in de visie van het EHRM allereerst om of aan een deskundige dezelfde vraag is voorgelegd als de door de rechter te beantwoorden vraag. Verder is van belang of een deskundige zelfstandig feitenonderzoek doet en, zo ja, of partijen daarin voldoende worden betrokken. Bovendien is van belang of de rechter in staat is om de door de deskundige opgehelderde feiten zelfstandig te beoordelen, dan wel valt te verwachten dat het deskundigenadvies van overwegende invloed op de uitspraak zal zijn. Bij deze combinatie van omstandigheden, die in de praktijk inherent is aan vrijwel elke situatie waarin een deskundigenadvies wordt ingewonnen, mag de nationale rechter, die toeziet op de naleving van de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, een deskundigenadvies niet voor het bewijs gebruiken, wanneer daaraan een gebrek kleeft dat de *equality of arms* raakt en geen gelegenheid is geboden tot herstel. Zoals de zaak Mantovanelli/Frankrijk heeft laten zien, volstond het bij deze combinatie van omstandigheden niet dat partijen bij de rechter op het deskundigenadvies konden reageren, nadat de deskundige tijdens het onderzoek aan één partij geen inzage had gegeven in bepaalde stukken en die partij niet de kans had gegeven aanwezig te zijn bij gesprekken van de deskundige met derden.[244] Dit kan anders liggen als er een rechtvaardiging is om (één van) partijen niet bij dat soort onderzoek te betrekken, zoals gezondheids- of veiligheidsrisico's, of het recht om een medisch onderzoek in beslotenheid te ondergaan. Naar mijn opvatting zal, afhankelijk van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval, ook een rechtvaardiging kunnen zijn dat het belang van (een) partij(en) om in een deskundigenonderzoek te participeren in een bepaald geval minder zwaar weegt dan het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, of het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn. Anders gezegd: omdat art. 6 lid 1 EVRM zich tot de rechter richt en niet tot de deskundi-

243 Scheltema 1939, p. 472.
244 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*), r.o. 33-36.

ge, is er geen reden om aan te nemen dat tijdens het deskundigenonderzoek onder alle omstandigheden voorrang moet worden verleend aan de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor. Dit verklaart de opvatting van de Hoge Raad in het zojuist aangehaalde arrest Fernandes/Oostdam[245] dat er geen rechtsregel van deze strekking is. Telkens moet op basis van een belangenafweging worden bepaald welke betekenis het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige heeft. In Nederland, waar de rechter tijdens het feitenonderzoek van de deskundige vrijwel buiten beeld is en de deskundige binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid heeft bij de inrichting van het onderzoek, kan deze belangenafweging in het algemeen voorafgaand aan het onderzoek tot uitdrukking komen in de instructies van de rechter aan de deskundige, tijdens het deskundigenonderzoek indien de rechter ingeval van problemen door de deskundige of partijen wordt benaderd, en na afloop van het onderzoek wanneer moet worden beoordeeld of de bruikbaarheid van een deskundigenadvies voor de verdere beslissing wordt beperkt door eventuele gebreken in het deskundigenonderzoek of het deskundigenadvies. In de belangenafweging zullen in het algemeen zijn vertegenwoordigd het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de opdracht, het belang dat partijen uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van onderzoekshandelingen van de deskundige die normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en het karakter hebben van bewijslevering, het belang dat een deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten, het belang dat een deskundige zijn oordeel in vrijheid kan vormen, het belang dat partijen na afloop van het onderzoek effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, en het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn.

Sporen van deze belangenafweging zijn herkenbaar in de Belgische, Duitse, Franse en Oostenrijkse literatuur. In Frankrijk wordt aangenomen dat een deskundige partijen niet hoeft uit te nodigen als het om onderzoek van ondergeschikt belang gaat[246] en in België dat de deskundige onderzoek mag doen zonder partijen wanneer hun aanwezigheid geen redelijk doel dient.[247] In Duitsland menen Bayerlein en Walterscheidt – omgekeerd – dat het belang van een partij om een onderzoek bij te wonen is gegeven, als de wederpartij toegang moet geven tot een te onderzoeken zaak en daardoor het onderzoek kan bijwonen.[248] In Oostenrijk meent Jelinek dat het erom gaat of de aanwezigheid van partijen bij een onderzoeksverrichting feitelijk en juridisch mogelijk en zinvol is.[249]

245 HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234 (*Fernandes/Oostdam*), r.o. 4.1.
246 Zie par. 6.2.3.3.
247 Zie par. 6.2.4.2.
248 Zie par. 6.2.6.2.
249 Zie par. 6.2.5.2.

Eigen opvatting: betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek

Gezien het voorgaande ziet de rode draad er naar mijn opvatting als volgt uit. Art. 6 lid 1 EVRM richt zich tot de rechter, die onder andere dient te waarborgen dat het beginsel van hoor en wederhoor in de procedure wordt nageleefd. Omdat art. 6 lid 1 EVRM zich niet tot de deskundige richt, is het niet aan de deskundige om de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor tijdens het deskundigenonderzoek te waarborgen. Partijen dienen echter bij de rechter effectief commentaar te kunnen leveren op een deskundigenadvies en een deskundigenadvies dient een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De aard van een deskundigenadvies brengt mee dat de deskundige in veel gevallen normatieve invloed heeft op de uitkomst van de zaak en dat zijn onderzoekshandelingen materieel het karakter van bewijslevering kunnen hebben. Onder deze omstandigheden behoort de rechter telkens aan de hand van een belangenafweging te bepalen welke betekenis het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige moet krijgen. In de belangenafweging dient aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval te worden bepaald aan welk(e) belang(en) voorrang moet worden gegeven: het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de opdracht, het belang dat partijen uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van onderzoekshandelingen van de deskundige die normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en het karakter hebben van bewijslevering, het belang dat een deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten, het belang dat een deskundige zijn oordeel in vrijheid kan vormen, het belang dat partijen na afloop van het onderzoek effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, of het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn.

Naar huidig recht wordt in feite reeds onderkend dat er onderzoekshandelingen zijn waarbij een deskundige het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet nemen, bijvoorbeeld in het arrest waarin de Hoge Raad heeft beslist dat een deskundige partijen gelegenheid moet bieden om een bezichtiging van een onroerende zaak bij te wonen.[250] Geplaatst in de sleutel van de belangenafweging, met behulp waarvan de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige in een concreet geval is te bepalen, laat het arrest zien dat bij onderzoek ter plaatse steeds voorrang wordt gegeven aan het belang dat partijen uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van onderzoekshandelingen van de deskundige die normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en het karakter hebben van bewijslevering.

Bij deze uitkomst spreekt het niet voor zich dat de vrijheid van de deskundige om het onderzoek binnen de grenzen van de opdracht in te richten zoals hem het beste voorkomt,[251] in de rechtspraak zozeer voorop wordt gesteld dat de rol van de

250 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS.
251 Zie par. 6.4.1.1.

rechter en de participatie van partijen in het deskundigenonderzoek daaraan min of meer ondergeschikt zijn geworden. Ongeacht of partijen een onderzoekshandeling bijwonen, zal een deskundigenonderzoek waarvan de resultaten normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en waarin materieel bewijslevering plaatsvindt, controleerbaar moeten zijn voor partijen om hen in staat te stellen bij de rechter effectief commentaar te leveren op het deskundigenadvies. Dat partijen het onderzoek kunnen controleren, is mede van belang omdat het deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing en rechtstreeks toezicht van de rechter op het feitenonderzoek van de deskundige meestal ontbreekt. De rechter woont het deskundigenonderzoek immers zelden bij. Naar mijn opvatting kan de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek dan ook niet op voorhand beperkingen rechtvaardigen in de aanspraak van partijen op controleerbaarheid van een deskundigenadvies. Daarnaast behoort de onderzoeksvrijheid van de deskundige in mijn visie te worden gekoppeld aan de regiefunctie van de rechter in de procedure. De rechter zal de concrete betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in een deskundigenonderzoek moeten bepalen, bijvoorbeeld als partijen en de deskundige het er niet over eens zijn wie welke onderzoekshandelingen mag bijwonen. De vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek is dan één aspect in de afweging van de rechter. Zoals het rechtsvergelijkend overzicht heeft laten zien, kan het belang dat de deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten zelfs in Frankrijk en België, waar het beginsel van hoor en wederhoor steeds door de deskundige moet worden gerespecteerd, doorslaggevend zijn om partijen bij een onderzoek te weren, bijvoorbeeld als het onderzoek onaangekondigd moet worden verricht,[252] of bij bepaalde weersomstandigheden.

6.4.2.2 De betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het voorlopig deskundigenonderzoek

In par. 6.4.2.1 heb ik tot uitgangspunt genomen dat art. 6 lid 1 EVRM eisen stelt aan de procedure bij de nationale rechter, en niet aan een door de rechter benoemde deskundige. Dit leidt tot een volgend uitgangspunt, namelijk dat op de deskundige in beginsel geen zelfstandige verplichting rust om het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen, dat mede in art. 6 lid 1 EVRM is vervat. Dat is anders wanneer wet of rechtspraak hem verplicht (een aspect van) het beginsel van hoor en wederhoor na te leven, zoals het wettelijk voorschrift dat de deskundige partijen gelegenheid moet geven tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken. Waar de deskundige geen zelfstandige verplichting heeft om acht te slaan op het beginsel van hoor en wederhoor, moet van geval tot geval met behulp van een belangenafweging worden bepaald welke betekenis bij een bepaalde onderzoekshandeling toekomt aan het beginsel van hoor en wederhoor. In deze gedachtegang is essentieel dat de deskundige in de meeste gevallen normatieve invloed heeft op de uitkomst van de zaak en ten overstaan van hem materieel

252 Bijv. Rb. Arnhem 4 februari 2004, *LJN* AO5038.

bewijslevering plaatsvindt ten aanzien van feiten die tussen partijen in geschil zijn en door hem op zijn vakgebied moeten worden opgehelderd om de vraagstelling te kunnen beantwoorden. Zoals vermeld in par. 6.4.2.1, zijn deze twee aspecten herkenbaar in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, wanneer het hof beoordeelt of de *equality of arms* in acht is genomen in zaken waarin art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is en in opdracht van de rechter een deskundigenadvies is uitgebracht. Mijn gedachtegang is hiermee in belangrijke mate ontleend aan de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Deze bepaling is van toepassing in een (bodem)procedure waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld.

Totstandkoming voorlopig deskundigenbericht: art. 6 lid 1 EVRM vindt geen rechtstreekse toepassing

Waarschijnlijk vindt art. 6 lid 1 EVRM geen toepassing in een procedure waarin een voorlopig deskundigenbericht tot stand komt. Volgens de Hoge Raad is art. 6 lid 1 EVRM niet rechtstreeks van toepassing in een voorlopig getuigenverhoor en in een getuigenverhoor op de voet van art. 66 Fw, omdat dit geen procedures zijn waarin burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld.[253] In lagere rechtspraak is wel aangenomen dat art. 6 lid 1 EVRM om deze reden ook niet van toepassing is in het voorlopig deskundigenonderzoek.[254] Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is voor de toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM in een civiele procedure doorslaggevend of het een geschil betreft waarin een burgerlijk recht wordt vastgesteld,

> 'which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law (...). The "dispute" must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise. The outcome of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences being insufficient to bring Article 6 § 1 into play' (...).[255]

Dit betekent dat art. 6 lid 1 EVRM ook niet van toepassing zal zijn in de procedure waarin een voorlopig deskundigenonderzoek wordt gevraagd. Daarin kunnen wel burgerlijke rechten en plichten ter sprake komen en zelfs worden vastgesteld, bijvoorbeeld ten aanzien van de kosten van het voorlopig deskundigenbericht, of als in het medisch deskundigenonderzoek de vraag rijst of aan iemand een beroep op een inzage- en blokkeringsrecht toekomt. De procedure waarin een voorlopig deskundigenbericht wordt uitgebracht, is echter niet gericht op de vaststelling van dergelijke rechten, maar op de verzameling, ordening, opheldering en verklaring

253 HR 24 maart 1995, *NJ* 1998, 414, m.nt. PV; HR 6 oktober 2006, *LJN* AX8295, r.o. 3.3.3.
254 Rb. Arnhem 3 april 2006, 137769/HA RK 06-37 (ongepubliceerd); Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556.
255 EHRM 23 juni 1981, *NJ* 1982, 602 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België*); EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102, m.nt. EAA (*Benthem/Nederland*), r.o. 32. Vaste rechtspraak, recenter bijv. EHRM 7 juni 2007, 1641/02 (*Oao Plodovaya Kompaniya/Rusland*); EHRM 24 januari 2008, 6859/02 (*Nagovitsyn/Rusland*). Zie ook EVRM R&C par. 3.6.3.5; ; Jacobs & White 2006, p. 169; Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 387-392; Viering 1994, p. 83-97.

van feiten en/of op de verkrijging van kennis, ervaringsregels en conclusies van de deskundige ten aanzien van andere geschilpunten van partijen. Voor de uitkomst van die andere geschilpunten is de procedure van het voorlopig deskundigenbericht niet beslissend. Het voorlopig deskundigenbericht zal meestal wel invloed hebben op de uitkomst ervan, maar die invloed is te onbepaald en zal dus een *tenuous connection* of *remote consequence* zijn.

Zelfstandige betekenis van hoor en wederhoor in voorlopig deskundigenonderzoek op tegenspraak

Dit betekent in mijn ogen echter niet zonder meer dat de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het voorlopig deskundigenonderzoek louter moet worden afgeleid uit het voorschrift dat de deskundige partijen bij het onderzoek gelegenheid moet bieden tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken (art. 205 lid 1 en art. 198 lid 2 Rv).

Een voorlopig deskundigenonderzoek wordt verricht in een procedure op tegenspraak, als een verweerder of belanghebbende verschijnt. Vaak verschijnt als verweerder of belanghebbende een partij die de (toekomstige) wederpartij is van de verzoeker in een (eventuele) bodemprocedure. Zijn de partijen in een bodemprocedure – in de woorden van de wetgever – 'aanwezig geweest'[256] bij een voorlopig deskundigenonderzoek, dan heeft een voorlopig deskundigenbericht dezelfde bewijskracht als een deskundigenadvies dat in de bodemprocedure tussen hen is uitgebracht (art. 207 Rv). Wordt het voorlopig deskundigenonderzoek verricht op tegenspraak, dan geldt het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) in de procedure waarin het voorlopig deskundigenbericht wordt uitgebracht. De *equality of arms* zal dan via het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) in acht moeten worden genomen door de rechter die het voorlopig deskundigenonderzoek gelast.[257] Alleen al omdat de rechter het (voorlopig) deskundigenonderzoek niet pleegt bij te wonen, zal de deskundige een deel van deze taak namens de rechter moeten vervullen. Ook in het voorlopig deskundigenonderzoek kan dus betekenis toekomen aan het beginsel van hoor en wederhoor. De mate waarin dat het geval is, kan evenals in de bodemprocedure variëren, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Eigen aan een voorlopige bewijsmaatregel is dat niet in elke zaak het geschil met het oog waarop de maatregel is verzocht, even duidelijk door partijen is af te bakenen. De betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het voorlopig deskundigenonderzoek zal naar mijn opvatting groter zijn naarmate meer voorzienbaar is dat een bepaald onderdeel van het voorlopig deskundigenonderzoek normatieve invloed zal hebben op de uitkomst van het geschilpunt in het kader waarvan het is verzocht, en naarmate duidelijker is dat het voorlopig

256 Om de drempel van art. 207 Rv te passeren, volstaat meestal dat partijen zijn verschenen in de procedure waarin het voorlopig deskundigenbericht is uitgebracht en is niet relevant bij welke voorlopige bewijsverrichtingen partijen aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest. Bij de bewijswaardering van een voorlopig deskundigenbericht in de bodemprocedure kan echter ook van belang zijn of de voorschriften van het deskundigenonderzoek in acht zijn genomen en of partijen voldoende in het voorlopig deskundigenonderzoek hebben kunnen participeren.

257 Vgl. W.H. Heemskerk in zijn noot onder 4 bij HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (*Enka/Dupont*).

deskundigenonderzoek bewijsmateriaal zal opleveren voor de vaststelling van een burgerlijk recht in een (eventuele) bodemprocedure tussen de partijen die in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht zijn verschenen. Dat volgt uit doel en strekking van het voorlopig deskundigenbericht, dat er naar vaste rechtspraak toe dient om een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen en, als daartoe wordt overgegaan, beter te kunnen aangeven op grond waarvan een vordering wordt ingesteld of een verweer wordt gevoerd.[258] Ook bezien vanuit het publieke domein is er een argument om partijen in staat te stellen toereikend in het voorlopig deskundigenonderzoek te participeren. De verantwoordelijkheid van een partij om bij te dragen aan de oplossing van een geschil met een wederpartij,[259] impliceert bijvoorbeeld dat van partijen in beginsel wordt verlangd dat zij een voorlopig deskundigenbericht ook gebruiken om hun geschil in der minne te regelen. De mate waarin partijen de oordeelsvorming van de deskundige kunnen volgen en controleren, zal één van de factoren zijn die hun bereidheid bepalen om doorslaggevende betekenis aan het voorlopig deskundigenbericht toe te kennen en een minnelijke regeling te treffen. Een andere factor kan zijn of met een voorlopig deskundigenadvies een optimale bijdrage wordt geleverd aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke oplossing van het geschil. Is het belang van de waarheidsvinding in de ogen van (een) partij(en) met een voorlopig deskundigenadvies onvoldoende gediend, dan kan dat in de weg staan aan een minnelijke regeling.

Regie van de rechter bij het bepalen van de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor

Omdat per zaak kan verschillen welke betekenis in het (voorlopig) deskundigenonderzoek toekomt aan het beginsel van hoor en wederhoor, is te verwachten dat bij partijen of de deskundige soms behoefte zal bestaan aan instructies van de rechter over de mate van participatie van partijen in het voorlopig deskundigenonderzoek. Dat veronderstelt dat de rechter bereid is die instructies tijdens het voorlopig deskundigenonderzoek zo nodig te geven. Complicerend kan dan zijn dat de lagere rechtspraak verdeeld is over de invulling van de regiefunctie van de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht. Zoals ik bij de bespreking van de inhoud en reikwijdte van de opdracht in par. 4.7.3 liet zien, is er verschil van inzicht over de regie van de rechter bij het formuleren van de vragen voor de deskundige: volgt de rechter de voorstellen van verzoeker, of beslist hij over de vragen na overleg met partijen? Ook is er in de lagere rechtspraak geruime tijd verschil van inzicht geweest over de vraag wie in het kader van een voorlopig deskundigenonderzoek van welke medische informatie kennis mag nemen. Sommige rechters beantwoordden deze vraag ten dienste van het voorlo-

258 Zie par. 4.5.1.
259 Zie par. 6.4.1.5.

pig deskundigenbericht,[260] anderen meenden dat beantwoording voorbehouden is aan de rechter in een eventuele bodemprocedure tussen partijen.[261] Hierbij speelde een rol welke ruimte werd toebedeeld aan de regiefunctie van de rechter. Volgens het hof Arnhem

> 'verdient het ten sterkste aanbeveling dat het instellen door een deskundige van een voorlopig deskundigenonderzoek naar een psychische en/of medische kwestie onder leiding van de rechter geschiedt (...). De rechter kan de deskundige voorlichten of en, zo ja, in welke mate de deskundige moet voldoen aan of ingaan op verzoeken en vragen namens partijen tot inzage van (delen van) onderliggende bescheiden.'[262]

Deze lagere rechtspraak is, voor zover betrekking hebbend op de informatiekwestie, inmiddels achterhaald door de arresten over de zogenoemde patiëntenkaart, waarin de Hoge Raad onder andere heeft geoordeeld dat een partij de medische informatie die zij aan de deskundige heeft verstrekt, op verzoek van de wederpartij of 'op bevel van de rechter die het bevel tot het deskundigenbericht heeft gegeven dan wel de rechter in de hoofdprocedure', dient te verstrekken aan de wederpartij (nadat duidelijk is dat die partij zich niet op een eventueel blokkeringsrecht beroept).[263] Uit de aangehaalde bewoordingen blijkt onmiskenbaar dat ook de rechter die het voorlopig deskundigenbericht heeft gelast, het bevel kan geven om stukken waarvan de deskundige in het voorlopig deskundigenonderzoek kennis heeft genomen, aan de wederpartij te overhandigen.[264] Volgens de Hoge Raad kan de rechter dus instructies aan een partij geven nadat het voorlopig deskundigenbericht is gelast. Ook in het eerste inzage- en blokkeringsrechtarrest heeft de Hoge Raad impliciet tot uitgangspunt genomen dat de rechter tijdens het voorlopig deskundigenonderzoek om instructies kan worden gevraagd.[265] Zoals vermeld in par. 2.4.5, komt in de reacties op de door Asser, Groen en Vranken bepleite rolverdeling tussen partijen en de rechter, vaak naar voren dat van de rechter een actieve houding mag worden verwacht, vooral als het erom gaat partijen in eerste aanleg

---

260 Bijv. Rb. Amsterdam 1 november 2004, *JA* 2004, 5; Rb. Rotterdam 17 augustus 2005, HARK 05-37 (ongepubliceerd). Zie over deze kwestie ook het 'Overzicht jurisprudentie inzake de patiëntenkaart' op www.rechten.vu.nl/iwmd.

261 Bijv. Rb. Groningen 21 september 2001, *LJN* AD9258; Rb. Utrecht 14 juli 2004, *NP* juli/augustus 2004, p. 7-8; Rb. Rotterdam 14 januari 2005, 217499/HARK 04-85 (ongepubliceerd).

262 Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556, r.o. 3.30.

263 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, r.o. 3.6.3. Eerdere en latere uitspraken van lagere rechters zijn verzameld vermeld op www.rechten.vu.nl/iwmd. Zie over de kwestie van de patiëntenkaart ook: Akkermans 2003, p. 104; Akkermans, Christiaan & Hengeveld 2008; Elferink & Van 2005, p. 119; Deen 2005; Dennekamp 2005; Van Dijk 2006; Ekelmans 2007b; Elferink 2003; Knijp 2006; Kolder 2008; Kolder & Schultz 2007; Van 2003, p. 109.

264 Wordt aan het bevel niet voldaan, dan heeft de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht echter geen mogelijkheden om daaraan inhoudelijke gevolgen te verbinden. Dat kan alleen in de bodemprocedure (HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4 laatste volzin; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, r.o. 3.6.3 laatste volzin). Wel is denkbaar dat aan de proceshouding van een partij gevolgen worden verbonden bij de afwikkeling van de kosten van het voorlopig deskundigenbericht, omdat de rechter in de omstandigheden van het geval aanleiding kan zien een andere partij dan de verzoeker met de kosten van het voorlopig deskundigenbericht te belasten (art. 195 en 199 Rv).

265 HR 26 maart 2004, *LJN* AO1330, *JBPr* 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen, *TvGR* 2004, 33, m.nt. J. van der Burg. Zie De Groot 2005, p. 124.

te behoeden voor fouten of nalatigheden die vatbaar zijn voor herstel in hoger beroep.[266] In de kabinetsreactie overweegt de Minister van Justitie in dit verband dat in de algemene bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling kan worden opgenomen die verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.[267] Hier is waarneembaar dat, wanneer partijen eenmaal procederen, er een publiek belang mee is gemoeid dat het proces zo efficiënt mogelijk verloopt. Een logisch vervolg is dat de rechter instructies geeft tijdens de totstandkoming van het voorlopig deskundigenbericht, als partijen of de deskundige daarom vragen en de instructies kunnen bevorderen dat het voorlopig deskundigenbericht het doel dient waarvoor het is gevraagd. Zou dat anders zijn, dan zou de rechter immers niet bevorderen dat het doel van het voorlopig deskundigenbericht – om een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen en, als daartoe wordt overgegaan, beter te kunnen aangeven op grond waarvan een vordering wordt ingesteld of een verweer wordt gevoerd –wordt gediend. Dat zou uiteindelijk betekenen dat een partij vrijelijk een voorlopig deskundigenbericht zou kunnen verkrijgen met het doel de wederpartij op een informatieachterstand te plaatsen.

Het wekt dus geen verbazing dat de Hoge Raad zowel in de arresten over de patiëntenkaart als in het eerste inzage- en blokkeringsrechtarrest de regiefunctie van de rechter tot uitgangspunt heeft genomen. De 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' gaat er eveneens vanuit dat tijdens een (voorlopig) deskundigenonderzoek instructies aan de rechter kunnen worden gevraagd. (nr. 7). Kortom, de verdeeldheid in de lagere rechtspraak over de invulling van de regiefunctie van de rechter in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht, doet er niet aan af dat een deskundige vragen die in een zaak rijzen over de mate waarin partijen in het voorlopig deskundigenonderzoek mogen participeren, aan de rechter kan voorleggen, ook als hij het onderzoek zelfstandig dient te verrichten.

6.4.2.3 De belangenafweging en de onderzoekshandelingen van een deskundige

Zoals vermeld in par. 6.4.2.1, moet naar mijn opvatting door middel van een belangenafweging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval in een zaak worden bepaald aan welk(e) belang(en) voorrang moet worden gegeven bij een onderzoekshandeling van de deskundige in het feitenonderzoek. In de belangenafweging zullen in het algemeen zijn vertegenwoordigd het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de opdracht, het belang dat partijen

266 Zie bijv. Hammerstein 2003, p. 60; Hoge Raad en Parket over 'Een nieuwe balans' 2004, p. 2; Hovens 2003, p. 54-55; Knigge 2004, p. 167; Schoordijk 2004, p. 165; Snijders 2003, p. 1700. In gelijke zin eerder Ras 1994, p. 234-235.

267 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 11.

uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van onderzoekshandelingen van de deskundige die normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en het karakter hebben van bewijslevering, het belang dat een deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten, het belang dat een deskundige zijn oordeel in vrijheid kan vormen, het belang dat partijen na afloop van het onderzoek effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, of het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn. Deze gedachte wordt hierna tot uitgangspunt genomen bij de bespreking van de onderzoekshandelingen die ook in het rechtsvergelijkend overzicht zijn betrokken, te weten de bijeenkomst met (een) partij(en), het onderzoek van stukken, en het onderzoek van personen en zaken. Algemene gezichtspunten die naar verwachting relevant zijn bij de belangenafweging in een concreet geval, worden zo veel mogelijk vermeld.

6.4.2.4 De bijeenkomst met (een) partij(en)

Een deskundige is in Nederland, anders dan in Frankrijk en België, niet verplicht een bijeenkomst met partijen te organiseren om met elkaar van gedachten te wisselen. Dat mag wel, want hij heeft binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid om het onderzoek zo in te richten als hij wenselijk vindt en het onderzoek te verrichten op de wijze die hem het beste voorkomt.[268] Zoals ik liet zien in par. 6.4.1.1, behoeft de deskundige die het onderzoek zelfstandig verricht, anders dan in Duitsland of Zwitserland, geen afzonderlijke toestemming van de rechter voor een bijeenkomst met partijen.

Een bijeenkomst met partijen is één van de middelen om uitvoering te geven aan het voorschrift dat de deskundige partijen bij het onderzoek in de gelegenheid stelt opmerkingen te maken en verzoeken te doen (art. 198 lid 2 Rv). Vooruitlopend op de behandeling van het recht op opmerkingen en verzoeken in par. 6.4.3, verdient hier alvast vermelding dat de Minister van Justitie in 1985 onderkende

> 'dat de objectiviteit van het uit te brengen deskundigenbericht zoveel mogelijk moet worden gewaarborgd, en zoveel mogelijk voorkomen moet worden dat de deskundigen eenzijdig door een partij zouden worden voorgelicht.'[269]

In 1993 heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat het een deskundige ook vrijstaat om een bijeenkomst met één partij te houden:

268 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers, (*Halcion II*), r.o. 3.1; HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 (*WE/VIB II*). Bijv. Rb. Utrecht 22 november 2006, *L&S* 2006, 261: in een verzoek voorlopig deskundigenbericht is verzocht uitdrukkelijk te bepalen dat de deskundige verzoekers (aansprakelijk gestelde huisartsen) in de gelegenheid dient te stellen een mondelinge toelichting te verstrekken. Daartoe ziet de rechtbank geen aanleiding: 'Het staat de deskundige (...) vrij, indien hij dit wenselijk acht, een mondelinge toelichting van betrokkenen te vragen, maar daartoe verplicht is hij niet (...)'.

269 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 343, Nadere MvA TK (1985).

> '4.1. Onderdeel 2.1 berust op de opvatting dat het door het hof ingewonnen deskundigenbericht met miskenning van een elementair beginsel van behoorlijke procesvoering is tot stand gekomen, nu de deskundigen de partijen wel hebben gehoord doch elk op een verschillend tijdstip en, naar het onderdeel aanvoert, zonder telkens de andere partij in de gelegenheid te stellen daarbij aanwezig te zijn. Het onderdeel verbindt daaraan de slotsom dat het hof derhalve dit deskundigenbericht niet aan zijn beslissing ten grondslag had mogen leggen.
> De opvatting van het onderdeel vindt echter geen steun in het recht. Een als rechtsregel in acht te nemen vereiste als het onderdeel tot uitgangspunt neemt, ligt noch besloten in de procesregels betreffende het deskundigenbericht, zoals deze voor de inwerkingtreding van het in deze zaak nog niet toepasselijke nieuwe bewijsrecht golden, noch ook in art. 6 EVRM. Daarbij is van belang dat beide partijen na het deskundigenbericht in ruime mate gelegenheid tot een onderlinge discussie over de inhoud van het door de deskundigen opgemaakte rapport hebben gekregen, waarvan zij ook uitvoerig gebruik hebben gemaakt.'[270]

Naar mijn opvatting brengt de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek op zichzelf niet mee dat hij een bijeenkomst met één partij mag houden. Zoals uiteengezet in par. 6.4.2.1, behoort aan de hand van een belangenafweging te worden bezien of er aanleiding is om beide partijen in staat te stellen de bijeenkomst bij te wonen. Hierbij spelen in de praktijk diverse gezichtspunten een rol. Allereerst behoort de rechter van de deskundige te verlangen dat hij partijen op gelijke wijze in staat stelt tot waarneming of controle van onderzoekshandelingen waarbij hij waarnemingen doet die een normatieve invloed hebben op het deskundigenadvies en waarbij materieel bewijs wordt geleverd van feiten die in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Dit wil niet zeggen dat een bijeenkomst met één partij steeds ontoelaatbaar is, want dat zou er ten onrechte op neer komen dat het beginsel van hoor en wederhoor zich richt tot de deskundige. Van belang is of partijen, ook als een deskundige een bijeenkomst met één partij houdt, toereikend in staat zijn en een gelijke kans hebben om bij de rechter effectief commentaar te leveren op het deskundigenadvies. Ook is van belang of een bijeenkomst met één partij belemmert dat het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Als deze essentialia ook zijn gewaarborgd wanneer een deskundige een bijeenkomst met één partij houdt, kunnen andere belangen, zoals het belang dat de deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten of het belang dat de kosten van het onderzoek niet onnodig oplopen, worden betrokken in de afweging om al dan niet een bijeenkomst met één partij te houden. Anders gezegd: als de deskundige bij één partij inlichtingen wil inwinnen, is het geen vanzelfsprekend ritueel dat beide partijen aanwezig of vertegenwoordigd zijn, maar gaat het erom of met de aanwezigheid van de wederpartij een reëel doel wordt gediend.

---

270 HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234 (*Fernandes/Oostdam*). Het verstrekken van schriftelijke inlichtingen aan een deskundige door een partij, buiten medeweten van de wederpartij, stond niet in de weg aan het gebruik van het deskundigenadvies voor het bewijs in de zaak die leidde tot HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175.

De 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' laat zien hoe dit bij de bijeenkomst met partijen praktisch kan uitwerken. Aan deskundigen wordt daarin uitgelegd welke mogelijkheden er zijn om bijeenkomsten met één of meer partijen te houden en welke waarborgen zij in acht moeten nemen als voor een bijeenkomst met één partij wordt gekozen (nrs. 98-104). De aanwijzingen van de Leidraad komen erop neer dat deskundigen wordt aangeraden om, buiten het medisch onderzoek van een persoon, geen bijeenkomst met één partij te houden en, als dat toch wenselijk of nodig is, te waarborgen dat de wederpartij bij de deskundige effectief commentaar kan leveren op zijn bevindingen. Het praktisch nut van deze aanwijzingen is dat in alle gevallen waarin de deskundige beide partijen uitnodigt, geen belangenafweging hoeft plaats te vinden om te bepalen of de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek zich ertegen verzet dat een bijeenkomst met één partij wordt gehouden.

6.4.2.5 Verkrijging van informatie

Processtukken

De griffier zendt de deskundige een kopie van de uitspraak waarin hij is benoemd (art. 194 lid 3 Rv). De rechter pleegt in civiele zaken te bepalen wie welke processtukken binnen welke termijn aan de deskundige moet toezenden. Deze opdracht wordt gegeven aan (één van) partijen, of aan de griffier. Een wettelijke basis hiervoor ontbreekt. Dat is in tijden van privacybescherming opmerkelijk, temeer daar wel is geregeld dat de griffier aan derden geen kopie of uittreksel van de processtukken mag verstrekken (art. 28 lid 3 Rv). Meestal ontvangt de deskundige een kopie van het gehele procesdossier, tenzij de zaak met gesloten deuren wordt behandeld en/of de deskundige processtukken niet nodig heeft voor het onderzoek, zoals bij DNA-onderzoek in afstammingszaken. De partij die niet voldoet aan de opdracht van de rechter om processtukken binnen een bepaalde termijn aan de deskundige toe te zenden, handelt eigenlijk in strijd met haar verplichting om mee te werken aan het deskundigenonderzoek (art. 198 lid 3 Rv). In de praktijk zal het tot deze vaststelling niet snel komen, maar zal de nalatige partij de stukken alsnog moeten verstrekken, of ontvangt de deskundige de processtukken desnoods van de wederpartij of de griffie.

Andere zaaksgebonden stukken: toezending door een partij

Een partij kan op eigen initiatief stukken toezenden aan de deskundige. Partijen mogen immers bij het onderzoek opmerkingen maken en verzoeken doen (art. 198 lid 2 Rv). Zij kunnen de deskundige dus ook vragen kennis te nemen van bepaalde stukken die nog niet tot de processtukken behoren. Moet een deskundige dergelijke stukken in het onderzoek betrekken? Dat hangt volgens mij af van de relevantie van de stukken voor de beantwoording van de vraagstelling en van de tijd en kosten die gemoeid zijn met de verwerking van de stukken in het deskundigenadvies, vrij naar de Engelse afweging of de stukken essentieel zijn voor het deskundigenonderzoek, en of de kosten en het tijdsbeslag in een redelijke verhouding staan tot het belang van de informatie voor de zaak.[271] De omvang van op

271 Zie par. 6.2.2.2.

zichzelf relevante stukken kan meebrengen dat ze toch buiten beschouwing worden gelaten. Een wezenlijke uitbreiding van de werkzaamheden van de deskundige op eenzijdig verzoek van een partij is immers niet zonder meer toelaatbaar, nadat de termijn voor inlevering van het deskundigenadvies is bepaald en het voorschot is begroot. Naar mijn opvatting mag van een partij die een aanzienlijke hoeveelheid stukken aan de deskundige doet toekomen, worden verlangd dat zij vermeldt op welke punten zij de aandacht van de deskundige wil vestigen, evenals wanneer de stukken in het geding zouden worden gebracht.[272] De deskundige zal stukken die geen betrekking hebben op de vraagstelling van de rechter, in ieder geval buiten het onderzoek moeten laten, omdat zijn vrijheid bij de inrichting van het onderzoek is beperkt tot onderzoekshandelingen binnen de grenzen van de opdracht.[273] Hij dient in het deskundigenadvies echter melding te maken van alle stukken die hem zijn toegezonden, ook de stukken die hij weliswaar heeft ontvangen, maar niet aan het deskundigenadvies ten grondslag heeft gelegd.[274] Dat stelt partijen en de rechter in het vervolg van de procedure in staat om te controleren of de *equality of arms* is gewaarborgd en een eventueel verzuim tijdig te doen herstellen.

De partij die stukken toezendt aan de deskundige, dient een kopie aan de wederpartij te zenden (art. 198 lid 2 Rv). In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' wordt van de deskundige verlangd dat hij erop toeziet of de partij die hem stukken zendt, vermeldt dat een kopie aan de wederpartij is gezonden (nr. 61).[275] Hier komt een algemeen gezichtspunt naar voren dat relevant is voor de belangenafweging met behulp waarvan in een concreet geval de betekenis kan worden bepaald van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige. Zoals uiteengezet in par. 6.4.2.1, dient in de belangenafweging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval te worden bepaald aan welk(e) belang(en) voorrang moet worden gegeven: het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de opdracht, het belang dat partijen uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van onderzoekshandelingen van de deskundige die normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en het karakter hebben van bewijslevering, het belang dat een deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten, het belang dat een deskundige zijn oordeel in vrijheid kan vormen, het belang dat partijen na afloop van het onderzoek effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, of het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn. In de afweging om van een deskundige te verlangen dat hij er binnen rede-

---

272 HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 216; HR 23 oktober 1992, *NJ* 1992, 814; HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 342; HR 31 januari 2003, *NJ* 2004, 48, m.nt. DA. Over deze arresten: Lindijer 2006, p. 175 en 240.

273 HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 *(WE/VIB II)*.

274 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, r.o. 3.6.3.

275 Sinds de arresten over de patiëntenkaart is hier een nuancering op zijn plaats met betrekking tot het medisch deskundigenonderzoek. De verplichting van een partij om de stukken die aan de deskundige worden gezonden, ook aan de wederpartij te doen toekomen, hoeft pas te worden nageleefd nadat duidelijk is of die partij zich op een eventueel blokkeringsrecht beroept. Indien de wederpartij echter wordt bijgestaan door een medisch adviseur, dient de partij die medische informatie aan de deskundige zendt, deze tegelijkertijd aan de medisch adviseur van de wederpartij te verstrekken. Zie HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, r.o. 3.6.3.

lijke grenzen op toeziet of een partij een kopie aan de wederpartij zendt van stukken die aan de deskundige worden verstrekt, is van belang dat van de deskundige relatief weinig inspanning wordt gevraagd om het toezicht uit te oefenen. Zonder toezicht van de deskundige is de kans reëel dat de deskundige in het deskundigenadvies gebruik maakt van informatie die hij van een partij heeft ontvangen, terwijl hem niet bekend is dat de wederpartij onbekend is met die informatie. Dat euvel leent zich weliswaar in veel gevallen voor herstel in de verdere procedure bij de rechter, maar daaraan zijn ten minste drie nadelen verbonden: het vertrouwen van de wederpartij in de bijdrage van de deskundige wordt onnodig op het spel gezet, het kan leiden tot een uitbreiding van het processuele debat en daarmee kunnen doorlooptijd en kosten toenemen. De inspanning die van de deskundige wordt verlangd, gevoegd bij het eigen belang van de deskundige dat het vertrouwen in zijn deskundigenadvies niet onnodig op het spel komt te staan, afgewogen tegen deze potentiële nadelen, leiden tot een algemeen uitgangspunt: van de deskundige wordt verlangd dat hij toezicht houdt op de naleving van het voorschrift dat een partij die stukken aan de deskundige zendt, een kopie aan de wederpartij verstrekt.

Tegelijk is in deze gang van zaken waarneembaar dat van de deskundige niet wordt verlangd dat hij het beginsel van hoor en wederhoor op dezelfde wijze als de rechter in acht neemt. De rechter mag in de uitspraak slechts acht slaan op stukken die bekend kunnen zijn aan beide partijen en waarop beide partijen hebben kunnen reageren.[276] De deskundige daarentegen mag in het deskundigenadvies op zichzelf wel acht slaan op stukken die aan één partij niet bekend zijn, maar dat kan onwenselijk zijn, omdat het in de verdere procedure kan belemmeren dat beide partijen effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies en dat het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Het is dus vooral efficiënt om tegen te gaan dat de deskundige acht slaat op eenzijdige informatie die hem buiten de wederpartij om is verstrekt. Dat beperkt de kans dat aanvullende vragen aan de deskundige nodig zijn, de onpartijdigheid van de deskundige ter discussie wordt gesteld, of de gelijkwaardige informatiepositie van partijen (*equality of arms*) in het geding komt.

Andere zaaksgebonden stukken: verzoek van een partij

Een partij kan aan haar wederpartij vragen om bepaalde stukken, die nog niet tot de processtukken behoren, aan de deskundige te doen toekomen. In een letselschadezaak bijvoorbeeld kan het gaan om stukken met betrekking tot de gezondheidstoestand van de wederpartij. Tevens kan een partij in het kader van opmerkingen en verzoeken aan de deskundige vragen om bepaalde stukken van de wederpartij te verlangen. Of een deskundige aan het verzoek voldoet, zal wederom afhangen van de relevantie van de stukken voor de beantwoording van de vraagstelling en van de tijd en kosten die met de verwerking van de stukken gepaard gaan. De afweging kan worden gecompliceerd doordat de deskundige nog

276 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers (*Halcion II*), r.o. 3.3. Zie ook par. 2.4 en 2.5.4.

niet over de stukken beschikt. Zijn partijen en de deskundige het niet eens over de vraag of een partij bepaalde stukken aan de deskundige moet overhandigen, dan kan één van hen zich tot de rechter wenden. Wordt de rechter benaderd, dan zal hij beoordelen of er aanleiding is om te bevelen dat de stukken moeten worden overgelegd (art. 22 Rv), in de context van de omvang van het geschil van partijen (art. 24 Rv) en de verplichting van partijen om de feiten juist en volledig aan te voeren (art. 21 Rv). Op dit aspect wordt hierna ingegaan bij de behandeling van de weigering van een partij om stukken aan een deskundige te verstrekken. Ook is denkbaar dat een afzonderlijke procedure aanhangig wordt gemaakt om inzage te krijgen in stukken die relevant kunnen zijn voor het deskundigenonderzoek.[277] Wordt de rechter bij een meningsverschil tussen (een) partij(en) en de deskundige niet gevraagd om te beslissen of bepaalde stukken aan de deskundige moeten worden verstrekt, dan voltooit de deskundige het onderzoek zonder kennis te hebben genomen van de betreffende stukken. Naar mijn opvatting behoort een deskundige die de opdracht onpartijdig en naar beste weten verricht, van de kwestie wel melding te maken in het deskundigenadvies.

Voldoet een partij aan het verzoek om stukken, dan is de toezending van een kopie aan de wederpartij en de controle van de deskundige niet anders dan hiervoor is vermeld met betrekking tot stukken die een partij op eigen initiatief aan de deskundige doet toekomen.

Andere zaaksgebonden stukken onder partijen: initiatief van de deskundige

Het is in Nederland niet ongebruikelijk dat een deskundige naar bevind van zaken stukken bij een partij opvraagt, ongeacht of die stukken tot de processtukken behoren. Het komt ook voor dat de rechter bepaalt dat de deskundige zelf stukken bij partijen mag opvragen, zoals medische stukken.[278] Net zo als in België[279] of Oostenrijk[280] en anders dan in Frankrijk,[281] geeft de Nederlandse wettelijke regeling van deskundigenbewijs geen bevoegdheid aan een deskundige om stukken van een partij te verlangen. De Hoge Raad lijkt ervan uit te gaan dat een deskundige dit soort onderzoekshandelingen op eigen initiatief mag verrichten. Dat blijkt impliciet uit een uitspraak over de combinatie van arbitrage en deskundigenonderzoek,[282] waarin werd geoordeeld dat een arbiter zich evenals een rechter moet onthouden van bewijsgaring, dat wil zeggen niet buiten partijen om bewijs mag verzamelen. Een arbiter moet het in beginsel aan partijen overlaten om bewijs aan te dragen en zich beperken tot een beoordeling van dit bewijs. Als een arbiter bij deze beoordeling eigen specifieke deskundigheid niet kan inzetten zonder zelf

277 Bijv. Vzr. Rb. Amsterdam 19 april 2007, *LJN* BA3673.
278 Bijv. Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556; Hof Den Bosch 7 november 2006, *LJN* AZ2455 r.o. 12.4.1; Hof Den Bosch 8 januari 2008, *LJN* BC3222.
279 Zie par. 6.2.4.2.
280 Zie par. 6.2.5.2.
281 Zie par. 6.2.3.3.
282 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177, m.nt. HJS en J. Legemaate, *BR* 2007, 906, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Nieuwsbrief Bb* 2007, 56, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *TvA* 2008, 23, m.nt. H.L.J. Roelvink. Zie ook: Giesen 2007; Thunnissen 2007; Tjong Tjin Tai 2007.

onderzoek te verrichten, heeft hij de toestemming van partijen nodig om de beoordeling van het bewijsmateriaal dat voor de beslissing van belang is, mede te baseren op hetgeen hij door eigen onderzoek heeft vastgesteld.[283] Aan deze redenering ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat een deskundige die niet tevens arbiter is, de toestemming van partijen niet nodig heeft om informatie te verzamelen ter beantwoording van de vraagstelling van de rechter. Ook de vrijheid die de deskundige naar vaste rechtspraak wordt gelaten om het onderzoek binnen de grenzen van de opdracht te verrichten op de wijze die hem het beste voorkomt,[284] duidt er niet op dat er een beletsel is voor de deskundige om stukken bij partijen op te vragen. Naar mijn opvatting kan het voorschrift dat de deskundige het onderzoek 'naar beste weten' moet verrichten, als wettelijke basis dienen van zijn bevoegdheid om stukken op te vragen bij partijen. De voorstellen die ik in par. 5.6.4 heb gedaan om 'naar beste weten' duidelijker in te vullen, impliceren dat de deskundige er mede verantwoordelijk voor is dat hij kennis neemt van de stukken die relevant zijn voor de beantwoording van de vraagstelling van de rechter.

In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' wordt aangenomen dat de deskundige die de processtukken ontvangt, bevoegd is kopieën van andere zaaksgebonden stukken bij partijen op te vragen, met de vermelding dat partijen in beginsel verplicht zijn hieraan medewerking te verlenen, en dat de deskundige zich in geval van problemen tot de rechter dient te wenden (nr. 60). De toevoeging 'zaaksgebonden' duidt er in combinatie met de (grenzen van de) opdracht op dat de stukken relevant moeten zijn voor de beantwoording van de vraagstelling. In zoverre is de bevoegdheid van de deskundige beperkter dan de bevoegdheid van de rechter om een partij te bevelen 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in het geding te brengen (art. 22 Rv). Of stukken betrekking hebben op de vraagstelling, zal de deskundige in veel gevallen alleen kunnen beoordelen door de stukken te bekijken.

De mogelijkheid om andere zaaksgebonden stukken dan de processtukken bij partijen op te vragen, geeft de deskundige de nodige ruimte om te bevorderen dat het onderzoek betrekking heeft op de feiten die op zijn vakgebied tussen partijen in geschil zijn, en strekt tot opheldering van die feiten. Deze ruimte zal des te groter zijn als de rechter in de vraagstelling rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat de deskundige in zijn onderzoek nog meer of andere feitelijke aspecten zal willen betrekken dan de punten waarover de rechter deskundige voorlichting wenst.[285] De keerzijde is dat de deskundige de vraagstelling wel eens anders kan opvatten dan partijen en de rechter hebben bedoeld. Het risico dat de deskundige bij op het opvragen van stukken buiten de vraagstelling treedt, lijkt echter aanvaardbaar. Partijen hebben daar immers controle op zodra de deskundige het verzoek doet.

---

283 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177, m.nt. HJS en J. Legemaate, *BR* 2007, 906, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Nieuwsbrief Bb* 2007, 56, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *TvA* 2008, 23, m.nt. H.L.J. Roelvink, r.o. 3.3.3 en 3.3.4.
284 HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 *(WE/VIB II)*.
285 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 319, MvA TK (1981).

Toezending aan de wederpartij
Voor stukken die een deskundige op zijn verzoek van een partij ontvangt, geldt wat betreft de toezending aan de wederpartij en de controle van de deskundige hetgeen hiervoor is vermeld met betrekking tot stukken die een partij op eigen initiatief aan de deskundige doet toekomen. Ook de uitzondering met betrekking tot het medisch deskundigenonderzoek is hier relevant. De verplichting van een partij om de stukken die aan de deskundige worden gezonden, ook aan de wederpartij te verstrekken, hoeft pas te worden nageleefd nadat duidelijk is of die partij zich op een eventueel blokkeringsrecht beroept. Indien de wederpartij echter wordt bijgestaan door een medisch adviseur, dient de partij die medische informatie aan de deskundige zendt, deze tegelijkertijd aan de medisch adviseur van de wederpartij te verstrekken.[286]

Bijvoegen van stukken
Een deskundige is niet gehouden de stukken die hij buiten de processtukken van een partij ontvangt, als bijlage bij het deskundigenadvies op te nemen.[287] Denkbaar is bovendien dat regels op zijn vakgebied beletten dat hij die stukken zonder toestemming van de verstrekker aan anderen doorgeeft. Worden op initiatief van de deskundige of een partij stukken in het deskundigenadvies betrokken die nog geen deel uitmaken van de processtukken, dan zal een partij die stukken in de verdere procedure bij de rechter in het geding kunnen brengen als dat voor een goed begrip van het (processuele debat na) deskundigenadvies van belang is. Zonodig kan de rechter het daartoe leiden (art. 22 Rv). Geen rechtsregel dwingt er echter toe, zoals de rechtbank Leeuwarden overwoog, dat deskundigen alle door hen geraadpleegde stukken bij het deskundigenadvies voegen, dan wel dat deze bij akte in het geding worden gebracht.[288]

De weigering van een partij om andere zaaksgebonden stukken aan de deskundige te verstrekken
Een deskundige die stukken opvraagt bij een partij, op eigen initiatief of op verzoek van de wederpartij, en aan wie de gevraagde stukken niet worden overhandigd, kan de medewerking van die partij niet afdwingen. Wordt de kwestie door de deskundige of (een) partij(en) voorgelegd aan de rechter,[289] dan zal de rechter beoordelen of de weigering kwalificeert als handelen in strijd met de verplichting om mee te werken aan het deskundigenonderzoek.[290] Dit zal het geval zijn als de rechter meent dat de gevraagde stukken relevant zijn voor de beantwoording van de vraagstelling.

---

286 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, r.o. 3.6.3.
287 In een onteigeningszaak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ook de rechter acht mag slaan op het oordeel van een deskundige dat op stukken is gegrond die niet aan het deskundigenadvies zijn gehecht en niet in het geding zijn gebracht (HR 29 april 2005, *NJ* 2005, 456, r.o. 3.4).
288 Rb. Leeuwarden 14 november 2007, *LJN* BB8114. Idem Rb. Leeuwarden sector kanton 29 november 2007, *LJN* BC0030.
289 Soms gelast de rechter, voorafgaand aan het deskundigenonderzoek, een comparitie over de door partijen aan de deskundige ter beschikking te stellen stukken, bijv. Hof Den Haag 28 april 2005, *LJN* AU4277.
290 Bijv. Rb. Arnhem 5 april 2006, *LJN* AW4325.

Relevantie van de stukken
Of de gevraagde stukken op het vakgebied van de deskundige relevant zijn voor de beantwoording van de vraagstelling, zal de rechter beoordelen in het licht van de omvang van het geschil (art. 24 Rv), de verplichting van partijen om de feiten die voor de beslissing van belang zijn volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv) en de reikwijdte van de vraagstelling van het deskundigenonderzoek. Hiermee is tegelijk gezegd dat deze beoordeling eigenlijk alleen uitvoerbaar is in de bodemprocedure en niet in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht, aangezien het geschil in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht niet aan de rechter is voorgelegd. Volgens de Hoge Raad zal de rechter, wanneer een partij stukken aan de deskundige heeft verstrekt en weigert die stukken aan de wederpartij te verstrekken, zonder gewichtige redenen als bedoeld in art. 22 Rv die door de rechter gegrond zijn geoordeeld, in de hoofdprocedure uit die weigering de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht.[291]

Bij de beoordeling van de relevantie van stukken voor de beantwoording van de vraagstelling, stuit de rechter mogelijk op de kennisparadox:[292] hij zal de relevantie niet altijd volledig zelf kunnen beoordelen, omdat hij niet beschikt over voldoende kennis en ervaring op het vakgebied van de deskundige. Dan zal hij nagaan of de deskundige meent dat de stukken nodig zijn voor de beantwoording van de vraagstelling en, zo ja, of de mening van de deskundige hem, mede gezien de standpunten van partijen over de kwestie, overtuigend voorkomt. Is dit niet het geval, dan hoeven de gevraagde stukken niet aan de deskundige te worden overhandigd en is van handelen in strijd met de medewerkingsverplichting geen sprake. Is de rechter overtuigd van de relevantie van de gevraagde stukken, dan zal de conclusie zijn dat de stukken relevant zijn en aan de deskundige moeten worden overhandigd. De rechter zal de partij die de gevraagde stukken tot dan toe niet heeft overgelegd, de kans moeten bieden om alsnog mee te werken.[293] Hij kan daaraan een bevel verbinden om de stukken over te leggen (art. 22 Rv). Dit bevel is niet afdwingbaar met de sterke arm,[294] tenzij het gaat om intellectuele eigendom en een bewijsbeslag mag worden gelegd (art. 1019b Rv). Wel kan op vordering van een partij een dwangsom aan het bevel worden verbonden,[295] zoals beschreven in par. 6.4.1.5. Volhardt een partij daarna in haar weigering, dan zijn de gevolgen voor haar risico. In Oostenrijk moet een partij die ontbrekende informatie te laat ter beschikking van de deskundige stelt, de extra deskundigenkosten dragen.[296] In Nederland kan dit resultaat worden bereikt door dergelijke kosten aan te merken als nodeloos veroorzaakt (art. 237 Rv).

291 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, r.o. 3.6.3.
292 Over de kennisparadox: par. 1.4.4.
293 HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 m.nt. JBMV (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), r.o. 4.4.6 onder iv.
294 Indirect: Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556, r.o. 3.11. Van der Wiel 2004, p. 54.
295 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 154, MvT.

Gewichtige redenen
Een bevel om de gevraagde stukken over te leggen, zal achterwege blijven wanneer een partij zich met succes beroept op gewichtige redenen. Ook dan echter zal het vrijwel altijd voor risico van die partij komen dat de deskundige het onderzoek zonder de verlangde stukken moet voltooien, zoals ik in par. 6.4.1.5 heb laten zien. Dat wil niet zeggen dat de keerzijde van een geslaagd beroep op gewichtige redenen steeds is dat wordt gehandeld in strijd met de medewerkingsverplichting. Er zijn zaken waarin het belang van een partij om bepaalde informatie niet te hoeven openbaren, kan worden betrokken in de beoordeling van de relevantie van de gevraagde stukken,[297] en tegelijk de *equality of arms* kan worden gewaarborgd. Dat is vooral denkbaar als van een partij door de deskundige of de wederpartij wordt gevraagd bepaalde stukken aan de deskundige te overhandigen, maar die stukken slechts gedeeltelijk relevant zijn en met betrekking tot de niet relevante passages een beroep op een gewichtige reden wordt gedaan. Zijn er dan heldere criteria te bedenken om de relevante informatie te selecteren, dan kan de rechter, na overleg met partijen, een deskundige aanwijzen om de relevante passages te selecteren.[298] Zou de rechter, na een beroep op een gewichtige reden, zelf de relevante informatie selecteren, dan heeft hij kennis genomen van informatie die niet wordt overgelegd aan de wederpartij. Behoudens toestemming van de wederpartij, kan hij de zaak dan niet verder behandelen. Hij beslist dan immers niet meer op grondslag van gegevens tot kennisneming waarvan en uitlating waarover aan beide partijen voldoende gelegenheid is gegeven.[299] Naar mijn opvatting zal op vergelijkbare gronden een deskundige die de relevante informatie selecteert, geen deskundigenonderzoek in de zaak meer kunnen verrichten.[300] Dat is slechts anders wanneer voor partijen kenbaar is van welke informatie de deskundige kennis heeft genomen voordat de selectie werd gemaakt. In de arresten over de patiëntenkaart heeft de Hoge Raad overwogen dat een deskundige die kennis neemt van medische informatie die (nog) niet tot de processtukken behoort, in het deskundigenadvies alle verkregen informatie in het deskundigenadvies moet opsommen, ook de informatie die hij niet aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.[301]

Wanneer een deskundige echter de relevante informatie selecteert en er goede redenen zijn om niet voor beide partijen kenbaar te doen zijn welke informatie hem bij de selectie ter beschikking stond, kan een tussenoplossing zijn dat een deskundige wordt benoemd om informatie te verzamelen die nodig is voor het deskundigenonderzoek van een andere deskundige. Net zoals bij de afweging of een deskundige nieuwe stukken van partijen in het onderzoek moet betrekken, zullen kosten en doorlooptijd van deze oplossing aan de hand van alle omstandighe-

296 Zie par. 6.2.5.1.
297 Zie www.rechten.vu.nl/iwmd voor overzichten van rechtspraak en literatuur met betrekking tot de patiëntenkaart. Zie in het algemeen over de exhibitieplicht bijv. Ekelmans 2007a; Sijmonsma 2007.
298 De Groot 2007a, p. 40.
299 HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 m.nt. JBMV (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), r.o. 4.4.6 onder iii; HR 11 juli 2008, *LJN* BC8421, r.o. 3.4.8.
300 De Groot 2007a, p. 41.
301 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676, r.o. 3.5.4; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626, r.o. 3.6.3.

den van het geval moeten worden afgewogen tegen het belang van de informatie voor de zaak.

Zaaksgebonden stukken bij derden opvragen
Zoals hiervoor vermeld, kent de Nederlandse wettelijke regeling van deskundigenbewijs geen bepaling op grond waarvan een deskundige zaaksgebonden stukken bij partijen mag opvragen die niet tot de processtukken behoren, maar is uit rechtspraak en uit de wettelijke verplichting van de deskundige om de opdracht 'naar beste weten' te vervullen, wel af te leiden dat de deskundige daartoe bevoegd is. Verdedigbaar is dat de deskundige op dezelfde gronden eveneens zaaksgebonden stukken bij derden mag opvragen, ook al voorziet de wettelijke regeling van deskundigenbewijs daarin evenmin. Ook in België, Frankrijk, Duitsland en Oostenrijk wordt geen onderscheid gemaakt in de bevoegdheid van de deskundige om inlichtingen in te winnen bij partijen en derden.

Niet buiten partijen om
Mag de deskundige buiten partijen en de rechter om stukken bij derden opvragen? In België en Frankrijk mag de deskundige zich zonder gerechtvaardigde reden niet buiten partijen om met derden verstaan. In Duitsland of Zwitserland mag de deskundige slechts met toestemming van de rechter inlichtingen inwinnen bij derden. In Nederland is het naar geldend recht niet uitgesloten dat een deskundige inlichtingen bij derden inwint en partijen daarvan voor het eerst in kennis stelt in het deskundigenadvies. Hij heeft immers binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid om het onderzoek zo te verrichten als hem het beste voorkomt[302] en het is niet aan de deskundige om de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor tijdens het deskundigenonderzoek te waarborgen, zoals ik in par. 6.4.2.1 heb laten zien. Een voorbeeld waarin open wordt gelaten of een deskundige buiten partijen om rechtstreeks informatie bij derden mag inwinnen, biedt een uitspraak van het hof Den Bosch:

> 'De deskundigen dienen eventuele nadere informatie die zij nodig hebben en die geen deel uitmaakt van de processtukken, bij de procureurs op te vragen. De procureur die informatie verschaft dient een afschrift daarvan toe te zenden aan de procureur van de wederpartij. De deskundigen wordt verzocht de verkregen informatie als bijlage bij het deskundigenbericht te voegen.
> Het hof gaat ervan uit dat [geïntimeerde] de deskundigen desgewenst zal machtigen om relevante gegevens op te vragen bij artsen of instanties.
> Indien de deskundigen voor het onderzoek gebruik hebben gemaakt van informatie van derden, dienen zij daarvan melding te maken in het rapport.'[303]

302 HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 (*WE/VIB II*).
303 HR 8 januari 2008, *LJN* BC3222, r.o. 4.19.

Ik denk dat er goede argumenten zijn om aan te nemen dat een deskundige op voorhand aan partijen behoort te melden dat hij inlichtingen wil inwinnen bij derden, tenzij er een gerechtvaardigde reden is om dat achterwege te laten. De vrijheid van partijen om te bepalen welke feiten tussen hen in geschil zijn, omvat in beginsel ook de vrijheid om te bepalen uit welke stukken dat blijkt. De bevoegdheid van de rechter om stukken (bij partijen) op te vragen is in ieder geval beperkt tot op de zaak betrekking hebbende bescheiden (art. 22 Rv). Zoals uiteengezet in par. 2.4.5, ligt hierin besloten dat partijen de omvang van het processuele debat bepalen en de rechter de feiten opheldert die tussen hen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Die vrijheid van partijen staat er naar mijn opvatting aan in de weg dat de deskundige buiten partijen om zaaksgebonden stukken in het deskundigenadvies betrekt die hij van derden ontvangt. Daarbij komt dat, als een deskundige buiten partijen om bij derden zaaksgebonden stukken zou opvragen, partijen niet kunnen controleren of het daadwerkelijk gaat om op de zaak betrekking hebbende stukken. Deze controlemogelijkheid is voor partijen van belang, omdat de rechter in de meeste gevallen vrijwel buiten beeld is tijdens een deskundigenonderzoek. Gevoegd bij het belang dat waarheidsvinding plaatsvindt binnen de grenzen van de opdracht, leidt dit er in mijn visie toe dat een deskundige in beginsel geen stukken buiten partijen om bij derden behoort op te vragen, tenzij andere belangen op grond van alle relevante omstandigheden van het geval zwaarder wegen dan het belang van partijen om te kunnen controleren dat waarheidsvinding in het deskundigenonderzoek plaatsvindt binnen de grenzen van de opdracht. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als het gaat om inlichtingen van volstrekt ondergeschikt belang.

Ook bij deze onderzoekshandeling is waarneembaar dat de verplichting om het beginsel van hoor en wederhoor na te leven, niet op de deskundige rust, maar op de rechter. De rechter mag buiten partijen om geen bewijs verzamelen en hij mag geen op de zaak betrekking hebbende informatie in de uitspraak gebruiken die hij buiten partijen om heeft verkregen.[304] Gezien de normatieve invloed van de deskundige op de uitkomst van de zaak en de betekenis van het deskundigenadvies voor het bewijs, zijn contacten van de deskundige met derden buiten partijen om onwenselijk, maar niet absoluut ontoelaatbaar. Wanneer een deskundige buiten (een) partij(en) om informatie bij derden heeft ingewonnen en een partij zich daarover bij de rechter beklaagt, zal moeten worden beoordeeld of beide partijen effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies. Zonodig zal herstel van eventuele gebreken moeten worden gelast voordat het deskundigenadvies in de uitspraak wordt gebruikt.

304 HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 679, m.nt. WHH; HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177, m.nt. HJS en J. Legemaate, *BR* 2007, 906, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Nieuwsbrief Bb* 2007, 56, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *TvA* 2008, 23, m.nt. H.L.J. Roelvink. Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 18.

Geen afdwingbaarheid
Een derde is niet verplicht om te voldoen aan een verzoek van de deskundige om informatie. De deskundige heeft geen middelen om de medewerking van de derde af te dwingen. Partijen kunnen, als het bescheiden of verloren gegane bewijsmiddelen betreft, proberen een derde door tussenkomst van de rechter met toepassing van de exhibitieplicht tot medewerking te bewegen (art. 843a en 843b Rv). In andere gevallen kunnen partijen of de deskundige op zichzelf de rechter benaderen als tijdens het deskundigenonderzoek de benodigde medewerking van een derde uitblijft. De rechter kan de derde weliswaar benaderen, maar hij heeft in de procedure waarin het deskundigenonderzoek is gelast, geen bevoegdheden om de derde tot medewerking te bewegen. Het deskundigenonderzoek kan bij gebreke van een wettelijke grondslag bijvoorbeeld niet dienen als een titel om de derde te dwingen tot afgifte van een roerende zaak, of tot het verlenen van toegang tot een onroerende zaak waarvan hij eigenaar is. Of de rechter onder deze omstandigheden bereid is contact te zoeken met een derde, zal van diverse factoren afhangen, bijvoorbeeld: welk belang heeft een partij bij de medewerking van de derde, is de medewerking van de derde noodzakelijk voor de totstandkoming van het deskundigenadvies en het gebruik daarvan in de verdere behandeling van de zaak, kan het doel van die medewerking ook langs andere weg worden bereikt, is de vraag aan de derde redelijk in verhouding tot het doel ervan, en is het praktisch uitvoerbaar om contact met de derde te leggen.

Niet zaaksgebonden informatie
De deskundige mag in Nederland, net zoals in Engeland, alle niet zaaksgebonden informatie in het deskundigenadvies betrekken die hij op zijn vakgebied relevant acht voor de beantwoording van de vraagstelling en uit openbare bronnen kenbaar is. Dat laat zich althans afleiden uit zijn taak om de opdracht 'naar beste weten' te volbrengen, zoals ik in par. 5.6.4 heb betoogd. 'Naar beste weten' impliceert echter ook dat de deskundige voor partijen en de rechter inzichtelijk maakt op welke informatie hij het deskundigenadvies baseert, waarover meer in par. 7.5.2.5.

6.4.2.6 Onderzoek van zaken

Onderzoek ter plaatse
Een deskundige kan het nodig achten een onderzoek te verrichten aan een zaak, dat wil zeggen onderzoek van een voorwerp of onderzoek ter plaatse, ook wel aangeduid als een plaatsopneming of een bezichtiging. Zoals ik heb laten zien in par. 6.4.2.1, zal een deskundigenonderzoek waarvan de resultaten normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en waarin materieel bewijslevering plaatsvindt, controleerbaar moeten zijn voor partijen om hen in staat te stellen bij de rechter effectief commentaar te leveren op het deskundigenadvies. In mijn opvatting heeft dit tot gevolg dat, als het erom gaat of partijen aanwezig mogen zijn bij het onderzoek van een zaak, de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek niet doorslaggevend is, maar onderdeel is van een belangenafweging, waarin bijvoorbeeld ook het belang van partijen meeweegt om in een deskundigenonderzoek te participeren, het belang dat een procedure voortvarend

wordt afgewikkeld, en het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn.

In de rechtspraak wordt echter de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek voorop gesteld en kunnen de omstandigheden meebrengen dat hij partijen gelegenheid moet bieden het onderzoek bij te wonen. In de opvatting van de Hoge Raad zijn die omstandigheden bij een onderzoek ter plaatse gegeven: dan moet de deskundige partijen uitnodigen om bij het onderzoek te zijn.[305] Uit het voorschrift dat tijd en plaats van het onderzoek voor partijen kenbaar moeten zijn,[306] en uit de aanspraak van partijen op opmerkingen en verzoeken,[307] leidde de Hoge Raad af dat partijen desgewenst bij een plaatsopneming door een deskundige aanwezig mogen zijn om hun standpunten naar voren te brengen. De Minister van Justitie heeft bij de totstandkoming van het bewijsrecht van 1988 eenzelfde standpunt ingenomen.[308] Ook in de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' is vermeld dat partijen aanwezig mogen zijn bij een onderzoek ter plaatse (par. 11.4). Wanneer de rechter voorziet dat een deskundige een onderzoek ter plaatse zal verrichten, wordt ook wel met zoveel woorden bepaald dat partijen het mogen bijwonen.[309]

Onderzoek ter plaatse in het verleden

Hoewel het in Rv 1811 en Rv 1838 niet met zoveel woorden was bepaald, hadden partijen toen, net zoals onder de *Code Louis* van 1667, eveneens het recht om aanwezig te zijn bij een onderzoek van deskundigen ter plaatse. Dat werd afgeleid uit het recht op het doen van voordrachten en vorderingen (art. 317 Rv 1811, art. 230 lid 2 Rv 1838). Van Hamelsveld beschreef dat, als de deskundigen een onderzoek ter plaatse moesten doen, in het vonnis was bepaald wanneer dat moest plaatsvinden. Als één van partijen niet verscheen, wachtten de deskundigen een uur. Als de partij er dan nog niet was, begonnen zij met hun werkzaamheden. Ook Vernede vermeldde het recht van partijen om bij het onderzoek aanwezig te zijn.[310] Deskundigen waren volgens hem bovendien verplicht de vragen, aanmerkingen en ophelderingen van de aanwezige partijen aan te horen en daarvan in hun rapport melding te maken. Als er problemen ontstonden die zij niet konden oplossen zonder buiten hun opdracht te gaan, moesten zij zich tot de rechtbank wenden om nadere last en volmacht te verzoeken. Was de rechter-commissaris bij het deskundigenonderzoek ter plaatse aanwezig, dan kon hij daarin voorzien, tenzij hij eerst de andere leden van de meervoudige kamer wilde raadplegen. Indien er meer tijd nodig was voor inspectie en expertise, mochten de deskundigen zelf bepalen wanneer het onderzoek zou worden voortgezet.[311]

---

305 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS.
306 Zie par. 6.4.1.3.
307 Zie par. 6.4.3.
308 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 343, Nadere MvA TK (1985).
309 Bijv. Hof Den Bosch 2 november 2003, *LJN* AT0447; Hof Den Bosch 20 januari 2004, *LJN* AT5401; Hof Den Bosch 20 januari 2005, *LJN* AS7173.
310 Vernede 1845, p. 127.
311 Van Hamelsveld 1823, p. 192.

Deze gewoonten wijzen erop dat er algemene gezichtspunten zijn op grond waarvan in Nederland reeds lang buiten twijfel staat dat partijen aanwezig mogen zijn bij een onderzoek van deskundigen ter plaatse. Kennelijk werd en wordt het zo belangrijk gevonden dat partijen aanwezig kunnen zijn bij onderzoek ter plaatse, dat er met betrekking tot dit soort onderzoek nooit behoefte is geweest aan een belangenafweging om te bepalen of partijen bij een onderzoek ter plaatse aanwezig mogen zijn. Dat partijen hier volop in het feitenonderzoek van een deskundige mogen participeren, laat zich goed verklaren uit de normatieve invloed van de deskundige op de uitkomst van de zaak en op het bewijsrechtelijk karakter van zijn waarnemingen. Bij onderzoek ter plaatse gaan de waarnemingen van een deskundige immers bij uitstek gepaard met oordeelsvorming op basis van zijn kennis, ervaring en intuïtie.[312] Dan is van belang dat partijen uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van het onderzoek. Partijen weten in het algemeen bovendien vrij nauwkeurig op welke punten de aandacht van de deskundige in hun zaak moet worden gevestigd om te bevorderen dat de deskundige die waarnemingen doet die de deskundige nodig heeft voor de beantwoording van de vragen van de rechter. In het algemeen is het daarom ook efficiënt dat zij een onderzoek ter plaatse kunnen bijwonen.

Onderzoek van een voorwerp

Naar huidig recht is onzeker of partijen er aanspraak op hebben om het onderzoek van een voorwerp bij te wonen. Het primaat van de vrijheid van de deskundige om het onderzoek in te richten zoals hij wenselijk acht, brengt mee dat het in de praktijk in hoge mate aan de deskundige is of partijen gelegenheid krijgen om aanwezig te zijn bij het onderzoek van een voorwerp. Uit de verplichting van de deskundige om partijen bij het onderzoek gelegenheid te geven tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken, wordt niet afgeleid dat partijen het recht hebben om het onderzoek van een voorwerp bij te wonen. Wel wordt soms bij de opdracht bepaald dat een deskundige partijen bij een bepaald onderzoek moet uitnodigen.[313] In mijn visie hebben partijen, op de gronden die ik uiteen heb gezet in par. 6.4.2.1, in beginsel een zwaarwegend belang om een onderzoek van een voorwerp bij te wonen, als de resultaten ervan normatieve invloed zullen hebben op de uitkomst van de zaak en er materieel bewijslevering plaatsvindt. Dat zal zich in ieder geval voordoen wanneer het onderzoek van het voorwerp cruciaal is voor de uitkomst van de zaak. Dan zal de rechter aan de deskundige meestal (vrijwel) dezelfde vraag hebben gesteld als de vraag die de rechter na deskundigenadvies dient te beantwoorden. Te denken valt bijvoorbeeld aan onderzoek naar de werking van een computer, als in geschil is of de computer naar behoren werkt, of aan onderzoek naar de echtheid van een schilderij, als in geschil is of het schilderij vervalst is.

312 Zie par. 7.5.3.4.

313 Bijv. Hof Den Bosch 2 november 2003, *LJN* AT0447; Hof Den Bosch 20 januari 2004, *LJN* AT5401; Hof Den Bosch 20 januari 2005, *LJN* AS7173.

Toestemming van de partij die eigenaar is van de zaak
Voor een onderzoek ter plaatse of een onderzoek van een voorwerp is toestemming van de eigenaar nodig. De deskundige kan dus zonder toestemming van de partij die eigenaar is, het onderzoek niet buiten aanwezigheid van die partij verrichten. De partij die eigenaar is, zal het onderzoek veelal willen bijwonen. Tijdens onderzoek ter plaatse of onderzoek van een voorwerp worden vaak bij uitstek waarnemingen gedaan die bijdragen aan de oordeelsvorming van de deskundige en waarmee materieel bewijslevering plaatsvindt. In mijn opvatting zal de deskundige dan tevens de wederpartij moeten uitnodigen. Zoals ik in par. 5.5.3.4 heb laten zien, kan onachtzaamheid van de deskundige op dit punt aanleiding geven tot een klacht over partijdigheid. Het komt wel eens voor dat de partij die eigenaar is van de te onderzoeken zaak, wil verhinderen dat de wederpartij het onderzoek bijwoont.[314] Dat is in strijd met de verplichting om mee te werken aan het deskundigenonderzoek (art. 198 lid 3 Rv). Wordt de rechter hierover benaderd, dan zal hij die partij daarop wijzen en gelegenheid moeten geven alsnog mee te werken.[315]

Onderzoek buiten aanwezigheid van partijen
Evenals in Duitsland, zal de deskundige onderzoek van een zaak buiten aanwezigheid van partijen mogen verrichten als gezondheids- of veiligheidsrisico's zich tegen hun aanwezigheid verzetten.[316] Naar mijn opvatting behoort een deskundige, evenals in Frankrijk[317] en België,[318] vrij te zijn of hij partijen uitnodigt, indien het onderzoek van ondergeschikt belang betreft, of de aanwezigheid van partijen geen redelijk doel dient. Evenals in Duitsland,[319] Engeland[320] en Frankrijk,[321] moet de deskundige instructies aan de rechter kunnen vragen als hij twijfelt of hij partijen moet uitnodigen. Het is immers aan de rechter om erop toe te zien dat partijen na deskundigenadvies effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies.

Onderzoek van zaken van derden
Een onderzoek van zaken van derden kan slechts plaatsvinden met toestemming van de derde. Wordt de toestemming niet verleend, dan biedt de wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek geen basis om de medewerking van de derde af te dwingen.

---

314 Bijv. Rb. Roermond 15 januari 1914, *NJ* 1914, p. 603-605; HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS, r.o.3.
315 HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 m.nt. JBMV, (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), r.o. 4.4.6 onder iv.
316 Zie par. 6.2.6.2.
317 Zie par. 6.2.3.3.
318 Zie par. 6.2.4.2.
319 Zie par. 6.2.6.1.
320 Zie par. 6.2.2.1.
321 Zie par. 6.2.3.2.

6.4.2.7 Onderzoek van personen

Onderzoek van een persoon betreft voornamelijk onderzoek door een deskundige die hulpverlener is in de zin van de WGBO, waarbij inbreuk wordt gemaakt op het lichaam en/of de persoonlijke levenssfeer van een persoon.[322] Ook voor dit soort onderzoek geldt dat een partij verplicht is eraan mee te werken (art. 198 lid 3 Rv).

Toestemming en medewerkingsverplichting

Medisch deskundigenonderzoek maakt inbreuk op de lichamelijke of geestelijke integriteit van een persoon.[323] Alvorens dergelijk onderzoek te gelasten, beoordeelt de rechter op grond van de feiten en omstandigheden van het geval of de inbreuk op de integriteit gerechtvaardigd is.[324] Partijen zijn weliswaar verplicht aan het onderzoek mee te werken, maar voor onderzoek dat inbreuk maakt op iemands integriteit, is steeds de toestemming nodig van degene die zal worden onderzocht.[325] Handelt een partij die geen toestemming verleent, in strijd met de verplichting om mee te werken aan het onderzoek (art. 198 lid 3 Rv)? Meestal wel,[326] maar er zijn uitzonderingen denkbaar. Gedacht kan worden aan het geval waarin vaststaat dat het onderzoek aanleiding zal geven tot lichamelijke klachten en de deskundige de te onderzoeken partij niet voldoende informeert over het beoogde onderzoek,[327] of aan het geval waarin het onderzoek niet in een redelijke verhouding staat tot de daarvan te verwachten resultaten.[328] In mijn opvatting kan zich, evenals in Engeland[329] en Zwitserland[330] denkbaar wordt geacht, ook een uitzondering voordoen wanneer het onderzoek een reële kans geeft op gezondheidsschade, gezien de gezondheidssituatie van de te onderzoeken persoon en het beoogde onderzoek. In de beoordeling of toestemming mag worden onthouden, zullen alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken. Een partij heeft hiermee in Nederland, evenals in landen om ons heen, weinig ruimte om niet te hoeven meewerken aan een medisch deskundigenonderzoek in het kader van een procedure. Evenals in de meeste andere landen kunnen in Nederland geen dwangmiddelen worden toegepast om iemand te bewegen tot medewerking aan een medisch deskundigenonderzoek.[331] Dat geldt, anders dan in sommige Zwitserse kantons,[332] ook in afstammingszaken. In Nederland wegen, bezien van-

322 Een voorbeeld biedt HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175.
323 Hier is aangenomen dat het inbreukmakende karakter van het onderzoek niet in de weg heeft gestaan aan het gelasten ervan. Soms wordt het verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht echter op deze grond al afgewezen. Zie par. 4.5.1.
324 HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 647, m.nt. JdB, r.o. 3.5.
325 Zie over het toestemmingsvereiste: Leenen/Gevers & Legemaate 2007, p. 203 (algemeen), p. 169 (minderjarigen) en p. 209 (wilsonbekwame meerderjarigen).
326 Bijv. Rb. Den Bosch 7 juni 2006, *LJN* AX8956.
327 HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456, m.nt. F.C.B. van Wijmen.
328 Conclusie A-G Langemeijer onder 2.3 bij HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456, m.nt. F.C.B. van Wijmen.
329 Hodgkinson & James 2007, p. 540-542.
330 Art. 291 lid 2 Entwurf ZPO. Zie Staehelin e.a. 2008, nr. 132.
331 Conclusie A-G Eggens bij HR 12 juni 1953 (*Bloedproef*), *NJ* 1954, 61, m.nt. DJV; HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106, r.o. 3.4.
332 Zie par. 6.2.8.1.

uit het publieke domein, de belangen van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Gw) en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer dus zwaarder dan het belang van de waarheidsvinding in de civiele procedure. In het private domein kan een partij in een concrete zaak echter wel nadelige gevolgen ondervinden van de keuze om in een concrete zaak geen voorrang te geven aan het belang van de waarheidsvinding en niet mee te werken aan een deskundigenonderzoek, zoals ik in par. 6.4.1.5 uiteen heb gezet.

Medewerking van een te onderzoeken persoon die geen partij is bij de procedure
Meestal is de te onderzoeken persoon partij in de procedure, maar een enkele keer gaat het om onderzoek van een derde, bijvoorbeeld in een regreszaak tussen twee verzekeraars. Op derden heeft de medewerkingsverplichting van art. 198 lid 3 Rv geen betrekking. Een derde die partij wordt bij een procedure, komt echter alsnog binnen het bereik van de medewerkingsverplichting. Denkbaar is dat een derde in verband met een eigen belang door voeging of tussenkomst partij wordt. Als een derde een contractuele verplichting heeft jegens een procespartij om mee te werken aan een medisch onderzoek, zijn er, afhankelijk van de inhoud van die verplichting, wellicht ook gevallen waarin een derde tot tussenkomst kan worden gedwongen (art. 118 Rv).[333] Van een contractuele verplichting zal, ook als een derde geen partij wordt in de procedure, nakoming kunnen worden gevorderd in een afzonderlijke procedure, inclusief dwangsom. In de praktijk zal het uit het oogpunt van kosten, moeite en slagingskans niet snel lonen om van deze mogelijkheden gebruik te maken met het uitsluitende doel een derde onder het bereik van de medewerkingsverplichting te brengen. Dat wordt nog versterkt doordat een stevige prikkel tot medewerking ontbreekt voor de derde die partij is geworden en tot medewerking verplicht is geraakt. De partij die handelt in strijd met de medewerkingsverplichting, neemt normaal gesproken risico's ten aanzien van het bewijs en de proceskostenveroordeling. Het bewijsrisico zal in dit geval echter de partij raken die oorspronkelijk al partij was bij de procedure en belang heeft bij het deskundigenonderzoek. De derde die partij is geworden, loopt waarschijnlijk slechts het risico van een proceskostenveroordeling.

Geen inbreuk op de persoon van de derde zonder rechtvaardiging
Naar mijn opvatting is het gerechtvaardigd dat een derde via de wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek niet tot meer kan worden bewogen dan ik uiteen heb gezet. Voorop staat dat twee procespartijen die een conflict hebben over burgerlijke rechten en verplichtingen, niet van een derde kunnen verlangen dat hij een inbreuk op zijn persoon duldt ter vaststelling van de burgerlijke rechten en verplichtingen van anderen, tenzij er sprake is van een gerechtvaardigd belang van (één van) partijen en de feiten of omstandigheden van het geval meebrengen dat van de derde kan worden verlangd dat hij het onderzoek van zijn persoon duldt. Deze uitzondering kan zich voordoen in geval van een contractuele verplichting

333 Over gedwongen tussenkomst: De Folter 2001.

tussen een partij en een derde, bijvoorbeeld als een partij op grond van een verzekeringsovereenkomst vergoeding van letselschade aan een derde heeft uitgekeerd en de derde jegens de partij contractueel verplicht is om mee te werken aan regres. Wordt hiervan nakoming gevorderd, dan kan worden beoordeeld of een partij een gerechtvaardigd belang heeft bij de medewerking van de derde en of de medewerking van de derde kan worden verlangd, waarbij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit richtinggevend zullen zijn. Zonodig kan een dwangsom als prikkel tot medewerking worden gebruikt, waarmee deze route voor de derde kostbaarder en daarom wellicht effectiever zal zijn dan de weg die hem partij doet worden bij de procedure en hem 'slechts' het risico van een proceskostenveroordeling bezorgt. De cirkel is rond doordat een derde in alle gevallen waarin de uitzondering zich niet voordoet, van partijen geen inbreuk op zijn persoon hoeft te dulden.

Bijwonen van onderzoek van een persoon
Zoals ik hiervoor heb vermeld, mogen in België[334] de medisch adviseurs van partijen bij het onderzoek zijn, en is daarover in Engeland[335] discussie. In Nederland is de toestemming van de te onderzoeken persoon nodig om anderen aanwezig te laten zijn bij het onderzoek (art. 7:459 lid 1 BW), tenzij het gaat om iemand wiens medewerking beroepshalve noodzakelijk is (7:459 lid 2 BW). Bij een minderjarige kan de deskundige verhinderen dat de wettelijk vertegenwoordiger het onderzoek bijwoont, wanneer de deskundige meent dat hij zijn werkzaamheden in diens aanwezigheid niet als goed hulpverlener kan verrichten (art. 7:459 lid 3 BW). Deze bepalingen uit de WGBO zijn van overeenkomstige toepassing in de verhouding tussen de deskundige en de te onderzoeken partij, tenzij de aard van de rechtsbetrekking zich ertegen verzet (art. 7:464 lid 1 BW).

Wie toestemming mag geven voor de aanwezigheid van anderen, kan ook zelf de wens hebben dat anderen het onderzoek bijwonen. Naar mijn opvatting geeft het recht om de aanwezigheid van anderen te beletten, omgekeerd niet het recht om te bepalen dat anderen het onderzoek mogen bijwonen. De vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek brengt mee dat een deskundige mag beoordelen of de aanwezigheid van derden onwenselijk is voor het goede verloop van het onderzoek. Denkbaar is bijvoorbeeld ook dat de te onderzoeken persoon zich bij het onderzoek wil laten vergezellen door de eigen medisch adviseur, maar geen toestemming wil geven voor de aanwezigheid van de medisch adviseur van de wederpartij. De deskundige die ook maar enigszins vertrouwd is met de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor, zal zich bij deze situatie ongemakkelijk voelen en er zijn handen niet aan willen branden. Wanneer partijen en deskundige in onderling overleg niet tot de uitkomst komen dat het onderzoek wordt bijgewoond hetzij door geen van beide medisch adviseurs, hetzij door beide medisch adviseurs, zal op initiatief van de deskundige of (een) partij(en) een aan-

334 Zie par. 6.2.4.2.
335 Zie par. 6.2.2.2.

wijzing aan de rechter kunnen worden gevraagd hoe te handelen. De rechter zal dan door middel van een belangenafweging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval moeten beoordelen of de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor verhindert dat partijen op dit punt ongelijk worden behandeld. Zo ja, dan zal hij aan de deskundige en partijen laten weten dat het onderzoek niet mag worden verricht in aanwezigheid van de medisch adviseur van slechts één partij.

Onderzoeksvrijheid van deskundige bij onderzoek van een persoon
De (in par. 6.4.1.1) besproken vrijheid van de deskundige om het onderzoek te verrichten op de wijze die hem het beste voorkomt, wordt ook bij het onderzoek van een persoon beperkt door de grenzen van de opdracht van de rechter, zoals een uitspraak van het hof Arnhem demonstreert.[336] Het betrof een (whiplash)zaak waarin een partij na een verkeersongeval schadevergoeding vorderde van Fortis ASR als rechtsopvolgster van WAM-verzekeraar Woudsend. De rechtbank had eerst een neuroloog benoemd om zich te doen voorlichten over de klachten en over het causaal verband tussen ongeval en klachten. Daarna had de rechtbank een arbeidsdeskundige benoemd ter beantwoording van de vraag of het slachtoffer als gevolg van het ongeval arbeidsongeschikt was. Door de arbeidsdeskundige was vervolgens een verzekeringsarts ingeschakeld, die een rapport had uitgebracht. Volgens het hof stond het de arbeidsdeskundige vrij om een verzekeringsarts in te schakelen ter uitvoering van de opdracht, mits werd gehandeld binnen de grenzen van de opdracht. Aan deze voorwaarde was niet voldaan. De rechtbank had aan de arbeidsdeskundige opgedragen om het deskundigenadvies van de neuroloog tot uitgangspunt te nemen:

> 'Voor de te benoemen arbeidsdeskundige zal uitsluitend de rapportage door [deskundige 1] als grondslag hebben te dienen.'

De verzekeringsarts had blijkens zijn rapport niet volstaan met het verbinden van een belastbaarheidspatroon aan de beperkingen die de neuroloog had beschreven, maar had zelf onderzoek gedaan en op basis daarvan een nieuwe diagnose geformuleerd. De arbeidsdeskundige had het rapport van de verzekeringsarts gebruikt als leidraad bij de beantwoording van de vraagstelling van de rechtbank. Naar het oordeel van het hof was de arbeidsdeskundige daarmee buiten de grenzen van de opdracht getreden en kon het rapport van de arbeidsdeskundige niet dienen ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid.[337] De zaak werd door het hof teruggewezen naar de rechtbank voor een nieuw onderzoek door een arbeidsdeskundige ter beantwoording van de vraagstelling van de rechtbank.

---

336 Hof Arnhem 2 oktober 2007, *LJN* BB5285.
337 In vergelijkbare zin m.b.t. het rapport van een partijdeskundige: Rb. Amsterdam 27 juli 2005, *LJN* AU0594, r.o. 6.11.

Inzage- en blokkeringsrecht
De mate waarin met een deskundigenadvies kan worden bevorderd dat de feiten worden opgehelderd die tussen partijen in geschil zijn en het belang van de waarheidsvinding wordt gediend, wordt bij het onderzoek van een persoon mede beïnvloed door het (inzage- en) blokkeringsrecht.[338] Bij medisch onderzoek heeft de partij op wie het onderzoek betrekking heeft, veelal het recht het deskundigenadvies als eerste in te zien (inzagerecht) en desgewenst te verhinderen dat het deskundigenadvies ter kennis van de wederpartij en de rechter wordt gebracht (blokkeringsrecht).[339] Een beroep op het blokkeringsrecht wordt beschouwd als handelen in strijd met de verplichting mee te werken aan het deskundigenonderzoek.[340] Meestal worden daaraan gevolgen verbonden in het bewijsrisico en verliest de partij die het rapport blokkeert daardoor de procedure.

6.4.3 Opmerkingen en verzoeken

6.4.3.1 Inleiding
Zoals uiteengezet in par. 6.4.2.1, behoort naar mijn opvatting door middel van een belangenafweging te worden bepaald in welke mate partijen kunnen participeren in een deskundigenonderzoek waarvan de resultaten normatieve invloed zullen hebben op de uitkomst van de zaak en waarin materieel bewijslevering plaatsvindt. Het doel van hun participatie is dat zij het deskundigenonderzoek kunnen controleren en bij de bodemrechter effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, bezien tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. In de huidige Nederlandse rechtspraktijk wordt daarentegen de mate waarin partijen in het deskundigenonderzoek worden betrokken, nog voornamelijk bepaald door enerzijds de vrijheid van de deskundige om het onderzoek binnen de grenzen van de opdracht in te richten zoals hem het beste voorkomt,[341] en anderzijds het voorschrift over de opmerkingen en verzoeken van partijen (art. 198 lid 2 Rv):

> 'De deskundigen moeten bij hun onderzoek partijen in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen. Uit het schriftelijke bericht moet blijken of aan dit voorschrift is voldaan. Van de inhoud van de opmerkingen en verzoeken wordt in het schriftelijke bericht melding gemaakt. Indien een partij schriftelijke opmerkingen of verzoeken aan de deskundigen doet toekomen, verstrekt zij daarvan terstond afschrift aan de wederpartij.'

338 Zie over het inzage- en blokkeringsrecht bijv.: Elferink 2003a; Elferink 2004; Jansen 2004; Leenen/Gevers & Legemaate 2007, p. 260; Wervelman & De Jong 2005.
339 HR 26 maart 2004, *LJN* AO1330, *JBPr* 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen, *TvGR* 2004, 33, m.nt. J. van der Burg; HR 12 augustus 2005, *LJN* AT3477. Zie over eerstgenoemd arrest ook: Jansen 2004, Boonekamp 2004b, p. 67-68.
340 HR 26 maart 2004, *LJN* AO1330, r.o. 4.4.
341 HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 *(WE/VIB II)*.

In de praktijk is de betekenis en reikwijdte van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken niet altijd duidelijk. In het bijzonder is onduidelijk bij welke onderzoeksverrichtingen partijen aanwezig mogen zijn om hun aanspraak op opmerkingen en verzoeken te effectueren, of partijen bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren, of zij bij de deskundige op elkaars opmerkingen en verzoeken mogen reageren, en of de deskundige in het deskundigenadvies moet ingaan op de opmerkingen en verzoeken van partijen. In par. 6.4.2 kwam uitvoerig aan de orde bij welke onderzoeksverrichtingen partijen aanwezig mogen zijn. Dat komt hierna alleen nog zijdelings in relatie tot het voorschrift over opmerkingen en verzoeken ter sprake. In het vervolg van deze paragraaf ga ik eerst in op de achtergronden van de aanspraak van partijen op opmerkingen en verzoeken in het verleden. Daarna sta ik stil bij de huidige betekenis van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken tijdens en na het deskundigenonderzoek.

6.4.3.2 Het wettelijk voorschrift over opmerkingen en verzoeken in verleden en heden

Zolang Nederland een wettelijke regeling van deskundigenbewijs heeft, is daarin een voorschrift opgenomen over opmerkingen en verzoeken. In art. 230 lid 2 Rv 1838 luidde het als volgt:

> 'Partijen zullen bij het onderzoek aan de deskundigen zodanige voordrachten en vorderingen mogen doen, als zij zullen goedvinden, en daarvan zal melding gemaakt worden bij het bericht.'

Het voorschrift heeft zich waarschijnlijk ontwikkeld uit de gewoonte dat partijen een deskundigenonderzoek mochten bijwonen en dan tevens opmerkingen mochten maken. Het deskundigenonderzoek diende in Frankrijk onder de *Code Louis* van 1667 in belangrijke mate ter vervanging van een plaatsopneming door de rechter, zoals ik in par. 3.5.3 heb laten zien. Partijen mogen bij een plaatsopneming door de rechter aanwezig zijn, vooral om de eigen waarneming van de rechter – als basis van zijn oordeelsvorming – te kunnen controleren en daarbij rechtstreeks zijn aandacht te kunnen vestigen op aspecten die volgens een partij van belang zijn voor een goed begrip van haar standpunt.[342] Onder de *Code Louis* is het gebruikelijk geworden dat partijen die aanwezig waren bij een deskundigenonderzoek, hun opmerkingen en verzoeken kenbaar maakten aan de deskundigen, en dat de deskundigen in het deskundigenbericht ingingen op de opmerkingen en verzoeken van partijen.[343] Deze praktijk is in Frankrijk gecodificeerd in de *Code de procédure civile* (CPC) van 1806. Met de invoering van de vertaling hiervan in 1811 kregen partijen in Nederland het recht 'voordrachten en vorderingen' aan de deskundige te doen (art. 317 Rv 1811). Bij de totstandkoming van Rv 1838 is toegevoegd dat partijen de voordrachten en vorderingen 'bij het onderzoek' mochten doen (art. 230 lid 2 Rv 1838). Van Boneval Faure haalt een betoog aan van het lid

342 Nagel 1967, p. 358-363.
343 Pigeau 1787, p. 305.

van de Tweede Kamer mr. Dirk Donker Curtius uit 1850, die erop heeft gewezen dat het recht van partijen om bij het onderzoek aanwezig te zijn en opmerkingen te maken een belangrijk instrument is om in de verdere procedure bezwaren tegen de aanpak van de deskundige te weerleggen die een partij ook bij de deskundige naar voren had kunnen brengen.[344]

Sinds 1 april 1988 is het voorschrift over opmerkingen en verzoeken niet meer geformuleerd als een recht van partijen, maar is de deskundige verplicht om partijen gelegenheid te bieden tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken (art. 198 lid 2 Rv). Met de wijziging van de bepalingen over het deskundigenbewijs per 1 april 1988 zijn geen wezenlijke verschillen beoogd.[345] De omzetting van een recht van partijen in een plicht van de deskundige heeft daarom naar mijn mening geen verandering gebracht in de betekenis van het voorschrift voor het feitenonderzoek van een deskundige. Ook de wetswijzigingen per 1 januari 2002 hebben hierin geen verandering gebracht.[346]

Opmerkingen en verzoeken tijdens het deskundigenonderzoek

Zoals gezegd komt het voorschrift over opmerkingen en verzoeken waarschijnlijk voort uit de gewoonte dat partijen opmerkingen mochten maken en verzoeken mochten doen als zij deskundigenonderzoek bijwoonden. Betekent dit nu, in combinatie met de woorden 'bij het onderzoek' in art. 198 lid 2 Rv, dat partijen *tijdens* het deskundigenonderzoek opmerkingen mogen maken en verzoeken mogen doen? Dat is inderdaad het geval als het gaat om opmerkingen en verzoeken bij onderzoek waarbij partijen aanwezig mogen zijn, zoals een plaatsopneming (par. 6.4.2.6).[347] Anders is het echter als het onderzoeksverrichtingen betreft waarbij partijen niet aanwezig zijn. In *Halcion II* werd in cassatie geklaagd dat de deskundigen in strijd met het voorschrift over opmerkingen en verzoeken niet hadden voldaan aan het verzoek van partijen om tijdens het deskundigenonderzoek kennis te nemen van de voorlopige bevindingen van de deskundigen en daarop commentaar te mogen leveren. Volgens de Hoge Raad faalde het middel. Het hield om te beginnen onvoldoende in het oog dat aan deskundigen de nodige vrijheid moet worden gelaten om het onderzoek zo te verrichten als zij het beste vinden, waarbij de parlementaire geschiedenis werd aangehaald.[348] Verder ging het middel volgens de Hoge Raad

> 'klaarblijkelijk uit van de onjuiste opvatting dat de deskundigen in beginsel gehouden zijn tot het honoreren van elk in enige fase van het onderzoek door een der partijen gedaan verzoek om in de gelegenheid te worden gesteld van de voorlopige bevindingen van de deskundigen kennis te nemen en daarop commentaar te leveren.'

344 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 97.
345 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 316, MvT-RO (1969).
346 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 372, MvT.
347 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS.
348 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 344, Nadere MvA TK (1985).

Tenslotte nam de Hoge Raad in aanmerking dat de deskundigen vreesden dat inwilliging van het verzoek hun onafhankelijke oordeelsvorming zou aantasten en dat het hof deze vrees niet ongegrond had geacht.[349] In deze zaak volstond het dat de deskundigen bij aanvang en na afloop van het onderzoek gelegenheid aan partijen hadden geboden voor opmerkingen en verzoeken. In de opvatting van de Hoge Raad valt onder de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek dus ook dat een deskundige zelf mag bepalen in welke fase van het onderzoek hij partijen gelegenheid geeft voor het maken van opmerkingen en verzoeken. De lagere rechter geeft een deskundige wel eens bijzondere instructies naast de algemene instructie dat hij partijen gelegenheid moet bieden voor opmerkingen en verzoeken, bijvoorbeeld dat hij moet voldoen aan een verzoek van een partij om mondeling opmerkingen te mogen maken[350] of dat hij partijen de kans moet geven om een onderzoek ter plaatse bij te wonen.[351] Naar mijn opvatting behoort de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek niet bij voorbaat tot gevolg te hebben dat hij vrij is om te bepalen in welke fase van het onderzoek partijen opmerkingen mogen maken en verzoeken mogen doen. Zoals ik uiteen heb gezet in par. 6.4.2.1, is die vrijheid volgens mij een aspect in de belangenafweging met behulp waarvan aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval moet worden bepaald aan welk(e) belang(en) voorrang moet worden gegeven. Gezien het belang van controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van de rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies, het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, en het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn, lijkt het logisch dat partijen in ieder geval bij de deskundige op het concept-deskundigenadvies kunnen reageren. Ook zal het in veel gevallen aangewezen zijn dat de deskundige aan partijen voor aanvang van het onderzoek gelegenheid biedt opmerkingen te maken over de aanpak of de methode van het onderzoek, zodat de deskundige daarvan tijdig kennis neemt en daarop acht kan slaan bij de inrichting van het onderzoek.

Geen aanwezigheid van partijen bij de vervaardiging van een deskundigenbericht
De toevoeging 'bij het onderzoek' was in 1838 waarschijnlijk vooral bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat partijen niet het recht hadden aanwezig te zijn bij het opmaken van het deskundigenbericht, uit vrees dat de deskundigen hun bevindingen anders niet in vrijheid zouden noteren.[352] Tegenwoordig is niet goed voorstelbaar dat partijen aanwezig zouden mogen zijn bij het schrijven van een deskundigenadvies, maar bij de totstandkoming van de *Code Louis* van 1667 was er over gediscussieerd of deskundigen hun rapport moesten opstellen in tegenwoordigheid van partijen.[353] Wellicht speelde toen op de achtergrond mee dat de rech-

349 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers, (*Halcion II*), r.o. 3.1.
350 Rb. Haarlem 28 augustus 2004, *LJN* AY6977, r.o. 3.4.
351 Bijv. Hof Den Bosch 2 november 2003, *LJN* AT0447; Hof Den Bosch 20 januari 2004, *LJN* AT5401; Hof Den Bosch 20 januari 2005, *LJN* AS7173.
352 Vernede 1845, p. 127.
353 In Frankrijk vermelden Guinchard en Ferrand nog in 2006 dat partijen erbij mogen zijn als de deskundige verslag doet van zijn onderzoeksactiviteiten, maar niet als hij zijn mening en conclusies opschrijft (Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1308).

ter een proces-verbaal van een plaatsopneming in tegenwoordigheid van partijen dicteerde en het deskundigenbericht als een afgeleide van de plaatsopneming werd gezien. Het voorstel was bedoeld om te verhinderen dat deskundigen hun bevindingen na het onderzoek nog zouden bijstellen. Gevreesd werd onder andere dat vervaardiging van het rapport ter plaatse tot hoge kosten voor partijen zou leiden. Het kwam wel voor dat deskundigen drie maanden nodig hadden om hun rapport op te maken en soms nog langer. Al die tijd zouden de procesdeelnemers ter plaatse moeten blijven. De uitkomst van de discussie was dat in de *Code Louis* niet werd opgenomen dat deskundigen hun bericht moesten schrijven op de plaats van het onderzoek. In plaats daarvan werd slechts bepaald dat zij de minuut van hun rapport moesten inleveren bij de rechter-commissaris (art. 12 titel XXI *Code Louis*).[354] Bij de totstandkoming van de *Code de procédure civile* van 1806 is, naar Van Boneval Faure heeft vermeld,[355] de kwestie in Frankrijk opnieuw aan de orde geweest. In Nederland is er in de literatuur aandacht aan besteed. Vernede meende dat het recht van partijen om voordrachten en vorderingen te doen en bij het onderzoek aanwezig te zijn niet zo ver ging dat zij ook aanwezig mochten zijn bij het overleg tussen deskundigen over de inhoud van het deskundigenbericht en bij het opstellen daarvan.[356] Pennink ging ervan uit dat de wetgever niet kon hebben bedoeld dat partijen bij het schrijven van het rapport aanwezig mochten zijn, omdat dan zou worden verijdeld dat deskundigen hun persoonlijk gevoelen niet mochten doen blijken in het rapport.[357] Van Boneval Faure meende dat partijen niet aanwezig mochten zijn bij het opmaken van het deskundigenbericht.[358] Volgens Van Rossem/Cleveringa mochten partijen blijkens art. 230 lid 2 Rv bij het onderzoek tegenwoordig zijn en van zich laten horen, maar moesten zij zich na afloop verwijderen om de deskundigen gelegenheid te laten voor een ongedwongen beraadslaging.[359] Zoals zojuist vermeld, is in het arrest Halcion II de vrees voor beïnvloeding door partijen, maar dan als vrees van de deskundigen, voldoende geacht om te verhinderen dat partijen *tijdens* het onderzoek van de deskundigen opmerkingen zouden maken en verzoeken zouden doen.[360]

6.4.3.3 Opmerkingen en verzoeken bij de deskundige naar aanleiding van het deskundigenadvies

In de vorige paragraaf heb ik laten zien dat in het verleden in discussie is geweest tot welk moment partijen bij een deskundigenonderzoek aanwezig mogen zijn. Naar mijn indruk zijn er in essentie twee redenen om de invloed van partijen op het deskundigenonderzoek te beëindigen zodra het deskundigenadvies wordt

354 Code Louis 1667, p. 33 en 247-248.
355 Over de Franse aandacht indirect: Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 92.
356 Vernede 1845, p. 127.
357 Pennink 1853, p. 85. Vroeger mochten deskundigen die het niet eens waren, hun uiteenlopende meningen en de gronden ervan in het deskundigenadvies vermelden, maar zij mochten niet bekend maken wie welke mening had (art. 231 Rv 1838). Sinds 1 april 1988 is het, als meer dan één deskundige is benoemd, aan de deskundigen of zij het persoonlijk gevoelen van ieder van hen in het deskundigenadvies doen blijken (art. 198 lid 4 Rv).
358 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 92.
359 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 230, aant.
360 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers, (*Halcion II*), r.o. 3.1.

opgemaakt: de deskundige moet onafhankelijk van partijen kunnen rapporteren over zijn bevindingen, en het processuele debat van partijen over het deskundigenadvies hoort thuis bij de rechter. Dit behoort echter niet de zinvolle informatieoverdracht te beletten tussen partijen, deskundige en rechter over de feiten die op het vakgebied van de deskundige tussen partijen in geschil zijn. Het is denkbaar dat een deugdelijk schriftelijk deskundigenadvies door de kennisparadox[361] niet goed wordt begrepen door partijen of de rechter. Het kan daarom zinvol zijn dat partijen bij de deskundige opmerkingen kunnen maken en verzoeken kunnen doen naar aanleiding van het deskundigenadvies. Dat zal te meer het geval zijn, als partijen er geen aanspraak op hebben dat de rechter de deskundige oproept om ter zitting te verschijnen. In België,[362] Frankrijk[363] en Nederland is het gebruikelijk dat partijen bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren, maar is de rechter niet verplicht de deskundige ter zitting op verzoek van partijen te horen. In Duitsland[364] en Oostenrijk[365] is het niet gebruikelijk dat partijen bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren, maar moet de rechter in het algemeen voldoen aan een verzoek van partijen om de deskundige ter zitting te horen (waarover meer in par. 7.2).

In Nederlandse lagere rechtspraak is het vrij gebruikelijk om uit het voorschrift over opmerkingen en verzoeken af te leiden dat partijen bij de deskundige mogen reageren op het deskundigenadvies. In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' is vermeld:

> '25. U wordt verzocht als volgt te werk te gaan bij het bieden van gelegenheid tot het maken van opmerkingen en verzoeken. U doet onderzoek en schrijft het rapport. Het rapport bevat uw volledige onderzoeksbevindingen, dus niet alleen het verslag van het onderzoek, maar ook uw antwoorden op de vragen van de rechter. U zendt het rapport toe aan partijen en schrijft in een begeleidende brief dat zij gelegenheid hebben opmerkingen en verzoeken aan u te doen toekomen binnen een door u genoemde termijn. Dit rapport wordt in deze Leidraad ook wel concept-rapport genoemd. Het 'concept'-aspect houdt slechts in dat uw rapport pas definitief is nadat u aan partijen gelegenheid heeft gegeven voor het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken en u deze heeft verwerkt. (...)'

Soms bepalen lagere rechters (ook) in de uitspraak dat een deskundige partijen de kans moet geven op het deskundigenadvies te reageren voordat hij het aan de rechter zendt.[366] Het komt zelfs voor dat aan een partij door de rechter wordt tegengeworpen dat zij in het kader van opmerkingen en verzoeken niet om verduidelijking

361 Over de kennisparadox: par. 1.4.4.
362 Zie par. 6.2.4.3 en par. 7.2.8.1.
363 Zie par. 6.2.3.4 en par. 7.2.7.1.
364 Zie par. 7.2.2.1.
365 Zie par. 7.2.3.1.
366 Bijv. Rb. Utrecht 8 maart 2006, *LJN* AV5235; Hof Den Bosch 19 december 2006, *LJN* AZ8669; Rb. Breda sector kanton 9 mei 2007, *LJN* BA4614; Rb. Utrecht 5 december 2007, *LJN* BC0289.

van het deskundigenadvies heeft gevraagd.[367] De 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' maakt tegelijk duidelijk dat opmerkingen en verzoeken van partijen niet moeten ontaarden in een debat met de deskundige:

> '26. Het feit dat u het volledige rapport, dus inclusief de antwoorden op de vragen, doet toekomen aan partijen en zij vervolgens opmerkingen en verzoeken aan u mogen zenden, betekent niet dat partijen gelegenheid krijgen om u te overtuigen van de juistheid van hun standpunt. Niet u, maar de rechter zal door partijen na ontvangst van uw deskundigenbericht overtuigd moeten worden.'

In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' wordt ervan uitgegaan dat een deskundige aan partijen geen gelegenheid hoeft te geven om op elkaars opmerkingen en verzoeken te reageren[368] en evenmin om te reageren op de verwerking van hun opmerkingen en verzoeken in het deskundigenadvies (nr. 34). Dat beperkt de kans dat partijen het processuele debat na deskundigenadvies bij de deskundige voeren in plaats van bij de rechter.

De Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgelaten of het voorschrift over opmerkingen en verzoeken impliceert dat partijen bij de deskundige op het deskundigenadvies moeten kunnen reageren. Wel heeft de Hoge Raad geoordeeld over de implicaties van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken voor het deskundigenonderzoek. Allereerst impliceert het voorschrift over opmerkingen en verzoeken volgens de Hoge Raad dat partijen aanwezig mogen zijn bij onderzoek ter plaatse,[369] hetgeen ongetwijfeld samenhangt met de hiervoor aangeduide historische ontwikkeling van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken uit het recht van partijen om aanwezig te zijn bij het deskundigenonderzoek. Verder brengt de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek mee, dat hij niet hoeft te voldoen aan elk in enige fase van het onderzoek door een partij gedaan verzoek om kennis te mogen nemen van de voorlopige bevindingen van de deskundigen en daarop commentaar te mogen leveren.[370] Daarnaast kan de vrees van deskundigen voor beïnvloeding door partijen toereikend zijn om partijen tijdens het deskundigenonderzoek geen gelegenheid te hoeven bieden voor opmerkingen en verzoeken, en te volstaan met inbreng van partijen bij de deskundigen voor aanvang en na afloop van het deskundigenonderzoek.[371]

---

367 Hof Den Bosch 21 maart 2006, *TVP* 2006, p. 46-51: de grief dat de rechtbank zonder meer naar een antwoord van de deskundige verwees, terwijl dat antwoord niet duidelijk zou zijn, wordt verworpen met de overweging dat, als onduidelijk was geweest wat de deskundige bedoelde, dat in de fase van opmerkingen en verzoeken aan de deskundige had moeten worden gemeld. Vgl. Rb. Rotterdam 14 december 2005, *S&S* 2006, 132, r.o. 2.4.2: het is in strijd met de goede procesorde om eerst bij conclusie na deskundigenbericht het bezwaar te uiten dat de deskundige geen trillingsmeting heeft verricht, terwijl de deskundige deze wens, als hij daarvan tijdig kennis had genomen, in zijn definitieve rapportage had kunnen betrekken; Rb. Den Bosch 13 februari 2008, *LJN* BC5879: in een procedure die al twaalf jaar loopt, is detailkritiek op een deskundigenadvies in strijd met de goede procesorde niet voorgelegd aan deskundige in fase van opmerkingen en verzoeken, maar voor het eerst bij conclusie na deskundigenbericht.

368 In gelijke zin: Rb. Arnhem 23 april 2005, *LJN* AT4402, r.o. 3.5.

369 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS. Zie par. 6.4.2.6.

370 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers, (*Halcion II*), r.o. 3.1. Vgl. Rb. Amsterdam 28 december 2005, *NJ* 2006, 553: geen regel brengt mee dat de deskundigen gehouden zijn de conceptverslagen van door hen gevoerde besprekingen voor commentaar aan partijen te zenden.

371 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers, (*Halcion II*), r.o. 3.1.

Naar mijn opvatting moet de vraag of partijen bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren, niet meer uitsluitend worden beantwoord vanuit de historische achtergronden van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken, of het belang van de onderzoeksvrijheid van een deskundige. In het bredere verband van de belangenafweging met behulp waarvan de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het deskundigenonderzoek moet worden bepaald,[372] gaat het er ook om of partijen het deskundigenadvies kunnen controleren en er bij de rechter effectief commentaar op kunnen leveren, en of het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van de zaak. Van belang is hierbij of het een deskundigenonderzoek betreft waarvan de resultaten normatieve invloed zullen hebben op de uitkomst van de zaak en waarin materieel bewijslevering plaatsvindt. De rechter die bepaalt of een deskundige aan partijen gelegenheid moet geven tot een reactie op het deskundigenadvies, zal het belang van partijen om bij de deskundige opmerkingen te maken en verzoeken te doen naar aanleiding van het deskundigenadvies, tegen deze achtergronden moeten afwegen tegen andere belangen, waaronder het belang dat een deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten en zijn oordeel in vrijheid kan vormen, en het belang dat een procedure binnen een redelijke termijn en tegen aanvaardbare kosten kan worden afgewikkeld.

6.4.3.4 Hoe raken partijen op de hoogte van elkaars opmerkingen en verzoeken?

Zoals vermeld in par. 6.4.2.5, behoort een partij die schriftelijke opmerkingen of verzoeken aan de deskundige doet toekomen, daarvan terstond een kopie te verstrekken aan de wederpartij (art. 198 lid 2 Rv). Het is dus aan partijen om te zorgen dat zij op de hoogte zijn van elkaars opmerkingen en verzoeken. Dit staat sinds 1 april 1988 in de wettelijke bepalingen over deskundigenbewijs. Bij de totstandkoming van het bewijsrecht van 1988 hadden leden van de VVD-fractie voorgesteld om te waarborgen dat een partij die opmerkingen maakt of verzoeken doet, tegelijkertijd de wederpartij daarvan in kennis stelt. De Minister van Justitie vond dat te ver gaan voor zover het niet gaat om schriftelijke opmerkingen en verzoeken. Zijn overwegingen zijn nog sterk geënt op de plaatsopneming of bezichtiging die door partijen wordt bijgewoond:

> ‘De wettelijke regeling is (...) zo opgezet dat partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld bij dit onderzoek desgewenst verzoeken te doen resp. opmerkingen te richten tot de deskundigen. Dit impliceert dat, in het bijzonder wanneer er sprake is van een feitelijke verrichting van deskundigen in het kader van het bevolen onderzoek – bijv. een plaatsopneming of een bezichtiging – partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld die verrichting bij te wonen. Als bij die gelegenheid door een partij opmerkingen worden gericht tot respectievelijk verzoeken worden gedaan aan deskundigen of omgekeerd, dan is de wederpartij daarvan automatisch op de hoogte. Verzuimt echter de wederpartij de desbetreffende verrichting bij te wonen, dan zou het naar mijn oordeel te ver voeren van de deskundigen dan wel partij te verlangen dat zij de weder-

372 Zie par. 6.4.2.1.

partij van deze verzoeken resp. opmerkingen na afloop van die verrichting in kennis stellen. Dit zou voor de wederpartij bovendien aanleiding kunnen zijn alsnog, vertraagd, te reageren op een en ander, waardoor vervolgens deskundigen zich weer genoodzaakt zouden kunnen voelen hetzij een herhaling van die verrichting hetzij een aanvullende zitting ter "bespreking" van de reeds plaats gehad hebbende verrichting te (doen) arrangeren. Ook zou opneming van een dergelijke verplichting er toe kunnen leiden dat de prikkel voor partijen wordt weggenomen om bij een bevolen onderzoek aanwezig te zijn, omdat men de eventuele nadelige gevolgen van dit verzuim later nog zou kunnen herstellen. Zou men daarnaast gaan voorschrijven dat een soortgelijke informatieplicht van hetzij deskundigen hetzij een partij ook geldt indien buiten het kader van een feitelijke onderzoeksverrichting (waarbij beide partijen aanwezig kunnen zijn) tijdens het onderzoek van deskundigen verzoeken of opmerkingen worden gedaan of gemaakt door een partij aan deskundigen of omgekeerd, dan loopt men evenzeer gevaar dit onderzoek te gaan belemmeren en te vertragen in plaats van het te bevorderen. Naar mijn oordeel dient aan de deskundigen de nodige vrijheid en zelfstandigheid te worden gelaten om het onderzoek, waarvoor zij immers verantwoordelijk zijn, op de hun best voorkomende wijze te verrichten. Daarbij is het vertrouwen gewettigd dat deskundigen, ook wanneer zij buiten het kader van een feitelijke onderzoeksverrichting door een partij met relevante verzoeken of opmerkingen benaderd worden dan wel zelf daartoe overgaan, niet zullen nalaten de wederpartij daarvan in kennis te stellen en zonodig om commentaar te vragen. Om al deze redenen ben ik van oordeel dat het de voorkeur verdient de gang van zaken bij het deskundigenonderzoek niet verder te formaliseren en geen informatieplicht als door deze leden wordt voorgesteld, aan deskundigen op te leggen. Wel acht ik het gewenst door een uitdrukkelijke bepaling zeker te stellen dat wanneer een partij – in welke fase van het onderzoek ook – schriftelijke opmerkingen doet toekomen aan deskundigen, hij verplicht is gelijktijdig een afschrift daarvan aan de wederpartij ter hand te stellen of toe te zenden.'[373]

Desalniettemin zal een deskundige die onpartijdig wil zijn, het tot zijn taak rekenen om waar mogelijk te verhinderen dat hij eenzijdig wordt voorgelicht door een partij. In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' wordt van de deskundige verlangd dat hij erop toeziet of partijen elkaar een kopie zenden van opmerkingen of verzoeken die zij aan de deskundige doen toekomen:

'10. In deze Leidraad wordt diverse keren vermeld dat u in verband met het beginsel van hoor en wederhoor geen acht mag slaan op berichten of stukken die een partij u toezendt en waarin niet is vermeld dat deze een kopie heeft gezonden aan de wederpartij. U kunt er dan mee volstaan die partij gelegenheid te bieden voor herstel, omdat op haar de verplichting tot doorzending aan de wederpartij rust. Het staat u vrij uit doelmatigheid zelf een kopie van het bericht of stuk van die partij aan de wederpartij te zenden, maar u bent daartoe niet verplicht.'

373 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 343-344, Nadere MvA TK (1985). De 'zekerstelling' dat partijen elkaar een kopie toezenden van schriftelijke opmerkingen en verzoeken aan de deskundige, zou in zaken waarin partijen met verplichte procesvertegenwoordiging procederen, wellicht ook al kunnen worden afgeleid uit art. 84 lid 4 Rv, dat advocaten verplicht elkaar een kopie te sturen van processtukken. Een advocaat zal niet snel ter discussie stellen of opmerkingen en verzoeken processtukken zijn, omdat zijn gedragsregels hem ook verplichten een kopie te sturen aan de advocaat van de wederpartij. In zaken waarin partijen niet in persoon procederen, heeft het voorschrift wel betekenis, omdat de griffier de processtukken van de ene partij aan de andere partij toezendt (art. 84 lid 2 Rv), de griffier de opmerkingen en verzoeken meestal niet zal ontvangen en, als hij ze wel ontvangt, er discussie kan zijn over de vraag of het een processtuk betreft.

6.4.3.5 Reactie van een deskundige op opmerkingen en verzoeken van partijen

De deskundige moet de opmerkingen en verzoeken van partijen in het deskundigenadvies vermelden (art. 198 lid 2 Rv). In de afweging wat hij doet met de opmerkingen en verzoeken van partijen, behoort hij te betrekken dat hij de opdracht onpartijdig en naar beste weten dient te vervullen. Hij is niet gebonden aan de opmerkingen en verzoeken van partijen. De deskundige bepaalt bijvoorbeeld zelf of hij voldoet aan een verzoek van een partij om een bepaalde onderzoeksmethode te volgen, tenzij de rechter een bepaalde methode heeft voorgeschreven.[374] Vanzelfsprekend belet het voorschrift over opmerkingen en verzoeken niet dat de deskundige een oordeel geeft op een punt waarover partijen zich in hun opmerkingen en verzoeken niet hebben uitgelaten.[375]

Niet geregeld is of de deskundige in het deskundigenadvies behoort te reageren op opmerkingen en verzoeken van partijen tijdens het deskundigenonderzoek, of op hun opmerkingen en verzoeken naar aanleiding van het deskundigenadvies. Zoals vermeld in par. 6.4.3.2, was het onder de *Code Louis* gebruikelijk geworden dat de deskundigen in het deskundigenadvies ingingen op de opmerkingen en verzoeken van partijen.[376] Volgens Van Boneval Faure hoefden deskundigen slechts op de opmerkingen en verzoeken van partijen te reageren als zij meenden dat zij dat moesten doen. Ook hoefden zij voordrachten en vorderingen van partijen die niet ter zake dienend waren, volgens hem niet in het deskundigenbericht te vermelden en daaraan geen gevolg te geven, waarbij hij verwees naar Frans recht.[377] Dit strookt echter niet met het voorschrift dat de deskundigen de voordrachten en vorderingen van partijen in het deskundigenbericht moesten vermelden (art. 230 lid 2 Rv 1838). Volgens Star Busmann waren deskundigen niet gehouden aan de opmerkingen van partijen te voldoen.[378] Tegenwoordig behoort een deskundige in België, Engeland en Frankrijk te reageren op de opmerkingen en verzoeken van partijen, zoals par. 6.2 heeft laten zien. De totstandkoming van een deskundigenadvies zou ongetwijfeld een slepende kwestie kunnen worden, wanneer een deskundige verplicht zou zijn om in te gaan op alle opmerkingen en verzoeken van partijen. Er is daarom veel voor te zeggen dat de Nederlandse wetgever (in de relatie tussen partijen) mondelinge en schriftelijke opmerkingen en verzoeken verschillend waardeert, zoals vermeld in par. 6.4.3.4. Even begrijpelijk is dat de Franse wetgever niet meer van de deskundige verlangt dat hij in het deskundigenadvies ingaat op alle opmerkingen en verzoeken die in de loop van het deskundigenonderzoek zijn gedaan.[379]

Hiermee is nog niet gezegd op welke opmerkingen en verzoeken van partijen een deskundige in het deskundigenbericht behoort te reageren. In de lagere recht-

---

374 Conclusie A-G Langemeijer onder 2.12 bij HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456, m.nt. F.C.B. van Wijmen. Zie par. 5.6.2.
375 Rb. Den Haag 25 juni 1940, *NJ* 1940, 982.
376 Pigeau 1787, p. 305.
377 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 91-92.
378 Star Busmann 1972, p. 262.
379 Zie par. 6.2.3.4.

spraak wordt in het algemeen aangenomen dat een deskundige in het deskundigenbericht behoort te reageren op opmerkingen en verzoeken van partijen naar aanleiding van het concept-deskundigenbericht. Ook wordt wel eens overwogen dat het in de eerste plaats aan de deskundige is om uit te maken of, en zo ja, in hoeverre hij in het deskundigenbericht rekening houdt met het door partijen op het concept-deskundigenbericht geleverde commentaar.[380] Soms wordt expliciet van een deskundige verlangd dat hij in het deskundigenbericht ingaat op de opmerkingen en verzoeken van partijen.[381] In een zaak waarin de deskundige een instructie van deze strekking had genegeerd, vond de rechtbank Zutphen het desondanks voldoende dat partijen bij de rechter op het deskundigenbericht hadden kunnen reageren.[382] Volgens de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' dient de deskundige te reageren op opmerkingen en verzoeken die vallen binnen het kader van de door de rechter gestelde vragen (nr. 28).[383] De Hoge Raad lijkt echter de mogelijkheid open te willen houden dat een deskundige in het geheel niet hoeft te reageren op opmerkingen en verzoeken van partijen. Dit is af te leiden uit een arrest van de Hoge Raad in een zaak over de aansprakelijkheid van een farmaceutisch bedrijf voor de schade van een proefpersoon die tijdens geneesmiddelenonderzoek letsel had opgelopen aan zijn rechterarm en rechterhand.[384] In de bodemprocedure tussen de curator in het faillissement van het farmaceutisch bedrijf en de proefpersoon maakte een voorlopig deskundigenbericht deel uit van de processtukken. Het hof was in hoger beroep van oordeel dat er een gebrek kleefde aan het voorlopig deskundigenbericht, aangezien de deskundige aan partijen geen gelegenheid had gegeven voor opmerkingen en verzoeken. Het hof heeft daarna aanvullende vragen aan dezelfde deskundige voorgelegd. Tijdens de totstandkoming van het aanvullende deskundigenbericht heeft het farmaceutisch bedrijf een rapport aan de deskundige doen toekomen van een partijdeskundige door wie het bedrijf zich liet bijstaan. In het rapport van de partijdeskundige werd de visie van de deskundige betwist. Na het aanvullende deskundigenbericht heeft het hof geoordeeld dat de gebreken in het voorlopig deskundigenbericht voldoende waren hersteld. Het hof constateerde dat de deskundige kennis had genomen van de kritiek van de partijdeskundige en desondanks niets had teruggenomen van de conclusies van het voorlopig deskundigenbericht. Vervolgens nam het hof de conclusies van de deskundige over.

In cassatie voerde het farmaceutisch bedrijf onder andere aan dat het hof had moeten motiveren waarom de kritiek van de partijdeskundige op het deskundigenadvies ongegrond was, aangezien de deskundige niet had vermeld dat het farmaceutisch bedrijf hem had verzocht in de definitieve rapportage expliciet in te gaan op het rapport van de partijdeskundige, en uit het aanvullend deskundigen-

380 Hof Leeuwarden 17 februari 1999, te kennen uit HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 362, *JOR* 2001, 113, m.nt. K.Frielink, r.o. 4.1.1.
381 Bijv. Rb. A'dam sector kanton 11 oktober 2007, *LJN* BB7962; Hof Den Bosch 7 november 2006, *LJN* AZ2455; Rb. Utrecht 5 december 2007, *LJN* BC0289.
382 Rb. Zutphen 3 januari 2007, *LJN* BA1993, r.o. 5.6.
383 In vergelijkbare zin bijv.: Rb. Roermond 23 maart 2005, *LJN* AT2618, r.o. 2.5.
384 HR 30 juni 2006, *LJN* AX3410.

bericht niet bleek dat de deskundige enige aandacht had besteed aan het rapport van de partijdeskundige. De klacht dat de deskundige geen aandacht had besteed aan het rapport van de partijdeskundige, miste volgens de Hoge Raad feitelijke grondslag, omdat de deskundige het rapport van de partijdeskundige aan zijn aanvullend deskundigenbericht had gehecht. Voor het overige trof het middel volgens de Hoge Raad geen doel omdat het uitgaat van motiveringseisen die aan een deskundigenbericht onderscheidenlijk een daarop gebaseerd rechterlijk oordeel niet kunnen worden gesteld.[385]

Reactie van deskundige: koppelen aan de kennisparadox

Deze uitspraak roept in mijn ogen de vraag op waarom een deskundige aan partijen gelegenheid moet geven tot het maken van opmerkingen en verzoeken, als hij mag volstaan met het aanhechten van een bij deze gelegenheid overgelegd rapport van een vakgenoot waarin de juistheid van zijn visie wordt bestreden, en de mededeling dat hij bij zijn eerder gevormde opinie blijft. Kennelijk hoeft een deskundige in de opvatting van de Hoge Raad niet of nauwelijks in te gaan op de opmerkingen en verzoeken van een partij, noch op grond van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken, noch op grond van het voorschrift dat een deskundigenadvies met redenen is omkleed (art. 198 lid 4 Rv). Als dat zo is, lijkt het ten minste goedkoper om, evenals in Duitsland[386] of Zwitserland,[387] partijen uitsluitend bij de rechter op het deskundigenadvies te laten reageren. Vanuit de gedachte dat het processuele debat over het deskundigenadvies niet bij de deskundige, maar bij de rechter behoort te worden gevoerd, is de terughoudendheid van de Hoge Raad begrijpelijk. In het licht van het risico dat partijen en de rechter een deskundigenadvies niet voldoende doorgronden, is in mijn ogen echter onbegrijpelijk waarom de deskundige iedere discussie met een vakgenoot ongemotiveerd zou mogen afhouden, te meer daar het menselijk is om niet gemakkelijk terug te komen op een eerder gegeven oordeel. De menselijke neiging om vast te houden aan een eerder gegeven oordeel, ook wel *belief perseverance* genoemd, kan leiden tot fouten in een deskundigenonderzoek die, zoals Fernhout schreef, eigenlijk alleen nog kunnen worden hersteld door een geheel nieuw deskundigenonderzoek te gelasten.[388] Naar mijn opvatting behoort een deskundige ter beperking van het risico dat het deskundigenadvies onbruikbaar is, evenals in Engeland, in (een bijlage bij) het deskundigenadvies gemotiveerd te reageren op opmerkingen en verzoeken van partijen die vallen binnen de grenzen van de opdracht en die strekken ter verduidelijking van het deskundigenadvies. Het doel van opmerkingen en verzoeken van partijen naar aanleiding van het deskundigenadvies en van de reactie daarop van de deskundige moet in mijn visie zijn dat wordt bevorderd, tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo

385 HR 30 juni 2006, *LJN* AX3410, r.o. 3.5.3.
386 Zie par. 6.2.6.3 en par. 7.2.2.1.
387 Zie par. 6.2.8.3 en par. 7.2.9.1.
388 Vlg. Daub (par. 6.2.6.2), Bögli (par. 6.2.8.3) en de noot van F. Fernhout over *belief perseverance* bij EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72 (*Cottin/België*).

waarheidsgetrouw mogelijke beslissing, dat partijen in het processuele debat bij de rechter effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies en gelijke kansen hebben om de rechter van de juistheid van het eigen standpunt te overtuigen. De partij die opmerkingen en verzoeken naar aanleiding van het deskundigenadvies doet toekomen die buiten deze bandbreedte vallen en die dus in het processuele debat bij de rechter thuishoren, zou de daarmee gemoeide kosten als nodeloos veroorzaakt zelf moeten dragen (art. 237 Rv).

Als een deskundige gemotiveerd dient te reageren op opmerkingen en verzoeken van partijen die vallen binnen de grenzen van de opdracht en die strekken ter verduidelijking van het deskundigenadvies, is des te meer van belang dat in het deskundigenadvies melding wordt gemaakt van de opmerkingen en verzoeken van partijen. Hierin past niet goed dat het cassatiemiddel, door van de deskundige te verlangen dat hij het verzoek van het farmaceutisch bedrijf vermeldt om in te gaan op het rapport van de partijdeskundige, volgens de Hoge Raad uitgaat van motiveringseisen die niet aan een deskundigenadvies kunnen worden gesteld. Deze overweging is echter ook anderszins problematisch. Een deskundigenadvies moet met redenen zijn omkleed (art. 198 lid 4 Rv). Wellicht valt de vermelding van opmerkingen en verzoeken van partijen niet onder de (rechtstreekse) motivering van een deskundigenadvies. Het oordeel van de Hoge Raad laat echter de vraag open waarom een deskundige het voorschrift over opmerkingen en verzoeken niet schendt wanneer hij in het deskundigenadvies geen melding maakt van het verzoek van een partij om in te gaan op een rapport van een partijdeskundige waarin de visie van de deskundige wordt bestreden. Een deskundige dient immers op grond van art. 198 lid 2 Rv in het deskundigenadvies melding te maken van de opmerkingen en verzoeken van partijen.

6.4.3.6 Opmerkingen en verzoeken als middel om de opdracht aan te vullen of uit te breiden

Het komt voor dat het onderzoek betrekking heeft op meer of andere feiten dan de vraagstelling.[389] Zoals vermeld in par. 4.7.3, is in Nederland onduidelijk of partijen de opdracht mogen wijzigen. Partijen leggen soms ook opmerkingen en verzoeken aan de deskundige voor die de vraagstelling te buiten gaan. Het is de rechter die de punten formuleert waarop het deskundigenonderzoek betrekking heeft (art. 194 lid 1 Rv). Het voorschrift over opmerkingen en verzoeken bevat geen aanwijzing dat een partij de vraagstelling van de deskundige mag uitbreiden,[390] zoals in Frankrijk[391] en Engeland[392] mogelijk is met goedvinden van de wederpartij. Wel kunnen, zoals vermeld in par. 6.4.1.1, in het kader van opmerkingen en verzoeken op initiatief van partijen feiten in het onderzoek worden betrokken die

389 Bijv. Rb. Haarlem 21 november 2007, *LJN* BC2841, r.o. 2.7.
390 Van Boneval Faure meende dat deskundigen niet verplicht waren in te gaan op opmerkingen en verzoeken van partijen waardoor het deskundigenonderzoek werd uitgebreid, als zij dat niet wenselijk vonden (Van Boneval Faure 1893, IV-I, p. 92).
391 Zie par. 4.3.10.3 en 6.2.3.4.
392 Zie par. 6.2.2.3.

buiten de vraagstelling vallen, als de deskundige het onderzoek zelfstandig verricht en de rechter er in de vraagstelling rekening mee heeft gehouden dat de deskundige in zijn onderzoek nog meer of andere feitelijke aspecten zal willen betrekken dan de punten waarover de rechter deskundige voorlichting wenst. Ook dan zijn partijen echter, zelfs als zij het onderling eens zijn, afhankelijk van de bereidheid van de deskundige om het onderzoek uit te breiden. Worden deskundige en partijen het niet eens, dan zal aan de rechter kunnen worden gevraagd om de vraagstelling uit te breiden. De rechter is evenmin gehouden aan het verzoek te voldoen. Wijzigen partijen tijdens het deskundigenonderzoek de omvang van de rechtsstrijd en houdt het verzoek om uitbreiding daarmee verband, dan zal de rechter zich wel rekenschap moeten geven van de gevolgen van de wijziging van de rechtsstrijd voor de bruikbaarheid van een deskundigenadvies met een ongewijzigde vraagstelling (art. 24 Rv, art. 149 Rv).

Soms anticipeert de rechter al bij de formulering van de vraagstelling op eventuele wensen van partijen. Hij laat dan bijvoorbeeld in een algemeen geformuleerde vraag voldoende ruimte aan de deskundige om (uit zichzelf of) in het kader van de opmerkingen en verzoeken van partijen andere feiten in het onderzoek te betrekken dan de punten waarover de rechter wil worden voorgelicht. Het komt ook voor dat de rechter expliciet vermeldt dat de deskundige zelf kan bepalen of hij in het deskundigenadvies aandacht wil besteden aan bepaalde door een partij voorgestelde vragen die de rechter niet overneemt.[393]

Als een poging tot uitbreiding of aanvulling van de opdracht kan in zekere zin ook worden beschouwd dat een partij de aanspraak op opmerkingen en verzoeken gebruikt om de grondslag van het onderzoek uit te breiden. Zo verzocht een verzekeraar de rechter om bij het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht te bepalen dat de wederpartij bepaalde medische gegevens over diende te leggen om de verzekeraar in staat te stellen het recht op opmerkingen en verzoeken effectief uit te oefenen. Het hof Arnhem ging daar niet in mee, met de overweging dat de verzekeraar onvoldoende belang had bij het verzoek in een stadium waarin het onderzoek nog niet eens was gestart en dus niet bleek dat de deskundige in strijd zou handelen met het voorschrift over opmerkingen en verzoeken.[394]

6.4.3.7 Gevolgen van een verzuim in de naleving van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken

Tot slot verdient aandacht of een verzuim in de naleving van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken gevolgen heeft voor de verdere behandeling van de zaak.

Als een partij in strijd met art. 230 lid 2 Rv 1838 niet in de gelegenheid was gesteld tot het doen van voordrachten en vorderingen, leidde dat in de negentiende eeuw volgens De Pinto niet tot nietigheid van het deskundigenadvies.[395] In

393 Bijv. Hof Den Bosch 20 juli 2004, *LJN* AX3533.
394 Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556.
395 De Pinto 1857, II-1, p. 361.

1939 vond Scheltema daarentegen dat de rechter bij schending van het voorschrift geen bewijs mocht ontlenen aan de uitkomsten van het deskundigenonderzoek.[396] Volgens Pitlo/Hidma & Rutgers kan een deskundigenbericht, uitgebracht op grond van een onderzoek waarbij partijen geen gelegenheid hebben gekregen om opmerkingen te maken, de toets der kritiek in de ogen van de wetgever niet doorstaan.[397] Onjuist is echter volgens de Hoge Raad de opvatting dat de rechter een deskundigenbericht niet aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen indien de deskundige heeft verzuimd partijen gelegenheid te geven tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken.[398] Het voorschrift over opmerkingen en verzoeken bevat op zichzelf geen sanctie.[399] Als een deskundige tegenwoordig in strijd met art. 198 lid 2 Rv aan partijen geen gelegenheid heeft geboden tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken, is essentieel of partijen naar behoren en op voet van gelijkheid hebben kunnen participeren in de procedure bij de rechter.[400] Zoals vermeld in par. 5.3.3, moet aan een partij in de procedure voldoende gelegenheid zijn geboden om haar standpunt naar voren te brengen en te bewijzen onder omstandigheden die haar niet in een substantieel nadeliger positie plaatsen dan de wederpartij (*equality of arms*) en moet een partij voldoende gelegenheid hebben gekregen om kennis te nemen van het standpunt en bewijsmateriaal van de wederpartij en daarop te reageren (*adversarial principle*). Als partijen onvoldoende hebben kunnen participeren in het deskundigenonderzoek, kan een combinatie van omstandigheden meebrengen dat het deskundigenadvies niet voor het bewijs mag worden gebruikt, tenzij gelegenheid is geboden voor herstel. Zoals uiteengezet in par. 5.3.3, gaat het er bij deze combinatie van omstandigheden allereerst om of aan een deskundige geheel of ten dele dezelfde vraag is voorgelegd als de door de rechter te beantwoorden vraag. Verder is van belang of de deskundige zelfstandig feitenonderzoek doet, en, zo ja, of partijen daarin voldoende worden betrokken. Ook telt mee of de rechter in staat is om de door de deskundige opgehelderde feiten zelfstandig te beoordelen, dan wel valt te verwachten dat het deskundigenadvies van overwegende invloed op de uitspraak zal zijn. Bij deze combinatie van omstandigheden zal de rechter erop moeten toezien dat aan een deskundigenadvies geen gebreken kleven die raken aan de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM en dat het deskundigenadvies in geval van dergelijke gebreken niet voor het bewijs wordt gebruikt voordat gelegenheid is geboden tot herstel.

In de opvatting van de Hoge Raad staat een verzuim van een deskundige om partijen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen, 'niet in alle gevallen',[401] dan wel 'in zijn algemeenheid niet'[402] in de weg aan het

396 Scheltema 1939, p. 472. In (enigszins) vergelijkbare zin: Star Busmann 1972, p. 262.
397 itlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 177.
398 HR 7 januari 1994, NJ 1994, 320 (*De Vechtlanden/Otter c.s.*).
399 Conclusie A-G Verkade onder 2.18.3 bij HR 12 november 2004, *LJN* AP9636.
400 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*); EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72, m.nt. F. Fernhout (*Cottin/België*).
401 HR 15 juni 2001, NJ 2001, 435, (*WE/VIB II*).
402 HR 25 november 2005, *LJN* AT9053.

gebruik van het deskundigenbericht voor het bewijs.[403] Eerder had de Hoge Raad al eens overwogen dat in een deskundigenadvies gebruik mag worden gemaakt van een rapport van andere deskundigen, ook als die andere deskundigen geen gelegenheid hebben gegeven aan partijen tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken, mits de door de rechter benoemde deskundige die gelegenheid wel heeft geboden.[404] De Hoge Raad laat het over aan het beleid van de rechter in feitelijke instantie of er in geval van een schending van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken aanleiding is om zich nader door deskundigen te laten voorlichten. Dat is op zichzelf niet strijdig met de zojuist aangehaalde rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Ik denk echter dat de rechter in feitelijke instantie het deskundigenadvies van een deskundige die het voorschrift over opmerkingen en verzoeken niet heeft nageleefd, meestal niet voor het bewijs kan gebruiken, tenzij het verzuim is hersteld. Dat denk ik niet alleen omdat de zojuist genoemde combinatie van omstandigheden naar mijn inschatting in de praktijk inherent is aan de meeste situaties waarin een deskundigenadvies wordt ingewonnen, maar ook omdat de mogelijkheden van partijen om een deskundigenonderzoek te controleren en er effectief commentaar op te leveren, in Nederland relatief gering zijn. Naar de huidige stand van de Nederlandse rechtspraak geeft slechts het recht op opmerkingen en verzoeken partijen aanspraak op participatie in het deskundigenonderzoek. Naast de geringe participatieaanspraken van partijen tijdens het deskundigenonderzoek staat geen aanspraak van partijen om de deskundige na het deskundigenadvies ter zitting te doen horen, zoals ik in par. 7.4.2.3 zal toelichten. Schending van het recht op opmerkingen en verzoeken kan in Nederland dus relatief snel tot gevolg hebben dat een deskundigenadvies door de Mantovanelli-bodem zakt. De rechter in feitelijke instantie lijkt zich daar in het algemeen bewust van te zijn. Na de constatering dat de deskundige het voorschrift over opmerkingen en verzoeken heeft geschonden, geeft hij soms opdracht tot herstel.[405] Soms laat hij herstel van het verzuim achterwege op de grond dat een partij gelijk krijgt en daarom door het verzuim van de deskundige niet in enig belang is geschaad.[406] Ook zijn er gevallen waarin geen herstel van het verzuim wordt gelast nadat is beoordeeld of partijen voldoende, of ieder even veel, gelegenheid hebben gekregen om commentaar te leveren op het deskundigenadvies.[407] Het hof Leeuwarden heeft hierbij in aanmerking genomen of een partij die klaagt over schending van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken, vermeldt welke opmerkingen en verzoeken zij tot de deskundige had willen richten.[408] Beroept een partij zich op een buiten de procedure tot stand gekomen

403 HR 15 juni 2001, NJ 2001, 435, (*WE/VIB II*); HR 25 november 2005, *LJN* AT9053.
404 HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 383, m.nt. WMK.
405 Bijv. Hof Den Bosch 15 april 2003, *LJN* AF8234; Rb. Alkmaar sector kanton 18 mei 2005, *LJN* AT6610. Niet meer reparabel vond rechtbank Arnhem dat een deskundige tot twee keer toe aan partijen niet de kans bood om opmerkingen te maken en verzoeken te doen (Rb. Arnhem 4 juni 2003, 74611/HAZA 01.954, ongepubliceerd).
406 Rb. Dordrecht 10 november 2004, *NJF* 2004, 594.
407 Bijv. Hof Arnhem 28 maart 2006, *LJN* AV9120; Rb. Arnhem 30 augustus 2006, *LJN* AZ1795; Hof Leeuwarden 8 november 2006, *LJN* AZ2043; Hof Arnhem 12 december 2006, *LJN* AZ9174; Rb. Zutphen 3 januari 2007, *LJN* BA1993; Rb. Middelburg sector kanton 28 juni 2007, *LJN* BB6137; Rb. Rotterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB3478; Rb. Zwolle 2 januari 2008, *LJN* BD4311, r.o. 2.2.
408 Hof Leeuwarden 8 november 2006, *LJN* AZ2043.

rapport van een niet door de rechter benoemde deskundige en hebben partijen geen opmerkingen kunnen maken naar aanleiding van dat rapport, dan is dat voor de rechter soms een reden om zelf een deskundige in te schakelen.[409] Schendt de deskundige het voorschrift over opmerkingen en verzoeken en gebruikt de rechter het deskundigenadvies vervolgens in een uitspraak die niet vatbaar is voor hoger beroep, dan leidt dat volgens het hof Amsterdam niet tot doorbreking van het appelverbod, omdat het niet het vermoeden wettigt dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.[410]

Als de rechtspraak van de Hoge Raad over de schending van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken en de uitwerking ervan in de lagere rechtspraak in onderling verband worden bezien, valt op dat twee aspecten onderbelicht blijven, namelijk ten eerste de controleerbaarheid van het deskundigenadvies voor partijen en de effectiviteit van hun commentaar op het deskundigenadvies, en ten tweede de kwestie of een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing binnen de grenzen van het geschil. In par. 6.3 duidde ik aan dat de controle van partijen en de rechter op het deskundigenonderzoek in Nederland naar mijn opvatting gering is in verhouding tot de controlemogelijkheden in landen om ons heen. Op deze plaats is de vraag meer of bestaande controlemogelijkheden afdoende worden benut. Een klacht dat het voorschrift over opmerkingen en verzoeken is geschonden, moet door de rechter worden beoordeeld en geeft in zekere zin dus controle. Met deze controlemogelijkheid kan worden bevorderd dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Zo bezien springt in het oog dat in zaken waarin de resultaten van een deskundigenonderzoek normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en tijdens het deskundigenonderzoek materieel bewijslevering plaatsvindt, bij de rechter zelden expliciet aan de orde komt of de mate waarin partijen in het feitenonderzoek van de deskundige hebben kunnen participeren, tot gevolg heeft dat partijen, ook zonder opmerkingen en verzoeken bij de deskundige, effectief commentaar bij de rechter hebben kunnen leveren op het deskundigenadvies. Ook valt op dat nauwelijks aan de orde wordt gesteld of de mate waarin het feitenonderzoek van de deskundige voor partijen controleerbaar was, gevolgen heeft voor de controleerbaarheid van de rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies.

409 Rb. Alkmaar sector kanton 18 mei 2005, *LJN* AT6610; Hof Den Bosch 31 januari 2006, *LJN* AY9098.
410 Hof Amsterdam 14 juli 2005, *LJN* AU5255.

7 De verdere procedure en de beslissing na deskundigenadvies

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het gebruik van een deskundigenadvies in een rechterlijke uitspraak. Nadat een deskundigenadvies is uitgebracht, mogen partijen bij de rechter commentaar op leveren op het deskundigenadvies en de betekenis ervan voor de feiten die tussen hen in geschil zijn. Eventueel kunnen aanvullende vragen aan de deskundige worden voorgelegd. Als het processuele debat is afgesloten, beslist de rechter of hij zich door het deskundigenadvies voldoende voorgelicht acht om een beslissing te nemen. Meestal dient een deskundigenadvies (tevens) als bewijsmiddel. Dan beoordeelt de rechter of hij door het deskundigenadvies – in samenhang met eventueel ander bewijsmateriaal – overtuigd is van de waarheid van betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden en in het deskundigenadvies zijn betrokken. In de beslissing gaat de rechter in op de essentiële stellingen van partijen, waaronder eventuele stellingen naar aanleiding van het deskundigenadvies, en motiveert hij waarom hij het deskundigenadvies al dan niet aan de beslissing ten grondslag legt.

Indeling van dit hoofdstuk
Met behulp van deze chronologie van gebeurtenissen die zich na inlevering van een deskundigenadvies in een zaak kunnen voordoen, wordt in een rechtsvergelijkende paragraaf de verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies en de bewijswaardering na deskundigenadvies in andere landen besproken (par. 7.2). Vervolgens worden de hoofdlijnen van het rechtsvergelijkend overzicht gekoppeld aan enkele inleidende opmerkingen over de situatie in Nederland (par. 7.3). Dan wordt ingegaan op de situatie naar Nederlands recht met betrekking tot de verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies (par. 7.4) en de bewijswaardering na deskundigenadvies (par. 7.5). Tot slot maak ik enkele opmerkingen over nieuwe feiten in een deskundigenadvies, die voorafgaand aan de totstandkoming ervan niet waren betrokken in de rechtsstrijd van partijen (par. 7.6).

De verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies
In Nederland en andere landen kan aan een deskundige worden gevraagd om opheldering te verschaffen over onderdelen van een schriftelijk deskundigenadvies die niet ineens begrijpelijk zijn. In Nederland beslist de rechter of hij daaraan behoefte heeft en hoeft hij geen gevolg te geven aan een verzoek van een partij om

de deskundige ter zitting te horen. In andere landen zijn de bevoegdheden op dit punt soms anders over partijen en de rechter verdeeld. Deze kwestie is relevant voor de centrale vraagstelling wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Degene die bepaalt of de deskundige een schriftelijk deskundigenadvies nader dient toe te lichten, heeft het immers in eigen hand om te weten te komen of het feitenonderzoek van de deskundige en het daarop gevolgde deskundigenadvies een optimale bijdrage zullen leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen, ook als een deskundigenadvies daarover onvoldoende duidelijkheid verschaft.

De bewijswaardering na deskundigenadvies
Een deskundigenadvies wordt, als middel ter voorlichting van de rechter of als bewijsmiddel, gebruikt in een rechterlijke uitspraak waarin binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. Door tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak, zo nodig met toepassing van dwangmiddelen, kunnen vastgestelde burgerlijke rechten en verplichtingen worden verwezenlijkt. Het rechterlijk oordeel dient, ook als daaraan een deskundigenadvies ten grondslag wordt gelegd, voor partijen en derden controleerbaar en aanvaardbaar te zijn. De feiten die met behulp van een deskundigenadvies of ander bewijsmateriaal worden vastgesteld, behoren niet wezenlijk af te wijken van de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid.[1] De aard van deskundigenbewijs brengt echter mee dat voor personen die niet deskundig zijn op het vakgebied waarop een deskundigenadvies is uitgebracht, niet altijd goed is in te schatten of het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen. De vrijheid van de rechter in de bewijswaardering, het proces van de rechterlijke oordeelsvorming en de motivering van de rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies zijn essentiële instrumenten om de kans te beperken dat – in de woorden van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid – rechterlijke oordelen zich loszingen van de feiten.[2] Bij de bespreking van de bewijswaardering na deskundigenadvies wordt zowel in het rechtsvergelijkend overzicht als in de paragraaf over het Nederlandse recht aandacht besteed aan de vrijheid van de rechter in de bewijswaardering, de rechterlijke oordeelsvorming met betrekking tot een deskundigenadvies en de motivering van de rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies.

De motivering van een deskundigenadvies
Het oordeel van de rechter na deskundigenadvies wordt (groten)deels gevormd met behulp van de motivering van het deskundigenadvies. Aan het slot van hoofdstuk 5 heb ik in het kader van de betekenis van de verplichting van de deskundi-

1 Zie par. 1.4.3 en 2.5.
2 WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' 2001, p. 193. Zie par. 2.5.

ge om de opdracht 'naar beste weten' te vervullen, enkele elementen opgesomd van de motivering van een deskundigenadvies. Een deskundigenadvies moet de gegevens bevatten die nodig zijn om de bevindingen, gedachtegang en conclusies van de deskundige zo veel mogelijk te volgen en controleren. Lopen de meningen op het vakgebied van de deskundige op een relevant punt uiteen, dan behoort de deskundige daarvan melding te maken. Een deskundigenadvies moet inzichtelijk en consistent zijn en een toereikende onderbouwing van de antwoorden op de vragen van de rechter bevatten. Bij de bespreking van de bewijswaardering na deskundigenadvies worden de motiveringseisen ten aanzien van een deskundigenadvies in dit hoofdstuk gekoppeld aan de vorming van het bewijsoordeel van de rechter.

Beschouwing van bewijsmateriaal in onderling verband en samenhang
In dit boek staat deskundigenbewijs centraal en daardoor komt voornamelijk de bewijswaardering van een deskundigenadvies aan de orde. In veel zaken is bij de bewijswaardering naast een deskundigenadvies ander bewijsmateriaal voorhanden, zoals schriftelijk bewijs of processen-verbaal van getuigenverhoor. De bewijswaardering van een deskundigenadvies vindt in werkelijkheid steeds plaats in onderling verband en samenhang met al het voorhanden bewijsmateriaal. Hierna wordt echter slechts in het kader van de bewijswaardering van een deskundigenadvies ingegaan op de samenhang van een deskundigenadvies met rapporten van door partijen ingeschakelde deskundigen of ander bewijsmateriaal.

7.2 De verdere procedure en beslissing na deskundigenadvies buiten Nederland

7.2.1 Inleiding

De verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies
De verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies laat zich aan het begin van het rechtsvergelijkend overzicht bij wijze van leeswijzer afbeelden op een glijdende schaal. Hiermee wordt per land een indicatie gegeven van de verhouding tussen partijautonomie en regie van de rechter met betrekking tot de vraag op wiens verzoek een deskundige een toelichting dient te verstrekken op een schriftelijk deskundigenadvies:

Invloed partijen				*Invloed rechter*
Duitsland	Spanje	Engeland	Zweden?[3]	Frankrijk
Oostenrijk				België
				Zwitserland
				Nederland

3 De positie van Zweden is gekozen aan de hand van zeer beperkte informatie en heeft daarom een vraagteken.

Aan de meest linkse zijde van de lijn, in Duitsland en Oostenrijk, heeft een partij ruime mogelijkheden om een deskundige ten overstaan van de rechter te horen nadat het deskundigenadvies is uitgebracht. De rechter heeft weinig ruimte om een desbetreffend verzoek van een partij niet te honoreren. Aan de meest rechtse zijde van de lijn is de situatie omgekeerd. Partijen kunnen niet bewerkstelligen dat een deskundige het deskundigenadvies bij de rechter toelicht. Het is aan de rechter of de deskundige een toelichting dient te verstrekken. De schets van de situatie per land begint conform de lijn bij Duitsland en eindigt bij Zwitserland.

De bewijswaardering na deskundigenadvies

Met betrekking tot de bewijswaardering na deskundigenadvies is de leeswijzer beter in woorden dan in beelden te vatten.

In het rechtsvergelijkend overzicht wordt bij de behandeling van de bewijswaardering onder andere besproken of de omvang van de motiveringsplicht van de rechter voornamelijk wordt bepaald door de stellingen van partijen, dan wel of de rechter zijn overtuiging dient te motiveren ongeacht de stellingen van partijen. Hier is meer sprake van twee uitersten dan van een glijdende schaal. In Duitsland en in mindere mate in Oostenrijk en Zwitserland staat voorop dat de rechter inzicht dient te geven in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan zijn oordeel om het deskundigenadvies al dan niet te volgen. Het processuele debat van partijen naar aanleiding van een deskundigenadvies kan in deze landen aanleiding geven tot een verdergaande motiveringsplicht. In Engeland, Frankrijk, België en Nederland hangt de omvang van de motiveringsplicht voornamelijk af van het processuele debat van partijen en wordt buiten de reikwijdte van het processuele debat niet of nauwelijks van de rechter verlangd dat hij inzicht geeft in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan zijn oordeel om een deskundigenadvies al dan niet te volgen.

In geen van de onderzochte landen is de bewijskracht van een deskundigenadvies wettelijk voorgeschreven. Soms lijkt de nationale cassatierechter echter hogere eisen te stellen aan de motivering van de beslissing waarin van een deskundigenadvies wordt afgeweken, dan aan de motivering van de beslissing waarin een deskundigenadvies wordt gevolgd. In Nederland is hierover gedebatteerd naar aanleiding van de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL,[4] zoals in par. 7.5.3.4 wordt besproken. In de gevallen waarin van een deskundigenadvies wordt afgeweken, verschillen partijen meestal gemotiveerd en gedocumenteerd van mening over de juistheid van het deskundigenadvies. De reikwijdte van de motiveringsplicht van de rechter op dit punt komt daarom niet afzonderlijk aan de orde, maar in samenhang met de mate waarin de rechter in een land inzicht moet geven in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan het oordeel om een deskundigenadvies al dan niet te volgen.

4 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (*Nieuw Vredenburgh/NHL*).

7.2.2 Duitsland

In Duitsland zendt de deskundige het voltooide deskundigenadvies aan de rechter. Het gerecht draagt zorg voor toezending van een kopie aan partijen.[5]

7.2.2.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies

Evenals in Nederland,[6] is de deskundige niet gehouden partijen inzage te geven in onderliggende stukken waarvan hij gebruik heeft gemaakt, tenzij de rechter daartoe opdracht geeft (§ 407a lid 4 ZPO) met het oog op de controleerbaarheid van een deskundigenadvies.[7] Partijen kunnen bij de rechter commentaar leveren op een deskundigenadvies:

> 'Die Parteien haben dem Gericht innerhalb eines angemessenen Zeitraums ihre Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem schriftlichen Gutachten mitzuteilen. Das Gericht kann ihnen hierfür eine Frist setzen. (...).' (§ 411 lid 4 ZPO).

Het staat een partij vrij om kritiek op een deskundigenadvies te onderbouwen met behulp van (een rapport van) een partijdeskundige.[8] Ook kan een deskundige in beginsel als getuige worden gehoord (§ 414 ZPO). Naarmate een partij minder kan worden geacht te beschikken over kennis en ervaring op het vakgebied van de deskundige, kan een betwisting van een deskundigenadvies eerder aanleiding geven om nadere vragen voor te leggen aan de deskundige, ook als de betwisting niet gepaard gaat met een rapport van een partijdeskundige.[9]

Mondelinge toelichting van een deskundigenadvies op verzoek van een partij

Nadere vragen aan de deskundige kunnen schriftelijk en mondeling worden gesteld.[10] Aan een verzoek van een partij om de deskundige ter zitting te horen ter opheldering van een deskundigenadvies, dient de rechter gevolg te geven.[11] Dit geldt niet alleen in de bodemprocedure, maar ook in een *selbständiges Beweisverfahren*,[12] dat min of meer vergelijkbaar is met de Nederlandse procedure van het voorlopig deskundigenbericht. De partij die de rechter vraagt om een deskundige ter zitting te horen, hoeft in het verzoek geen melding te maken van de vragen die zij aan de deskundige wenst te stellen.[13] Voldoende is dat het verzoek dui-

---

5 Balzer 2005, nr. 222; Ulrich 2007, nr. 586.
6 Zie par. 5.6.2.
7 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 407a, nr. 21; Ulrich 2007, nr. 587.
8 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 22, nr. 2; Ulrich 2007, nr. 692.
9 Ulrich 2007, nr. 588 en 601. Bijv. BGH 18 oktober 2005, VI ZR 270/04.
10 Balzer 2005, nr. 224.
11 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 411, nr. 7; Wolfgang Brehm, 'Beweisrecht in Deutschland', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 201; Müller 1988, nr. 699; Musielak/Huber 2007, § 411, nr. 7. Vaste rechtspraak, bijv.: BGH 25 oktober 2005, V ZR 241/04; BGH 23 juni 2006, V ZR 17/06; BGH 23 juni 2006, V ZR 147/05; BGH 5 september 2006, VI ZR 176/05.
12 BGH 13 september 2005, VI ZB 84/04.
13 Balzer 2005, nr. 224; Ulrich 2007, nr. 597. Vaste rechtspraak, bijv. BGH 8 november 2005, VI ZR 121/05; BGH 15 maart 2006, IV ZR 182/05.

delijk maakt dat met het stellen van vragen aan de deskundige opheldering van het deskundigenadvies wordt beoogd. Het verzoek mag niet worden afgewezen op de grond dat de rechter een deskundigenadvies duidelijk en overtuigend vindt.[14] Evenmin mag het worden afgewezen op de grond dat de rechter meent dat hij de bezwaren van een partij tegen een deskundigenadvies kan weerleggen, of dat in een deskundigenadvies al voldoende is ingegaan op die bezwaren.[15] Afwijzing van een verzoek van een partij om een deskundige te horen naar aanleiding van een deskundigenadvies, wordt in cassatie aangemerkt als een schending van het beginsel van hoor en wederhoor, tenzij er sprake is van misbruik van recht of onredelijke vertraging van de procedure:

> '22. Jeder Prozesspartei steht gemäß §§ 397, 402 ZPO zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs das Recht zu, den Sachverständigen zu seinem schriftlichen Gutachten mündlich zu befragen und ihm dabei die Fragen vorzulegen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält (...). Der Tatrichter muss dem von einer Partei rechtzeitig gestellten Antrag, den gerichtlichen Sachverständigen nach Erstattung des schriftlichen Gutachtens zu dessen mündlicher Erläuterung zu laden, deshalb auch dann entsprechen, wenn die schriftliche Begutachtung aus seiner Sicht ausreichend und überzeugend ist (...).
> 23. Dieses Recht hat das Berufungsgericht verletzt, indem es dem Beklagten keine ausreichende Gelegenheit gegeben hat, die von ihm für erforderlich gehaltenen Fragen an den Sachverständigen zu richten. (...) Zwar können sich aus den Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauchs und der Prozessverschleppung Beschränkungen des Rechts auf Befragung des Sachverständigen ergeben (...). Hierauf konnte sich das Berufungsgericht indessen nicht stützen.'[16]

Het enkele feit dat een partij de juistheid van een schriftelijk deskundigenadvies betwist, zonder een verzoek te doen om de deskundige ter zitting te horen, brengt niet mee dat de rechter de deskundige dient te horen.[17]

Ambtshalve mondelinge toelichting gelasten

De rechter kan ook ambtshalve de verschijning van de deskundige gelasten ter toelichting van een deskundigenadvies (§ 411 lid 3 ZPO). Van deze bevoegdheid behoort hij gebruik te maken voordat hij een deskundigenadvies aan de uitspraak ten grondslag legt, wanneer het deskundigenadvies onduidelijk, onvolledig of innerlijk tegenstrijdig is, als onduidelijk is of de deskundige van het juiste feitencomplex is uitgegaan, of als er aanwijzingen zijn dat de deskundige zijn mening heeft gewijzigd nadat het deskundigenadvies is uitgebracht.[18]

---

14 Bijv. BGH 29 oktober 2002, VI ZR 353/01; BGH 15 maart 2006, IV ZR 182/05; BGH 23 juni 2006, V ZR 147/05; BGH 25 september 2007, VI ZR 157/06; BGH 17 oktober 2007, IV ZR 56/07.
15 BGH 27 januari 2004, VI ZR 150/02.
16 Vaste rechtspraak, bijv. BGH 23 juni 2006, V ZR 147/05, r.o. 23, met verdere verwijzingen. Zie ook Müller 1988, nr. 700; Ulrich 2007, nr. 597.
17 BGH 25 oktober 2007, I ZR 151/04.
18 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 55, en § 411, nr. 7; Musielak/Foerste 2007, § 286, nr. 11; Musielak/Huber 2007, § 411, nr. 9; Ulrich 2007, nr. 596.

Mondelinge toelichting van deskundige in hoger beroep
Een partij die in eerste aanleg geen verzoek heeft gedaan om de deskundige mondeling vragen te stellen nadat een deskundigenadvies is uitgebracht, heeft in hoger beroep niet alsnog aanspraak op een mondelinge toelichting van het in eerste aanleg uitgebrachte deskundigenadvies. Dat is anders als het verzoek ertoe strekt de deskundige te horen over punten die van wezenlijk belang zijn voor de beslissing en door de rechter in eerste aanleg over het hoofd zijn gezien, of als het in eerste aanleg uitgebrachte deskundigenadvies in hoger beroep gemotiveerd wordt betwist.[19] Is de rechter in hoger beroep van plan af te wijken van een schriftelijk deskundigenadvies dat in eerste aanleg is uitgebracht, of komt hij tot een ander bewijsoordeel dan de rechter in eerste aanleg, dan moet hij de deskundige horen voordat uitspraak wordt gedaan.[20]

Doel van mondelinge toelichting
Bij de mondelinge toelichting van een deskundige gaat het er in essentie om dat de deskundige opheldering verschaft over de onderdelen van een deskundigenadvies die een partij of de rechter niet begrijpt.[21]

Het geven van een mondelinge toelichting stelt eisen aan een deskundige
De deskundige die ter zitting wordt gehoord, raakt direct betrokken in het processuele debat. Als een deskundige een vraag bijvoorbeeld onzinnig of onnodig polariserend vindt, wordt hij geacht toch zakelijk te antwoorden en zijn onpartijdigheid te bewaken. Hij behoort zich erin te verplaatsen dat de rechter en de advocaten in het algemeen niet deskundig zijn op zijn vakgebied en dat zij het schriftelijke deskundigenadvies door middel van vraag en antwoord proberen te doorgronden. Hij dient te kunnen beoordelen of hij op nieuwe vragen ter zitting direct antwoord kan geven of niet. Hij moet bereid zijn op goede gronden terug te komen van een ingenomen standpunt.[22] In literatuur over het medisch deskundigenonderzoek is er op gewezen dat een deskundige die meent dat hij zonder goede grond wordt afgehouden van zijn drukke dagelijkse werkzaamheden, daartoe niet snel bereid zal zijn.[23]

Procedurele aspecten van het geven van een mondelinge toelichting
Gelast de rechter een mondelinge toelichting van een deskundigenadvies, dan is de deskundige verplicht om te verschijnen en de vragen van partijen en de rechter te beantwoorden. Verschijnt hij niet, dan kan hij worden veroordeeld in de

---

19 BGH 8 juni 2004, VI ZR 230/03; BGH 12 december 2006, VI ZR 276/05. Ulrich 2007, nr. 605.
20 Musielak/Huber 2007, § 411, nr. 10. Vgl. ook BGH 10 mei 2005, VI ZR 245/04: wanneer de rechter in eerste aanleg niet heeft voldaan aan het verzoek van een partij om de deskundige te horen, kan een gevolg daarvan zijn dat de rechter in hoger beroep niet mag uitgaan van de door de rechter in eerste aanleg vastgestelde feiten. In dit geval is de rechter in hoger beroep gehouden om te voldoen aan een herhaald partijverzoek om de deskundige te horen.
21 Ulrich 2007, nr. 596.
22 Ulrich 2007, nr. 589-591.
23 Pia Rumler-Detzel, 'Die Sachverhaltsfeststellung im Arzthaftungsprozeß', in: Der medizinische Sachverständige 1995, p. 126.

nodeloos veroorzaakte kosten. Ook kan hem dan een boete worden opgelegd. Weigert de deskundige het deskundigenadvies mondeling toe te lichten, dan kan de rechter de opdracht beëindigen en een andere deskundige benoemen (§ 412 ZPO). Hierbij kan worden bepaald dat de weigerachtige deskundige geen vergoeding ontvangt voor het schriftelijke deskundigenadvies.[24]

Niet geregeld is of het commentaar van partijen en de vragen van partijen en de rechter op voorhand aan de deskundige moeten worden toegezonden. In de literatuur is erop gewezen dat dit aanbeveling verdient, om te bevorderen dat de deskundige voorbereid ter zitting verschijnt en de mondelinge behandeling effectief en efficiënt verloopt.[25]

In de wettelijke regeling van deskundigenbewijs is niet voorzien in een recht van de deskundige om tijdens een mondelinge behandeling vragen te stellen aan partijen en getuigen. In de praktijk wordt de deskundige ter zitting in de gelegenheid gesteld vragen rechtstreeks (in plaats van via de rechter) aan partijen en getuigen te stellen.[26]

Van een deskundigenverhoor behoort een proces-verbaal te worden opgemaakt (§ 160 lid 3 onder 4 ZPO). Een proces-verbaal bestaande uit de zinsnede *'Der Sachverständige erläuterte ausführlich sein Gutachten'* volstaat in het algemeen niet.[27] Een wijziging in de opvatting van de deskundige moet in het proces-verbaal worden vermeld, mede omdat partijen en de hogere rechter moeten kunnen controleren of de rechter de deskundige correct heeft begrepen.[28]

7.2.2.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

Een deskundigenadvies mag in de bewijswaardering door de rechter worden betrokken, als het in opdracht van de rechter is uitgebracht in de procedure tussen partijen, of in opdracht van de rechter of het openbaar ministerie in een andere procedure (§ 411a ZPO),[29] en partijen commentaar hebben kunnen leveren op het deskundigenadvies. Een feit wordt bewezen geacht als de rechter overtuigd is geraakt van de waarheid van het feit met een mate van zekerheid die praktisch haalbaar is en die twijfels niet hoeft uit te sluiten, maar wel overstemt.[30] De waardering van bewijs is overgelaten aan de rechter (§ 286 ZPO).[31] De Duitse wetgever heeft de bewijskracht van een deskundigenadvies dus niet voorgeschreven. Tot

24 Ulrich 2007, nr. 595.
25 Leupertz & Hettler 2007, nr. 181; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 18 nr. 16.
26 Ulrich 2007, nr. 372.
27 Balzer 2005, nr. 224; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 411, nr. 7; Ulrich 2007, nr. 610.
28 BGH 14 maart 2006, VI ZR 335/04.
29 In § 411a ZPO wordt aan een deskundigenadvies dat is uitgebracht in opdracht van de rechter of het openbaar ministerie in een andere procedure, dezelfde bewijskracht toegekend als aan een deskundigenadvies dat wel in de procedure is uitgebracht. Zonder dit voorschrift had het deskundigenadvies uit een andere procedure de status van schriftelijk bewijs (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 411a nr. 1; Musielak/Huber 2007, § 411a, nr. 5).
30 BGH 17 februari 1970, *NJW* 1970, p. 946 (*Anastasia*). Zie over dit arrest ook par. 2.5.5. Balzer 2005, nr. 318; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 16-19; Musielak/Foerste 2007, § 286, nr. 17-18; Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 15; Ulrich 2007, nr. 677.
31 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 50.

het midden van de negentiende eeuw kende Duitsland geen vrije bewijswaardering en was de Duitse rechter gebonden aan de inhoud van een onweersproken deskundigenadvies. De rechter werd gezien als een deskundige in rechtsvragen en droeg geen eigen verantwoordelijkheid voor de juistheid van een deskundigenadvies waarin geen rechtsvragen werden beantwoord. De deskundige fungeerde op zijn vakgebied materieel als feitenrechter (*iudex facti*). Met de komst van de vrije bewijswaardering werd de kennisparadox[32] ook in Duitsland realiteit, want:

> 'vor Einholung des Gutachtens verfügt der Richter über keinerlei Sachkunde, danach wird ihm zugetraut, daß er sogar das Gutachten beurteilen kann.'[33]

De rechter beoordeelt met behulp van logisch denken en eigen kennis en ervaring of het deskundigenadvies volledig en overtuigend is en geen tegenstrijdigheden bevat.[34] Hij dient zich er bij zijn oordeelsvorming van bewust te zijn, dat in een deskundigenadvies tot op zekere hoogte de persoonlijke opvattingen van de deskundige zijn neergelegd. Hij heeft tot taak de subjectieve waardering van de waarnemingen van de deskundige aan een kritische juridische beschouwing te onderwerpen.[35] De rechter in feitelijke instantie moet zich ook overtuigen van de juistheid van de feiten die de deskundige op zijn vakgebied heeft opgehelderd en aan het deskundigenadvies ten grondslag legt. Hij behoort zich zo veel mogelijk een oordeel te vormen over de juistheid van de conclusies van de deskundige. De motivering van het deskundigenadvies is, naast het processuele debat van partijen naar aanleiding van het deskundigenadvies, een middel om de rechter tot deze controle in staat stellen, eventueel aangevuld met de mondelinge toelichting van de deskundige nadat het deskundigenadvies is uitgebracht.

Motivering van een deskundigenadvies

In Duitsland moet een deskundigenadvies de gronden bevatten waarop het berust, ook al is dat, evenals in België,[36] niet wettelijk voorgeschreven. De deskundige moet onderzoeksbevindingen waarop een advies is gegrond, zo concreet aanduiden dat ze kunnen worden gecontroleerd:[37]

> '(...) Soweit das Gericht sich bei der Tatsachenfeststellung auf ein Sachverständigengutachten stützt, muss es dieses sorgfältig und kritisch würdigen (...). Muss sich der Sachverständige zur Erstattung seines Gutachtens zunächst Kenntnisse verschaffen, die die anzuwendende Sachkunde selbst betreffen, ist dies zwar vom Gutachtenauftrag umfasst (...); auch diese sogenannten Befundtatsachen hat das Gericht jedoch nachzuprüfen, wenn sie bestritten sind. Zudem muss den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, an die Prüfung mitzuwirken. Das gebietet

32 Zie over de kennisparadox par. 1.4.4.
33 Peter Arens, 'Deutscher Landesbericht', in: Nicklisch 1984, p. 30-31. Zie ook: Olzen 1980, p. 74-75; Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 16.
34 Olzen 1980, p. 77. Bijv. BGH 12 februari 2008, VI ZR 221/06.
35 Ulrich 2007, nr 675.
36 Zie par. 7.2.8.2.
37 Ulrich 2007, nr. 377.

deren aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgender Anspruch auf ein rechtstaatliches Verfahren und auf effektiven Rechtsschutz (...).
Für die erforderliche Nachprüfung eines Sachverständigengutachtens kann deshalb die Kenntnis der einzelnen tatsächlichen Umstände, die der Sachverständige selbst erhoben und seinem Gutachten zugrunde gelegt hat, unentbehrlich sein. In einem solchen Fall ist regelmäßig die Offenlegung dieser Tatsachen durch den Sachverständigen geboten (...). Ob und inwieweit das Gericht und die Verfahrensbeteiligten die Kenntnis von Tatsachen, die ein Sachverständiger seinem Gutachten zugrunde gelegt hat, für eine kritische Würdigung des Gutachtens tatsächlich benötigen, ist eine Frage des Einzelfalls. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (...) ist grundsätzlich die Forderung nach einer eigenen Überprüfung durch die Beteiligten umso berechtigter, je weniger das Gutachten auf dem Erfahrungswissen des Sachverständigen und je mehr es auf einzelnen konkreten Befundtatsachen aufbaut.'[38]

Een ongemotiveerd deskundigenadvies is niet controleerbaar en daarmee niet voldoende bruikbaar.[39] Een deskundigenadvies moet integraal begrijpelijk en controleerbaar zijn, dat wil zeggen ten aanzien van de feiten waarvan de deskundige uitgaat, de gebruikte onderzoeksmethoden, de onderzoeksbevindingen, de gebruikte kennis en ervaring en de conclusies.[40] Een deskundige dient in een deskundigenadvies in te gaan op alle factoren en argumenten die relevant zijn voor de beantwoording van de vraagstelling, ongeacht of ze zijn opinie ondersteunen.[41] In het taalgebruik moet een deskundige er rekening mee houden dat de opdrachtgever niet beschikt over de kennis en ervaring van de deskundige.[42]

Gebruik van oncontroleerbare gegevens, bijvoorbeeld van niet herkenbare vergelijkingspanden in huurzaken, is in het algemeen niet toegestaan, ook niet als partijen of derden geheimhouding als voorwaarde hebben gesteld voor hun medewerking aan het deskundigenonderzoek.[43] Een deskundigenadvies waaraan geheime stukken of inlichtingen van niet nader genoemde personen ten grondslag liggen, is niet bruikbaar voor het bewijs:

'Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (...) kann das Gericht im Interesse der beweisbelasteten Prozesspartei geringere Anforderungen an die Offenlegung durch den Sachverständigen stellen, wenn die von diesem dafür vorgebrachten Gründe hinreichend gewichtig sind, und kommt dies insbesondere in Betracht, wenn es sich um Daten aus der engsten Privat- oder Intimsphäre unbeteiligter Dritte handelt, deren Preisgabe niemandem zuzumuten ist. In derartigen Fällen muss regelmäßig damit gerechnet werden, dass auch ein anderer Sachverständiger nicht in der Lage sein wird, zu der Beweisfrage unter Offenlegung einschlägiger Tatsachen

38 BHG 18 juli 2007, VIII ZR 236/05, r.o. 30-31.
39 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Mayr) § 28 nr. 2; Ulrich 2007, nr. 560.
40 Ulrich 2007, nr. 562-574; Walterscheidt in: Wellmann, nr. 138-140 en 143.
41 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 407a nr. 14; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Mayr) § 29 nr. 19 en 26; Ulrich 2007, nr. 573.
42 Schlund in: Ehlers nr. 81; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Mayr) § 28 nr. 14; Ulrich 2007, nr. 572.
43 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 407a nr. 14 en 18; Musielak/Huber 2007, § 411, nr. 4; Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 15 nr. 67; Ulrich 2007, nr. 377.

> Stellung zu nehmen. Allein der Umstand, dass Dritte eine Bekanntgabe von Tatsachen aus ihrer Privatsphäre nicht wünschen und der Sachverständige sich daran gebunden fühlt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings kein ausreichender Grund dafür, auf ein solches Gutachten zu stützen.'[44]

Voor zover een deskundige een verschoningsrecht heeft (§ 402 ZPO/§ 338 lid 1 onder 6 ZPO), is hij echter niet verplicht zijn bronnen te openbaren. De rechter kan een deskundige bovendien niet dwingen om gebruikte gegevens te openbaren. De deskundige is niet gehouden alle feiten en aanknopingspunten die hem volgens de opdracht tot uitgangspunt strekken, aan het deskundigenadvies ten grondslag te leggen. Hij bepaalt op zijn vakgebied welke hij daarvan gebruikt bij de beantwoording van de vraagstelling.[45] De feiten en aanknopingspunten die hij ten grondslag legt aan conclusies, moeten in het deskundigenadvies worden opgenomen.[46] De weergave van de bevindingen is mede van belang, omdat de rechter daaruit kan opmaken of de deskundige binnen de grenzen van de opdracht met gebruik van kennis en ervaring op zijn vakgebied bepaalde feiten heeft opgehelderd, en de rechter zulke feiten zonder verdere bewijslevering bewezen mag achten.[47]

Motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies
Anders dan in Nederland,[48] knoopt de motiveringsplicht van de Duitse rechter ten aanzien van de beslissing na deskundigenadvies niet primair aan bij het processuele debat van partijen, maar bij het deskundigenadvies. De Duitse rechter moet in de uitspraak inzichtelijk maken hoe hij op grond van een deskundigenadvies tot zijn oordeel komt:[49]

> 'Das Gericht muss im Ureil nachvollziehbar darlegen, dass es dem Gutachten aufgrund eigener Überzeugung folgt; dazu ist nötig, zur gedanklichen Schlüssigkeit die wesentlichen Tatsachen sowie die Erhebungen und Ergebnisse eigenständig mitzuteilen und zu begründen, warum diese Ausführungen für richtig befunden werden.'[50]

De rechter dient zijn oordeel feitelijk te motiveren. In de motivering van de beslissing brengt hij tot uitdrukking dat hij heeft getoetst of de feiten die de deskundige aan het deskundigenadvies ten grondslag legt, juist zijn en vaststaan. Hij behoort niet te volstaan met de enkele vermelding dat hij overtuigd is van de

---

44 BGH 18 juli 2007, VIII ZR 236/05, r.o. 37.
45 Ulrich 2007, nr. 357.
46 Ulrich 2007, nr. 561-562.
47 Ulrich 2007, nr. 563.
48 Zie par. 7.5.3.2.
49 Peter Arens, 'Deutscher Landesbericht', in: Nicklisch 1984, p. 31-32; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 53; Leupertz & Hettler 2007, nr. 183-184; Musielak/Huber 2007, § 402, nr. 12-13; Ulrich 2007, nr. 274, 677 en 689.
50 Ulrich 2007, nr. 689, met verwijzing naar BGH 23 september 1997, NStZ 98, 83. Dit geldt wanneer de materie technisch ingewikkeld is, zoals in octrooizaken: bijv. BGH 13 februari 2007, X ZR 73/05; BGH 13 februari 2007, X ZR 74/05.

zienswijze van de deskundige, zoals in de overweging waarin de rechter zich aansluit bij

> 'der überzeugenden Darstellung des auch in anderen Verfahren dieses Gerichts eingesetzten und facherfahrenen Gutachters'.[51]

De rechter mag een niet door partijen weersproken deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag leggen met de motivering dat hij heeft getoetst dat de deskundige is uitgegaan van het juiste feitencomplex en diens bevindingen en conclusies begrijpelijk, geloofwaardig en logisch te volgen zijn.[52]

Wanneer een kwestie te complex is om een deskundigenadvies te doorgronden en na te vertellen waarom een deskundigenadvies overtuigt, mag de rechter zich zonder nadere motivering aansluiten bij een deskundigenadvies, mits hij van de deskundigheid van de deskundige overtuigd is en in de motivering van de beslissing zo veel mogelijk laat zien dat het deskundigenadvies in samenhang met het feitencomplex van de zaak logisch te volgen is. Naarmate de onderzoeksmethode van de deskundige gebruikelijker is, hoeft de rechter in de motivering van zijn beslissing minder aandacht te besteden aan zijn oordeel over de gebruikte methode.[53] De Duitse cassatierechter verlangt van de rechter in feitelijke instantie echter dat hij inzicht geeft in zijn gedachtegang bij de beoordeling van de waarde voor het bewijs van het gebruik van een wetenschappelijke methode wanneer de juistheid of de juiste toepassing ervan is betwist. Dit was onder andere het geval in een afstammingszaak, waarin werd betwist dat de deskundige de Afrikaanse herkomst van de man correct in de analyse van DNA-materiaal had verwerkt. De Duitse cassatierechter ging met eigen berekeningen na of de kansberekening van de deskundige juist kon zijn.[54] Uit het oogpunt van de kennisparadox is treffend dat een herstelarrest nodig was om de formule van de eigen waarschijnlijkheidsberekening van de cassatierechter te corrigeren. In plaats van 0,06625 was daarin het getal 0,0625 beland, terwijl in de berekening was uitgegaan van 0,06625.[55] Olzen heeft erop gewezen dat de rechter in het algemeen niet in staat is om de door de deskundige toegepaste wetenschappelijke methode of andere vakinhoudelijke aspecten van een deskundigenadvies te toetsen en vooral zal toetsen of een deskundigenadvies logisch te volgen is.[56]

Het processuele debat van partijen kan meebrengen dat de rechter een verdergaande motiveringsplicht heeft ten aanzien van de beslissing na deskundigenadvies. Als een deskundigenadvies door een partij gemotiveerd wordt betwist, of als de inhoud ervan in tegenspraak is met rapporten van partijdeskundigen of ander in de zaak voorhanden bewijsmateriaal, mag de rechter een deskundigenadvies

51 Ulrich 2007, nr. 278.
52 Balzer 2005, nr 356.
53 Ulrich 2007, nr. 690.
54 BGH 3 mei 2006, XII ZR 195/03.
55 BGH 15 november 2006, XII ZR 195/03.
56 Olzen 1980, p. 68, 78.

niet aan de uitspraak ten grondslag leggen zonder op het desbetreffende punt inzicht te geven in zijn gedachtegang.[57] Een partij kan de juistheid van een deskundigenadvies gemotiveerd betwisten met een rapport van een door haar ingeschakelde deskundige. Het rapport van een partijdeskundige dient ter onderbouwing van het partijstandpunt en wordt niet als een afzonderlijk bewijsmiddel beschouwd, tenzij beide partijen het rapport van de partijdeskundige als bewijsmiddel in hun zaak aanmerken.[58]

Vanzelfsprekend mag de rechter een schriftelijk deskundigenadvies niet zonder nadere motivering aan de beslissing ten grondslag leggen, als de deskundige is gehoord nadat het deskundigenadvies is uitgebracht en er mogelijk sprake is van verschillen tussen het deskundigenadvies en de verklaring van de deskundige ter zitting.[59]

Afwijken van een deskundigenadvies

Omdat de waardering van het bewijs is overgelaten aan de rechter, staat het de rechter vrij in de uitspraak gemotiveerd af te wijken van een deskundigenadvies. Hij dient dan wel voldoende inzicht te verschaffen in zijn gedachtegang door uiteen te zetten op welke gronden hij tot een ander oordeel komt dan in het deskundigenadvies is neergelegd. Hierbij is kennis en ervaring op het vakgebied van de deskundige nodig, waarover de rechter meestal niet beschikt. Olzen denkt dat aan een rechterlijke beslissing waarin wordt afgeweken van een deskundigenadvies, zodanig zware motiveringseisen worden gesteld, dat de rechter geneigd zal zijn een deskundigenadvies te volgen.[60]

De rechter mag een deskundigenadvies niet terzijde stellen met gebruik van eigen kennis op het vakgebied van de deskundige, tenzij hij inzichtelijk maakt dat zijn kennis daarvoor toereikend is.[61] In dit geval moet hij de deskundige bovendien de kans geven het deskundigenadvies te verbeteren of aan te vullen.[62] De rechter mag op zichzelf de zienswijze van een partijdeskundige volgen in plaats van het in zijn opdracht uitgebrachte deskundigenadvies, maar dat vergt wel het nodige van hem:

> '4. (...) f. (...) Da der Sachverständige aber dem Richter gerade die Sachkunde vermitteln soll, die diesem selbst auf einem Spezialgebiet fehlt, muß der Richter prüfen, ob er seine Zweifel an dem Gutachten ohne jede weitere sachverständige Hilfe zur Grundlage des Urteils machen kann. Will er dem Gutachten nicht folgen, so muß er seine abweichende Überzeugung begründen, und

57 Bijv. BGH 4 mei 1993, NJW 1993, 2992; BGH 22 september 2004, IV ZR 200/03; BGH 15 november 2006, IV ZR 122/05.

58 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, Übers § 402, nr. 21-24; Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein) 2008, § 15 nr. 32; Musielak/Foerste 2007, § 286, nr. 11; Ulrich 2007, nr. 41, 692 en 694; Zuschlag 2002, p. 29.

59 BGH 29 maart 2006, VIII ZR 173/05.

60 Olzen 1980, p. 79.

61 Peter Arens, 'Deutscher Landesbericht', in: Nicklisch 1984, p. 32; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 50; Musielak/Foerste 2007, § 286, nr. 67; Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 22; Ulrich 2007, nr. 273-274. Zie par. 4.3.6.1.

62 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 60.

diese Begründung muß erkennen lassen, daß die Beurteilung nicht von einem Mangel an Sachkunde beeinflußt ist (...). Hat der Tatrichter die erforderliche Sachkunde nicht, so muß er notfalls ein weiteres Gutachten nach § 412 ZPO einholen (...). Vorhandene weitere Aufklärungsmöglichkeiten müssen deshalb genutzt werden, wenn sie sich anbieten und Erfolg versprechen. Dies gilt auch dann, wenn der Tatrichter meint, keiner der Sachverständigen habe mehr überzeugt als der andere, so daß keinem der Vorzug zu geben sei. Dies mag im Einzelfall ein vertretbares Ergebnis der vorzunehmenden Beweiswürdigung sein. Diese muß aber erkennen lassen, daß die widersprechenden Ansichten der Sachverständigen gegeneinander abgewogen worden sind und daß sich nach Herausarbeitung der abweichenden Standpunkte keine weiteren Aufklärungsmöglichkeiten ergeben haben (...)'.[63]

De rechter mag een deskundigenadvies niet aan de uitspraak ten grondslag leggen, als de deskundige in het deskundigenadvies uitgaat van een ander feitencomplex dan de rechter.[64] Bayerlein, die de bewijswaardering van een deskundigenadvies tot de moeilijkste taken van de rechter rekent, geeft voorbeelden van gevallen waarin door een deskundige conclusies worden getrokken uit feiten die onjuist zijn of tussen partijen niet vaststaan. De deskundige maakt bijvoorbeeld gebruik van de verklaring van een door hem gehoorde derde, zonder de bron van zijn wetenschap in het deskundigenadvies te vermelden.[65] De rechter kan zich dan niet overtuigen van de betrouwbaarheid van de verklaring van de derde. Wellicht onderkent hij zelfs niet dat de deskundige niet uit eigen wetenschap verklaart. Een ander voorbeeld is dat de deskundige in zijn onderzoeksbevindingen een bepaald feit waarschijnlijk acht, maar het feit in zijn conclusies zonder nadere motivering als vaststaand aanmerkt. Daarnaast wijst Bayerlein erop dat, ook als een deskundigenadvies een deugdelijke feitelijke grondslag heeft, het voor de rechter in het algemeen moeilijk is om vast te stellen of de conclusies van de deskundige op zijn vakgebied door de feiten worden gedragen.[66] Het inwinnen van een *Obergutachten*[67] kan behulpzaam zijn als bijzonder ingewikkelde vragen door de rechter moeten worden beantwoord. Het enkele feit dat deskundigen van mening verschillen, brengt echter niet mee dat de rechter een *Obergutachten* zou moeten inwinnen.[68] In de literatuur is herhaaldelijk gesignaleerd dat de beslissing in een zaak waarin een deskundigenadvies wordt ingewonnen, feitelijk van de deskundige afkomstig is: hoewel de rechter verantwoordelijk is voor de beslissing en dus de feiten moet vaststellen die tussen partijen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, is het in veel gevallen een fictie dat de rechter een technisch of wetenschappelijk complex deskundigenadvies inhoudelijk zou kunnen beoordelen.[69]

63 BGH 21 juni 2001, III ZR 313/99.
64 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 9.
65 In gelijke zin: Leupertz & Hettler 2007, nr. 40.
66 Praxishandbuch Sachverständigenrecht 2008, (Bayerlein) § 22, nr. 4-7.
67 Zie par. 4.3.6.1.
68 Balzer 2005, nr. 225; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 61; G. Carstensen, Der Konflikt des "Ober"-Gutachters, in: Der medizinische Sachverständige 1995, p. 115; Müller 1988, nr. 215; Ulrich 2007, nr. 663. Bijv. BGH 30 januari 2001, VI ZR 353/99.
69 Peter Arens, 'Deutscher Landesbericht', in: Nicklisch 1984, p. 30 en 32; Leupertz & Hettler 2007, nr. 16 en 58; Heinrich Nagel, 'Deutschland', in: Nagel/Bajons 2003, nr. 52; Müller 1988, nr. 689; Pieper in: Pieper, Breunung & Stahlmann 1982, p. 19, 23 en 30; Ulrich 2007, nr. 676.

Deskundigenadvies bevat een aan de rechter voorbehouden oordeel
Een valkuil bij de bewijswaardering is dat de deskundige een aan de rechter voorbehouden oordeel geeft,[70] en de rechter daarop zonder eigen juridische beoordeling vertrouwt. Dit deed zich bijvoorbeeld voor in een zaak waarin de aansprakelijkheid vaststond en een deskundigenadvies was ingewonnen met betrekking tot de schade. De grondslag van de aansprakelijkheid was een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst met betrekking tot de productie en ontwikkeling van een apparaat, dat als gevolg van de wanprestatie niet op de markt was gekomen. De schade moest worden geschat. In het deskundigenadvies stond dat het onmogelijk was een uitspraak over de schade te doen. Als het apparaat wel op de markt was gekomen, zou volgens de deskundige zowel verlies als winst mogelijk zijn geweest. Op grond van het deskundigenadvies oordeelde het hof dat de schade niet was bewezen. Door de deskundige te volgen, miskende het hof de juridische maatstaf van de schadeberekening, namelijk of *'nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit'* kon worden verwacht dat er zonder wanprestatie winst zou zijn gemaakt. Zekerheid is bij deze maatstaf niet vereist. Het hof had daarom ten onrechte rechtsgevolgen verbonden aan de opvatting van de deskundige dat een voorspelling van het economisch succes van het nieuwe product niet mogelijk was.[71]

Bewijswaardering in hoger beroep
In hoger beroep gaat de rechter uit van de feiten die de rechter in eerste aanleg heeft vastgesteld, voor zover concrete aanknopingspunten niet leiden tot twijfel aan de juistheid of volledigheid van de voor de beslissing van belang zijnde feiten en nopen tot een nieuwe feitenvaststelling. Van die twijfel is sprake als de hogere rechter het waarschijnlijk acht dat de vaststelling van de rechter in eerste aanleg na bewijslevering geen stand zal houden. Dit geldt ook voor feiten die op grond van een deskundigenadvies zijn vastgesteld. Twijfels aan de juistheid van een deskundigenadvies kunnen voortkomen uit het deskundigenadvies, vooral als een deskundigenadvies innerlijk tegenstrijdig of onvolledig is. Ook kunnen er aanwijzingen zijn dat de deskundige onvoldoende deskundig op zijn vakgebied was, of anderszins ongeschikt om in de zaak als deskundige te fungeren. Denkbaar is bovendien dat de feitelijke grondslag van het geschil is gewijzigd door een in hoger beroep toelaatbare nieuwe voorstelling van feiten, of dat er nieuwe mogelijkheden zijn voor wetenschappelijk onderzoek ter beantwoording van de vraagstelling van het deskundigenonderzoek.[72] Zijn er redenen om te twijfelen aan de juistheid van een in eerste aanleg uitgebracht deskundigenadvies, dan geeft het gebruik van het deskundigenadvies in de beslissing in hoger beroep aanleiding tot een verdergaande motiveringsplicht, dan wel kan aanvulling van het deskundigenadvies of nieuw deskundigenonderzoek nodig zijn.

70 Zie par. 4.3.6.3.
71 BGH 26 juli 2005, X ZR 134/04.
72 BGH 15 juli 2003, VI ZR 361/02.

Toetsing van een bewijsoordeel in cassatie
Wordt een cassatiemiddel gericht tegen het bewijsoordeel van de rechter in feitelijke instantie, dan treedt de cassatierechter niet in het feitelijke oordeel van de lagere rechter. Wel kan hij procedurele aspecten van de bewijslevering toetsen. Ook kan hij nagaan of het bewijsoordeel begrijpelijk is gemotiveerd (niet in strijd is met *Denkgesetze* en *Erfahrungssätze*),[73] bijvoorbeeld door te onderzoeken of de rechter in feitelijke instantie acht heeft geslagen op de relevante feiten en omstandigheden van het geval, en of het bewijsoordeel niet innerlijk tegenstrijdig, onvolledig of onlogisch is. De bewijswaardering van een deskundigenadvies is in cassatie bijvoorbeeld aantastbaar als op grond van concrete gebreken in het deskundigenadvies aannemelijk is dat de rechter in feitelijke instantie het deskundigenadvies niet aan de vaststelling van feiten ten grondslag had mogen leggen.[74]

7.2.3 Oostenrijk

In Oostenrijk wordt de ontvangst van het schriftelijke deskundigenadvies door de griffie aan partijen meegedeeld (§ 360 lid 2 ZPO), zodat zij om verbetering of aanvulling kunnen vragen[75] en beide partijen voldoende gelegenheid krijgen om een reactie op het deskundigenadvies voor te bereiden.[76] Het is gebruikelijk (en in arbeids- en sociale zekerheidszaken voorgeschreven) dat de griffier aan partijen een kopie van het deskundigenadvies zendt.[77]

7.2.3.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies
Zoals vermeld in par. 6.2.5.1, wordt in Oostenrijk van belang geacht dat de rechter zich zo veel mogelijk uit eigen, rechtstreekse waarneming een oordeel vormt over het bewijs van feiten die tussen partijen in geschil zijn. Een schriftelijk deskundigenadvies moet op verzoek van partijen of de rechter mondeling door de deskundige worden toegelicht (§ 357 lid 2 ZPO). Met dit voorschrift wordt tegemoet gekomen aan het belang dat wordt gehecht aan onmiddellijkheid in de bewijslevering en aan een mondelinge behandeling.[78] De rechter behoort gevolg te geven aan een verzoek van een partij om een deskundige ter zitting te horen nadat een schriftelijk deskundigenadvies is uitgebracht. Dat geldt ook als een partij niet opgeeft welke vragen zij aan de deskundige wil stellen.[79] Het doel hiervan is dat partijen effectief controle kunnen uitoefenen op de bewijslevering.

---

73 Balzer 2005, nr. 318; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2008, § 286, nr. 6; Musielak/Foerste 2007, § 286, nr. 10.
74 Ulrich 2007, nr. 698.
75 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 360 ZPO, nr. 2; Rechberger 2006, § 360-362 nr. 3.
76 Rüffler 1995, p. 167.
77 Jelinek 1990, p. 68; Rüffler 1995, p. 166.
78 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 151; Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1020; Rechberger 2006, § 357 nr. 1-2; Rechberger & Simotta 2003, nr. 637; Rüffler 1995, p. 191-194.
79 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 357 ZPO, nr. 4; Jelinek 1990, p. 68; Rechberger & Simotta 2003, nr. 637.

Partijen mogen ter zitting vragen stellen aan een deskundige die een schriftelijk deskundigenadvies mondeling toelicht (§ 289 ZPO). Volgens Feil & Kroisenbrunner strekt het horen van de deskundige ter zitting ertoe dat partijen de deskundige kunnen vragen om het schriftelijke deskundigenadvies toe te lichten, en niet om het aan te vullen.[80] Partijen kunnen bij de rechter commentaar leveren op het deskundigenadvies en zo nodig fouten, hiaten of tegenstellingen in een schriftelijk deskundigenadvies onder de aandacht van de rechter brengen (§ 286 ZPO). Een partij kan de betwisting van een deskundigenadvies desgewenst (ook) onderbouwen met een rapport van een door haar ingeschakelde deskundige.[81] Het rapport van een partijdeskundige kan relevant zijn bij de waardering van het bewijs dat afkomstig is van de door de rechter benoemde deskundige.[82] Volgens Deixler-Hübner & Klicka kan een rapport van een partijdeskundige tevens als bewijsmiddel dienen, zij het dat het schriftelijk bewijs betreft en geen deskundigenbewijs. De betekenis van het rapport van een partijdeskundige voor het bewijs zal volgens hen in het algemeen gering zijn, op de grond dat het in opdracht van een partij is uitgebracht. Zij vermelden dat dit anders kan zijn wanneer die partij de wederpartij heeft betrokken in de totstandkoming van het rapport van de partijdeskundige.[83]

In hoger beroep mag een deskundigenadvies, dat in eerste aanleg schriftelijk is uitgebracht en waarover de deskundige niet is gehoord, voor het bewijs worden gebruikt nadat de inhoud ervan ter zitting is vermeld.[84] Een klacht bij de hogere rechter dat de deskundige ten onrechte niet door de lagere rechter is gehoord, is ongegrond als niet is vermeld welke vragen de klagende partij aan de deskundige had willen stellen en in hoeverre een hoorzitting tot een andere uitkomst had kunnen leiden.[85] In hoger beroep is het de Oostenrijkse rechter dus niet verboden om in de beslissing of een deskundige wordt gevraagd een schriftelijk deskundigenadvies toe te lichten, vooruit te lopen op de inhoud van de mondelinge toelichting van de deskundige. Een partij die haar recht op een mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies in eerste aanleg niet effectueert, ervaart in hoger beroep dat het belang van onmiddellijkheid niet zonder meer prevaleert boven het belang van een efficiënte procesvoering.

7.2.3.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

De Oostenrijkse rechter is vrij in de bewijswaardering van een deskundigenadvies.[86] Hij beoordeelt of hij door het bewijsmateriaal overtuigd is van de waarheid van een te bewijzen feit. Hiervoor is voldoende dat er naar het (gemotiveerde) oor-

---

80 Feil & Kroisenbrunner 2003, nr. 1020.
81 Rechberger & Simotta 2003, nr. 636; Rüffler 1995, p. 196-211.
82 Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff ZPO, nr. 13; Rechberger & Simotta 2003, nr. 636; Irmgard Reiterer, 'Österreich', in: Nicklisch 1984, p. 132; Stürner 2000b, p. 961.
83 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 151.
84 OGH 6 oktober 1982, 6Ob771/82; 1Ob783/82.
85 Jelinek 1990, p. 69; Rechberger 2006, § 357, nr. 5. Kritisch: Rüffler 1995, p. 193.
86 Deixler-Hübner & Klicka 2007, nr. 151; Fasching 1990, nr. 812- 815; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff ZPO, nr. 4; Jelinek 1990, p. 71; Rechberger 2006, Vor § 266, nr. 1-5, en § 360-362, nr. 7; Rechberger & Simotta 2003, nr. 578-581.

deel van de rechter sprake is van een hoge mate van waarschijnlijkheid dat een te bewijzen feit waar is. Het materiële recht kan meebrengen dat een lagere graad van waarschijnlijkheid volstaat. Bij de vorming van zijn overtuiging zal de rechter acht slaan op de motivering van een deskundigenadvies.

Motivering van deskundigenadvies
Een deskundigenadvies behoort de gronden te bevatten waarop het berust (§ 362 lid 1 ZPO), waaronder valt dat de deskundige de bronnen moet vermelden van de ervaringsregels die hij verschaft of toepast.[87] De motiveringsverplichting van de deskundige dient ertoe partijen en de rechter in staat te stellen de bevindingen en conclusies van de deskundige in het kader van de bewijswaardering te controleren.[88] Tot deze controle is de rechter lang niet altijd in staat, ook al behoort hij zich te overtuigen van de waarheid van de te bewijzen feiten:

> 'Je komplizierter, technisierter und vielfältiger die Lebensformen und die Umwelt werden, desto umfassender und unüberschaubarer wird das Fachwissen, das zu ihrer Beurteilung und Feststellung erforderlich ist, und desto weniger ist der Richter in der Lage, sich durch das Selbststudium diese Kenntnisse zu verschaffen. Das Gericht wird in zunehmendem Maße auf den Sachverständigen angewiesen und ihm ausgeliefert und wird immer weniger in die Lage versetzt, den Sachverständigen selbst wirkungsvoll überprüfen zu können. (...) Der Umstand, daß der Richter in einer steigenden Anzahl von Fällen den Sachverständigen praktisch ausgeliefert ist, zeigt eine Entwicklung an, die im zunehmenden Maße zu einer faktischen Begrenzung der freien Beweiswürdigung zu führen scheint. Umso wichtiger ist es aber, daß der Richter alle ihm irgendwie offenstehenden Möglichkeiten zur Kontrolle der Gutachten ausschöpft.'[89]

Motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies
De rechter dient een deskundigenadvies evenals ander bewijsmateriaal vol te toetsen. Hij dient te onderzoeken welke betekenis een deskundigenadvies heeft voor het bewijs, ook als daarvoor nodig is dat hij een deskundige mondeling of schriftelijk nadere vragen voorlegt, een rapport van een partijdeskundige in de beoordeling betrekt, of zelfstudie moet verrichten. Het onderzoek van de rechter naar de betekenis van een deskundigenadvies voor het bewijs, kan ook aanleiding geven om een andere deskundige te benoemen.[90]

De rechter dient de bewijsbeslissing te motiveren (§ 272 ZPO):

> '1. Das Gericht hat, soferne in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.

87 Fasching 1990, nr. 1006; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 362 ZPO, nr. 1; Jelinek 1990, p. 71.
88 Fasching 1990, nr. 1006; Jelinek 1990, p. 71.
89 Fasching 1990, nr. 1007. In vergelijkbare zin: E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 470; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), Vor §§ 351 ff ZPO, nr. 4; Jelinek 1990, p. 71; Rechberger & Simotta 2003, nr. 634; Irmgard Reiterer, 'Österreich', in: Nicklisch 1984, p. 138.
90 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 470; Fasching 1990, nr. 1006; Fasching, Kommentar ZPO 2004, (Rechberger), § 362 ZPO, nr. 2; Jelinek 1990, p. 72; Rechberger 2006, Vor § 351, nr. 8, en § 360-362, nr. 4; Rüffler 1995, p. 190 en 211.

(...)
3. Die Umstände und Erwägungen, welche für die Überzeugung des Gerichtes maßgebend waren, sind in der Begründung der Entscheidung anzugeben.'

De rechter behoort slechts *'nach gründlicher Überlegung und mit sorgfältiger Begründung'* van een deskundigenadvies af te wijken. Jelinek heeft erop gewezen dat de rechter een forse inspanning moet plegen om van een deskundigenadvies af te wijken en daartoe eigenlijk moet beschikken over kennis op het vakgebied van de deskundige, waardoor de ruimte van de rechter om van een deskundigenadvies af te wijken in werkelijkheid beperkt is.[91]

Nieuwe feiten, die tijdens de bewijslevering naar voren komen en door een partij niet alsnog aan de vordering of het verweer ten grondslag worden gelegd, mogen naar vaste rechtspraak niet in de bewijswaardering worden betrokken,[92] ook al wordt in Oostenrijkse literatuur wel het tegendeel betoogd.[93]

7.2.4 Spanje

In Spanje levert de deskundige zijn deskundigenadvies in bij de rechter (art. 346 LEC).

7.2.4.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies

De rechter behoort partijen gelegenheid te geven om op het deskundigenadvies te reageren.[94] De deskundige wordt in de verdere procedure na deskundigenadvies op verzoek van partijen of op last van de rechter ter zitting gehoord. Het doel hiervan is dat het deskundigenadvies beter wordt begrepen of de waarde van het deskundigenadvies voor het bewijs beter kan worden beoordeeld (art. 346 LEC).[95] Partijen kunnen ter zitting aanvullende vragen aan de deskundige voorleggen, ook als die de grenzen van de opdracht te buiten gaan (art. 347 LEC), en bij de rechter commentaar leveren op het deskundigenadvies. De rechter mag beletten dat ter zitting vragen aan een deskundige worden gesteld die naar doel of inhoud impertinent of nutteloos zijn. De rechter kan de deskundige bij gelegenheid van de mondelinge toelichting eveneens vragen onderdelen van het deskundigenadvies nader toe te lichten. Aanvullende vragen buiten de grenzen van de opdracht mag de rechter op eigen initiatief slechts aan de deskundige voorleggen in zaken waarin hij ambtshalve deskundigenbewijs mag gelasten, te weten zaken over afstamming, echtscheiding en handelingsbekwaamheid.[96]

---

91 Jelinek 1990, p. 71.
92 E.-M. Bajons, 'Österreich', in: Nagel/Bajons 2003, p. 441.
93 Bijv. Fasching 1990, nr. 661 en 899; Rechberger & Simotta 2003, nr. 271.
94 Illescas Rus 2002, p. 330 e.v.
95 Martina Schwonke & Irene Tölg, 'Spanien', in: Nagel/Bajons 2003, p. 630; Manuel Serra Domínguez, 'La Preuve dans le Procès Civil Espagnol', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 393.
96 Martina Schwonke & Irene Tölg, 'Spanien', in: Nagel/Bajons 2003, p. 630 en 628.

7.2.4.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

De rechter bepaalt de waarde van een deskundigenadvies met gezond verstand:

> 'El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.' (art. 348 LEC)

Hiermee is hij binnen de grenzen van logica en ervaringsregels vrij in de bewijswaardering van een deskundigenadvies. Het gaat erom of hij overtuigd is van de juistheid van de zienswijze van de deskundige.[97]

In de motivering van de bewijsbeslissing dient de rechter in te gaan op eventuele gemotiveerde bezwaren van een partij tegen een deskundigenadvies.[98] Ook behoort hij te motiveren waarom hij een deskundigenadvies volgt dat innerlijk tegenstrijdig is, strijdig is met anderszins in de procedure bewezen feiten, nieuwe feiten introduceert waarop partijen zich in de processtukken niet hebben beroepen, of in strijd is met algemeen aanvaarde methoden en technieken.[99] Om de rechter in staat te stellen een en ander te beoordelen, dient de deskundige het deskundigenadvies te onderbouwen met stukken, hulpmiddelen en materialen, of, als dat niet doenlijk is, voldoende inzicht te geven in de gebruikte hulpmiddelen en materialen:

> 'Los dictámenes se formularán por escrito, acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia. Si no fuese posible o conveniente aportar estos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes. Podrán, asimismo, acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración.' (art. 336 lid 2 LEC)

Hoewel de wetgever niet expliciet voorschrijft dat de deskundige de antwoorden op de vragen dient te motiveren, rust op de deskundige volgens Illescas Rus wel een motiveringsplicht.[100]

In cassatie kan de bewijsbeslissing van de rechter in feitelijke instantie worden getoetst voor zover met motiveringsklachten tegen de beslissing wordt opgekomen. Zo kan in cassatie bijvoorbeeld worden beoordeeld of de rechter in feitelijke instantie in de bewijsbeslissing onvoldoende gemotiveerd afwijkt van een deskundigenadvies. Ook kan worden beoordeeld of de rechter in feitelijke instantie een onjuist of innerlijk tegenstrijdig deskundigenadvies zonder toereikende motivering voor het bewijs heeft gebruikt.[101]

---

97 Garciandía González 1999, p. 266-270; Illescas Rus 2002, p. 432-437; Montero Aroca 2005, p. 353.
98 Martina Schwonke & Irene Tölg, 'Spanien', in: Nagel/Bajons 2003, p. 631.
99 Manuel Serra Domínguez, 'La Preuve dans le Procès Civil Espagnol', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 393; Garciandía González 1999, p. 271-274; Illescas Rus 2002, p. 438-451.
100 Illescas Rus 2002, p. 322.
101 Manuel Serra Domínguez, 'La Preuve dans le Procès Civil Espagnol', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 393.

7.2.5 Engeland

Zoals uiteengezet in par. 4.3.3, wordt een deskundigenadvies in Engeland niet uitgebracht in opdracht van de rechter, maar in opdracht van één partij, of van partijen gezamenlijk als het een *single joint expert* betreft. Het voltooide deskundigenadvies moet echter niet worden ingeleverd bij de opdrachtgevende partij, maar bij de rechter:

> 'An expert's report should be addressed to the court and not to the party from whom the expert has received his instructions.' (PD 2.1)

7.2.5.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies

Anders dan in Nederland en omringende landen op het Europese continent, wordt een deskundigenadvies in Engeland niet pas uitgebracht nadat partijen hun vordering en verweer hebben onderbouwd, de rechter heeft beoordeeld of hij behoefte heeft aan voorlichting van een deskundige, en is beslist of een partij van bepaalde feiten bewijs mag leveren. In het trechtermodel dat in het Nederlandse civiele procesrecht gebruikelijk is, brengt de rechter de door partijen over en weer gestelde feiten terug tot de feiten die, gezien de grondslag van vordering en verweer, tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Vervolgens beoordeelt hij, eventueel nadat hij bewijslevering ten aanzien van deze feiten heeft toegestaan en bewijslevering heeft plaatsgevonden, of de voor de beslissing relevante feiten zijn komen vast te staan. Daarop volgt de beslissing ten gronde. In het Engelse procesmodel geldt het omgekeerde. Partijen verzamelen in Engeland op eigen initiatief schriftelijk bewijs, dat mede kan bestaan uit schriftelijke verklaringen van getuigen en uit schriftelijke deskundigenadviezen. Deze fase van *preparation of evidence* gaat meestal vooraf aan een procedure, of vindt plaats aan het begin van een procedure. Bij de totstandkoming van deskundigenbewijs tijdens de procedure heeft de rechter een instruerende rol.[102] Direct na de totstandkoming van het deskundigenadvies heeft een partij gelegenheid om nadere vragen aan de deskundige van de wederpartij te stellen, dan wel krijgen beide partijen gelegenheid om vragen te richten tot een *single joint expert*. De rechter kan de deskundigen van partijen opdragen om overleg met elkaar te plegen en te rapporteren op welke punten zij het eens zijn geworden. De bedoeling hiervan is dat het schriftelijke deskundigenadvies volstaat en het horen van de deskundige ter zitting zo veel mogelijk achterwege kan blijven.[103]

Met behulp van het verzamelde schriftelijke bewijs onderzoeken partijen de mogelijkheden voor een minnelijke regeling. Mislukt de schikkingspoging, dan kan worden (voort)geprocedeerd. Nadat partijen hun standpunten in processtukken hebben neergelegd, mede aan de hand van het in de voorfase of bij aanvang

102 Zie par. 4.3.3, 5.4.3 en 6.2.2.
103 Zie par. 6.2.2.3.

van de procedure verzamelde bewijsmateriaal, vindt bij de rechter de mondelinge behandeling van de zaak plaats. Tijdens de zitting lichten partijen hun standpunten toe, passeert het schriftelijke bewijsmateriaal de revue en kunnen getuigen worden gehoord. Deskundigen die met instemming van de rechter een schriftelijk deskundigenadvies hebben uitgebracht, kunnen op zichzelf eveneens ter zitting worden gehoord. Het komt echter voor, vooral in *fast track cases* (CPR 28) dat de rechter de bijstand van een deskundige beperkt tot een schriftelijk advies en het verhoor achterwege laat.[104] Wordt de deskundige wel ter zitting gehoord, dan is het verhoor, sinds de presentatie van deskundigenbewijs in schriftelijke vorm door de *Civil Procedure Rules* (CPR 35.5 lid 2) tot norm is verheven,[105] in het algemeen beperkt tot aanvullende vragen aan de deskundige ter verduidelijking van het schriftelijke rapport.[106] Betreft het een deskundigenadvies op verzoek van één partij, dan krijgt de wederpartij vervolgens gelegenheid voor *cross-examination*. Een deskundige die in een zaak instructies van (een) partij(en) heeft ontvangen en voor een deskundigenverhoor wordt opgeroepen, is verplicht om te verschijnen (PIE 19.1).

7.2.5.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

De rechter die over de feiten oordeelt, is vrij in de waardering van deskundigenbewijs. Het gaat erom of hij overtuigd is geraakt van de juistheid van de zienswijze van de deskundige. De *standard of proof* in civiele zaken is *on the balance of probabilities (i.e. more likely than not*):

> 'There is no direct method of correlating the standard of proof in criminal and civil cases to the varying degrees of certainty which scientists and other experts ascribe to their findings. The criminal standard is susceptible of no precise mathematical description (...), such as a 99 per cent probability, and although the civil standard can be meaningfully described as 51 per cent probability this is often difficult to translate into terms equivalent to those of scientific results or estimates. In most cases, of course, the expert evidence, whether it be in the form of a generally expressed opinion or of a numerically represented set of scientific results, must be taken together with the factual evidence in the case, to which it is meaningless to ascribe precise numerical probabilities. (...) In civil cases the judge has a duty to give a reasoned judgment, and if exceptionally, he cannot reconcile the conflicts in the expert evidence (e.g. by preferring one expert over the other) he will decide the case on the basis that the party concerned has not discharged the burden of proof to the necessary standard.'[107]

De rechter toetst onder andere of een deskundigenadvies consistent en logisch te volgen is, waarbij hij acht slaat op de motivering van een deskundigenadvies. Zoals vermeld in par. 5.4.3, dient een deskundigenadvies in Engeland uitvoerig te zijn onderbouwd en verantwoord. In het deskundigenadvies moet kort gezegd

104 Hodgkinson & James 2007, p. 172 en 185.
105 Choo 2006, p. 280; Hodgkinson & James 2007, p. 184; Phipson on Evidence 2005, p. 988.
106 Hodgkinson & James 2007, p. 172.
107 Hodgkinson & James 2007, p. 315-316.

melding worden gemaakt van de instructies die een deskundige heeft verkregen van (een) partij(en), de vaststaande en hypothetische feiten waarvan in het deskundigenadvies is uitgegaan, de feiten die de deskundige heeft onderzocht, de toegepaste onderzoeksmethoden, de inschakeling van derden, de geraadpleegde bronnen, de onderzoeksbevindingen, eventuele afwijkende opvattingen in de beroepsgroep, en de conclusies van de deskundige (PD 35/2.2, PIE 13.9-13.11). Verandert een deskundige op een essentieel punt van mening nadat het rapport is voltooid, dan dient hij daarvan melding te maken aan de opdrachtgevende partij(en), en zo nodig ook aan de rechter (PD 35/1.6).[108]

De rechter mag een deskundigenadvies niet willekeurig terzijde leggen. Als hij een deskundigenadvies niet volgt, behoort hij zijn oordeel toereikend te motiveren.[109] De bewijswaarde die aan een deskundigenadvies wordt toegekend, mag mede worden gebaseerd op de kwalificaties van de deskundige, zijn objectiviteit en onafhankelijkheid, de wetenschappelijke onderbouwing van zijn advies, de mate waarin hij geloofwaardig is overgekomen en, indien van toepassing, de mate waarin het deskundigenadvies is gebaseerd op hypothetische feiten die niet stroken met feiten die intussen zijn komen vast te staan.[110] In *Phipson on Evidence* wordt erop gewezen dat een zaak weliswaar wordt beslist door de rechter en niet door de deskundige, maar dat de rechter in de loop der tijd, mede als gevolg van wetenschappelijke en technologische ontwikkelingen, steeds meer afhankelijk is geworden van deskundigenbewijs en de bewijswaardering van deskundigenbewijs steeds hogere eisen aan de bekwaamheden van de rechter stelt:

> 'It is only by the readiness of the courts to receive expert evidence and their ability to grapple with it that an enormous proliferation of specialised tribunals has been avoided. All this has entailed that lawyers and judges have had to become proficient in weighing competing expert evidence.'[111]

7.2.6 Zweden

In Zweden wordt het deskundigenadvies uitgebracht aan de rechter, waarna een kopie aan partijen wordt gezonden. De rechter kan de deskundige vervolgens op verzoek van een partij of ambtshalve ter zitting horen. Het verzoek van een partij mag worden gepasseerd, als een partij er kennelijk geen belang bij heeft om de deskundige te horen. Deskundigen die in dienst zijn van een overheidsorgaan of een soortgelijke instelling, mogen alleen worden gehoord als het stellen van nadere vragen onvermijdelijk is. Als reden wordt hiervoor genoemd dat zij veel rapporten in opdracht van de rechter uitbrengen en het onevenredig veel tijd en geld

108 Sime 2007, p. 403.
109 Choo 2006, p. 285-286; Cross & Tapper 2007, p. 579-580; Day & Le Gat 2001, p. 37; Murphy on evidence 2008, p. 367; Phipson on Evidence 2005, p. 1018; Sime 2007, p. 408.
110 Keane 2008, p. 549; Khoury 2006, p. 75.
111 Phipson on Evidence 2005, p. 1020.

zou kosten als zij vaak ter zitting zouden moeten verschijnen om een schriftelijk rapport toe te lichten.[112]

De rechter is vrij in de bewijswaardering van een deskundigenadvies. Hij moet in de uitspraak inzicht geven in zijn gedachtegang en de gronden van de bewijsbeslissing vermelden.[113]

7.2.7 Frankrijk[114]

In Frankrijk levert de deskundige een schriftelijk deskundigenadvies in bij het gerecht waarbij de zaak aanhangig is (art. 282 CPC). Het is gebruikelijk dat hij partijen een kopie stuurt.[115] Ook de griffier zendt een kopie aan partijen (art. 173 CPC).[116]

7.2.7.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies

Nadat het deskundigenadvies is ingeleverd, mogen partijen er in de verdere procedure bij de rechter op reageren. Anders dan in Nederland[117] en Duitsland,[118] hebben partijen recht op inzage in de stukken waarop de deskundige zijn mening baseert. Deze stukken kunnen bij het deskundigenadvies worden gevoegd.[119]

De rechter kan de deskundige steeds verzoeken om het deskundigenadvies aan te vullen, te preciseren en toe te lichten. Dit kan mondeling ter zitting geschieden of door middel van aanvullende schriftelijke vragen (art. 245 CPC, art. 283 CPC). Het is aan de rechter of hij van deze bevoegdheid gebruik maakt. Hij is niet gehouden om te voldoen aan een desbetreffend verzoek van partijen.[120] Lorieux heeft erop gewezen dat de kwaliteit van de antwoorden en de opdracht van de rechter veelal met elkaar samenhangen:

> 'A l'art de poser les bonnes questions correspondra celui de dire les bonnes réponses.'[121]

Een mondelinge toelichting kan bijvoorbeeld van een deskundige worden verlangd als het deskundigenadvies onvolledig of onduidelijk is, of als het partijdebat over het deskundigenadvies bij de rechter aanleiding geeft tot nadere vragen.

---

112 Bengt Lindell, 'Evidence in Sweden', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 426; Bengt Lindell, 'Schweden', in: Nagel/Bajons 2003, p. 555.
113 Bengt Lindell, 'Evidence in Sweden', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 427.
114 Ook in dit hoofdstuk wordt, evenals in hoofdstuk 6, met betrekking tot Frankrijk voornamelijk ingegaan op de *expertise*. De verdere procedure na een *expertise* vertoont namelijk de meeste overeenkomsten met de verdere procedure na deskundigenbericht naar Nederlands recht. Zie over het onderscheid tussen *expertise, constatation* en *consultation* par. 4.3.10.1.
115 Boulez 2004, nr. 917-918; Zavaro 2007, nr. 181.
116 Boulez 2004, nr. 1001; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1226; Julien & Fricero 2003, nr. 455.
117 Zie par. 5.6.2.
118 Zie par. 7.2.2.1.
119 Boulez 2004, nr. 918.
120 Couchez 2006, nr. 373; Dalloz NCPC 2008, art. 245, aant. 3; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1288.
121 Lorieux 1995, p. 129.

De rechter heeft ook de vrijheid om een andere deskundige te benoemen als hij in het deskundigenadvies niet vindt wat hij zoekt.[122]

7.2.7.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

Het deskundigenadvies wordt naar Frans recht gezien als een maatregel ter instructie van de zaak. Een deskundigenadvies dient ter voorlichting van de rechter, maar het resultaat van een deskundigenonderzoek is voor (een) partij(en) meestal (ook) een bewijsmiddel. De rechter is bij de bewijswaardering niet gebonden aan de bevindingen en conclusies van de deskundige:

> 'Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technician.' (art. 246 CPC)

Dit betekent dat hij vrij is in de waardering van deskundigenbewijs:

> '(...) si le juge n'est pas lié par les conclusions du technicien, il est libre de les faire siennes et apprécier souverainement leur objectivité, leur valeur et leur portée'.[123]

Héron & Le Bars wijzen erop dat in art. 246 CPC tot uitdrukking komt dat de opdracht van de rechter aan de deskundige er niet toe kan leiden dat de rechter bevoegdheden aan de deskundige delegeert. De deskundige heeft slechts tot taak de rechter te helpen bij het begrip en de beoordeling van bepaalde feiten.[124] Ook als een deskundigenadvies gebreken vertoont, bijvoorbeeld doordat het ten onrechte een juridisch oordeel bevat of doordat de deskundige buiten de grenzen van de opdracht is getreden,[125] is de rechter vrij om het deskundigenadvies in zijn oordeel te betrekken.[126]

De vrijheid van de rechter in de bewijswaardering duidt er op dat een deskundigenadvies geen authentieke akte is.[127] Als de deskundige bijvoorbeeld in een deskundigenadvies vermeldt dat hij een bepaald feit zelf heeft waargenomen, hoeft de rechter het feit op grond van die vermelding niet als vaststaand aan te nemen.[128]

De overtuiging van de rechter

In het Franse civiele recht zijn te bewijzen feiten bewezen als de rechter overtuigd is geraakt van de waarheid van die feiten. Het gaat erom dat het te bewijzen feitencomplex overtuigend wordt gereconstrueerd met het oog op de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten.[129] Jeuland heeft erop gewezen dat het woord '*preuve*' in Frankrijk van oorsprong pleegt te worden gebruikt voor het bewijs van de waar-

---

122 Boulez 2004, nr. 1012; Couchez 2006, nr. 365; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1288. CdC 9 mei 1994, 92-14637.
123 CdC 12 november 1985, 83-17061.
124 Héron & Le Bars 2006, nr. 1087.
125 Zie par. 4.3.10.3.
126 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 608; Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1308. Bijv. CdC 5 maart 2003, 00-21931.
127 Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1308; Zavaro 2007, nr. 190.
128 Zavaro 2007, nr. 190.
129 Jeuland 2007, nr. 506.

heid, terwijl het Engelse woord *'evidence'* geen indicatie geeft van de hardheidsgraad van het bewijs, maar centraal stelt dat het erom gaat wat is gezien door een persoon die in het kader van de bewijslevering een verklaring aflegt.[130]

Motivering van een deskundigenadvies
Of een rechter een deskundigenadvies overtuigend vindt, hangt in belangrijke mate af van de motivering ervan. De deskundige moet in het rapport verslag doen van zijn onderzoeksactiviteiten, de toegepaste onderzoeksmethoden, zijn bevindingen en conclusies. Ook zijn twijfels moet hij vermelden.[131] Uit het rapport moet blijken dat de deskundige de toepasselijke procesrechtelijke voorschriften in acht heeft genomen. Alle informatie die kan bijdragen aan de opheldering van de vragen waarop het onderzoek was gericht, moet in het deskundigenadvies worden vermeld (art. 244 lid 1 CPC). Informatie waarvan de deskundige tijdens het onderzoek kennis heeft gekregen, maar die niet rechtmatig is verkregen of niet relevant is voor het deskundigenadvies, mag de deskundige niet openbaren (art. 244 lid 2 CPC).[132] Is in het deskundigenonderzoek een deskundige op een ander vakgebied geraadpleegd, dan moet aan het deskundigenadvies het advies worden gehecht van de deskundige op het andere vakgebied (art. 282 CPC). In het deskundigenadvies moeten ook de namen en hoedanigheden worden vermeld van personen door wie de deskundige zich heeft laten bijstaan (art. 282 CPC).

In een deskundigenadvies waarin de onderzochte feiten worden beschreven, worden de door de rechter vast te stellen feiten als het ware vóórgeconstrueerd, hetgeen wel de *'préqualification des faits*' door de deskundige wordt genoemd.[133] De deskundige geeft zijn perceptie van de werkelijkheid door aan de rechter. Hij laat weg wat hij niet relevant acht of niet als relevant herkent.[134] De deskundige volgt een gedachtegang die hem tot zijn constructie van de relevante feiten op zijn vakgebied brengt. De motivering van een deskundigenadvies moet partijen en de rechter in staat stellen om de gedachtegang van de deskundige te volgen en te controleren. De vragen moeten begrijpelijk en – binnen de grenzen van de opdracht – met voldoende oog voor het geschil zijn beantwoord:

> 'Le grand expert est celui qui comprend le conflit et répond aussi bien aux questions que le juge lui a posées qu'à celles qui aurait du lui poser si lui même avait bien compris de quoi il s'agissait avant d'ordonner l'expertise.'[135]

Lorieux meent dat een deskundige de inzet van het geding moet begrijpen om te verhinderen dat hij in het deskundigenadvies langs de essentie van het geschil gaat.[136]

130 Jeuland 2007, nr. 508.
131 Zavaro 2007, nr. 180.
132 Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1286; Julien & Fricero 2003, nr. 447; Zavaro 2007, nr. 180.
133 Cadiet & Jeuland 2006, nr. 608; Leclerc 2005, nr. 219-223.
134 Dumoulin 2007, p. 107-108.
135 Zavaro 2007, nr. 180.
136 Lorieux 1995, p. 129.

Motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies
Een rechterlijke uitspraak dient gemotiveerd te zijn (art. 455 CPC). Als een partij de juistheid of volledigheid van een deskundigenadvies gemotiveerd heeft betwist, dient de rechter die het deskundigenadvies volgt, de aangevoerde bezwaren gemotiveerd te verwerpen.[137] Wijkt de rechter in de uitspraak af van een deskundigenadvies, dan dient hij zijn oordeel toereikend te motiveren.[138] De rechter kan een deskundigenadvies bijvoorbeeld terzijde stellen als hij zich anderszins voldoende voorgelicht acht, of als hij het deskundigenadvies onvoldoende geloofwaardig acht.[139] In de uitleg die de rechter in de uitspraak aan het deskundigenadvies geeft, mag het deskundigenadvies niet worden gedenatureerd.[140]

Terugkoppeling aan deskundige
De griffier dient de deskundige een kopie van de uitspraak te zenden (art. 284 lid 4 CPC). De deskundige krijgt in Frankrijk dus automatisch te zien wat er in de uitspraak met zijn deskundigenadvies is gedaan.[141]

7.2.8 België

In België zendt de deskundige het origineel van het voltooide deskundigenadvies aan de griffie. Tegelijk stuurt hij partijen bij aangetekende brief een kopie (art. 978 lid 2 GW).

7.2.8.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies
Partijen mogen bij de rechter reageren op het deskundigenadvies en de betekenis ervan voor de verdere behandeling van de zaak, ook als zij over het voorlopig advies geen opmerkingen bij de deskundige hebben gemaakt.[142] De ruime gelegenheid van partijen om in het onderzoek te participeren, waarop in par. 6.2.4 is ingegaan, heeft een tegenhanger in de verdere procedure na deskundigenadvies. Er kan onder omstandigheden namelijk sprake zijn van rechtsmisbruik, wanneer een partij de gelegenheid tijdens het onderzoek onvoldoende benut en voor het eerst in de verdere procedure bij de rechter opmerkingen maakt die een reactie van de deskundige vergen en tot verdere vertraging van de procedure leiden.[143]

Aanvullend of nieuw deskundigenonderzoek
De rechter kan de deskundige ambtshalve of op verzoek van (een) partij(en) ter zitting horen (art. 985 GW) of een aanvullend onderzoek door de deskundige gelasten (art. 984 GW) ter opheldering van een deskundigenadvies.[144] Het stellen

137 Boulez 2004, nr. 1008.
138 Boulez 2004, nr. 1009; Zavaro 2007, nr. 192.
139 Leclerc 2005, p. 289.
140 Boulez 2004, nr. 1007; Zavaro 2007, nr. 192.
141 Guinchard & Ferrand 2006, nr. 1310; Julien & Fricero 2003, nr. 455.
142 Castermans 2004, nr. 689.
143 Castermans 2004, nr. 689. Zie par. 6.2.4.3.
144 Lysens & Naudts 2005, nr. 249; Dominique Mougenot, 'La Preuve en Droit Belge', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 104.

van schriftelijke of mondelinge aanvullende vragen aan de deskundige kan tevens worden gebruikt om gebreken te herstellen, bijvoorbeeld als de deskundige de opmerkingen van partijen niet in het deskundigenadvies heeft vermeld, als partijen geen gelegenheid hebben gekregen om bij de deskundige op het voorlopig advies te reageren, als in het deskundigenadvies onvoldoende is ingegaan op de opmerkingen van partijen, of als de deskundige partijen niet op gelijke wijze in de gelegenheid heeft gesteld om in het onderzoek te participeren.[145] De rechter kan ook een onderzoek door een andere deskundige gelasten, als een deskundigenadvies de benodigde informatie niet (voldoende) verschaft (art. 984 GW).

7.2.8.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

De bewijswaardering van een deskundigenadvies is aan de rechter. Bepalend is of hij de inhoud ervan overtuigend vindt. Dit is wettelijk vastgelegd in de bepaling dat de rechter niet verplicht is het deskundigenadvies te volgen, als het strijdig is met zijn overtuiging (art. 962 GW). De rechter zal zijn overtuiging in het algemeen mede ontlenen aan de motivering van een deskundigenadvies. In de wet zijn geen motiveringseisen ten aanzien van een deskundigenadvies opgenomen. Desalniettemin behoort een deskundige het deskundigenadvies te motiveren, om partijen en de rechter in staat te stellen het deskundigenadvies te controleren.[146] Wel is geregeld dat in het deskundigenadvies melding moet zijn gemaakt van de tegenwoordigheid van partijen bij de werkzaamheden van de deskundige, hun mondelinge verklaringen, hun vorderingen, en de stukken en nota's die partijen aan de deskundige hebben overhandigd (art. 978 lid 1 GW).[147] De deskundige dient in voorkomende gevallen ook tot uitdrukking te brengen in welke mate hij zeker is van een antwoord, of in welke mate hij iets waarschijnlijk acht.[148]

Heeft de deskundige het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek onvoldoende in acht genomen, dan kan dat afbreuk doen aan de waarde van het deskundigenadvies voor het bewijs, vooral als formele gebreken inhoudelijk gevolgen hebben voor de mogelijkheden van een partij om effectief commentaar te leveren op het deskundigenadvies en de rechter te overtuigen van de juistheid van het partijstandpunt.[149]

De rechter behoort de bewijsbeslissing te motiveren, rekening houdend met de standpunten van partijen.[150] Hij mag aan het deskundigenadvies geen uitleg geven die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan.[151] Redenen om de deskundige niet te volgen, kunnen bijvoorbeeld zijn dat het verslag onvolledig of onduidelijk is, dat het onderzoek niet volledig is geweest, of dat de argumenten die een partij

145 Closset-Marchal 2002, nr. 33; Lurquin 1985, nr. 196; Lysens & Naudts 2005, nr. 233-234. Anders: Cloquet 1975, nr. 418, die verwijst naar rechtspraak uit de jaren zestig van de twintigste eeuw.
146 Cloquet 1975, nr. 372-374; Lysens & Naudts 2005, nr. 202; Lurquin 1985, nr. 171.
147 Cécile M. Bervoets, 'Belgien' in: Nagel/Bajons 2003, p. 50; Lurquin 1985, nr. 164.
148 Cloquet 1975, nr. 375.
149 Lysens & Naudts 2005, nr. 237-238; Maes 2000, p. 72.
150 Cloquet 1975, nr. 523-526; Castermans 2004, nr. 689; Lurquin 1985, nr. 187-188; Lysens & Naudts 2005, nr. 244; Dominique Mougenot, 'La Preuve en Droit Belge', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 104.
151 Castermans 2004, nr. 689; Lysens & Naudts 2005, nr. 245; Maes 2000, p. 70.

met bijstand van een deskundige tegen het deskundigenadvies inbrengt, overtuigender of beter gemotiveerd zijn dan het deskundigenadvies.[152] Herhaalt een partij bij de rechter de bezwaren die ook al bij de deskundige werden geuit naar aanleiding van het voorlopig advies en is de deskundige op die bezwaren ingegaan in het (definitieve) deskundigenadvies, dan wordt als voldoende gemotiveerde verwerping van de bezwaren beschouwd dat de rechter het definitieve advies overneemt in de uitspraak.[153]

7.2.9 Zwitserland

De deskundige behoort zijn deskundigenadvies aan de rechter te zenden. De rechter zendt een kopie ervan aan partijen.[154]

7.2.9.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies

Nadat de deskundige het deskundigenadvies heeft ingeleverd, moeten partijen volgens het toekomstige uniforme procesrecht gelegenheid krijgen op het deskundigenadvies te reageren (art. 184 lid 4 Entwurf ZPO).[155] Dit is naar het procesrecht van de kantons niet anders (bijv. § 180 ZPO Zürich, art. 179 ZPO Wallis). Ter betwisting van een deskundigenadvies kan een partij een deskundigenadvies overleggen van een door haar ingeschakelde deskundige. Een rapport van een partijdeskundige wordt niet gezien als een bewijsmiddel.[156] In het uniforme procesrecht was aanvankelijk voorzien dat elke partij een advies van een eigen deskundige over kan leggen (art. 182 Vorentwurf ZPO) en moest het aan de rechter worden overgelaten om per zaak aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of aan een partijdeskundigenadvies bewijskracht toekomt.[157] Vogel vermeldt een uitspraak in gelijke zin van het Bundesgericht uit 1986.[158] Volgens Meier moest de voorgestelde bepaling echter niet worden overgenomen in de nieuwe ZPO. Hij meende dat een partijdeskundige te vaak de schijn van partijdigheid zal hebben en dat een partij die het bewijsrisico heeft, zich verplicht zal voelen dit bewijsmiddel te benutten. De wederpartij zal vervolgens eveneens een advies van een partijdeskundige over willen leggen. Volgens hem zou deze bepaling tot extra kosten leiden en tot processuele complicaties aanleiding geven.[159] In de toelichting op het ontwerp is vermeld dat kritische reacties aanleiding zijn geweest om in het wetsvoorstel niet op te nemen dat een rapport van een door een partij ingescha-

152 Cloquet 1975, nr. 497-508; Lysens & Naudts 2005, nr. 244.
153 Castermans 2004, nr. 689.
154 Bettex 2006, p. 178.
155 Sutter-Somm 2007, nr. 730.
156 Oscar Vogel, 'Schweiz', in: Nicklisch 1984, p. 195.
157 Toelichting Vorentwurf ZPO 2003, p. 89.
158 Oscar Vogel, 'Schweiz', in: Nicklisch 1984, p. 195 (BGE 86 II 134).
159 Meier 2003, p. 46.

kelde deskundige kan dienen als bewijsmiddel, maar dat een partijrapport wel kan dienen ter onderbouwing van een partijstandpunt.[160]

De rechter kan een onduidelijk of onvolledig deskundigenadvies op verzoek van (een) partij(en) of ambtshalve schriftelijk of mondeling ter zitting laten verduidelijken of aanvullen. Hetzelfde geldt voor een deskundigenadvies dat niet behoorlijk is gemotiveerd (art. 184 lid 4 Entwurf ZPO, § 180 ZPO Zürich). Het uniforme procesrecht voorziet niet in een aanspraak van partijen om de deskundige ter zitting te horen nadat een schriftelijk deskundigenadvies is uitgebracht. De rechter die behoefte heeft aan nadere deskundige voorlichting, kan ook een andere deskundige benoemen (art. 185 Entwurf ZPO; in het procesrecht van de kantons bijv. § 181 ZPO Zürich, § 153 lid 3 Basel Stadt, art. 259 lid 2 ZPO Fribourg).

7.2.9.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

De Zwitserse civiele rechter is vrij in de bewijswaardering, ook ten aanzien van deskundigenbewijs (art. 154 Entwurf ZPO).[161] Het uniforme procesrecht bevestigt hiermee geldend recht (bijv. § 153 lid 3 Basel Stadt, art. 150 ZPO Wallis).[162] Volgens Habscheid volgt de vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs al uit het feit dat de deskundige *Richtergehilfe* is.[163]

Vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs betekent dat hij niet gebonden is aan de door de deskundige vastgestelde feiten en de conclusies van de deskundige, maar dat hij naar zijn vrije overtuiging beslist of, en, zo ja, in welke mate, hij de uitkomst van een deskundigenonderzoek als juist en beslissend aanmerkt.[164] De vereiste mate van zekerheid om een te bewijzen feit bewezen te achten, is afhankelijk van het toepasselijke materiële recht en kan uiteenlopen van zekerheid tot een (hoge) mate van waarschijnlijkheid.[165] Kofmel Ehrenzeller meent dat de waarheidsgetrouwe vaststelling van de voor de beslissing relevante feiten beter kan worden bevorderd door de vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs dan door zijn gebondenheid aan een deskundigenadvies.[166] De vrijheid van de rechter in feitelijke instantie in de waardering van deskundigenbewijs, laat onverlet dat de rechter geen willekeurige bewijsbeslissing mag nemen en de bewijsbeslissing dient te motiveren:

> '3.1.2 Die Rechtsprechung zum Thema der Beweiskraft von Gutachten (...) besagt zweierlei: Einerseits, dass die Beantwortung von Rechtsfragen zwingend dem Gericht obliegt und andererseits von einem Gutachten nicht ohne triftige Gründe abgewichen werden soll. In ihrem Zusammenhang zueinander betrachtet sind diese Vorgaben für die Entscheidung so zu verstehen,

160 Toelichting Entwurf ZPO 2006, p. 105.
161 De rechter is gebonden aan feiten die zijn vastgesteld in een arbitraal vonnis dat partijen bij wijze van deskundigenadvies inbrengen in de civiele procedure in zaken waarin partijen vrij over hun rechtsverhouding kunnen beschikken, de arbiter onpartijdig was en de arbitrale uitspraak niet kennelijk onjuist is (art. 186 Entwurf ZPO).
162 Bühler 2007; Hohl 2001, nr. 1102.
163 Habscheid 1990, nr. 677, instemmend aangehaald in BGE 19 maart 2003, 5P.473/2002 (*A/B*).
164 Bettex 2006, p. 197; Bühler 2007; Hohl 2001, nr. 1113.
165 Hohl 2001, nr. 1057 e.v.
166 Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, p. 590.

dass der Sachverständige dem Richter die sachverhaltsmässigen Abklärungen liefert, die diesem ermöglichen, die Rechtsfrage zu beantworten. Die zwei Vorgänge können freilich nicht volkommen getrennt werden: Ein Gutachten, das gestützt auf umfassende Fragestellungen (tatsächlicher und nicht rechtlicher Natur) ergeht und diese Fragen vollständig und widerspruchsfrei beantwortet, suggeriert dem Richter gleichsam die konkrete Beantwortung der Rechtsfrage im Einzelfall. Wenn vom Bundesgericht verlangt wird, dass der Richter die Empfehlungen des Sachverständigen übernehmen solle bzw. einen abweichenden Entscheid besonders sorgfältig begründen müsse, bedeutet dies, dass ein qualitativ zufriedenstellendes Gutachten für die Beantwortung der Rechtsfrage im Prinzip ausreicht. Eine Pflicht, zusätzlich zum Gutachten weitere Abklärungen zu treffen, nur weil es ihm obliegt, die Rechtsfrage zu beantworten, hat der Richter entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht. Vielmehr muss der kantonale Richter, ohne sich dem Vorwurf der willkürlichen Beweiswürdigung auszusetzen, das Gutachten auch nicht in jeder Einzelheit überprüfen (...), sondern darf sich darauf beschränken, offensichtliche Unvollkommenheiten, Fehler oder Widersprüche zu suchen. Dies heisst keineswegs, dass der Richter auf diese Weise die Beantwortung der Rechtsfrage dem Gutachter überlässt. Der gegenteilige Schluss des Beschwerdeführers vermag keine Willkür zu begründen.'[167]

De rechter dient in de bewijsbeslissing te motiveren waarom hij afwijkt van een deskundigenadvies, of waarom hij een door een partij gemotiveerd betwist of een innerlijk tegenstrijdig deskundigenadvies volgt.[168] In de motivering dient tot uitdrukking te komen dat het deskundigenadvies bij de bewijswaardering is beschouwd in onderlinge samenhang met het overigens in de zaak voorhanden bewijsmateriaal.[169]

Niet toelaatbaar is dat de rechter bewijsmateriaal buiten beschouwing laat dat in strijd is met in de uitspraak gebezigde bewijsmiddelen, dat hij een deskundigenadvies volgt terwijl er goede redenen zijn om er van af te wijken, of dat hij omgekeerd zonder goede reden van een deskundigenadvies afwijkt.[170] Wat goede redenen zijn om af te wijken van een deskundigenadvies, is door de Zwitserse cassatierechter als volgt toegelicht:

'Triftige Gründe für ein Abweichen können in verfahrensmässigen Mängeln liegen, die sich aus der Bestellung des Gutachters und/oder der Durchführung der Begutachtung ergeben; darunter fallen Rügen wie, der Gutachter sei befangen oder nicht objektiv gewesen (...) hätte keine Kenntnis der Prozessakten gehabt oder das Gutachten nicht persönlich erstattet, wiewohl er dazu verpflichtet gewesen wäre (...). Äussere Mängel des Gutachtens können darin bestehen, dass der Sachverständige die ihm unterbreiteten Fragen nicht richtig erfasst oder gar nicht beantwortet hat, dass er nicht von den zutreffenden prozessual in Betracht fallenden Prämissen ausgegangen ist oder dass seine Darlegungen als nicht plausibel erscheinen und Widersprüche, Unklarheiten oder Lücken enthalten; dies festzustellen, gehört zur richterlichen Beweiswürdigung (...).

167 BGE 16 november 2006, 5P.238/2006.
168 Bettex 2006, p. 197; Bühler 2007; Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, p. 589; Habscheid 1990, nr. 677; Hohl 2001, nr. 1113; Sutter-Somm 2007, nr. 732.
169 BGE 19 maart 2003, 5P.473/2002 (*A/B*).
170 BGE 8 juni 2001, 5P.27/2001; BGE 13 september 2001, 5P.160/2001.

> Inhaltliche Mängel des Gutachtens können vom Gericht nur ausnahmsweise richtig gestellt werden; bei Zweifeln an der Überzeugungskraft eines Sachverständigenbefunds wird daher in der Regel die Einholung eines Obergutachtens unumgänglich (...). Beweiswürdigung ist nicht schon dann willkürlich, wenn die vom Sachrichter gezogenen Schlüsse nicht mit der Darstellung der Beschwerdeführer übereinstimmen. Es ist vielmehr deren Sache, die Unhaltbarkeit der Beweiswürdigung im gezeigten Sinne substantiiert darzutun (...). Materielle Rechtsverweigerung liegt zudem nicht darin, dass eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erschiene; erforderlich ist, dass das angefochtene Urteil im Ergebnis schlechterdings mit vernünftigen Gründen nicht zu vertreten ist (...). Der Grundsatz gilt auch für die Beweiswürdigung, deren Willkürlichkeit - mit anderen Worten - auf das Urteil selbst durchschlagen muss (...).'[171]

Bij de bewijswaardering en de motivering van de beslissing staat de rechter voor het dilemma dat hij niet beschikt over de kennis en ervaring op het vakgebied van de deskundige.[172] Hij behoort volgens Bühler te beoordelen of het deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is (*vollständig, nachvollziehbar und schlüssig*).

De toets of een deskundigenadvies volledig is, vergt dat de rechter controleert of de deskundige alle vragen heeft beantwoord en zich afvraagt of alle voor de beslissing relevante punten aan de orde zijn gekomen. Inhoudelijk is een deskundigenadvies volledig als het voldoende informatie bevat over de voor de beslissing relevante feiten en conclusies op het vakgebied van de deskundige. Het deskundigenadvies moet daartoe een opsomming bevatten van de feiten waarvan de deskundige is uitgegaan, de feiten die hij heeft onderzocht, de verrichte onderzoekshandelingen en de onderzoeksresultaten. De deskundige behoort inzichtelijk te maken waaraan hij de kennis ontleent van de feiten die hij aan zijn conclusies ten grondslag legt. Onder volledigheid valt ook dat de deskundige in het deskundigenadvies vermeldt welke hulppersonen bij welk deel van het deskundigenadvies door de deskundige zijn ingeschakeld.[173]

Met betrekking tot de toets of het deskundigenadvies begrijpelijk is, wordt van de rechter verlangd dat hij zich verdiept in het vakgebied van de deskundige:

> 'Das Erfordernis der Nachvollziehbarkeit ergibt sich daraus, dass das Gericht auch dort, wo es zur Feststellung oder Beurteilung von Tatsachen Sachverständige beizieht, für die Ermittlung des dem Urteil zugrunde gelegten Sachverhaltes selbst verantwortlich bleibt. Der Richter muss deshalb die Schlussfolgerungen des Experten verstehen und prüfend nachvollziehen können. Hiefür ist unerlässlich, dass er sich einen Mindestsachverstand auf dem im konkreten Fall relevanten technischen, naturwissenschaftlichen, medizinischen oder wirtschaftlichen Wissensgebiet aneignet, in dem er Laie ist und gerade deshalb der Mitwirkung eines oder mehrerer Sachverständigen

171 BGE 8 juni 2001, 5P.27/2001.
172 Sabine Kofmel Ehrenzeller, 'Schweiz', in: Nagel/Bajons 2003, p. 589; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Das Beweisrecht in der Schweizerischen Rechtsordnung', in: The Law of Evidence in the European Union 2004, p. 453.
173 Bühler 2005, p. 61-65; Bühler 2007.

> bedarf. Immerhin hat die Fähigkeit des Richters, grundsätzlich fremde wissenschaftliche Zusammenhänge, Erkenntnisse oder Entdeckungen zu verstehen, auch ihre Grenzen. (...)
> Es ist freilich dem Eindruck vorzubeugen, beim Nachvollzug von Gerichtsgutachten zu komplexen naturwissenschaftlich-technischen Sachverhalten werde vom Richter Unmögliches erwartet und verlangt. Gerichtsgutachter sollen dem Richter zwar Sachkunde und Sachverstand vermitteln, aber sie müssen aus ihm selbst keinen Fachmann auf dem fraglichen Gebiet der Wissenschaft oder Technik machen. Wo der zu begutachtende Sachverhalt den richterlichen Erkenntnismöglichkeiten nur in beschränktem Masse zugänglich ist, darf der Richter ein gewisses Mass an Zweifeln und Unsicherheit hinsichtlich der gutachterlichen Argumente und Schlussfolgerungen durch sein Vertrauen in den von ihm bestellten unabhängigen Gerichtsgutacher überbrücken. Das erlaubte Mass an Zweifeln und Unsicherheit geht bis zu jener Grenze, ab der ein Gerichtsgutachten durch ein Obergutachten ersetzt werden muss; nämlich dann, wenn es offensichtlich widersprüchlich ist oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruht.'[174]

Volgens Bettex moet een rechter zich verder verdiepen in het vakgebied van de deskundige naarmate de voor de beslissing relevante kennis op diens vakgebied beter toegankelijk en begrijpelijk is voor een mens van normale intelligentie.[175] Logisch te volgen is een deskundigenadvies als aan de conclusies van de deskundige logische redeneringen ten grondslag liggen en het deskundigenadvies geen onverklaarde tegenstrijdigheden bevat.[176]

Bij de beoordeling of een deskundigenadvies *vollständig, nachvollziehbar und schlüssig* is, wordt de rechter geholpen doordat een deskundigenadvies gemotiveerd dient te zijn (bijv. art. 178 ZPO Wallis). Bögli heeft – met betrekking tot een buitengerechtelijk medisch deskundigenadvies – het belang daarvan voor de praktijk beschreven:

> 'Ebenfalls von grosser Wichtigkeit in der Praxis ist die Formulierung des Gutachtens. Hier prallen verschiedene Ansprüche wie Verständlichkeit, Nachvollziehbarkeit, Vollständigkeit und vor allem auch Beschränkung auf Medizinisches aufeinander. Der Gutachter soll den Parteien zwar helfen, die offenen Fragen zu beantworten und damit die Grundlage zur Schadenregulierung schaffen, er soll es aber tunlichst vermeiden, dort Stellung zu beziehen, wo es ihm nicht zusteht. So ist die Frage der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht grundsätzlich eine juristische Frage, und auch die Frage, ob nun eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt und damit verbunden letztlich allenfalls eine Haftung gegeben ist, bleibt der juristischen Wertung überlassen. Eine Trennung, die nicht immer einfach vorzunehmen ist und die auch nicht immer gelingt. Sind die Fragen aber sorgfältig und klar formuliert, dann lässt sich das Risiko von Vermischungen zumindest reduzieren.'[177]

174 Bühler 2007.
175 Bettex 2006, p. 207.
176 Bühler 2007.
177 Bögli 2006, p. 130.

Over de motivering van een medisch deskundigenadvies heeft Ott opgemerkt dat de vragen precies en begrijpelijk behoren te worden beantwoord en dat de antwoorden waar nodig moeten zijn voorzien van een onderbouwing en literatuurverwijzingen.[178]

7.2.9.3 Nieuwe feiten in het deskundigenadvies

Ook in Zwitserland bepalen partijen welke feiten zij aan vordering of verweer ten grondslag leggen. Het staat de rechter niet vrij bij de beslissing acht te slaan op feiten die niet door partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Bettex vermeldt dat de hoogste kantonale rechter in Wallis echter herhaaldelijk heeft beslist dat nieuwe feiten die in een deskundigenadvies naar voren komen, aan de uitspraak ten grondslag mogen worden gelegd, mits de deskundige in het onderzoek is gebleven binnen de grenzen van de stellingen die in de bewijslevering door een deskundigenadvies zijn betrokken. Ook is beslist dat een deskundige feiten die niet door een partij zijn gesteld en naar voren komen tijdens een deskundigenonderzoek, niet mag achterhouden.[179] In gelijke zin bevat het procesrecht van het kanton Wallis de bepaling dat de rechter gebonden is aan de door partijen gestelde feiten, tenzij het feiten van algemene bekendheid betreft of feiten die in een deskundigenadvies naar voren komen (art. 66 ZPO Wallis). Kennelijk ligt aan de wetsbepaling de gedachte ten grondslag dat niet gestelde feiten die in een deskundigenadvies naar voren komen, zonder wettelijke grondslag niet voor het bewijs mogen worden gebruikt. Volgens Bettex is de literatuur verdeeld over de wenselijkheid van deze wetsbepaling.[180] In het uniforme procesrecht is een soortgelijke bepaling niet voorzien. Hiermee ligt het, gezien de autonomie van partijen over de feiten die in geschil zijn, niet voor de hand dat de rechter in Zwitserland acht mag slaan op feiten die uit een deskundigenadvies naar voren zijn gekomen en niet door een partij aan vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd.

7.3 De positie van Nederland in Europa in de situatie na deskundigenadvies

7.3.1 De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies

In par. 7.2 gaf ik een indicatie van de verhouding tussen de autonomie van partijen en de regie van de rechter in Nederland en andere landen met betrekking tot de vraag op wiens verzoek een deskundige een toelichting dient te verstrekken op een schriftelijk deskundigenadvies:

178 Ott 2006, p. 30.
179 Bettex 2006, p. 168.
180 Bettex 2006, p. 168.

Invloed partijen				*Invloed rechter*
Duitsland	Spanje	Engeland	Zweden	Frankrijk
Oostenrijk				België
				Zwitserland
				Nederland

Zoals het rechtsvergelijkend overzicht heeft laten zien, heeft een partij in Duitsland en Oostenrijk het recht om ter openbare terechtzitting ten overstaan van de rechter aan een deskundige vragen te stellen ter opheldering van een schriftelijk deskundigenadvies. De rechter heeft weinig mogelijkheden om hieraan beperkingen te stellen. In Duitsland kan een verzoek van een partij om een deskundige ter zitting te horen worden geweigerd wegens misbruik van recht, of wanneer toewijzing van het verzoek onredelijke vertraging van de procedure tot gevolg zou hebben. Deze situaties zullen zich in de praktijk niet vaak voordoen en laten zich in het algemeen niet eenvoudig aannemelijk maken. Ook in Spanje en Engeland dient een deskundige op verzoek van een partij een schriftelijk deskundigenadvies ter zitting toe te lichten. Hier lijkt de rechter net iets meer ruimte te hebben om beperkingen te stellen aan de toewijzing van het verzoek of de vragen die een partij ter zitting aan een deskundige voorlegt. In Frankrijk, België en Zwitserland kan een partij weliswaar een verzoek tot de rechter richten om een deskundige ter zitting te horen naar aanleiding van een schriftelijk deskundigenadvies, maar bepaalt de rechter of aan het verzoek gevolg wordt gegeven. Hier is bepalend of de rechter zich zonder mondelinge toelichting in staat acht de beslissing toereikend te motiveren. Dit is in Nederland niet anders, zoals in par. 7.4 uiteengezet wordt. Toch is de situatie in Nederland niet op één lijn te stellen met die in België en Frankrijk. In Nederland hebben partijen er immers geen aanspraak op om in het deskundigenonderzoek te participeren.[181] Ook staat in Nederland, anders dan in bijvoorbeeld België[182] en Engeland,[183] niet vast dat partijen bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren en de deskundige in het deskundigenadvies dient te reageren op de opmerkingen en verzoeken van partijen.[184] Op deze punten is de situatie in Nederland eerder vergelijkbaar met de situatie in Duitsland, zoals vermeld in par. 6.3. De verdere behandeling van de zaak na inlevering van een deskundigenadvies staat in Nederland in het teken van de regie van de rechter. Partijen worden geacht effectief commentaar te kunnen leveren op het deskundigenadvies doordat zij kennis kunnen nemen van de inhoud van het deskundigenadvies en er bij de rechter op mogen reageren. Nederland kent in vergelijking met de landen om ons heen relatief weinig prikkels om in een debat tussen partijen en de rechter opheldering van een deskundige te verkrijgen over onder-

181 Zie par. 6.4.2.1.
182 Zie par. 6.2.4.3.
183 Zie par. 6.2.2.3.
184 Zie par. 6.4.3.5.

delen van een deskundigenadvies die niet ineens begrijpelijk zijn. De prikkel ligt voornamelijk in de fase na afronding van het processuele debat en vergt eigen initiatief van de rechter: wanneer de rechter bij de vorming van zijn overtuiging tot de slotsom komt dat de beslissing zich met behulp van het ingewonnen deskundigenadvies niet toereikend laat motiveren, kan hij de behandeling van de zaak heropenen en aanvullende vragen aan de deskundige voorleggen of een andere deskundige benoemen.

7.3.2 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

In Nederland en andere landen in Europa is de bewijskracht van een deskundigenadvies niet wettelijk voorgeschreven. De rechter bepaalt zelf welke betekenis hij toekent aan een deskundigenadvies voor het bewijs van betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Het gaat erom of de rechter door een deskundigenadvies overtuigd raakt van de waarheid van die feiten. De motiveringsplicht loopt internationaal gezien uiteen. In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland heeft de rechter een eigen motiveringsplicht ten aanzien van de beslissing om een deskundigenadvies al dan niet aan de beslissing ten grondslag te leggen, ook als het processuele debat van partijen geen aanleiding geeft om inzicht te geven in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt. Wel kan in deze landen op de rechter een verdergaande motiveringsplicht rusten als een deskundigenadvies in het processuele debat van partijen gemotiveerd is betwist. In België, Engeland en Frankrijk wordt de omvang van de motiveringsplicht van de rechter die een deskundigenadvies in de bewijswaardering betrekt, voornamelijk bepaald door het processuele debat van partijen. Dit is ook in Nederland het geval, zoals ik in par. 7.5 uiteen zal zetten. Anders dan in bijvoorbeeld Duitsland, wordt in Nederlandse cassatierechtspraak aangenomen dat het voor de reikwijdte van de motiveringsplicht van de rechter in feitelijke instantie in beginsel niet uitmaakt of een deskundigenadvies wordt gevolgd of niet. In par. 7.5 zal ik toelichten dat dit verschil in Nederland echter feitelijk toch bestaat. Het verschil kan twee neveneffecten hebben die uit het oogpunt van waarheidsvinding naar mijn opvatting onwenselijk zijn. Wanneer aan de motivering van de beslissing waarin wordt afgeweken van een deskundigenadvies feitelijk hogere eisen worden gesteld dan aan de motivering van de beslissing waarin een deskundigenadvies wordt gevolgd, zal de rechter wellicht eerder geneigd zijn om een deskundigenadvies te volgen dan ervan af te wijken. Wanneer geringe motiveringseisen worden gesteld aan de beslissing om een deskundigenadvies te volgen, wordt de rechter weinig gestimuleerd om te proberen de juistheid van een deskundigenadvies te doorgronden. In par. 7.5 zal ik met behulp van de resultaten van het rechtsvergelijkend overzicht betogen dat het binnen het huidige systeem, waarin de motiveringsplicht voornamelijk is gekoppeld aan het processuele debat van partijen, aantrekkelijk is om ook in Nederland in de rechterlijke oordeelsvorming te toetsen of het deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is, waarna de desbetreffende gedachtegang in de beslissing kan worden opgenomen in de mate waarin op de rechter een motiveringsplicht rust.

7.4 De verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies

Naar Nederlands civiel procesrecht zendt de deskundige het deskundigenadvies aan de griffier, die een kopie toestuurt aan partijen (art. 198 lid 4 Rv). Hierna wordt eerst kort stilgestaan bij het voorlopig deskundigenbericht. Vervolgens wordt ingegaan op het vervolg van de bodemprocedure waarin een deskundigenadvies is uitgebracht.

7.4.1 Voorlopig deskundigenbericht

Nadat een voorlopig deskundigenbericht is uitgebracht, in kopie aan partijen is toegezonden en de kosten zijn afgewikkeld (art. 205 Rv), is de procedure van het voorlopig deskundigenbericht in beginsel ten einde.[185] Asser, Groen & Vranken hebben bepleit dat de mogelijkheid om na afloop van een voorlopig getuigenverhoor een comparitie te houden (art. 191 Rv), wordt uitgebreid tot een algemene mogelijkheid om een preprocessuele schikkingscomparitie te houden.[186] Dit heeft (nog) niet geleid tot wetgeving. In het voorstel voor een 'Wet deelgeschilprocedure bij letsel- en overlijdensschade' is, evenals bij het voorlopig getuigenverhoor, een afzonderlijke mogelijkheid opgenomen om na afdoening van een deelgeschil een comparitie te houden (art. 1019l).[187]

Naar mijn opvatting is het voorstel van Asser, Groen & Vranken ook zonder wetswijziging reeds uitvoerbaar na een voorlopig deskundigenbericht. Als partijen het wenselijk vinden om onder leiding van de rechter de mogelijkheid van een schikking te onderzoeken of de verdere wijze van behandeling van geschillen over de vordering te bespreken, kunnen zij de rechter immers verzoeken om een mondelinge behandeling, nadat het voorlopig deskundigenbericht is ingeleverd. Met de beschikking waarin het voorlopig deskundigenbericht is gelast, is de taak van de rechter niet ten einde. De rechter kan nog over allerlei kwesties worden benaderd, bijvoorbeeld over (de aanvulling van) het voorschot (art. 195 Rv), over een verschil van mening tussen (een) partij(en) tijdens het onderzoek en de deskundige, in letselschadezaken ten aanzien van kwesties in verband met de verschaffing van medische informatie aan de deskundige en de wederpartij[188] of het inzage- en blokkeringsrecht,[189] of met het oog op de afwikkeling van de kosten (art. 205 Rv). Denkbaar is ook dat een partij, nadat het voorlopig deskundigenbericht is uitgebracht, de rechter verzoekt om aanvullende vragen aan de deskundige voor te leggen ter toelichting van het deskundigenadvies (art. 205 lid 1 Rv en art. 194 lid 5 Rv).[190] Gaat het om procedurele kwesties met inhoudelijke gevolgen, dan kan

185 Zie over het stellen van aanvullende vragen op grond van art. 194 lid 5 Rv: Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *LJN* AZ1210, *JBPr* 2007, 67, m.nt. E.F. Groot.
186 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 125; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 65 en 75.
187 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 2.
188 HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676; HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626.
189 Vgl. A-G Wesseling-van Gent onder 2.4 en 2.5 bij HR 26 maart 2004, *LJN* AO1330, *JBPr* 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen, *TvGR* 2004, 33, m.nt. J. van der Burg.
190 Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *LJN* AZ1210, *JBPr* 2007, 67, m.nt. E.F. Groot.

onder omstandigheden een mondelinge behandeling aangewezen zijn, waarbij partijen hun standpunten naar voren kunnen brengen. Geen rechtsregel staat eraan in de weg om (dan) op verzoek van (een) partij(en) onder leiding van de rechter ook de mogelijkheid van een schikking te onderzoeken, of te compareren over de verdere wijze van behandeling van geschillen over de vordering in het kader waarvan het voorlopig deskundigenbericht is uitgebracht. Essentieel lijkt niet zozeer of er op dit punt een expliciete wettelijke voorziening is, maar of partijen behoefte hebben aan overleg met de rechter over de afhandeling van hun geschil. Een comparitie na voorlopig getuigenverhoor lijkt althans geen zin te hebben als één van partijen daaraan niet wil meewerken. Waarom zou dat na voorlopig deskundigenbericht anders zijn?

Naast de bereidwilligheid van partijen – een aspect uit het private domein – is er in het publieke domein een potentieel beletsel om te compareren nadat een voorlopig deskundigenbericht is uitgebracht. De kosten daarvan zijn namelijk niet verdisconteerd in het bedrag dat een gerecht per afgedane zaak ontvangt en komen in het financieringssysteem van de Rechtspraak ten laste van de sector waarvan de rechter deel uitmaakt. De individuele onafhankelijke rechter die een comparitie na voorlopig deskundigenbericht wil houden, is in de praktijk mede afhankelijk van de bereidheid van de sector om die te realiseren.

7.4.2 Het vervolg van de bodemprocedure

7.4.2.1 Het processuele debat van partijen na deskundigenadvies

Nadat een deskundigenbericht in de bodemprocedure is ingeleverd, wordt er voortgeprocedeerd, tenzij partijen een minnelijke regeling treffen en de zaak wordt doorgehaald (art. 246-248 Rv). Voortprocederen betekent meestal dat partijen ieder een conclusie na deskundigenbericht nemen. Het komt ook wel voor dat direct een comparitie na deskundigenbericht wordt gelast.[191] Partijen moeten op grond van het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) gelegenheid krijgen om te reageren op een deskundigenadvies, voordat uitspraak wordt gedaan. Zij behoren immers effectief commentaar te kunnen leveren op de uitkomst van een deskundigenonderzoek en de betekenis van een deskundigenadvies voor de verdere behandeling van de zaak.[192] De rechter mag zich bij de vaststelling van de rechten en verplichtingen van partijen bovendien alleen op die gegevens van feitelijke aard baseren die aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd, waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en die zij ten processe ter discussie hebben kunnen stellen.[193] Een en ander betekent dat de rechter een deskundigenadvies niet aan zijn uitspraak ten grondslag mag leggen als partijen het deskundigenadvies niet voldoende – mondeling of schriftelijk – in het processuele debat hebben kunnen betrekken.

191 De Groot & Elbers 2008, par. 5.3.3.3 en 5.4.4.3.
192 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*). Zie par. 5.3.3 en 6.4.3.
193 HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460, *JBPr* 2004, 15, m.nt. K. Teuben, hersteld bij HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 461, m.nt. JBMV; HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231. Zie par. 2.4.5.

De betwisting van een deskundigenadvies met behulp van een schriftelijk rapport van een partijdeskundige
Een partij kan haar commentaar op een deskundigenadvies desgewenst onderbouwen met een schriftelijk rapport van een door haar ingeschakelde deskundige, ook wel partijdeskundige genoemd. Rapporten van partijdeskundigen zijn in Nederland bewijsmiddelen (art. 152 lid 1 Rv) met vrije bewijskracht (art. 152 lid 2 Rv),[194] evenals in België, Engeland en Frankrijk. Ze dienen, anders dan in Duitsland of Zwitserland, dus niet uitsluitend ter onderbouwing van de stellingen van een partij.

De betwisting van een deskundigenadvies met behulp van een verklaring van een partijdeskundige
Kan een partij haar commentaar op een deskundigenadvies ook onderbouwen met een verklaring van een partijdeskundige ter zitting? Sinds 1 januari 2002 voorziet de wet in de mogelijkheid dat een partij de rechter vraagt deskundigen te horen die niet door de rechter zijn benoemd (art. 200 lid 1 Rv).[195] Eerder had Sterk de invoering ervan bepleit.[196] Het betreft een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De wetgever beschouwt de verklaring van de niet door de rechter benoemde deskundige, ook wel partijdeskundige genoemd,[197] als een bewijsmiddel van een partij[198] en dus niet (zozeer) als een voorziening om een partij in staat te stellen haar commentaar te onderbouwen op een deskundigenadvies dat in opdracht van de rechter is uitgebracht. In de rechtspraktijk lopen, nadat een partij aan de stelplicht heeft voldaan en tot bewijslevering is toegelaten, de bewijslevering en de gemotiveerde betwisting van (deskundigen)bewijs met behulp van ander bewijsmateriaal soms door elkaar. Daarom is op zichzelf denkbaar dat de partijdeskundige van art. 200 Rv ook een rol zou kunnen vervullen in het commentaar van een partij op een deskundigenadvies. Relevant is dan welke beoordelingsvrijheid de rechter heeft bij de beoordeling van een verzoek om een partijdeskundige te horen.

De wetsgeschiedenis bevat geen aanwijzing of met de discretionaire bevoegdheid van art. 200 Rv is bedoeld de rechter veel of weinig beoordelingsvrijheid te geven. Anders dan bij het getuigenverhoor in art. 166 Rv, wordt de rechter in art. 200 Rv niet verplicht om bewijslevering door een partijdeskundige toe te staan wanneer bewijs door een partijdeskundige is aangeboden van betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden en vatbaar zijn voor bewijslevering door een deskundige. Hoewel de wetgever het partijdeskundigenverhoor als een bewijsmiddel beschouwt, is het dus niet een bewijsmiddel waarover een partij de vrije beschikking heeft. Hiermee is de beoordelingsruimte van de rechter bij de

194 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 331.
195 Bijv. Hof Leeuwarden 3 november 2004, *LJN* AR5199.
196 Sterk 1991, p. 302-303.
197 De wetgever heeft niet gekozen voor de benaming partijdeskundige uit vrees dat er verwarring zou kunnen onstaan over de bewijskracht van de verklaring van de partijdeskundige (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 374). Die bewijskracht is vrij (art. 152 lid 2 Rv), anders dan de bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige (art. 179 lid 4 Rv).
198 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 374.

uitleg van de discretionaire bevoegdheid van art. 200 Rv niet gegeven. Zoals vermeld in par. 4.5.1, zijn de bevoegdheden tot benoeming van een deskundige in de bodemprocedure en in de procedure van het voorlopig deskundigenbericht discretionair geformuleerd, maar is de beoordelingsvrijheid van de rechter in beide procedures niet gelijk. Met betrekking tot de discretionaire bevoegdheid om een partijdeskundige te horen is onduidelijk of de wetgever heeft bedoeld dat de rechter zo veel mogelijk gevolg behoort te geven aan een verzoek van een partij om een niet door de rechter benoemde deskundige te horen, of het verzoek mag passeren op de grond dat hij zelf geen behoefte heeft aan voorlichting door een partijdeskundige.

De Hoge Raad heeft de kwestie in 2007 in het midden gelaten in een zaak waarin Fortis als WA-verzekeraar van een woningbouwvereniging schadevergoeding vorderde van een aannemer die voor de woningbouwvereniging woningen had gerenoveerd. De aannemer had door een onderaannemer een noodgeiser doen plaatsen in een woning die tijdens de renovatie werd bewoond door een vrouw en haar vierjarige zoon. In de woning heeft een brand gewoed, waarbij het kind ernstig letsel heeft opgelopen. Rechtbank en hof oordeelden dat de noodgeiser in strijd met de toepasselijke voorschriften was geïnstalleerd. Of de brand daadwerkelijk door de noodgeiser was veroorzaakt, stond niet vast. Rechtbank en hof namen met toepassing van de omkeringsregel[199] het causaal verband aan tussen de fout met betrekking tot de installatie van de noodgeiser en de schade. Daarmee was het aan de aannemer om te ontzenuwen dat de schade het gevolg was van de schending van de voorschriften voor installatie van de noodgeiser. De aannemer had hiertoe onder andere een rapport van twee deskundigen overgelegd en in hoger beroep aangeboden hen als getuige-deskundige te horen. In cassatie klaagde de aannemer dat het hof dit bewijsaanbod ten onrechte had gepasseerd. Deze klacht ging volgens A-G Wuisman niet op, omdat het aanbod om hen als getuigen te horen deels niet relevant was en overigens onvoldoende gespecificeerd. De aannemer had de twee deskundigen in de procedure gepresenteerd als deskundigen die konden verklaren over het plaatsen van geisers in (woon)ruimten en de daarop betrekking hebbende regelgeving, maar niet gesteld dat zij uit eigen wetenschap iets over de situatie ter plaatse van het ongeval konden verklaren. Hun verdere inbreng zou die van een deskundige zijn en de feitenrechter komt een grote vrijheid toe bij de beslissing om zich door een deskundige te doen voorlichten, aldus de A-G.[200]

De Hoge Raad oordeelde dat het hof de deskundigen niet had gevolgd in de uitleg die zij in hun rapport aan een onderdeel van de toepasselijke regelgeving gaven, de uitleg die het hof daaraan gaf niet onbegrijpelijk was en het hof daarom voorbij mocht gaan aan het bewijsaanbod van de aannemer.[201] De Hoge Raad heeft de klacht in cassatie dat het bewijsaanbod ten onrechte was gepasseerd, kennelijk

199 Zie over de omkeringsregel bijv. Akkermans 2002; Asser 2004 nr. 184.
200 Conclusie A-G Wuisman onder 2.7 bij HR 13 juli 2007, *LJN* BA4200.
201 HR 13 juli 2007, *LJN* BA4200, r.o. 3.3.4.

gelezen als een klacht tegen het passeren van een aanbod om getuigen te horen en is niet met zoveel woorden ingegaan op de vraag of het hof op goede gronden geen gevolg heeft gegeven aan het aanbod om de twee personen te horen als niet door de rechter benoemde deskundigen in de zin van art. 200 Rv. Dat had wel gekund, want de aannemer betwistte met behulp van het rapport van de deskundigen onder andere de juistheid van de uitleg die de rechtbank had gegeven aan de toepasselijke voorschriften met betrekking tot de installatie van de noodgeiser en waarop de toepasselijkheid van de omkeringsregel was gegrond. Daarover konden de deskundigen blijkens de conclusie van de A-G iets verklaren.

In de lagere rechtspraak wordt het verzoek om een partijdeskundige te horen wel gepasseerd op de grond dat de rechter geen behoefte heeft aan voorlichting door een partijdeskundige.[202] Dan wordt aan de discretionaire bevoegdheid van art. 200 Rv dus dezelfde uitleg gegeven als aan de bevoegdheid van de rechter in de bodemprocedure om een deskundige te benoemen.[203]

Al met al lijkt de rechtspraak een partij in de uitleg van art. 200 Rv vooralsnog weinig kansen te bieden om de rechter door middel van een verklaring van een partijdeskundige te overtuigen van de juistheid van het commentaar van die partij naar aanleiding van een deskundigenadvies van een door de rechter benoemde deskundige.

Een deskundigenadvies verschaft de benodigde informatie niet volledig

In het processuele debat van partijen of bij de bewijswaardering door de rechter kan aan de orde komen of een deskundigenadvies voldoende informatie verschaft voor de beslissing van de zaak. Is dit niet het geval, dan kan de rechter

> 'op verzoek van een partij of ambtshalve, aan de deskundigen het geven van nadere mondelinge of schriftelijke toelichting of aanvulling bevelen, dan wel, na overleg met partijen, een of meer andere deskundigen benoemen.' (art. 194 lid 5 Rv)

Hierna wordt kort stilgestaan bij de mogelijkheid om andere deskundigen te benoemen. Vervolgens wordt ingegaan op de toelichting van een deskundigenadvies door de deskundige.

7.4.2.2 Andere deskundigen benoemen

Zoals uiteen gezet in par. 4.7.1.1, is het overgelaten aan de rechter in feitelijke instantie of hij behoefte heeft aan een deskundigenadvies. De bevoegdheid om een beslissing te nemen in een zaak die aan de rechter is voorgelegd, berust autonoom bij de rechter. Het is aan de rechter om te bepalen of hij over voldoende gegevens beschikt om te beslissen. De rechter is niet gebonden aan een deskundigenadvies (art. 152 lid 2 Rv). In deze situatie ligt het voor de hand dat het de rechter vrijstaat

---

202 In laatstgenoemde zin: Rb. Dordrecht sector kanton 22 september 2005, *LJN* AU3206; Hof Arnhem 4 april 2006, *LJN* AW1809 r.o. 4.9. Zie ook Rb. Amsterdam 22 juni 2005, *LJN* AT9557.

203 Zie par. 4.7.1.1.

andere deskundigen te benoemen, als hij in een deskundigenadvies niet vindt wat hij zoekt en nog geen toereikend gemotiveerde beslissing kan nemen. Dit is sinds 1811 onderdeel van de wettelijke regeling van deskundigenbewijs (art. 322 Rv 1811, art. 200 Rv 1828, art. 235 Rv 1838, art. 224 Rv 1988, art. 194 lid 5 Rv). Verschaft een deskundigenadvies niet de benodigde gegevens, dan is de rechter niet op die grond gehouden andere deskundigen te benoemen.[204] Wel kunnen de motiveringseisen die aan een rechterlijke uitspraak worden gesteld, meebrengen dat hij de beslissing zonder nader deskundigenadvies niet toereikend kan motiveren.[205]

De rechter beslist naar eigen inzicht of hij behoefte heeft aan een nieuw deskundigenadvies en is niet gehouden aan een desbetreffend verzoek van een partij te voldoen.[206] Maatgevend is of hij in de beslissing aan de motiveringseisen kan voldoen. Volgens Pigeau zouden procedures oneindig worden, als een partij die niet tevreden is met een deskundigenadvies, recht zou hebben op een volgend deskundigenonderzoek. Hij memoreerde dat de rechter gehouden is een beslissing te geven als de bezwaren van partijen tegen een deskundigenadvies niet steekhoudend zijn.[207]

7.4.2.3 Toelichting van een deskundigenadvies door de deskundige

Partijen kunnen de rechter vragen om een deskundigenadvies mondeling of schriftelijk te laten toelichten door de deskundige (art. 194 lid 5 Rv), maar de rechter is niet gehouden aan het verzoek te voldoen wanneer hij zich voldoende voorgelicht acht en de uitspraak ook zonder nadere toelichting van de deskundige toereikend motiveert.[208] Dit is niet anders wanneer een partij in het verzoek vermeldt dat zij behoefte heeft aan verduidelijking van het deskundigenadvies om commentaar te kunnen leveren op het deskundigenadvies en de betekenis ervan voor de verdere behandeling van de zaak. Als de rechter ervoor kiest om een toelichting te vragen, hebben partijen niet de keuze tussen een mondelinge of een schriftelijke toelichting.

Het voorgaande geldt evenzeer wanneer een voorlopig deskundigenbericht tot de processtukken behoort, of een rapport van een deskundige dat op gezamenlijk verzoek van partijen is uitgebracht. Ook dan is de rechter in de bodemprocedure niet gehouden om te voldoen aan een verzoek van partijen om aanvullende vragen voor te leggen aan dezelfde deskundige. Wanneer de rechter in dergelijke gevallen aanleiding ziet om vragen aan een deskundige te stellen, worden die wel als 'aanvullende vragen' aan dezelfde deskundige voorgelegd.[209]

---

204 HR 5 mei 1961, *NJ* 1961, 409.
205 HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493.
206 In deze zin reeds: Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 69; Vernede 1845, p. 129, met verwijzing naar een uitspraak van het Provinciaal Geregtshof van Noord-Holland van 20 juni 1842, *W* 306.
207 Pigeau 1787, p. 307-309. In vergelijkbare zin Rb. Rotterdam 17 februari 1937, *NJ* 1938, 501.
208 HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, m.nt. P. Clausing, r.o. 3.7; HR 12 november 2004, *LJN* AP9636. Toegepast in bijv. Hof Amsterdam 14 juli 2005, *LJN* AU5255.
209 Bijv. Rb. Dordrecht 2 januari 2008, *LJN* BC1403.

Binnen de grenzen van zijn motiveringsplicht bepaalt de Nederlandse rechter dus zelf, evenals in België, Frankrijk en Zwitserland, maar anders dan in Duitsland, Engeland (afgezien van *fast track cases*) en Oostenrijk, of hij behoefte heeft aan een toelichting van de deskundige op het deskundigenadvies en, zo ja, of de toelichting mondeling of schriftelijk wordt gevraagd en gegeven. Anders dan in Duitsland,[210] is de Nederlandse rechter ook niet verplicht een deskundige om een toelichting te vragen wanneer het deskundigenadvies is uitgebracht in eerste aanleg en de rechter in hoger beroep een eigen uitleg geeft aan het deskundigenadvies[211] of het deskundigenadvies niet volgt.[212]

Een partij die niet kan bewerkstelligen dat de rechter een toelichting aan een deskundige vraagt, kan in de verleiding komen om op eigen initiatief nadere vragen aan de deskundige voor te leggen. Dat kan echter de onpartijdigheid van de deskundige en daarmee de bewijswaarde van het deskundigenadvies schaden.[213]

Participatie van partijen en verzoek om een toelichting

Volgens de Hoge Raad is in beginsel wel denkbaar dat de rechter moet voldoen aan het verzoek van een partij om de deskundige te vragen het deskundigenadvies toe te lichten. Dat kan zich voordoen wanneer een partij zonder die toelichting onvoldoende gelegenheid krijgt om haar standpunt toe te lichten. Dit blijkt uit een uitspraak in een medische aansprakelijkheidszaak, waarin bij de Hoge Raad werd geklaagd dat het hof niet had voldaan aan het verzoek van de eisende partij om de deskundige te horen nadat het deskundigenadvies was uitgebracht. Volgens het cassatiemiddel had deze partij daardoor onvoldoende in de procedure kunnen participeren en was zij belemmerd in de uitoefening van haar rechten met betrekking tot het deskundigenonderzoek. De Hoge Raad heeft de klacht verworpen met de overweging dat de partij in kwestie voldoende gelegenheid had gekregen om

> 'haar standpunt met betrekking tot en naar aanleiding van het deskundigenonderzoek en -rapport ter kennis van de deskundige onderscheidenlijk het hof te brengen.'[214]

Aan dit oordeel legde de Hoge Raad ten grondslag, kort gezegd, dat de deskundige in het deskundigenadvies had gereageerd op de opmerkingen en verzoeken van partijen en partijen bij het hof op het deskundigenadvies hadden kunnen reageren. Naar mijn opvatting behoort een deskundige in het deskundigenadvies in te gaan op opmerkingen en verzoeken van partijen die vallen binnen de grenzen van de opdracht en strekken ter verduidelijking van het deskundigenadvies, zoals ik uiteen heb gezet in par. 6.4.3.5. Partijen hebben verder het recht om bij de rechter commentaar te leveren op een deskundigenadvies (art. 19 Rv), zoals aan het begin van deze paragraaf aan de orde kwam. Als aan beide is voldaan, is er in de opvat-

210 Zie par. 7.2.2.1.
211 Bijv. Hof Leeuwarden 29 maart 2006, *LJN* AW4126.
212 Bijv. Hof Den Haag 8 april 2005, *LJN* AT7525.
213 Zie par. 5.5.3.4.
214 HR 12 november 2004, *LJN* AP9636, r.o. 3.6.3.

ting van de Hoge Raad dus niet of nauwelijks ruimte voor een aanspraak van een partij op een mondelinge toelichting van de deskundige nadat het deskundigenadvies is uitgebracht.

Mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies
Het is in Nederland weinig gebruikelijk dat een deskundige wordt gevraagd een mondelinge toelichting te geven op een schriftelijk deskundigenadvies.[215] Lange tijd voorzag de wettelijke regeling van deskundigenbewijs zelfs niet in deze mogelijkheid, zoals hierna zal worden toegelicht.

Mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies in het verleden
Tussen 1811 en 1923 heeft de wettelijke regeling van deskundigenbewijs niet voorzien in de mogelijkheid om een mondeling deskundigenadvies in te winnen, noch om een mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies te verlangen. Volgens Van Boneval Faure was de bevoegdheid van de rechter om het rapport nader ter zitting door de deskundigen te laten toelichten in het belang van partijen en konden daarmee onnodige kosten en omslag worden vermeden. Hij meende dat er bij uitstek behoefte was aan deze mogelijkheid in gevallen waarin deskundigen van mening verschilden. Hij wees erop dat juist dan het horen van deskundigen onmogelijk werd gemaakt door art. 231 Rv 1838:

> 'De deskundigen maken, na raadpleging, hun berigt met redenen bekleed schriftelijk op, bij meerderheid van stemmen. In geval van verschil van gevoelen, mogen zij echter de onderscheidene gevoelens met de gronden van dien opgeven, zonder bekend te maken welk het persoonlijk gevoelen van ieder van hen is. (...)'[216]

Van Boneval Faure vond dat het de rechter desalniettemin vrij stond om een nadere toelichting aan een deskundige te vragen, ook al omdat de rechter het meerdere mocht: wanneer de rechter de vereiste voorlichting niet in een deskundigenbericht vond, mocht hij andere deskundigen benoemen (art. 235 Rv 1838).[217]

Godefroi heeft bepleit dat een mondeling deskundigenadvies in twee vormen wettelijk mogelijk moest worden gemaakt. Hij vond dat in eenvoudige gevallen moest kunnen worden volstaan met de verklaring van een deskundige ter zitting, al dan niet na een deskundigenonderzoek, en de vastlegging daarvan in een proces-verbaal. Ook vond hij het van belang dat de rechter, als een schriftelijk deskundigenadvies 'duisterheid overlaat', van een deskundige een mondelinge toelichting zou kunnen verlangen.[218]

---

215 De Groot & Elbers 2008, par. 5.3.3.3 en 5.4.4.3; Zwagerman 2008, p. 66.
216 Van Boneval Faure 1893, IV-I, p. 70. Zie over het voorschrift dat deskundigen niet van een verschil van inzicht mochten doen blijken: hoofdstuk 3 noot 32.
217 Van Boneval Faure 1893, IV-I, p. 98.
218 Godefroi 1863, p. 63.

Wettelijke regeling van de mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies

In 1923 is het deskundigenverhoor wettelijk geregeld (art. 222 lid 2 Rv 1838). De tekst van de wet maakte het mogelijk om een schriftelijk deskundigenadvies mondeling te laten toelichten:

> 'Indien de regter in het berigt of het mondeling verslag de vereischte inlichting niet bevindt, kan hij, ambtshalve, in beide gevallen aan de deskundigen schriftelijke of mondelinge toelichting of aanvulling bevelen (...).' (art. 235 Rv 1838)[219]

Het deskundigenverhoor is per 1 april 1988 gehandhaafd (art. 224 lid 2 Rv 1988). Weliswaar was bij de parlementaire behandeling van het per 1 april 1988 ingevoerde bewijsrecht de wens geuit om het deskundigenverhoor af te schaffen,[220] maar de Minister van Justitie meende dat er behoefte kan zijn aan een mondeling advies wanneer het benodigde deskundigenadvies van eenvoudige of beknopte aard is,[221] en wenste de mogelijkheid om een deskundigenadvies in te winnen daarom niet te beperken tot een schriftelijk deskundigenadvies.[222] Ook in 1988 maakte de tekst van de wet (art. 224 lid 2 Rv 1988) het mogelijk om een mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies aan een deskundige te vragen:

> 'Indien de rechter door het schriftelijk bericht of het mondeling verslag niet voldoende is ingelicht, kan hij aan de deskundigen nadere toelichting of aanvulling bevelen, dan wel andere deskundigen benoemen.'

Dat het inderdaad de bedoeling was de rechter niet alleen de mogelijkheid te bieden om met een mondeling deskundigenadvies te volstaan, maar ook de bevoegdheid te geven om een schriftelijk deskundigenadvies mondeling te laten toelichten door de deskundige, vindt bevestiging in een passage van de memorie van toelichting op het regeringsontwerp van het nieuwe bewijsrecht, die betrekking heeft op de afschaffing van de regel dat een verschil van opvatting tussen de deskundigen niet bekend mocht worden (art. 231 lid 2 Rv 1838):

> 'Voor die beperking bestaat onvoldoende reden. Bij de mondelinge toelichting op het deskundigenbericht kan de persoonlijke opvatting van een bepaalde deskundige gemakkelijk tot uiting komen.'[223]

---

219 Wet van 5 mei 1923, Stb. 1923, 189. Toegepast in bijv. Rb. Middelburg 22 mei 1940, *NJ* 1941, 121; Hof Amsterdam 29 januari 1981, VR 1981, 53 (toepassing vond plaats in eerste aanleg).

220 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 328, VV TK (1971).

221 Scheltema had nog aangenomen dat de behoefte aan een mondeling deskundigenadvies vooral bestaat, 'indien de deskundigen tot de minder geletterden behooren' (Scheltema 1939, p. 472).

222 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 331, MvA TK (1981).

223 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 346, MvT-RO (1969).

Aangezien het woord 'deskundigenbericht' in de wet(sgeschiedenis) stelselmatig wordt gebruikt voor het schriftelijke deskundigenadvies, en een mondeling deskundigenadvies steeds wordt aangeduid als een verhoor of een mondeling verslag, laat zich uit deze passage afleiden dat er volgens de Minister van Justitie geen wettelijk beletsel was om van een deskundige te verlangen dat hij een mondelinge toelichting gaf op zijn schriftelijke deskundigenadvies. Desalniettemin wees de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak er bij de totstandkoming van de per 1 januari 2002 ingevoerde wetswijzigingen op dat het nuttig is aan de rechter die de deskundige opdracht heeft gegeven schriftelijk te rapporteren, de mogelijkheid te bieden om het rapport ambtshalve of op verzoek van (een) partij(en) mondeling in aanwezigheid van de deskundigen te behandelen, zoals in onteigeningszaken gebruikelijk was. De Minister van Justitie heeft deze suggestie overgenomen. Hierbij is niet vermeld dat de kwestie al was geregeld. Sinds 1 januari 2002 is expliciet in de wet opgenomen dat van een deskundige kan worden verlangd dat hij een schriftelijk deskundigenadvies mondeling toelicht. Volgens de Minister van Justitie kan daartoe in het bijzonder aanleiding bestaan indien het rapport op bepaalde punten voor verschillende uitleg vatbaar is.[224] In de rechtspraktijk wordt de mogelijkheid in zo'n geval inderdaad wel benut.[225] Ook wordt wel eens – mogelijk vooruitlopend op deze situatie – bepaald dat een deskundige eerst zijn 'voorlopige bevindingen' aan partijen en de rechter dient te zenden en vervolgens een deskundigenverhoor plaatsvindt.[226]

Nederlandse procespraktijk met betrekking tot de mondelinge toelichting

Het is misschien tekenend voor de geringe mate waarin een deskundige in de Nederlandse civiele rechtspraktijk wordt gevraagd om een schriftelijk deskundigenadvies mondeling toe te lichten, dat bij de totstandkoming van de wetswijziging per 1 januari 2002 kennelijk niet werd ervaren dat de wet hierin sinds 1923 voorzag. In de Nederlandse civiele procespraktijk verloopt bewijslevering door deskundigen in het algemeen vrijwel volledig schriftelijk. De opdracht wordt in een rechterlijke uitspraak op schrift gesteld en aan de deskundige gezonden.[227] Bij de uitvoering van het deskundigenonderzoek bepaalt de deskundige die het onderzoek zelfstandig verricht, naar geldend recht zelfstandig of hij mondeling contact met partijen heeft.[228] Als er tijdens het onderzoek al contact is tussen de deskundige en de rechter, dan verloopt dat veelal schriftelijk. De rechter zal zich in het algemeen niet vrij voelen om buiten partijen om met de deskundige over de inhoud van de zaak te spreken.[229] De deskundige brengt in de meeste zaken een schriftelijk deskundigenadvies uit, waarin hij de vragen van de rechter beant-

224 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 372, MvT.
225 Bijv. Rb. Zutphen 6 april 2000, *PRG* 2001, 5737; Hof Den Bosch 20 december 2005, *LJN* AV2124; Hof Den Haag 18 december 2007, *LJN* BC7355, r.o.7.
226 Hof Arnhem 10 juni 2003, *LJN* BB0836.
227 Zie par. 4.7.3.
228 Zie par. 6.4.2 en 6.4.3.
229 De Groot & Elbers 2008, par. 4.4.1.2, 5.3.2.4, 5.4.3.4 en 6.4.3.3.

woordt. Partijen reageren daarop meestal uitsluitend schriftelijk. Tot slot legt de rechter de bewijswaardering neer in een schriftelijke uitspraak. Zoals Vranken schreef, bergt een schriftelijke procedure veel meer dan een mondelinge het gevaar in zich van onduidelijkheden, verkeerd begrijpen en niet volledig zijn.[230] Hier komt bij dat de rechter en de advocaten van partijen enerzijds en de deskundige anderzijds in het schriftelijke deskundigenadvies toch al een gebrek aan kennis en ervaring op elkaars vakgebied moeten zien te overbruggen bij het begrijpen van elkaars vragen en antwoorden.

Naar mijn opvatting spreekt het onder deze omstandigheden niet voor zich dat het naar Nederlands civiel procesrecht, anders dan in bijvoorbeeld Engeland, Duitsland of Oostenrijk, ongebruikelijk is om een schriftelijk deskundigenadvies mondeling te laten toelichten. Het is in Nederland overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt of hij daartoe overgaat. Zoals hiervoor uiteengezet, laat de Hoge Raad de rechter in feitelijke instantie veel ruimte om aan te nemen dat partijen die bij de deskundige en de rechter schriftelijk op een deskundigenadvies hebben kunnen reageren, ook zonder mondelinge toelichting van de deskundige op het schriftelijk deskundigenadvies, effectief commentaar hebben kunnen leveren op de betekenis van het deskundigenadvies voor de verdere procedure.[231] De kwestie of partijen effectief commentaar hebben kunnen leveren op een deskundigenadvies, is in de praktijk ingelijfd bij de eis dat een rechterlijke beslissing ten minste zodanig is gemotiveerd, dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.[232]

De mondelinge toelichting als stimulans om een deskundigenadvies te doorgronden

Zoals gezegd is het naar huidig Nederlands civiel procesrecht, evenals in België, Frankrijk of Zwitserland, overgelaten aan het oordeel van de rechter in feitelijke instantie of er, in plaats van of naast een schriftelijke reactie, aan partijen gelegenheid wordt gegeven om de deskundige mondeling vragen te stellen ter opheldering van een deskundigenadvies. Hierbij moet worden bedacht dat partijen in België en Frankrijk tijdens het deskundigenonderzoek meer gelegenheid hebben om met de deskundige van gedachten te wisselen dan in Nederland, doordat de deskundige hen meer dan in Nederland in de gelegenheid behoort te stellen om in het onderzoek te participeren.[233] In Duitsland, Engeland en Oostenrijk is het daarentegen aan partijen of de deskundige het schriftelijke deskundigenadvies mondeling dient toe te lichten, voor zover het enkele verzoek van een partij volstaat om de rechter te verplichten de deskundige te horen. Duitsland kent daarnaast een maatstaf voor de rechter om de behoefte aan een mondelinge toelichting te beoor-

230 Vranken 1995, nr. 13. Zie par. 2.4.5.
231 HR 12 november 2004, *LJN* AP9636.
232 Zie par. 7.5.
233 Zie par. 6.2.3 en 6.2.4.

delen vanuit de inhoud van het deskundigenadvies en de betekenis ervan voor de rechterlijke uitspraak: als het deskundigenadvies onduidelijk, onvolledig of innerlijk tegenstrijdig is, als onduidelijk is of de deskundige van het juiste feitencomplex is uitgegaan, of als er aanwijzingen zijn dat de deskundige zijn mening heeft gewijzigd nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, behoort de Duitse rechter ambtshalve de verschijning van de deskundige te gelasten.[234] In deze maatstaf staat de kennisparadox[235] in het brandpunt. Een soortgelijke maatstaf wordt in Zwitserland gehanteerd bij de bewijswaardering. De Zwitserse rechter behoort zich ervan te vergewissen dat een deskundigenadvies volledig, controleerbaar en logisch te volgen is, alvorens het aan de uitspraak ten grondslag wordt gelegd.[236] Ook in Oostenrijk wordt eraan gehecht dat de rechter laat zien dat hij probeert een deskundigenadvies zo veel mogelijk te doorgronden.[237] In deze landen wordt de rechter aangemoedigd om de rechterlijke uitspraak waaraan een deskundigenadvies ten grondslag wordt gelegd, zo inhoudelijk mogelijk te motiveren. De Nederlandse rechter wordt in de fase waarin hij de deskundige om een mondelinge toelichting kan vragen, niet in vergelijkbare zin aangespoord om een deskundigenadvies inhoudelijk te doorgronden. In par. 7.5 zal naar voren komen dat hij daartoe in de fase van de bewijswaardering en de motivering van de uitspraak slechts impliciet wordt aangespoord. Bezien vanuit de vraag wie in de verhouding tussen partijen, rechter en deskundige bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan, betekent dit dat de rechter bepaalt of een deskundigenadvies betrekking heeft op de feiten die in geschil zijn. Aan de deskundige en partijen staan weinig mechanismen ter beschikking om vergissingen van de rechter in dezelfde instantie te corrigeren. Partijen hebben er bovendien geen aanspraak op dat zij het processuele debat verder kunnen ontwikkelen in een dialoog met de deskundige, eventueel bijgestaan door hun partijdeskundigen. Zij zijn ervan afhankelijk of de deskundige gelegenheid biedt opmerkingen te maken naar aanleiding van het concept-deskundigenadvies en of hij op de opmerkingen van partijen ingaat in het deskundigenadvies.[238]

7.5 De bewijswaardering van een deskundigenadvies

7.5.1 Vrije bewijswaardering

De wettelijke regeling van deskundigenbewijs heeft sinds 1811 een bepaling gekend op grond waarvan de rechter vrij was in de waardering van deskundigenbewijs. Buiten het deskundigenbewijs kende de vrije bewijswaardering in het civiele bewijsrecht aanvankelijk diverse beperkingen. De meeste daarvan zijn in

234 Zie par. 7.2.2.1.
235 Zie par. 1.4.4.
236 Zie par. 7.2.9.2.
237 Zie par. 7.2.3.2.
238 Zie par. 6.4.3.3.

de loop der jaren afgeschaft.[239] Aan de herziening van het op 1 april 1988 in werking getreden bewijsrecht ligt de gedachte ten grondslag dat de rechter in bewijskwesties grote vrijheid moet hebben.[240] Sindsdien is de waardering van het bewijs overgelaten aan het oordeel van de rechter, tenzij de wet anders bepaalt (art. 152 lid 2 Rv). Deze algemene bepaling van bewijsrecht geldt ook voor de bewijswaardering van een deskundigenadvies.[241] De wet schrijft de rechter dus niet voor welke bewijskracht een deskundigenadvies heeft. In rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat de rechter niet verplicht is om de inhoud van een deskundigenadvies te volgen.[242] Dat is anders in het bestuursprocesrecht, waar de rechter volgens vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een deskundigenadvies behoort te volgen, tenzij bijzondere omstandigheden een ander oordeel rechtvaardigen.[243]

De bewijswaardering van een voorlopig deskundigenadvies dat wordt overgelegd in een bodemprocedure, is evenzeer overgelaten aan het oordeel van de rechter, mits partijen bij de totstandkoming ervan aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest (art. 207 Rv). Is dit laatste niet het geval, dan is de bewijswaardering overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt (art. 152 lid 2 Rv).

Vrije waardering van deskundigenbewijs in het verleden

In Frankrijk was de rechter vóór de *Code de procédure civile* van 1806, die in Nederland in vertaling is ingevoerd in 1811,[244] volgens een regeling uit 1684 verplicht om het oordeel van deskundigen te volgen. Er waren plaatselijk regels op grond waarvan partijen hoger beroep konden instellen tegen het oordeel van deskundigen. In de Provence kon ieder van partijen zelfs twee keer beroep instellen in gevallen waarin de deskundigen niet tot een eensluidend oordeel kwamen.[245] Deskundigen werden destijds gezien als *juges du fait*, zoals in de negentiende eeuw ook in Duitsland gebruikelijk was.[246] In zaken waarin een deskundigenadvies nodig was, oordeelde de rechter niet zelfstandig over de feiten die onderwerp waren van het deskundigenadvies. Van Boneval Faure had hierover een gedachte die zich laat lezen als een vroege aanduiding van de kennisparadox:[247]

> ‘Daar is voor dit beginsel wel dit te zeggen dat het, ware ‘t anders, vreemd moet schijnen, dat de rechter wijzer beweert te zijn dan de deskundige wiens oordeel hij juist heeft ingeroepen over datgeen wat hij uit zich zelf niet beoordeelen kan en omdat hij dit niet kan.’[248]

---

239 (Rutgers & Flach) Burgerlijke Rechtsvordering (oud), Inleiding bewijsrecht, aant. 7.
240 Asser 2004, nr. 2; Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 59-63; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 34.
241 HR 14 mei 1993, *NJ* 1994, 448, r.o. 3.3; HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, m.nt. CJHB, r.o. 2.3.2 (*Ziekenhuis De Heel/Staat, ABP en Korver*).
242 HR 22 april 1983, *NJ* 1983, 666, r.o. 3.2. Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 92; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 105; Wieten 2004, p. 67.
243 Bijv. CRvB 22 oktober 2002, *LJN* AF4022; ABRvS 3 maart 2004, *JB* 2004/158; CRvB 21 juli 2006, *LJN* AY5328; CRvB 7 november 2007, *LJN* BB7474.
244 Zie par. 3.4.
245 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 68.
246 Zie par. 7.2.2.2.
247 Zie par. 1.4.4.
248 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 68. In Duitsland in vergelijkbare zin: Arens (noot 33 in dit hoofdstuk).

De Franse wetgever heeft in de *Code de procédure civile* van 1806 echter duidelijk gemaakt dat de rechter een deskundigenadvies aan een eigen oordeel behoort te onderwerpen:

> 'De regters zijn niet verbonden het uitgebragt gevoelen der opnemers te volgen, ingevalle hunne overtuiging daar tegen strijdt.' (art. 323 Rv 1811)[249]

Een soortgelijke bepaling was in Nederland opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1828:[250]

> '200. (...) In alle gevallen, zijn de regters niet verbonden het uitgebragt gevoelen van de deskundigen te volgen, indien hunne overtuiging daartegen strijdt.'

Tijdens de parlementaire behandeling van de voorstellen die hebben geleid tot wijziging van het wetboek van 1828 en invoering van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838, is de vraag geopperd of de rechter niet gebonden zou moeten zijn aan een eenparig oordeel van deskundigen. Daarop is vanwege de regering geantwoord:

> 'Men is van oordeel, dat, in geen geval, de regter aan een rapport van deskundigen kan gehouden zijn, indien hetzelve met zijne overtuiging strijdt. Deskundigen moeten alleen gebruikt worden tot voorlichting, niet tot beslissing.'[251]

In het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering van 1838 was de vrijheid van de rechter in de bewijswaardering dan ook onverkort opgenomen:

> '236. De regter is in geen geval verpligt het door de deskundigen geuit gevoelen te volgen, indien zijne overtuiging daartegen strijdt.'

Ook in de literatuur werd in de negentiende eeuw aangenomen dat een deskundige slechts inlichtingen verschaft aan de rechter. De rechter behoorde vrij te zijn in de waardering van deskundigenbewijs.[252] Van Boneval Faure meende dat de vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs meebracht dat de rechter ook niet verplicht was een deskundigenadvies te volgen, wanneer meerdere deskundigen waren benoemd en de deskundigen het eens waren, maar de rechter door het deskundigenadvies niet overtuigd was van de waarheid van een te bewijzen feit. Wel had de rechter volgens hem minder reden om van het deskun-

249 De historische verwevenheid van deskundigenbewijs en plaatsopneming, die onderwerp is van par. 3.5, komt hier waarschijnlijk tot uitdrukking in de keuze van 'opneming' en 'opnemer' als vertaling van het in de Franse tekst gebruikte 'expertise' en 'expert'.

250 Over Rv 1828: par. 3.4.

251 Noordziek 1885, p. 551; Van den Honert vermeldt 'gebonden' in plaats van 'gehouden' (Van den Honert 1839, p. 323).

252 Berriat-Saint-Prix/Van der Linden 1812, p. 220; Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 67; Van Hamelsveld 1823, p. 194; Oudeman 1874, p. 270; De Pinto 1857, II-1, p. 363, 365-366.

digenadvies af te wijken wanneer meerdere deskundigen het eens waren.[253] Hij vond het belangrijk om te spreken over 'het gevoelen' of 'de mening' van een deskundige in plaats van over diens 'oordeel', om niet de suggestie te wekken dat deskundigen zouden oordelen over de feiten die aan hen werden voorgelegd.[254] Hij wees er overigens op dat er ook situaties zijn waarin de rechter niet vrij is in de waardering van deskundigenbewijs, namelijk als partijen zijn overeengekomen dat het deskundigenadvies tussen hen zal gelden als bindend advies, of als een wettelijke bepaling een deskundigenadvies verbindend verklaart voor partijen of de rechter.[255] Hij was van mening dat een deskundigenadvies geen authentieke akte is, omdat een deskundige niet is aan te merken als een ambtenaar in de zin van – thans – art. 156 Rv.[256] Zoals vermeld in par. 7.2.7.2, komt in Franse literatuur ook tegenwoordig nog ter sprake of een deskundigenadvies een authentieke akte is.

De vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs (art. 236 Rv 1838) is zoals gezegd bij de herziening van het bewijsrecht per 1 april 1988 opgegaan in de algemene bewijsrechtelijke bepaling dat de waardering van het bewijs is overgelaten aan het oordeel van de rechter, tenzij de wet anders bepaalt (art. 152 lid 2 Rv).[257]

7.5.2 De overtuiging van de rechter

De rechter hoefde volgens art. 236 Rv 1838 de zienswijze van de deskundige niet te volgen, als die met zijn overtuiging streed.[258] Hij mocht een deskundigenbericht aan zijn beslissing ten grondslag leggen, als hij door het deskundigenbericht overtuigd was geraakt van de waarheid van bepaalde feiten.[259] Volgens Van Boneval Faure was de rechter die de zienswijze van de deskundige overtuigend vond, zelfs gehouden het deskundigenadvies aan zijn uitspraak ten grondslag te leggen.[260] In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de totstandkoming van de overtuiging van de rechter.

7.5.2.1 De vorming van de overtuiging van de rechter

Nog steeds vergt het bewijs van een te bewijzen feit dat de rechter overtuigd raakt van de waarheid van het feit. Bij de vorming van zijn overtuiging dient de rechter een redelijke mate van zekerheid te verkrijgen dat een te bewijzen feit waar is[261]

---

253 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 67.
254 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 66.
255 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 72. Zie over een deskundigenadvies en bindend advies: De Groot 2007b; Heemskerk 1984.
256 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 71.
257 Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 316.
258 HR 8 maart 1901, *W* 7577.
259 HR 27 november 1846, *W* 790; HR 11 februari 1859, *W* 2034. In gelijke zin Hof Amsterdam 30 juni 1892, *W* 6233. In deze arresten van de Hoge Raad werden cassatiemiddelen verworpen van de strekking dat aan een deskundigenbericht geen bewijskracht kon worden toegekend op de grond dat het niet was opgenomen in de opsomming van de bewijsmiddelen in art. 1903 BW 1838.
260 Van Boneval Faure 1983, IV-1, p. 70.
261 Asser 2004 nr. 2; Asser/Anema/Verdam 1953, p. 35-39; Giesen 2001, p. 50-51; Hidma 2005, p. 149; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 78; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4; Scheltema 1939, p. 35-36 en 103.

Als uit wet of rechtspraak volgt dat aan het bewijs van een feit geen al te hoge eisen mogen worden gesteld, volstaat een lichtere mate van zekerheid en wordt niet gesproken van 'bewijzen', maar van 'aannemelijk maken'.[262] Een voorbeeld hiervan is een deskundigenadvies waarmee de omvang van schade aannemelijk wordt gemaakt. Voor de bewezenverklaring van een feit volstaat dus een relatieve mate van zekerheid.[263]
Anders dan de strafrechter, die eerst het wettig bewijs moet vinden en vervolgens moet beoordelen of hij aan het wettig bewijs de overtuiging ontleent dat een feit bewezen is (art. 338 lid 1 WvSv),[264] is de civiele rechter niet gebonden aan een wettelijk bewijsminimum om een feit bewezen te achten. De overtuiging volstaat.

Bij de vorming van zijn overtuiging slaat de rechter niet alleen acht op het te waarderen bewijsmateriaal, maar ook op de feiten die tussen partijen vaststaan, het processuele debat van partijen, eerdere beslissingen in de zaak, rechtsregels die de bewijswaardering normeren, feiten van algemene bekendheid en (algemene) ervaringsregels. Ook zijn kennis van de wereld, levenservaring en visie op het geschil zijn op de vorming van zijn overtuiging van invloed.[265]

7.5.2.2 Geen marginale toetsing van een deskundigenadvies

De rechter mag de beslissing van het geschil niet geheel of gedeeltelijk delegeren aan een deskundige.[266] Hij dient de betekenis van een deskundigenadvies voor het bewijs vol te toetsen. Een feit mag (pas) bewezen worden geacht wanneer de rechter van de waarheid van het feit overtuigd is geraakt. Dit is niet anders doordat de bewijswaardering is overgelaten aan de rechter in feitelijke instantie (art. 152 lid 2 Rv). De vrijheid in de bewijswaardering heeft betrekking op het gewicht dat de rechter aan bewijsmateriaal toekent, en niet op de maatstaf om een feit bewezen te achten. De rechterlijke beslissing na deskundigenadvies moet worden voorzien van een motivering waaruit de overtuiging van de rechter blijkt, zoals in par. 7.5.3 nader aan de orde komt. In 2007 heeft de Hoge Raad overwogen dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of hij in de beslissing de conclusies zal volgen waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen, alle terzake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking dient te nemen, en dat hij op basis van de stellingen van partijen in volle omvang dient te toetsen of er aanleiding is om van de conclusie van het deskundigenadvies af te wijken.[267]

Marginale toetsing van een deskundigenadvies volstaat dus niet, ook al lijkt dat wel eens over het hoofd te worden gezien.[268] Een misverstand op dit punt kan gemakkelijk door de woordkeuze ontstaan. Zo heeft de Hoge Raad in zijn hierna

262 Asser 2004, nr. 2; Giesen 2001, p. 56-58.
263 Zie par. 1.4.3 en par. 2.5.
264 Corstens 2008, p. 666.
265 Asser 2004, nr. 2.
266 Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 92.
267 HR 19 oktober 2007, *LJN* BB5172.
268 Bijv. Rb. Den Haag 31 oktober 1939, *NJ* 1940, 449; Rb. Arnhem 3 oktober 2007, *LJN* BB5473; Rb. Arnhem 10 oktober 2007, *LJN* BB5995, *JA* 2008, 26, m.nt. G. de Groot; Rb. Leeuwarden sector kanton 29 november 2007, *LJN* BC0030; Rb. Arnhem 9 april 2008, *LJN* BC9922, Rb. Arnhem 16 juli 2008, *LJN* BD8704.

nog te bespreken arrest in de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL 'overtuigend voorkomen' gebruikt in plaats van 'overtuigd raken':

> '(...) Indien de rechter in een dergelijk geval de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige volgt, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie, hem overtuigend voorkomt. (...)'

Hier wordt 'voorkomen' gebruikt in de betekenis die Van Dale 'toeschijnen' noemt. Zodoende kan worden gedoeld op een lichtere graad van overtuiging dan algemeen gebruikelijk is in het civiele bewijsrecht. De maatstaf voor een bewezenverklaring is immers of de rechter door het in een zaak voorhanden bewijsmateriaal met een redelijke mate van zekerheid overtuigd is van de waarheid van een te bewijzen feit. Deze maatstaf ligt zozeer in het hart van het civiele bewijsrecht, dat het weinig voor de hand ligt dat de Hoge Raad ervan heeft willen afwijken. Het gebruik van de woorden 'overtuigend voorkomt' moet wellicht worden beschouwd als een begrip waarin de redelijke mate van zekerheid wordt geïncorporeerd in de overtuiging. Het arrest uit 2007[269] laat in ieder geval zien dat niet met een lagere graad van overtuiging mag worden volstaan, ook niet als het moeilijk is voor de rechter – die een deskundige inschakelt omdat hij over diens kennis en ervaring niet beschikt – om een deskundigenadvies inhoudelijk te beoordelen.

7.5.2.3 Beschouwing van een deskundigenadvies in samenhang met ander bewijsmateriaal

Bij de bewijswaardering van een deskundigenadvies gaat het erom of de rechter overtuigd raakt van de zienswijze van de deskundige, niet alleen op zichzelf beschouwd, maar ook bezien in verband met ander voorhanden bewijsmateriaal. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een arrest van de Hoge Raad uit 1918.[270] Het arrest werd gewezen in een civiele zaak, waarin de echtheid van een handtekening in geschil was. De rechtbank had drie deskundigen benoemd, van wie er twee, samen met nog twee anderen, ook als deskundige waren opgetreden in een strafzaak over de echtheid van dezelfde handtekening. In het deskundigenbericht van de drie deskundigen sprak een meerderheid van de deskundigen zich uit voor de echtheid van de handtekening en een minderheid ertegen. De rechtbank overwoog dat vijf deskundigen de echtheid van de handtekening hadden onderzocht, dat drie van de vijf deskundigen van oordeel waren dat de handtekening echt was en twee deskundigen meenden dat de handtekening vals was. De deskundigen hadden verschillende methoden toegepast en de rechtbank achtte zich niet in staat om te beoordelen welke de juiste was. De meerderheid gaf toe dat er verschillen tussen de handtekening en het vergelijkingsmateriaal waren en de minderheid erkende

269 HR 19 oktober 2007, *LJN* BB5172.
270 HR 5 april 1918, *NJ* 1918, p. 561.

stilzwijgend dat er veel overeenkomsten bestonden tussen de handtekening en het vergelijkingsmateriaal. De conclusie van de rechtbank was dat de echtheid van de handtekening door het deskundigenbericht niet was bewezen. In het cassatiemiddel werd aangevoerd dat de rechtbank geen betekenis had mogen toekennen aan de opinie van de twee deskundigen die uitsluitend in de strafzaak waren geraadpleegd en wier rapporten in de civiele zaak waren overgelegd. De Hoge Raad overwoog dat de rechtbank door het (verdeelde) deskundigenbericht van de drie deskundigen kennelijk niet overtuigd was geraakt van de echtheid van de handtekening, mede omdat de deskundigenrapporten uit de strafzaak reden tot twijfel gaven. Verder overwoog de Hoge Raad dat de rechter niet gehouden is een deskundigenbericht te volgen als zijn overtuiging daartegen strijdt en dat de wet geen beperkingen stelt aan de gronden waarop de overtuiging van de rechter moet steunen. De conclusie van de Hoge Raad was dat het de rechtbank vrij stond bij de beoordeling van het geschil zowel het deskundigenbericht als de mening van niet door haar benoemde deskundigen in aanmerking te nemen.

7.5.2.4 Uitleg van een deskundigenadvies

In België[271] en Frankrijk[272] wordt van belang geacht dat de rechter aan een deskundigenadvies geen uitleg geeft die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan. Dit is in Nederland niet anders. Voorop staat dat de uitleg van een deskundigenadvies is voorbehouden aan de rechter in feitelijke instantie. De uitleg van een deskundigenadvies kan in cassatie niet op juistheid[273] maar wel op begrijpelijkheid[274] worden onderzocht. Onder de begrijpelijkheidstoets valt dat kan worden onderzocht of de rechter een uitleg aan een deskundigenadvies geeft die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan. Deze toets kan vanzelfsprekend alleen plaatsvinden als in de beslissing inzichtelijk wordt gemaakt welke uitleg aan een deskundigenadvies wordt gegeven. Zoals in par. 7.5.3 wordt toegelicht, hangt de mate waarin de rechter hierin inzicht dient te geven, naar geldend recht voornamelijk af van het processuele debat van partijen. Bestrijdt geen van partijen de juistheid van een deskundigenadvies, dan mag de rechter volstaan met de motivering dat de zienswijze van de deskundige hem overtuigt. In dit geval is voor partijen en de hogere rechter moeilijk controleerbaar of de rechter aan zijn overtuiging een uitleg van het deskundigenadvies ten grondslag legt die niet verenigbaar is met de bewoordingen ervan.

7.5.2.5 De motivering van een deskundigenadvies als hulpmiddel bij de vorming van de overtuiging

De rechter vormt zijn overtuiging ten aanzien van de betekenis van een deskundigenadvies voor het bewijs mede aan de hand van de motivering van een deskundigenadvies. Een deskundigenbericht dient met redenen te zijn omkleed (art. 198 lid 4 Rv).

---

271 Zie par. 7.2.8.2.
272 Zie par. 7.2.7.2.
273 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, m.nt. CJHB, r.o. 2.3.4 (*Ziekenhuis De Heel/Staat, ABP en Korver*).
274 HR 16 maart 1979, *NJ* 1980, 600, m.nt. BW; HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351, m.nt. CJHB, r.o. 3.4.

Motivering van een deskundigenadvies in het verleden
In België[275] en Duitsland[276] is motivering van een deskundigenadvies niet wettelijk voorgeschreven. Ook in Nederland was aanvankelijk niet wettelijk geregeld dat de deskundige de gronden moest vermelden van zijn antwoorden op de vragen van de rechter. In art. 318 Rv 1811 stond:

> 'De benoemden zullen niet dan één eenig berigt of verslag opmaken. Zij zullen niet dan één eenig gevoelen bij meerderheid van stemmen uitbrengen.'

In art. 197 Rv 1828[277] was wel in de motiveringseis voorzien:

> 'De deskundigen zullen hun berigt opmaken, na daarover met elkander geraadpleegd te hebben. Hun verslag zal bevatten hun beredeneerd gevoelen (...)'

evenals in art. 231 lid 1 Rv 1838:

> 'De deskundigen maken, na raadpleging, hun berigt met redenen bekleed schriftelijk op, bij meerderheid van stemmen. (...)'

Van Boneval Faure en De Pinto vonden de motivering van een deskundigenadvies van belang om de rechter in staat te stellen zich zelfstandig een oordeel over de zienswijze van de deskundige te vormen.[278] Scheltema huldigde een soortgelijke opvatting:

> 'Ten aanzien van vele deskundigenberichten zal de rechter iedere gefundeerde overtuiging missen, omdat hij van de door de deskundigen behandelde stof geen verstand heeft; dikwijls evenwel zal het algemeene critische vemogen, waarover de rechter krachtens zijn wetenschappelijke opleiding beschikt, hem kunnen doen beoordeelen, of het deskundigengevoelen behoorlijk is gemotiveerd, of dat het slechts een losse, niet geschraagde mening is. Vooral het voorschrift, dat het schriftelijke deskundigenbericht met redenen moet zijn omkleed (...) stelt den rechter in staat de redeneeringen van de benoemde deskundigen te volgen.'[279]

Bevatte een deskundigenadvies geen motivering, dan was het volgens Van Boneval Faure geen rechtsgeldig deskundigenbericht, ook al volgde uit de wet niet dat het nietig was.[280] Hij verwees naar een uitspraak van de rechtbank Amsterdam uit 1890. In deze zaak had de kantonrechter een deskundigenadvies gelast en aan de uitspraak ten grondslag gelegd, waarna in hoger beroep bij de rechtbank was aangevoerd dat de kantonrechter geen acht had mogen slaan op het deskundigen-

275 Zie par. 7.2.8.2.
276 Zie par. 7.2.2.2.
277 Over Rv 1828: par. 3.4.
278 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 93; De Pinto 1857, II-1, p. 363.
279 Scheltema 1939, p. 469.
280 Van Boneval Faure 1893, IV-1, p. 93.

advies op de grond dat het niet met redenen was omkleed. De rechtbank stelde vast dat het deskundigenadvies geen motivering bevatte. Dit verzuim was weliswaar niet met nietigheid bedreigd, maar dat was volgens de rechtbank ook onnodig,

> 'daar een bericht zonder motivering, onmogelijk "de vereischte inlichtingen" voor den rechter kan bevatten en mitsdien geen rechtsgeldig bericht oplevert' (...).[281]

Het hof Amsterdam had al in 1842 overwogen dat vormverzuimen in een deskundigenbericht door de wet niet met nietigheid werden bedreigd.[282] De rechtbank Dordrecht legde in 1922 een ongemotiveerd deskundigenbericht aan de beslissing ten grondslag en zag in het motiveringsgebrek geen aanleiding een nieuw deskundigenbericht in te winnen, op de grond dat de motiveringseis niet op straffe van nietigheid was voorgeschreven.[283] De rechtbank Den Haag oordeelde in 1940 niet dat een deskundigenbericht met een onvolledige motivering nietig was, maar zag in de onvolledigheid aanleiding om aanvullende vragen te stellen aan de deskundige.[284] Ook tegenwoordig is een gebrek in de motivering van een deskundigenadvies geen reden om het uit te sluiten van het bewijs, maar kan het bijvoorbeeld wel aanleiding geven tot aanvullende vragen aan de deskundige of tot inschakeling van een andere deskundige.[285]

Inhoud van de motiveringseisen ten aanzien van een deskundigenadvies
Naar Nederlands civiel procesrecht is niet of nauwelijks nader uitgewerkt wat de motiveringseisen ten aanzien van een deskundigenadvies inhouden.

De Hoge Raad stelt de eis dat de motivering van een deskundigenadvies kenbaar en controleerbaar moet zijn voor partijen en de rechter.[286] Verder is in de opvatting van de Hoge Raad de mate waarin een deskundigenadvies gemotiveerd dient te zijn, afhankelijk van de mate waarin een deskundigenadvies is gebaseerd op eigen wetenschap en ervaring van de deskundige. In een zaak waarin het hof de formele en inhoudelijke bezwaren van een partij tegen een deskundigenbericht gemotiveerd had verworpen en het deskundigenbericht aan de beslissing ten grondslag had gelegd, overwoog de Hoge Raad dat hierin besloten lag dat de redengeving van de deskundige naar het oordeel van het hof voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Het hof was er volgens de Hoge Raad vanuit gegaan dat het deskundigenbericht naar zijn aard voor een belangrijk deel berustte op de eigen wetenschap en ervaring van de deskundige. Dit was niet in strijd met de eis dat een deskundigenbericht met redenen is omkleed. Eigen wetenschap en ervaring van de deskundige kunnen volgens de Hoge Raad in belangrijke mate redenge-

281 Rb. Amsterdam 22 april 1890, *W* 5893.
282 Provinciaal Geregtshof van Noord-Holland 20 juni 1842, *W* 306.
283 Bijv. Rb. Dordrecht 27 december 1922, *NJ* 1923, p. 1277.
284 Rb. Den Haag 10 december 1940, *NJ* 1941, 166.
285 Zie par. 7.4.2.
286 HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 111; HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. HJS.

vend zijn voor een deskundigenbericht.[287] A-G Mok schreef in zijn conclusie bij deze zaak over de motivering van een deskundigenadvies:

> 'Er bestaan echter geen vaste regels voor de motivering van zulk een bericht. Vaak zal een deskundige zich — daar is hij deskundige voor — op eigen wetenschap baseren. Hij kan dat soms aan de hand van literatuur onderbouwen, maar dat zegt in beginsel niet meer dan dat er nog een ander is die het ook vindt (als de geciteerde literatuur al niet door de betrokken deskundige zelf is geschreven).
> Bekend zijn de deskundigenberichten in onteigeningszaken, waarin deskundigen de waarde van de betrokken zaak (m.n. van grond) intuïtief schatten. Het baseren van een (gedeelte van) een deskundigenbericht op eigen wetenschap lijkt mij niet zo bezwaarlijk, zeker niet voor zover het oordeel van de deskundige als instructiemiddel dient.'

Een vergelijkbare gedachte is geuit door rechters die zijn geïnterviewd in het kader van het onderzoek 'Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak'. Zij zeiden dat niet elk rapport zich leent voor een uitgebreide onderbouwing met verantwoording van geraadpleegde literatuur. Het gaat erom dat de motivering van een rapport functioneel is en ook dat duidelijk is in hoeverre de deskundige (on)zeker is van zijn bevindingen en conclusies.[288]

Motiveringseisen ten aanzien van een deskundigenadvies en 'naar beste weten'
De eisen die worden gesteld aan de motivering van een deskundigenadvies, kunnen niet los worden gezien van de taak van de deskundige om de opdracht 'naar beste weten' te vervullen. Zoals uiteengezet in par. 5.6.4 behoort een deskundige bij de vervulling van deze taak de vragen van de rechter naar waarheid te beantwoorden met kennis van de aan hem ter beschikking gestelde (gegevens uit de) (proces)stukken en met gebruik van actuele vakkennis en zijn professionele ervaring. Hij dient de opdracht persoonlijk te vervullen, met dien verstande dat hij in het algemeen onderdelen van het onderzoek onder zijn leiding en toezicht door anderen mag laten verrichten. Hij dient de identiteit van die anderen bekend te maken. Als de deskundige een onderzoeksmethode toepast, moet hij verantwoorden dat de onderzoeksmethode op zijn vakgebied algemeen aanvaard, betrouwbaar en valide is en correct is toegepast. Het deskundigenadvies moet de gegevens bevatten die nodig zijn om de bevindingen, gedachtegang en conclusies van de deskundige te kunnen volgen en controleren. Lopen de meningen op het vakgebied van de deskundige op een relevant punt uiteen, dan behoort de deskundige daarvan melding te maken. Het deskundigenadvies moet inzichtelijk en consistent zijn en een toereikende onderbouwing van de antwoorden op de vragen van de rechter bevatten. In essentie komen deze eisen erop neer dat een deskundigenadvies, evenals in Zwitserland, volledig, begrijpelijk en logisch te volgen behoort te zijn.

287 HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 362, *JOR* 2001, 113, m.nt. K. Frielink, r.o. 4.1.2.
288 De Groot & Elbers 2008, par. 5.3.3.2.

De medische tuchtrechter verlangt eveneens dat een deskundigenadvies begrijpelijk en logisch te volgen is, maar besteedt minder aandacht aan de volledigheid:[289]

> '1) wordt in het rapport op inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden de conclusie van het rapport steunt,
> 2) vinden de in het rapport uiteengezette gronden aantoonbaar voldoende steun in de feiten, omstandigheden en bevindingen van het rapport,
> 3) kunnen bedoelde gronden de daaruit getrokken conclusie rechtvaardigen,
> 4) beperkt de rapportage zich tot de deskundigheid van de rapporteur en
> 5) kon de methode van onderzoek teneinde tot beantwoording van de voorgelegde vraagstelling te komen tot het beoogde doel leiden, dan wel heeft de rapporteur daarbij de grenzen van redelijkheid en billijkheid overschreden.'[290]

Naar mijn opvatting dient een deskundigenadvies naar Nederlands civiel procesrecht zowel volledig, begrijpelijk als logisch te volgen te zijn. Met een eenvoudig voorbeeld laat zich illustreren waarom de eis van volledigheid van zelfstandig belang kan zijn. De rechtbank Groningen had in een zaak aan een deskundige gevraagd in hoeverre een bepaald tapijt bestand was tegen rolstoelgebruik. De deskundige had echter onderzocht in hoeverre rolstoelgebruikers in staat waren zich over het tapijt in kwestie voort te bewegen en hiervan verslag gedaan. De rechtbank zag zich vervolgens genoodzaakt een aanvullend deskundigenbericht te gelasten om alsnog antwoord op haar vraag te krijgen.[291]

Dat een deskundigenadvies naar Nederlands civiel procesrecht volledig, begrijpelijk en logisch te volgen behoort te zijn, leid ik af uit het samenstel van bepalingen op grond waarvan de rechter de reikwijdte van de opdracht bepaalt (art. 194 lid 1 Rv) en de deskundige de opdracht 'onpartijdig en naar beste weten' behoort te vervullen (art. 198 lid 1 Rv) en een gemotiveerd deskundigenadvies dient in te leveren (art. 198 lid 4 Rv).

Of een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is, is niet alleen van invloed op de vorming van de overtuiging van de rechter. Zoals in de volgende paragraaf zal worden toegelicht, kan het criterium 'volledig, begrijpelijk en logisch te volgen' ook van pas komen bij de motivering van de rechterlijke beslissing waaraan een deskundigenadvies al dan niet ten grondslag wordt gelegd.

7.5.3 Motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies

7.5.3.1 De motivering van een rechterlijke uitspraak

Evenals in bijvoorbeeld Engeland[292] of Zwitserland,[293] brengt de vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs ook in Nederland niet mee dat de rechter willekeurig zou mogen oordelen over de betekenis van een deskundigen-

289 Zie par. 5.6.3.1.
290 CTG 7 december 2004, 2004.045.
291 Rb. Groningen 20 augustus 1999, *PRG* 2000, 5420.
292 Zie par. 7.2.5.2.
293 Zie par. 7.2.9.2.

advies voor het bewijs. De rechter dient niet alleen te beoordelen of hij door het bewijsmateriaal overtuigd is geraakt van de waarheid van een te bewijzen feit, zoals in par. 7.5.2 is besproken. Hij behoort de bewijsbeslissing, die wordt genomen om een einde te maken aan een geschilpunt tussen partijen, ook te motiveren, dat wil zeggen inzicht te geven in de gedachtegang die aan de bewijsbeslissing ten grondslag ligt.

De motivering dwingt de rechter om de juistheid van de beslissing te controleren, geeft partijen en derden inzicht in de beweegredenen van de rechter waardoor de beslissing voor hen controleerbaar en aanvaardbaar wordt, en stelt de hogere rechter in staat tot controle van de beslissing. Onderdeel van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is dat in een rechterlijke uitspraak gemotiveerd wordt ingegaan op standpunten van een partij die relevant zijn voor de beslissing.[294] De eis dat een rechterlijke uitspraak de gronden van de beslissing bevat, is in Nederland vastgelegd in de Grondwet (art. 121 GW), de Wet op de rechterlijke organisatie (art. 5 Wet RO) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 30 Rv).[295] De motiveringseis maakt deel uit van de eisen van een behoorlijke rechtspleging. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad[296] – in lijn met rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens[297] – dient elke rechterlijke beslissing, ongeacht of zich onder de processtukken een deskundigenadvies bevindt, ten minste zodanig te zijn gemotiveerd, dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang. Doel hiervan is dat de beslissing voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar is.

In dit systeem kiest de rechter zelfstandig welke argumenten hij in de beslissing gebruikt en hoe hij die presenteert, en is het na de uitspraak aan anderen om te beoordelen of de motivering van de beslissing volstaat en overtuigt. De kennisparadox[298] doet zich ook hier voelen. In zaken waarin deskundigenbewijs een rol speelt, is – voor zowel de rechter die de beslissing motiveert als degenen die de motivering na de uitspraak beoordelen – complicerend dat zich door iemand die niet deskundig is op het vakgebied van de ingeschakelde deskundige(n), in het algemeen niet in de mate waarin dat bij ander bewijsmateriaal het geval is, laat beoordelen of de motivering van de beslissing volstaat en overtuigt. Wanneer dit stadium van de motivering niet kan worden bereikt in een zaak waarin deskundi-

294 Bijv. Jacobs & White 2005, p. 179; EVRM R&C, par. 3.6.4.7.

295 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) nr. 117; Asser/Vranken 1995, nrs. 217-218; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 5; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 40. Zie over de motivering van rechterlijke uitspraken ook de bijdragen van Barendrecht, Korthals Altes, Martens en Vranken in: Wackie Eysten e.a. 1993.

296 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 120, die verwijzen naar HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659, m.nt. DWFV; HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21 m.nt. EAA; HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7; HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 494; HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 495; HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171, m.nt. MS; HR 10 oktober 2003, *NJ* 2004, 37. Zie m.b.t. de bewijswaardering na deskundigenadvies: par. 7.5.3.4.

297 Bijv. EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995, 462, m.nt. EAA (*Van de Hurk/Nederland*); EHRM 9 december 1994, *NJ* 1997, 20, m.nt. EAA onder HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21 (*Hiro Balani/Spanje*); EHRM 8 april 2008, nr. 7170/02 (*Gradinar/Moldavië*).

298 Zie par. 1.4.4.

genbewijs voorhanden is, gaat het er vooral om dat het zo dicht mogelijk wordt benaderd. De rechter dient daartoe – tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing – zo goed mogelijk te laten zien of hij door een deskundigenadvies overtuigd is geraakt van de waarheid van een feit.

Vanuit dit perspectief ga ik hierna in op de motiveringseisen die gelden voor een rechterlijke uitspraak in zaken waarin een deskundigenadvies is uitgebracht en op de invulling die daaraan in de rechtspraktijk wordt gegeven. Met behulp van de inzichten uit het rechtsvergelijkend overzicht van par. 7.2 zal ik aan het slot bepleiten dat de huidige motiveringseisen zich relatief eenvoudig verder laten concretiseren. Hiermee kan naar mijn opvatting worden bevorderd dat zowel de rechter die een beslissing na deskundigenadvies motiveert, als anderen die de motivering vervolgens beoordelen, na kunnen gaan of de beslissing zo waarheidsgetrouw mogelijk is en of de motivering van de beslissing volstaat en overtuigt.

7.5.3.2 Responderen op de stellingen van partijen

In de motivering van de beslissing legt de Nederlandse rechter, evenals in België, Engeland en Frankrijk en anders dan in Duitsland, Oostenrijk of Zwitserland, primair verantwoording af van de wijze waarop hij acht heeft geslagen op de stellingen van partijen. De rechter hoeft niet alle stellingen van partijen te bespreken, maar mag zich beperken tot de essentiële stellingen, mits hij voldoende inzicht geeft in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt, opdat de beslissing voor partijen en derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar is.[299] Ook brengt de motiveringsplicht op zichzelf niet mee dat de rechter zou moeten verantwoorden waarom hij een deskundigenadvies al dan niet volgt.[300] De rechter die overtuigd is van de juistheid van een door partijen niet weersproken deskundigenadvies en het deskundigenadvies volgt, kan dan ook volstaan met de motivering dat hij het deskundigenadvies overtuigend vindt,[301] tenzij de beslissing zonder nadere verantwoording niet begrijpelijk en daarmee voor partijen en derden niet controleerbaar en aanvaardbaar is.

Zoals toegelicht in par. 7.5.2, beoordeelt de rechter, ongeacht of partijen een deskundigenadvies weerspreken, zelfstandig of hij in een deskundigenadvies de benodigde voorlichting vindt en/of door een deskundigenadvies overtuigd raakt van de waarheid van betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Bij de vorming van de overtuiging van de rechter spelen niet alleen de ele-

---

299 Conclusie A-G Langemeijer onder 3.2 bij HR 6 februari 2004, *NJ* 2004, 329; conclusie A-G Huydecoper onder 13 bij HR 10 juni 2005, *NJ* 2005, 315. In dezelfde zin HR 18 oktober 1961, *NJ* 1963, 78. In de woorden van het EHRM: 'It is true that Article 6 requires a tribunal to state adequately the reasons on which its judgments are based. However, this requirement does not go so far as to require a detailed answer to every argument put forward (...)' (EHRM 9 juli 2002, nr. 48334/99 (*Polman/Nederland*). Vgl. EHRM 8 april 2008, 7170/02 (*Gradinar/Moldavië*) , r.o. 107-108, en de daar genoemde vindplaatsen.

300 Conclusie A-G Ten Kate onder 11 bij HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 164.

301 HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 530, r.o. 3.2; HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154; HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 98, r.o. 3.3.2. Toepassing: bijv. Rb. Almelo 18 augustus 2004, *LJN* AQ7103, r.o. 5; Rb. Dordrecht 10 november 2004, *NJF* 2004, 594.

menten een rol die in par. 7.5.2 zijn besproken, maar ook het standpunt van partijen naar aanleiding van een deskundigenadvies. Als partijen een deskundigenadvies niet weerspreken, kan dat op zichzelf een aanwijzing zijn voor de juistheid van een deskundigenadvies.[302] Het omgekeerde komt echter ook voor, namelijk dat de rechter niet met zoveel woorden overweegt of hij overtuigd is van de juistheid van een deskundigenadvies en doorslaggevend acht – kennelijk ook voor de eigen overtuiging – of een deskundigenadvies gemotiveerd wordt betwist:

> '2.3 (...) in geval van een waardebepaling van een object [is] niet altijd eenvoudig (...) nauwkeurig aan te geven in welke mate de voor de waardebepaling relevante factoren precies een rol hebben gespeeld. De waardebepaling is vaak het resultaat van het op die relevante factoren en (tot op zekere hoogte) op de kennis en ervaring van de deskundige gebaseerde intuïtieve oordeel van de deskundige. Dat oordeel is, zeker voor wat betreft het intuïtieve aspect, niet volledig te controleren. Wanneer, zoals hier, de deskundigheid en onafhankelijkheid van de deskundige niet ter discussie staan, dient van de juistheid van het intuïtieve oordeel van de deskundige te worden uitgegaan wanneer dat oordeel niet gemotiveerd wordt weerlegd, bijvoorbeeld met het oordeel van een andere deskundige.'[303]

Naar mijn opvatting behoort het standpunt van partijen over de juistheid van een deskundigenadvies niet bepalend te zijn voor de overtuiging van de rechter. Anders zou de rechter zijn oordeel over de feiten in gevallen waarin partijen een deskundigenadvies niet betwisten, overlaten aan de deskundige, ook wanneer partijen niet hebben afgesproken dat het deskundigenadvies tussen hen zal gelden als bindend advies.[304]

Voor zover een deskundigenadvies door (een) partij(en) (gemotiveerd) wordt weersproken of het processuele debat van partijen zich naar aanleiding van een deskundigenadvies verder ontwikkelt, kan op de rechter de verplichting rusten om in de beslissing verdergaand inzicht te geven in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan zijn keuze om het deskundigenadvies al dan niet te volgen. Alvorens nader in te gaan op de motiveringseisen die uit rechtspraak van de Hoge Raad zijn te destilleren, laat ik eerst zien dat in de lagere rechtspraak uiteenlopende motiveringen worden aangetroffen van de beslissing om een deskundigenadvies te volgen.

7.5.3.3 Motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies in lagere rechtspraak

Zoals besproken in par. 7.5.3.2, mag de rechter die overtuigd is van de juistheid van een onweersproken deskundigenadvies, in de motivering van de beslissing volstaan met de overweging dat hij een deskundigenadvies overtuigend vindt.

---

302 Bijv. Rb. Dordrecht 23 april 2008, *LJN* BD0513: '3.1.2. Nu [eisers] de voormelde zienswijze van de deskundigen niet gemotiveerd hebben bestreden, Erasmus zich met die zienswijze verenigt en er niet gebleken is van een reden om aan de juistheid van die zienswijze te twijfelen, volgt de rechtbank de deskundigen daarin.'

303 Rb. Zwolle 29 november 2006, *LJN* BA9754, r.o. 2.3. In vergelijkbare zin Rb. Haarlem 20 februari 2008, *LJN* BC5189, r.o. 4.8.

304 Zie over een deskundigenadvies als bindend advies: De Groot 2007b; Heemskerk 1984.

Hetzelfde geldt na verwerping van de bezwaren van (een) partij(en) tegen een deskundigenadvies. Desondanks worden in de lagere rechtspraak uiteenlopende bewoordingen gebruikt om de overtuiging van de rechter nader te motiveren. Soms overweegt de rechter in feitelijke instantie in de woorden van de medische tuchtrechter dat een rapport 'voldoet aan de daaraan te stellen eisen van inzichtelijkheid en consistentie,[305] of 'aan de daaraan te stellen eisen van helderheid, inzichtelijkheid en consistentie'.[306] Het rapport is 'goed en zorgvuldig opgesteld',[307] 'consistent en deugdelijk',[308] 'deugdelijk onderbouwd en overtuigend in de beantwoording van de gestelde vragen',[309] of de antwoorden van de deskundige zijn 'goed gemotiveerd en komen overtuigend voor'.[310] Ook worden de conclusies van de deskundige 'voldoende duidelijk'[311] of 'goed en duidelijk' geacht.[312] Soms ziet de rechter geen aanleiding om te twijfelen aan de juistheid van de bevindingen en conclusies van de deskundige,[313] of laat de innerlijke consistentie van een deskundigenadvies volgens de rechter zelfs geen ruimte voor tegenspraak:

> 'De rechtbank ziet geen aanleiding voor twijfel aan de juistheid van de conclusie van de deskundige. Hierbij speelt een rol dat de conclusie van [deskundige] en de argumenten die hij aan die conclusie ten grondslag legt geen ruimte laten voor een ander oordeel. De rechtbank acht de conclusie van [deskundige] dan ook geloofwaardig en overtuigend.'[314]

De conclusies van een deskundigenadvies kunnen overtuigend zijn 'gezien de wijze van onderzoek en de aan die conclusies ten grondslag liggende motivering'[315] of omdat een deskundige 'de juiste weg heeft gevolgd bij het in kaart brengen van de mogelijke gevolgen' van bepaalde scenario's.[316] Overgenomen werd de conclusie van een deskundigenadvies die 'helder en deugdelijk onderbouwd is en de afsluiting vormt van een uitvoerig rapport dat logisch is gestructureerd'.[317]

De motivering van het gebruik van een deskundigenadvies loopt in de aangehaalde lagere rechtspraak dus tamelijk uiteen, ook in gevallen waarin de rechter volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad[318] had mogen volstaan met de motivering dat hij overtuigd is van de zienswijze van de deskundige.

---

305 Rb. Arnhem 17 november 2004, *LJN* AR8795; Rb. Arnhem 24 november 2004, *LJN* AR8774; Rb. Arnhem 19 december 2007, *LJN* BC1577.
306 Rb. Arnhem 26 januari 2005, *LJN* AS8648.
307 Hof Den Bosch 24 april 2007, *LJN* BB3967.
308 Rb. Arnhem 30 juni 2004, *LJN* AP1721.
309 Hof Den Bosch 8 april 2008, *LJN* BC9439.
310 Rb. Arnhem 29 september 2004, *LJN* AR3529.
311 Rb. Middelburg 17 december 2003, *LJN* AO0897.
312 Rb. Zwolle 17 november 2004, *LJN* AR7016.
313 Rb. Leeuwarden 22 december 2004, *LJN* AR8400.
314 Rb. Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BB9315.
315 Rb. Arnhem 5 oktober 2005, *LJN* AU7541.
316 Rb. Arnhem 7 juli 2004, *LJN* AQ5092.
317 Rb. Rotterdam 14 december 2005, *S&S* 2006, 132.
318 Zie par. 7.5.3.2.

7.5.3.4 Cassatierechtspraak over de nadere motivering van een rechterlijke uitspraak na deskundigenadvies

Soms wordt in cassatie geklaagd over de motivering van een beslissing in een zaak waarin in feitelijke instantie een deskundigenadvies is uitgebracht, of een voorlopig deskundigenadvies is overgelegd. Zoals besproken in par. 7.5.3.2, heeft de rechter in feitelijke instantie in beginsel een beperkte motiveringsplicht in de beslissing waarin hij de zienswijze van de deskundige al dan niet volgt: in beginsel volstaat dat de rechter in de beslissing vermeldt of hij overtuigd is van de zienswijze van de deskundige. De rechter kan een verdergaande motiveringsplicht hebben, afhankelijk van de standpunten van partijen of de begrijpelijkheid van de beslissing. Hierna wordt cassatierechtspraak besproken waarin aanwijzingen zijn te vinden hoe ver de motiveringsplicht van de rechter reikt als een deskundigenadvies een rol speelt in het bewijsoordeel.

Betwisting van de feitelijke grondslag van een deskundigenadvies

In par. 4.7.3 heb ik betoogd dat de rechter aan een deskundige kan vragen op diens vakgebied feiten te verzamelen, te ordenen, op te helderen en/of te verklaren, kennis of ervaringsregels te verschaffen en/of conclusies te trekken uit vaststaande of door de deskundige opgehelderde feiten. De rechter kan deze feiten vervolgens vaststellen en aan de beslissing ten grondslag leggen. Betwist een partij dergelijke feiten echter en biedt zij tegenbewijs aan tegen feitelijke vaststellingen in een deskundigenadvies, dan mag de rechter het bewijsaanbod niet als irrelevant passeren op de grond dat hij zich met de bevindingen van de deskundige verenigt.[319] In deze situatie kan het deskundigenadvies de beslissing dus niet dragen, tenzij gelegenheid is gegeven om het aangeboden tegenbewijs te leveren en het tegenbewijs niet is geleverd. In vergelijkbare gevallen mag de rechter in Duitsland evenmin zonder meer uitgaan van de feiten van het deskundigenadvies, bijvoorbeeld wanneer de deskundige van een ander feitencomplex is uitgegaan dan de rechter, of wanneer een partij de rechter verzoekt de deskundige te horen en de rechter meent bezwaren van een partij tegen het deskundigenadvies zonder nadere toelichting in de beslissing gemotiveerd te kunnen weerleggen.[320]

Gedachtegang rechter bij verwerping van bezwaren tegen een deskundigenadvies moet inzichtelijk zijn

Van oudsher maakt een tussenuitspraak of proces-verbaal deel uit van de motivering van een rechterlijke beslissing, als in de beslissing op voldoende duidelijke wijze de wil van de rechter is uitgedrukt om de inhoud ervan als onderdeel van de beslissing aan te merken. Met de zinsnede ‘gezien’, gevolgd door een korte aanduiding van het stuk, werd een stuk integraal onderdeel van de gronden van de uitspraak. In 1955 achtte de Hoge Raad deze handelwijze niet wenselijk met betrekking tot een deskundigenadvies. De rechtbank Leeuwarden had in een uitspraak in

319 HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 440, r.o. 3.7.
320 Zie par. 7.2.2.

een onteigeningszaak een deskundigenrapport als 'gezien' vermeld en zich verenigd met de zienswijze van de deskundigen in het rapport, de conclusie van het rapport en de gronden van de conclusie. Zonder melding te maken van de inhoud van het deskundigenrapport, had de rechtbank vervolgens over de schadeloosstelling geoordeeld. De Hoge Raad overwoog dat hiermee 'wellicht ook, zij het op minder duidelijke en daarom minder wenselijke wijze' de wil van de rechter was uitgedrukt om de inhoud van het rapport van de deskundigen als inhoud van de beslissing te doen gelden, 'althans voor zoveel betreft hun conclusie en de gronden waarop die rust, door de vermelding dat de Rb. zich met een en ander verenigt'. Toch was het vonnis onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank was namelijk ten onrechte niet ingegaan op de schriftelijke bezwaren die de onteigenende gemeente had ingebracht tegen het deskundigenrapport. De bezwaren waren behandeld ten overstaan van de rechter-commissaris, waarvan proces-verbaal was opgemaakt. Ook van deze stukken had de rechtbank met 'gezien' melding gemaakt in de uitspraak. Aan de verwerping van de bezwaren had de rechtbank echter geen overweging gewijd. Hiermee had de rechtbank de Hoge Raad de mogelijkheid onthouden om te toetsen of de wet naar behoren was toegepast ten aanzien van de bezwaren van de gemeente tegen de inhoud van het deskundigenadvies.[321] In een andere onteigeningszaak had de rechtbank een stuk grond conform een deskundigenrapport gewaardeerd op een bedrag van NLG 6,- per m2. De rechtbank had aan dit oordeel niet de motivering van het deskundigenrapport ten grondslag gelegd, maar een eigen motivering, waarin niet werd ingegaan op het bezwaar van de Staat dat het stuk grond conform de agrarische waarde moest worden gewaardeerd op een bedrag van NLG 1,- per m2. De motivering van de rechtbank vormde volgens de Hoge Raad geen begrijpelijke weerlegging van hetgeen de Staat had aangevoerd en gaf geen inzicht in de gedachtegang die de rechtbank tot haar waardering had geleid.[322] Beide arresten laten zien dat de rechter die een onderdeel van een deskundigenadvies volgt in een situatie waarin een partij gemotiveerd bezwaar heeft gemaakt tegen de juistheid van dat onderdeel, het bezwaar behoort te verwerpen op een wijze die inzicht geeft in zijn gedachtegang om de beslissing controleerbaar te maken.

Begrenzing van de mogelijkheden om de gedachtegang inzichtelijk te maken
In 1989 oordeelde de Hoge Raad in een zaak over de vaststelling van de huurprijs van bedrijfsruimte dat de omvang van de motiveringsplicht van de rechter die een deskundigenadvies volgt waarvan de juistheid gemotiveerd is betwist, afhangt van

321 HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 579. Nog steeds worden bezwaren van partijen wel eens op soortgelijke impliciete wijze weerlegd, bijv. in Rb. Dordrecht 9 november 2005, *LJN* AU9327: '20. De rechtbank ziet geen reden te twijfelen aan de juistheid van de door de onafhankelijke deskundigen op grond van waarnemingen ter plaatse, mede gebaseerd op eigen kennis, intuïtief inzicht en ervaring getaxeerde waarde van het onteigende en waardevermindering van het overblijvende. De daartegen door partijen aangevoerde bezwaren vinden hun weerlegging in het definitieve rapport, de daarin nader gegeven toelichting alsmede in de nadere schriftelijke toelichting 'opmerkingen van deskundigen' bij gelegenheid van de pleidooien. De rechtbank maak deze weerlegging tot de hare en voegt daaraan nog het navolgende toe. (...)'

322 HR 27 mei 1970, *NJ* 1972, 302.

de mate waarin het mogelijk is het deskundigenadvies te motiveren en van de aard en de mate van precisering van de bezwaren van een partij tegen het deskundigenadvies. Een oordeel van een deskundige dat berust op een inschatting, gemaakt op basis van ervaring en intuïtie, laat zich slechts tot op zekere hoogte motiveren. Bezwaren van een partij tegen de juistheid van een dergelijk oordeel kunnen aan de deskundige worden voorgelegd,[323] maar als de deskundige na heroverweging bij zijn oordeel blijft, rijst de vraag in hoeverre van de deskundige kan worden verlangd dat hij zijn oordeel nader motiveert. Het antwoord op deze vraag wordt niet alleen bepaald door de mate waarin een deskundigenoordeel berust op kennis, ervaring of intuïtie en zich concreet laat onderbouwen, maar ook door de aard en de mate van precisering van de aangevoerde bezwaren. De rechter in feitelijke instantie heeft de vrijheid om, beide aspecten in aanmerking nemend, een na heroverweging gehandhaafd, maar niet nader gemotiveerd deskundigenadvies te aanvaarden:

> '3.3 (...) Bij toepassing van de in de art. 1626 en 1632a BW voorgeschreven vergelijkingsmethode zal telkens, met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval door de rechter moeten worden beslist welke en hoeveel panden daarbij als 'vergelijkbare bedrijfsruimte' in de berekening van het gemiddelde van de huurprijzen dienen te worden betrokken. Bij deze, aan de rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden beslissingen zal de rechter deskundige voorlichting veelal niet kunnen ontberen. Niet zelden immers zullen de panden welke in aanmerking komen om als 'vergelijkbare bedrijfsruimte' in de berekening te worden betrokken, met het gehuurde een of meer verschillen vertonen. Dat behoeft niet uit te sluiten dat deze panden in aanmerking worden genomen, mits met die verschillen op een in het gegeven geval passende wijze rekening wordt gehouden, maar bij dat laatste zal 'inschatting' door een of meer deskundigen die daarbij hun eindoordeel zullen moeten putten uit ervaring en intuïtie, in de regel onontbeerlijk zijn. Daarbij zal als onvermijdelijk moeten worden aanvaard dat het deze deskundigen in de regel niet mogelijk zal zijn dit eindoordeel — dat wil zeggen de wijze waarop zij aldus, na een aantal tussenoordelen (zoals omtrent de nuttige oppervlakte, de bouwkundige gedaante en de staat van onderhoud) die zich wel voor motivering lenen, zijn gekomen tot hun uiteindelijke 'inschatting' (als, al dan niet met bepaalde correcties nog wel, of ook met correcties niet vergelijkbaar) — ten volle met redenen te omkleden. Daarmede moet rekening worden gehouden wanneer tegen een in dit kader door deskundigen uitgebracht advies bezwaren worden opgeworpen en het dan gaat om de vraag in hoeverre van de deskundigen kan worden gevergd dat zij, indien die bezwaren hun bij heroverweging geen aanleiding geven hun eindoordeel te herzien, zulks nader motiveren. Daarbij spelen ook de aard en de mate van precisering van de aangevoerde bezwaren een rol. Aan de rechter die over de feiten oordeelt, moet de vrijheid worden gelaten te beoordelen of hij in een dergelijk geval het na heroverweging gehandhaafde, maar niet nader gemotiveerde eindoordeel van deskundigen al dan niet aanvaardt.'[324]

---

323 De Centrale Raad van Beroep verlangt zelfs van de rechter in feitelijke instantie die een deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag legt dat gemotiveerd is betwist met een rapport van een door een partij ingeschakelde deskundige, dat de door de rechter benoemde deskundige voordien wordt gevraagd op het partijrapport te reageren (bijv. CRvB 21 juli 2006, *LJN* AY5328; CRvB 12 juni 2007, *LJN* BA7320).

324 HR 20 oktober 1989, *NJ* 1989, 898, r.o. 3.3. Toegepast in bijv. Hof Den Bosch 8 mei 2005, *LJN* BB0497.

In dit arrest komen drie aspecten aan de orde die in de opvatting van de Hoge Raad van belang zijn als de rechter een deskundigenadvies wil volgen en een partij gemotiveerd bezwaar heeft gemaakt tegen de juistheid van het deskundigenadvies. Allereerst hangt de mate waarin een deskundige inzicht kan geven in de gedachtegang die aan zijn advies ten grondslag ligt, af van de mate waarin het deskundigenadvies is gegrond op kennis, ervaring of intuïtie. Het gebruik van kennis kan worden onderbouwd door bijvoorbeeld literatuur(verwijzingen). Een antwoord waarin gebruik wordt gemaakt van ervaring, laat zich niet altijd even concreet onderbouwen. Een intuïtief oordeel laat zich naar zijn aard moeilijk onderbouwen. In een onteigeningszaak schreef A-G Spier hierover:

> '4.11.1 (...) Het zou m.i. te hoge eisen stellen aan de motiveringsplicht van de deskundigen (en de Rechtbank) als zij alle wegingsfactoren onomstotelijk zouden moeten aantonen. (...) Ten slotte valt nog te bedenken dat de waardebepaling door de deskundigen voor een deel een intuïtieve, niet ten volle dwingend en overtuigend te motiveren kwestie is. De schatting kan met verschillende argumenten worden beredeneerd, maar het is en blijft een schatting. In zoverre is sprake van een parallel met art. 6:97 BW. (...) Ook daar geldt dat niet de eis wordt gesteld en trouwens ook moeilijk kán worden gesteld dat alleen rekening wordt gehouden met feiten en omstandigheden die boven iedere twijfel zijn verheven. (...).'[325]

Bij een oordeel van een deskundige op basis van ervaring of intuïtie gaat het er vooral om dat uit het deskundigenadvies duidelijk wordt dat de deskundige niet een willekeurig subjectief oordeel geeft, maar zijn oordeel is ingegeven door zijn deskundigheid. Ook hier is van belang dat de deskundige zo veel mogelijk inzicht geeft in de gedachtegang die hem tot het intuïtieve oordeel heeft gebracht. Dat hoeft niet ingewikkeld te zijn. Een deskundige die 'naar beste weten' rapporteert,[326] brengt in het algemeen automatisch in zijn woordkeuze tot uitdrukking waar hij in zijn oordeelsvorming gebruik maakt van zijn kennis en ervaring. Dat is in het algemeen een aanwijzing dat het surplus op intuïtie berust.

Ten tweede is van belang dat de rechter die de gegrondheid van een gemotiveerd bezwaar van een partij tegen de juistheid van een deskundigenadvies niet zelf kan beoordelen, het bezwaar kan voorleggen aan de deskundige met het verzoek om het deskundigenadvies te heroverwegen. Efficiënter lijkt overigens dat naarmate een deskundigenadvies naar verwachting meer zal zijn gegrond op ervaring en intuïtie, de rechter aan de deskundige opdraagt om het concept-deskundigenadvies voor te leggen aan partijen en in het deskundigenadvies in te gaan op de opmerkingen van partijen naar aanleiding van het concept-deskundigenadvies.[327]

Ten derde is niet in algemene termen te zeggen of de deskundige die zijn oordeel vervolgens handhaaft, in reactie op het bezwaar een nadere motivering dient te geven. Dit hangt niet alleen af van de mate waarin een deskundigenadvies is

325 HR 3 juni 2005, *LJN* AS5933.
326 Zie par. 5.6.4.
327 Zie par. 6.4.3.5.

gegrond op kennis, ervaring of intuïtie en zich voor nadere motivering leent, maar ook van de aard en de mate van precisering van de aangevoerde bezwaren. Het oordeel hierover is voorbehouden aan de rechter in feitelijke instantie als degene die het bewijs waardeert. Hieraan is in 2003 in een hierna te bespreken zaak, Nieuw Vredenburgh/NHL,[328] de nuancering toegevoegd dat in cassatie steeds met een motiveringsklacht tegen de begrijpelijkheid van het oordeel van de rechter in feitelijke instantie kan worden opgekomen.

Verwerping van partijrapporten met behulp van een deskundigenadvies
De rechter in feitelijke instantie die een deskundigenadvies volgt waarin gemotiveerd wordt ingegaan op de juistheid van partijrapporten, hoeft die partijrapporten niet meer afzonderlijk in de motivering van de beslissing te betrekken, tenzij het processuele debat van partijen daartoe aanleiding geeft. Dit is af te leiden uit een zaak over een arbeidsongeschiktheidsverzekering, die in 1999 aan de Hoge Raad is voorgelegd. In deze zaak was in eerste aanleg een deskundige benoemd, nadat tegenstrijdige partijrapporten waren overgelegd. In cassatie werd onder andere aangevoerd dat het hof de partijrapporten onvoldoende in (de motivering van) de beslissing had betrokken. Bij de verwerping van de klacht vermeldde de Hoge Raad dat de door de rechter benoemde deskundige in het deskundigenadvies was ingegaan op de partijrapporten. Door dit deskundigenadvies over te nemen, had het hof duidelijk gemaakt waarom het zich door de partijrapporten niet van zijn beslissing had laten weerhouden. Ook had het hof, door zich met het deskundigenadvies te verenigen, volgens de Hoge Raad tot uitdrukking gebracht dat het zowel de eigen onderzoeksbevindingen van de deskundige als de analyse van de deskundige van de partijrapporten in zijn beoordeling van het geschil had betrokken. Weliswaar was door een partij betoogd dat er na de partijrapporten met succes een operatie had plaatsgevonden en de situatie ten tijde van het deskundigenonderzoek daardoor niet meer vergelijkbaar was met de situatie ten tijde van het onderzoek dat aan de partijrapporten ten grondslag lag, maar volgens de Hoge Raad was het hof, mede gelet op de summiere uitwerking van de desbetreffende stelling in de gedingstukken in hoger beroep, niet gehouden tot een nadere motivering op dit punt.[329]

Uitzondering: voorbijgaan aan een bezwaar tegen de juistheid van een deskundigenadvies
Anders dan in de reeds besproken zaken, heeft de Hoge Raad in 1990 in een medische aansprakelijkheidszaak geoordeeld dat het hof voorbij mocht gaan aan het rapport van een partijdeskundige waarmee een partij een deskundigenadvies had bestreden. In deze zaak had de rechtbank deskundigen benoemd. Het hof had in hoger beroep één van deze deskundigen gehoord. Na het deskundigenverhoor legde de aangeklaagde arts een rapport over van een partijdeskundige, waarin

328 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (*Nieuw Vredenburgh/NHL*).
329 HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, m.nt. P. Clausing, r.o. 3.5 en 3.6.

onder andere de juistheid werd betwist van de opinie van de door de rechtbank benoemde en door het hof gehoorde deskundige. Aan het rapport van de partijdeskundige besteedde het hof in zijn eindarrest in het geheel geen aandacht. Volgens het cassatiemiddel had het hof de door de rechter benoemde deskundige moeten confronteren met het partijrapport met de vraag of deze zijn opinie handhaafde. Door dat niet te doen en alleen de visie van de door de rechter benoemde deskundigen in aanmerking te nemen, had het hof volgens het cassatiemiddel de regels van een behoorlijke procesvoering geschonden. Volgens de Hoge Raad had het hof echter geen rechtsregel geschonden door in het partijrapport, dat pas in het geding was gebracht nadat het hof de deskundige had gehoord, geen aanleiding te vinden voor nader onderzoek.[330] Het oordeel van de Hoge Raad dat het hof in de uitspraak in het geheel niet hoefde te reageren op het partijrapport waarmee de juistheid van het deskundigenadvies werd bestreden, lijkt in het licht van de eisen die aan de motivering van een rechterlijke uitspraak worden gesteld en van de eerder besproken rechtspraak alleen begrijpelijk als het oordeel van de Hoge Raad erop neer komt dat het in strijd was met de goede procesorde om het partijrapport over te leggen nadat het hof de door de rechtbank benoemde deskundige had gehoord.[331] Dat overweegt de Hoge Raad echter niet met zoveel woorden. Wat daarvan ook zij, in 1994 heeft de Hoge Raad er geen misverstand over laten bestaan dat de rechter niet zonder nadere motivering een deskundigenadvies mag volgen dat met een rapport van een partijdeskundige gemotiveerd is betwist. In deze zaak was een door de rechtbank gelast deskundigenbericht gemotiveerd betwist met een partijrapport dat was overgelegd bij conclusie na comparitie. Op dit partijrapport was voortgebouwd in processtukken in hoger beroep. Het oordeel van het hof dat het deskundigenbericht op bepaalde punten niet in twijfel was getrokken, werd door de Hoge Raad in het licht van deze stukken onbegrijpelijk geacht.[332] Onjuist lijkt dan ook een uitspraak van de rechtbank Middelburg waarin kritiek op een deskundigenadvies, onderbouwd met een partijrapport, onbesproken werd gelaten op grond van de volgende overweging:

> 'Het rapport van BK zal niet worden gebruikt bij de beoordeling van de zaak, nu het een partijrapportage betreft en [gedaagde] bij de totstandkoming daarvan niet is betrokken. Bovendien heeft de rechtbank een deskundige benoemd die in zijn rapport antwoord heeft gegeven op de door de rechtbank gestelde vragen. Uit dit deskundigenrapport blijkt dat het onderzoek op de juiste wijze tot stand is gekomen in die zin dat beide partijen in de gelegenheid zijn gesteld opmerkingen te maken naar aanleiding van het conceptrapport, en deze opmerkingen en de reak-

330 HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26.

331 Vgl. Hof Arnhem 23 mei 2006, *LJN* AY5110: een rapport van een door een partij ingeschakelde deskundige wordt buiten beschouwing gelaten, omdat het, 'zonder deugdelijke reden, zo kort voor de pleidooien in het geding is gebracht, dat [appellante] onvoldoende gelegenheid heeft gehad om daarover advies in te winnen bij haar medisch adviseur en/of daarop inhoudelijk te reageren, zodat zij daardoor in haar verdediging dreigt te worden geschaad, hetgeen in strijd is met een goede procesorde'. Uit het arrest blijkt niet dat appellante op dit punt verweer had gevoerd. Zie over de afweging of een partijrapport in strijd met de goede procesorde wordt overgelegd in een situatie waarin dit verweer niet wordt gevoerd: HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, m.nt. J.H. Spoor, r.o. 3.4.3.

332 HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154.

> tie daarop van de deskundige ook verwerkt zijn in het rapport. Voorts zijn de conclusies van de deskundige voldoende duidelijk en geven zij antwoord op de door de rechtbank gestelde vragen.'[333]

Afwijken van een deskundigenadvies op grond van een eigen oordeel van de rechter

Scheltema vond dat de vrijheid van de rechter in de waardering van deskundigenbewijs niet tot gevolg heeft dat de rechter, na een deskundigenadvies te hebben ingewonnen, op grond van een zelfstandig gevormd oordeel van het deskundigenadvies zou mogen afwijken:

> 'De vrije bewijskracht beteekent alleen, dat het den rechter vrijstaat, het door deskundigen verklaarde feit al dan niet bewezen te achten. Acht hij het niet bewezen, dan zal hij den eisch of het verweer, dat op die deskundigenconclusie was gegrond, moeten afwijzen of een nieuw verhoor gelasten (..).'[334]

Een vergelijkbaar standpunt heeft de Hoge Raad ingenomen. Het hof Leeuwarden had in een zaak, waarin in geschil was of een partij auteursrecht had op bouwtekeningen van een ontwerp voor villa's, aanvankelijk overwogen zich niet in staat te achten zonder deskundige voorlichting over dat geschilpunt te beslissen. Vervolgens had het hof een deskundigenadvies ingewonnen. Toen het hof het deskundigenadvies vervolgens onvoldoende bruikbaar vond, deed het de zaak zelf af, zonder andermaal deskundige voorlichting in te winnen. Hiertegen werd in cassatie een motiveringsklacht gericht. Volgens de Hoge Raad ontsloeg de omstandigheid dat het deskundigenadvies naar het oordeel van het hof geen steun bood bij de beantwoording van de vraag of het ontwerp een eigen oorspronkelijk karakter bezit en het persoonlijk stempel van de maker draagt, het hof er niet van die vraag, tot beantwoording waarvan het hof zich aanvankelijk niet in staat had geacht, alsnog te beantwoorden en zijn beslissing dienaangaande voldoende te motiveren in het licht van het partijdebat. Omdat deze motivering in het arrest van het hof ontbrak, trof het cassatiemiddel doel.[335]

Essentieel is dus of de rechter die een deskundigenadvies heeft ingewonnen en het niet volgt, zijn beslissing toereikend motiveert. In vergelijkbare zin heeft de Hoge Raad in 2002 overwogen dat de rechter die op grond van een eigen oordeel afwijkt van het oordeel van de medische tuchtrechter, zijn oordeel toereikend dient te motiveren:

---

333 Rb. Middelburg 15 augustus 2007, *LJN* BB3705. Idem Rb. Middelburg 26 juli 2006, *LJN* AY5819, r.o. 2.5. Anders bijv.: Hof Den Bosch 11 december 2007, *LJN* BC1552, r.o. 4.7.2.

334 Scheltema 1939, p. 469.

335 HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493, besproken door Boonekamp 2007, p. 18. Een voorbeeld van zo'n motivering biedt Rb. Breda 3 juni 1913, *NJ* 1913, p. 1010: de rechtbank overweegt dat de deskundigen weliswaar de vraag van de rechtbank niet hebben beantwoord, maar voldoende gegevens hebben verschaft om de rechtbank in staat te stellen het antwoord zelf te geven.

> '3.6.3 Bij de beoordeling van de motiveringsklacht van onderdeel 5.2 wordt vooropgesteld dat de rechter, indien hij bij de beoordeling van medisch handelen van een arts komt tot een oordeel dat afwijkt van het oordeel dat de tuchtrechter heeft gegeven naar aanleiding van een klacht met betrekking tot datzelfde medisch handelen, zijn oordeel zodanig dient te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan een motivering met behulp van verklaringen van een of meer, zo nodig door de rechter te benoemen, deskundigen.'[336]

Dit komt er in de praktijk op neer dat de opvatting van Scheltema geldend recht is en dat de rechter in Nederland, evenals in bijvoorbeeld Duitsland[337] of Engeland[338] zijn eigen oordeel niet in de plaats mag stellen van het oordeel van een deskundige in zaken waarin de deskundigheid van de rechter niet voor zich spreekt. Doet de rechter dat namelijk wel, dan moet hij inzicht geven in zijn gedachtegang. De gedachtegang zal de beslissing pas controleerbaar en aanvaardbaar maken, wanneer de rechter inzichtelijk maakt, evenals in Duitsland van de rechter wordt verlangd, dat hij voldoende deskundig is om een eigen oordeel te geven, hetzij omdat de kwestie behoort tot de normale deskundigheid van een rechter, hetzij omdat de rechter beschikt over bijzondere deskundigheid en het gebruik daarvan niet als een ontoelaatbare verrassingsbeslissing[339] is aan te merken. In par. 4.7.1.6 heb ik betoogd dat de rechter vaker inzicht zou moeten geven in zijn gedachtegang om al dan niet gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid tot benoeming van een deskundige (art. 194 Rv). Dit is in Nederland naar geldend recht dus al noodzakelijk voor zover de verantwoordingsplicht voortvloeit uit de motiveringsplicht van de rechter.

Maakt het voor de omvang van de motiveringsplicht iets uit of een deskundigenadvies wordt gevolgd of niet?

In 2003 heeft de Hoge Raad in zijn arrest in de zaak van de Stichting Nieuw Vredenburgh tegen verzekeraar Nieuwe Hollandsche Lloyd (NHL)[340] andermaal stilgestaan bij de reikwijdte van de motiveringsplicht van de rechter die een bewijsoordeel geeft in een zaak waarin zowel een deskundigenadvies als rapporten van partijdeskundigen voorhanden zijn.

In deze zaak was in geschil of NHL uit hoofde van een brandverzekering gehouden was tot uitkering aan Nieuw Vredenburgh wegens brandschade in een ontmoetingscentrum voor ouderen. Volgens de toepasselijke polisvoorwaarden moesten de asbakken na sluitingstijd worden geleegd in een metalen afvalbak, of een afvalbak van onbrandbare of zelfdovende constructie, en was het gebruik van andere afvalbakken niet toegestaan. In de polis was bepaald dat het recht op uit-

336 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, m.nt. F.C.B. van Wijmen. Toegepast in bijv. Rb. Zutphen 12 september 2007, *LJN* BB6269.
337 Zie par. 4.3.6.1.
338 Zie par. 4.3.3.1.
339 Zie over ontoelaatbare verrassingsbeslissingen: par. 4.7.1.5.
340 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (*Nieuw Vredenburgh/NHL*), besproken door Boonekamp 2004a, p. 45-46, en Driessen 2004, p. 6-8.

kering verloren ging, als bij schade bleek dat niet aan deze voorwaarden was voldaan, tenzij Nieuw Vredenburgh zou bewijzen dat de schade daardoor niet was veroorzaakt of vergroot.

Nadat er een brand had gewoed, weigerde NHL uitkering op de grond dat er kunststof afvalbakken in het pand waren aangetroffen. Nieuw Vredenburgh stelde dat niet vaststond dat de brand in een kunststof afvalbak was ontstaan en niet was gebleken dat de schade door het gebruik van kunststof afvalbakken was vergroot. Aan de zijde van beide partijen kwam een rapport van een partijdeskundige tot stand. De partijrapporten liepen uiteen met betrekking tot de vraag of de brand in een kunststof afvalbak was ontstaan, en of de schade door het gebruik van kunststof afvalbakken was vergroot. Er werd een voorlopig deskundigenbericht uitgebracht, dat steun gaf aan het standpunt van Nieuw Vredenburgh. In de daaropvolgende bodemprocedure tussen partijen werden de twee partijrapporten en het voorlopig deskundigenbericht overgelegd. NHL onderbouwde haar commentaar op het voorlopig deskundigenbericht met bijstand van een (andere) partijdeskundige. In het toernooimodel kwam de stand van de *battle of experts* hiermee op 2-2.

Rechtbank en hof oordeelden dat Nieuw Vredenburgh niet had bewezen dat de schade niet was veroorzaakt of vergroot door de kunststof afvalbakken. In hoger beroep plaatste het hof de rapporten van de door de rechtbank benoemde deskundige en de partijdeskundige van Nieuw Vredenburgh tegenover het andersluidende rapport van de partijdeskundige van NHL en het commentaar van de andere partijdeskundige van NHL op het voorlopig deskundigenbericht. Vervolgens oordeelde het hof dat Nieuw Vredenburgh niet had bewezen dat de brand niet was veroorzaakt of vergroot door de aanwezigheid van kunststof afvalbakken. Het hof sloot zich dus niet aan bij het voorlopig deskundigenbericht. In cassatie werd geklaagd dat het hof nader had kunnen en moeten motiveren waarom het afweek van het deskundigenadvies van de door de rechtbank benoemde deskundige. A-G Wesseling-van Gent vatte het middel zo op dat betoogd werd dat de rechter altijd dient aan te geven waarom hij de conclusies uit een rapport van een door de rechter benoemde deskundige niet volgt, of, scherper geformuleerd, de conclusies van een door hem benoemde deskundige dient over te nemen, tenzij hij gemotiveerd kan aangeven waarom hij die conclusies niet volgt. De A-G wees erop dat er geen regel is op grond waarvan de rechter tot extra motivering gehouden zou zijn wanneer zijn oordeel afwijkt van de door hem benoemde deskundige. De rechter behoeft geen verantwoording af te leggen tegenover de mening en de conclusie van de deskundige[341] en diende volgens haar niet alsnog een verzwaarde motiveringsplicht te krijgen:

> ‘Een deskundigenbericht blijft een advies aan de rechter, ook als de deskundige in opdracht van de rechter is benoemd. De vrije bewijskracht van het deskundigenbericht dient in beginsel niet te worden ingeperkt.’[342]

---

341 Zie par. 7.5.3.2.

342 Conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.14 bij HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (*Nieuw Vredenburgh/NHL*).

De Hoge Raad oordeelde dat het hof zijn oordeel niet toereikend had gemotiveerd en overwoog daartoe onder andere:

> '3.5 (...) Voorts neemt het middel terecht tot uitgangspunt dat de waardering van bewijs is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, en dat de rechter daarbij een grote mate van vrijheid heeft. In beginsel heeft de rechter een beperkte motiveringsplicht ook wat betreft zijn beslissing de zienswijze van de deskundige al dan niet te volgen; de inhoud van deze motiveringsplicht is afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van precisering van de daartegen door partijen aangevoerde bezwaren.
> 3.6 In de onderhavige zaak hebben beide partijen aan de hand van door hen geraadpleegde deskundigen van wie de rapporten in het geding zijn, hun stellingen toegelicht. Omdat deze deskundigen het niet eens waren over de waarschijnlijke oorzaak van de brand, lag het voor de hand dat, zoals ook is gebeurd, een deskundige door de rechter werd benoemd die (mede) tot taak had ten behoeve van de rechter commentaar te leveren op de rapporten van de door partijen geraadpleegde deskundigen. Indien de rechter in een dergelijk geval de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige volgt, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie, hem overtuigend voorkomt. De rechter zal op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. Indien de rechter in een geval als hier bedoeld – waarin partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door haar geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde standpunten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van de door de rechter benoemde deskundigen al dan niet aanvaardbaar achten – de zienswijze van de door (...) hem benoemde deskundige niet volgt, dient hij in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.'[343]

7.5.3.5 De motiveringsplicht en 'de aard van het bewijsmateriaal'

Zoals vermeld, werd in de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL in cassatie gesteld dat het hof nader had kunnen en moeten motiveren waarom het afweek van het deskundigenadvies van de door de rechtbank benoemde deskundige. In het middel werd allereerst betoogd dat de beslissing waarin wordt afgeweken van het advies van een door de rechter benoemde deskundige, steeds nadere motivering behoeft, althans in ieder geval wanneer in het deskundigenadvies wordt ingegaan op de rapporten van partijdeskundigen. Verder werd in het middel aangevoerd dat de rechter in ieder geval tot nadere motivering is gehouden wanneer tussen de partijdeskundigen en de door de rechter benoemde deskundigen een uitvoerig en gemotiveerd debat heeft plaatsgevonden en partijen dit debat in het processuele debat hebben overgenomen. Hiermee werd aan de Hoge Raad onder andere de vraag

343 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (*Nieuw Vredenburgh/NHL*).

voorgelegd of de invulling van de motiveringsplicht voornamelijk wordt bepaald door de stellingen van partijen, dan wel of de rechter ongeacht de stellingen van partijen dient te motiveren waarom hij al dan niet overtuigd is van de juistheid van een deskundigenadvies.

De motiveringsplicht in het private en publieke domein
Zoals in het rechtsvergelijkend overzicht in par. 7.2 naar voren is gekomen, staat in Duitsland en in mindere mate in Oostenrijk en Zwitserland voorop dat de rechter inzicht dient te geven in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan zijn oordeel om een deskundigenadvies al dan niet te volgen. Het processuele debat kan in deze landen aanleiding geven tot een verdergaande motiveringsplicht. In Engeland, Frankrijk en België hangt de motiveringsplicht voornamelijk af van het processuele debat van partijen en wordt buiten de reikwijdte van het processuele debat niet of nauwelijks van de rechter verlangd dat hij inzicht geeft in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan zijn oordeel om een deskundigenadvies al dan niet te volgen. Vanuit het perspectief dat burgerlijke rechten en plichten ter vrije bepaling van partijen zijn[344] hebben de partijen die een zaak aan de rechter hebben voorgelegd, in Engeland, Frankrijk en België tijdens het processuele debat in eigen hand in hoeverre de rechter inzicht dient te geven in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan de daaropvolgende beslissing. Op dit kruisvlak van het private en publieke domein ligt het accent in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland daarentegen niet zozeer op de eigen verantwoordelijkheid van partijen in het private domein, maar op aspecten uit het publieke domein, zoals de behoefte aan toezicht op de overheidsrechter of het belang van waarheidsvinding in een civiele procedure. Vanuit hetzelfde perspectief dat burgerlijke rechten en plichten ter vrije bepaling van partijen zijn, staat dan voorop dat partijen niet op een apodictisch oordeel van de overheidsrechter hoeven te vertrouwen. Op de rechter rust in deze landen ook los van het processuele debat van partijen een eigen verantwoordelijkheid om inzicht te geven in de gedachtegang die de beslissing na deskundigenadvies draagt. Hij mag daarom, anders dan in Nederland, ook bij een onweersproken deskundigenadvies niet zonder meer volstaan met de overweging dat hij overtuigd is van de zienswijze van de deskundige.

Aanknoping bij de stellingen van partijen
In Nederland pleegt de motiveringsplicht, evenals in Engeland, Frankrijk en België, te worden opgehangen aan de stellingen van partijen.[345] De omvang van het processuele debat is bepalend voor de reikwijdte van de motiveringsplicht. Aan deze lijn heeft de Hoge Raad vastgehouden in de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL, maar met een nuancering in de richting van het motiveringsstelsel van de Duitstalige landen. De Hoge Raad heeft vooropgesteld dat de waardering van bewijs is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en de rechter

344 Zie par. 2.3.2.
345 Zie par. 7.5.3.2.

daarbij een grote mate van vrijheid heeft. Hierop volgt de overweging dat de rechter in beginsel een beperkte motiveringsplicht heeft, ook wat betreft zijn beslissing om de zienswijze van de deskundige al dan niet te volgen. Daarna wordt overwogen dat de inhoud van de motiveringsplicht afhankelijk is van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van precisering van de daartegen door partijen aangevoerde bezwaren.

Deze gedachtegang volgend, valt allereerst op dat Hoge Raad aan de motivering van de beslissing waarin een deskundigenadvies wordt gevolgd, geen andere eisen stelt dan aan de motivering van de beslissing waarin van een deskundigenadvies wordt afgeweken. Dit is een logisch gevolg van de vrijheid van de rechter in de bewijswaardering en de gedachte dat de rechter in de motivering van de beslissing slechts op de essentiële stellingen van partijen hoeft te responderen.

Aanknoping bij de aard van het bewijsmateriaal

Wanneer de Hoge Raad vervolgens de inhoud van de nadere motiveringsplicht aanduidt, valt daarnaast op dat die niet alleen afhankelijk is van de bezwaren van partijen, maar ook van 'de aard van het bewijsmateriaal'. Onder de 'aard' van het bewijsmateriaal vallen waarschijnlijk elementen die raken aan de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal. Dergelijke elementen kunnen bijvoorbeeld zijn dat het voor de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal verschil kan maken van wie bewijsmateriaal afkomstig is, of een partij invloed had op de totstandkoming van het bewijsmateriaal, of het bewijsmateriaal direct of indirect bewijs bevat, en dergelijke. De betrouwbaarheid kan ook worden beïnvloed door de aard en inhoud of de wijze van totstandkoming van bewijsmateriaal. Bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen is bijvoorbeeld relevant of ze contradictoir tot stand zijn gekomen.

Door 'de aard van het bewijsmateriaal' als een zelfstandige component te benoemen die de omvang van de motiveringsplicht mede bepaalt, laat de Hoge Raad de mogelijkheid open dat de rechter de beslissing om een deskundigenadvies al dan niet te volgen, op eigen initiatief nader dient te motiveren. Of dit het geval is, hangt niet af van het processuele debat van partijen, maar van de aard van het bewijsmateriaal in combinatie met het feit dat het bewijsmateriaal tot de processtukken behoort. De nadere motivering strekt ertoe dat de rechter inzicht geeft in de gedachtegang die aan de bewijsbeslissing ten grondslag ligt, en daarmee in de vorming van zijn overtuiging voorafgaand aan de beslissing.

Hiermee heeft de Hoge Raad zich begeven in de richting van de opvatting in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland dat de rechter inzicht dient te geven in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan zijn oordeel om een deskundigenadvies al dan niet te volgen, ook als de omvang van het processuele debat van partijen daartoe geen aanleiding geeft. Tegelijk springt echter in het oog dat (schijnbaar) uiteenlopende opvattingen in Europa elkaar in de uitwerking dicht kunnen naderen, niet alleen doordat een rechterlijke uitspraak steeds controleerbaar en aanvaardbaar moet zijn, maar ook doordat rechtspraak praktisch werkbaar moet zijn. Als in een zaak bijvoorbeeld bewijsmateriaal wordt overgelegd dat volstrekt haaks staat op een deskundigenadvies, moet een partij erop kunnen vertrouwen dat de rechter dat ziet, ook zonder dat er een uitvoerig debat tussen partijen over plaatsvindt. De

gedachte dat 'de aard van het bewijsmateriaal' zelfstandig aanleiding kan geven tot nadere motivering van de beslissing na deskundigenadvies, is hiervan een logisch gevolg.

De 'aard van het bewijsmateriaal' in lagere rechtspraak
Deze gedachte leeft niet alleen bij de Hoge Raad, maar ook in de lagere rechtspraak. Zoals ik in par. 7.5.3.3 heb laten zien, komt het regelmatig voor dat de rechter die over de feiten oordeelt, niet volstaat met de enkele overweging dat hij overtuigd is van de zienswijze van de deskundige, maar ongeacht het processuele debat van partijen nader motiveert waarom hij een deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag legt. Ook dit is een logisch gevolg van de gedachte dat er gevallen zijn waarin de aard van het bewijsmateriaal meebrengt dat de rechter de bewijsbeslissing op eigen initiatief nader motiveert. Een deskundigenadvies is naar zijn aard veelal bewijsmateriaal waarvan de rechter de juistheid niet volledig kan doorgronden.[346] Juist dan ligt het voor de hand dat de rechter in de uitspraak laat zien dat hij zich toch zo veel mogelijk een oordeel heeft gevormd over de vraag of het deskundigenadvies een geloofwaardig en betrouwbaar bewijsmiddel is, om te bewerkstelligen dat de uitspraak controleerbaar en aanvaardbaar is voor partijen en derden, de hogere rechter daaronder begrepen.

7.5.3.6 De motiveringsplicht en 'de aard en de mate van precisering van de door partijen aangevoerde bezwaren'

Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL vooropgesteld dat de waardering van bewijs is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en de rechter daarbij een grote mate van vrijheid heeft. Hoewel de rechter in beginsel een beperkte motiveringsplicht heeft, ook wat betreft zijn beslissing om de zienswijze van de deskundige al dan niet te volgen, kan de motiveringsplicht een verdergaande inhoud hebben, afhankelijk van de aard en de mate van precisering van de bezwaren die partijen tegen een deskundigenadvies hebben aangevoerd.

In welke gevallen is nadere motivering nodig?
In welke gevallen mag de rechter nu volstaan met de overweging dat hij de zienswijze van de deskundige overtuigend vindt, dan wel brengen 'de aard en de mate van precisering van de aangevoerde bezwaren' mee dat de rechter de beslissing om een deskundigenadvies al dan niet te volgen nader motiveert? Dat vergt in de praktijk nauwelijks een andersoortige afweging dan wanneer de rechter beoordeelt of een partij de stellingen van de wederpartij gemotiveerd heeft betwist. Een kale betwisting van een deskundigenadvies leidt niet tot een nadere motiveringsplicht. Bezwaren die worden onderbouwd met de eigen visie van een partij, die geen bijzondere deskundigheid bezit op het vakgebied waarop het deskundigenadvies is uitgebracht, en die erop neer komen dat die partij het niet eens is met een des-

346 Zie par. 1.4.4.

kundigenadvies, vormen in het algemeen een kale betwisting van het deskundigenadvies.[347] Ter weerlegging van zulke bezwaren is nadere motivering niet spoedig vereist. Hetzelfde geldt wanneer een partij bij de rechter volstaat met een verwijzing naar de bezwaren die zij bij de deskundige in het kader van opmerkingen en verzoeken naar voren heeft gebracht, terwijl de deskundige in het deskundigenadvies heeft vermeld dat de opmerkingen en verzoeken van partijen hebben geleid tot 'een grondige bewerking' van het deskundigenadvies.[348] Kenmerkend voor bezwaren waarvan de aard of de mate van precisering een nadere motivering van de beslissing vergt, is in het algemeen dat het deskundigenadvies niet met een volledige en logisch sluitende redenering aan de beslissing ten grondslag kan worden gelegd, tenzij die bezwaren gemotiveerd worden weerlegd.

Hoe geeft de rechter voldoende inzicht in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt?

Wanneer uit de analyse van het processuele debat van partijen duidelijk is dat in de beslissing gemotiveerd moet worden ingegaan op bezwaren van partijen tegen een deskundigenadvies, doet zich een volgend probleem voor: hoe komt de rechter tot een motivering die voldoende inzicht geeft in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt? Complicerend is hier niet alleen dat de rechter zich in de motivering al snel op het terrein van de deskundige moet begeven en de daarvoor benodigde deskundigheid mist.[349] Er zijn ook relatief weinig mogelijkheden om ervaring op te doen met de nadere motivering van de beslissing na deskundigenadvies, alleen al door het geringe aantal zaken waarin deskundigen worden benoemd.[350] In mijn visie is bovendien de stand van de rechtspraak over de bewijswaardering na deskundigenadvies een complicerende factor. De opvatting dat de rechter in beginsel mag volstaan met de overweging dat hij een deskundigenadvies overtuigend vindt en de verdere motiveringsplicht afhankelijk is van het processuele debat van partijen – hoezeer die ook systematisch begrijpelijk is – nodigt niet uit om ervaring op te doen met die verdergaande motiveringsplicht. De rechter zal van geval tot geval moeten verkennen welke – als het ware devolutieve – werking het processuele debat van partijen heeft. De omvang van de motiveringsplicht van de rechter wordt immers bepaald door de aard en de mate van precisering van de door partijen tegen het deskundigenadvies aangevoerde bezwaren. Hoewel de Hoge Raad in de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL geen andere eisen stelt aan de motivering van de beslissing waarin een deskundigenadvies niet wordt gevolgd dan aan de beslissing waarin een deskundigenadvies wel wordt gevolgd, heeft het arrest laten zien dat de rechter die voorrang geeft aan een partijrapport boven een deskundigenadvies van een door de rechter benoemde deskundige, in de meeste gevallen wel wat extra uitleg zal moeten geven. Niet omdat het deskundigenadvies van de door de rechter benoemde deskundige op zichzelf meer

347 Bijv. Rb. Assen 10 oktober 2007, *LJN* BC4933, r.o. 4.5 slot.
348 Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AT5402.
349 Zie par. 1.4.4.
350 Zie par. 1.7.1.

bewijskracht heeft dan een partijrapport, maar omdat in de meeste gevallen sprake is van een processueel debat dat tot nadere motivering noopt. Die motivering is eenvoudiger te construeren wanneer het deskundigenadvies wordt gevolgd dan wanneer ervan wordt afgeweken, bijvoorbeeld omdat de onpartijdigheid van de door de rechter benoemde deskundige kan worden gebruikt als een formeel argument om het deskundigenadvies boven het rapport van een partijdeskundige te stellen,[351] hoezeer ook het partijrapport materieel van een even onpartijdige deskundige afkomstig kan zijn, of omdat het deskundigenadvies afkomstig is van drie deskundigen en het partijrapport van één deskundige.[352] Dit vindt bevestiging in een vergelijking van het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL met het oordeel in de hiervoor eveneens besproken zaak over een arbeidsongeschiktheidsverzekering.[353] In laatstgenoemde zaak had de rechter het deskundigenadvies gevolgd en lag hierin volgens de Hoge Raad besloten dat de rechter in zijn oordeelsvorming ook de analyse had betrokken die de door de rechter benoemde deskundige had gemaakt van de rapporten van door partijen ingeschakelde deskundigen. Nadere weerlegging van de partijrapporten door de rechter was hier niet vereist. In de zaak Nieuw Vredenburgh/NHL was daarentegen wel nadere motivering nodig van een beslissing die erop neer kwam dat een voorlopig deskundigenbericht, eveneens uitgebracht in vervolg op tegenstrijdige rapporten van partijdeskundigen, niet werd gevolgd.

Bij deze stand van zaken is denkbaar dat de rechter bij twijfel eerder geneigd zal zijn een deskundigenadvies te volgen, dan ervan af te wijken. Alleen in het laatste geval moet hij immers aan zwaardere motiveringseisen voldoen, zoals door Olzen in Duitsland is gesignaleerd[354] en door Jelinek in Oostenrijk.[355] Het zal gezien de kennisparadox in het algemeen niet eenvoudig zijn voor de rechter om een inhoudelijk standpunt in te nemen in een processueel debat over de juistheid van een deskundigenadvies.[356] Anders gezegd: de rechter wordt door de rechtspraak van de Hoge Raad over de nadere motiveringsplicht van de beslissing na deskundigenadvies niet gestimuleerd om zich zo veel mogelijk een eigen oordeel te vormen over de juistheid van een deskundigenadvies.

Hoe wankel de argumentatie van de rechter in feitelijke instantie soms kan zijn, is bijvoorbeeld op te maken uit het arrest van de Hoge Raad over een proefpersoon die tijdens geneesmiddelenonderzoek letsel had opgelopen aan zijn rechterarm en rechterhand.[357] In deze zaak had het hof bij de weerlegging van bezwa-

---

351 Bijv. Rb. Rotterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB6037. In vergelijkbare zin Rb. Rotterdam 17 februari 1937, *NJ* 1938, 501.

352 Bijv. Hof Den Bosch 30 januari 2001, *LJN* AA9995. Vgl. ook Ktr. Rotterdam 5 april 2001, *PRG* 2002, 5947: de kantonrechter heeft een deskundigenadvies ingewonnen omdat partijen uiteenlopende deskundigenrapporten in het geding hadden gebracht. Het deskundigenadvies ondersteunt het standpunt van eiser, gebaseerd op eisers partijrapport, waarna de kantonrechter overweegt: 'Nu twee deskundigen het standpunt van eiser onderschrijven is de kantonrechter van oordeel dat in redelijkheid en billijkheid op het oordeel van deze twee deskundigen moet worden afgegaan.'

353 HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, m.nt. P. Clausing, r.o. 3.5 en 3.6.

354 Zie par. 7.2.2.2.

355 Zie par. 7.2.3.2.

356 Zie par. 1.4.4.

357 HR 30 juni 2006, *LJN* AX3410. Zie par. 6.4.3.5.

ren tegen een deskundigenadvies, die waren onderbouwd met behulp van een partijdeskundige, overwogen dat de partijdeskundige de benadeelde nooit zelf had onderzocht en het farmaceutisch bedrijf haar afwijkende standpunt niet verder had onderbouwd.[358] Uit het oogpunt van de *equality of arms* is dit in mijn visie geen sterk argument. Naar Nederlands recht heeft de wederpartij van de benadeelde, anders dan naar Engels recht,[359] er geen aanspraak op dat het slachtoffer voor onderzoek moet verschijnen bij de partijdeskundige van de wederpartij. De wederpartij kan haar betwisting van een deskundigenadvies dus niet motiveren met een rapport van een partijdeskundige die de benadeelde heeft onderzocht. Een soortgelijk voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank Arnhem in een zaak waarin in geschil was of de handtekening op een kwitantie afkomstig was van eiser. De rechtbank had een deskundigenonderzoek gelast naar de echtheid van de handtekening. In het deskundigenadvies was vermeld dat de handtekening waarschijnlijk niet was vervaardigd door eiser zelf. De juistheid van de zienswijze van de deskundige werd betwist met een rapport van een door gedaagde ingeschakelde deskundige die eveneens de echtheid van de handtekening had onderzocht. De rechtbank oordeelde dat laatstgenoemd rapport geen reden was om het deskundigenadvies van de door de rechtbank benoemde deskundige niet te volgen, omdat de deskundige van gedaagde bij het onderzoek niet de beschikking had over vergelijkingsmateriaal dat originele handtekeningen van eiser bevatte.[360] Naar mijn opvatting rechtvaardigt het argument dat de partijdeskundige de benadeelde niet zelf heeft onderzocht, of dat de partijdeskundige niet de beschikking had over door de wederpartij beschikbaar te stellen onderzoeksmateriaal, op zichzelf niet dat de betwisting van het rapport van een door de rechter benoemde deskundige met een rapport van een partijdeskundige ontoereikend wordt geacht. Wanneer de wederpartij niet hetzelfde onderzoek kan uitvoeren als de door de rechter benoemde deskundige, wordt daarmee immers feitelijk belemmerd dat een deskundigenadvies wordt bestreden met behulp van contra-expertise en kan het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM in het geding komen.[361]

Kennis, ervaring en intuïtie als instrument bij de motivering van de beslissing
De weg naar de stimulans voor de rechter om zich zo veel mogelijk een eigen oordeel te vormen over de juistheid van een deskundigenadvies, ligt volgens mij besloten in het arrest Nieuw Vredenburgh/NHL. De Hoge Raad overwoog hierin namelijk evenals in 1999,[362] dat de beslissing waarin de zienswijze wordt gevolgd

358 Conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense onder 14 bij HR 30 juni 2006, *LJN* AX3410.
359 Zie par. 6.2.2.2.
360 Rb. Arnhem 27 oktober 2004, *LJN* AR8860. Zie ook Rb. Alkmaar sector kanton 31 januari 2008, *LJN* BD1912, r.o. 4.5; Rb. Utrecht 16 april 2008, *LJN* BC9971, r.o. 3.12.
361 Vgl. Akkermans 2004, p. 97. In strafzaken is expliciet overwogen dat de eisen van een eerlijke procesvoering een rol spelen bij de beoordeling van de mogelijkheden voor contra-expertise: HR 8 februari 2005 (strafkamer), *NJ* 2005, 514; HR 19 juni 2007 (strafkamer), *NJ* 2008, 169, m.nt. prof. mr. Y. Buruma, (*Savanna*), r.o. 7.3. Vgl. voor Bopz-zaken conclusie A-G Langemeijer onder 2.18 bij HR 29 april 2005, *NJ* 2007, 153, m.nt. prof. mr. J. Legemaate.
362 HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, m.nt. P. Clausing. Zie par. 7.5.3.4.

van een door de rechter benoemde deskundige, die commentaar heeft geleverd op de rapporten van door partijen ingeschakelde deskundigen, in het algemeen niet verder hoeft te worden gemotiveerd dan met de overweging dat de motivering van de door de rechter benoemde deskundige de rechter overtuigt,

> 'zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie (...).'

Zoals uiteengezet in par. 7.5.3.4, kan het onderscheid tussen kennis, ervaring en intuïtie een behulpzaam instrument zijn om te beoordelen of de deskundige zo veel mogelijk inzicht heeft gegeven in de gedachtegang die hem tot de antwoorden op de vragen van de rechter heeft gebracht. De rechter kan in de beslissing inzichtelijk maken dat hij heeft beoordeeld of de deskundige het gebruik van kennis, ervaring of intuïtie toereikend heeft gemotiveerd.

Drie soorten bezwaren tegen de inhoud van een deskundigenadvies
Vanuit dit instrument is het nog maar een kleine stap naar een inhoudelijke motivering van de beslissing waarin een deskundigenadvies al dan niet wordt gevolgd. Die motivering kan bovendien met behulp van een eenvormiger maatstaf worden geformuleerd dan kenbaar is uit de lagere rechtspraak die is weergegeven in par. 7.5.3.3. In de rechtspraak wordt geen onderscheid gemaakt in de aard en inhoud van de bezwaren die partijen aanvoeren. In het algemeen zijn – afgezien van procesrechtelijke aspecten zoals de onpartijdigheid van de deskundige of de naleving van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken – drie soorten bezwaren tegen de inhoud van een deskundigenadvies denkbaar: de inhoud van het deskundigenadvies is onvolledig, onduidelijk of onjuist. Vanzelfsprekend zijn er gevallen waarin deze drie soorten bezwaren in combinatie worden geuit.

Opheldering van onduidelijkheden
Voor het geval de rechter met (een) partij(en) van oordeel is dat een deskundigenadvies onduidelijk is, staan hem instrumenten ter beschikking om een deskundigenadvies op te helderen.[363] In andere gevallen onderscheiden de motiveringseisen zich op dit punt niet van de motiveringseisen bij de beoordeling van bezwaren met betrekking tot de juistheid of volledigheid van een deskundigenadvies.

Beoordeling van de juistheid van een deskundigenadvies
Wordt de juistheid van de zienswijze van de deskundige gemotiveerd betwist, bijvoorbeeld met een rapport van een deskundige die door een partij is ingeschakeld of met andere bewijsstukken, dan behoort de rechter in de opvatting van de Hoge Raad zijn oordeel verdergaand te motiveren. Hier doet zich de kennisparadox[364] in volle omvang voor. De rechter is slechts beperkt in staat de juistheid van een deskundigenadvies te beoordelen. Scherp gezegd: zou hij een deskundigenadvies daadwerkelijk vakinhoudelijk kunnen beoordelen, dan had hij geen deskundige

363 Zie par. 7.4.
364 Zie par. 1.4.4.

hoeven inschakelen. De betwisting van de juistheid van een deskundigenadvies kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de keuze of de toepassing van de onderzoeksmethode, of op de motivering van de antwoorden. Hoe kan de rechter in de beslissing inzicht geven in zijn oordeel over de juistheid van een deskundigenadvies? De aanknopingspunten om inhoud te geven aan de verdergaande motiveringsplicht, laten zich als volgt omschrijven.

De rechter acht zich door een deskundigenadvies voldoende voorgelicht, of acht een te bewijzen feit op grond van een deskundigenadvies bewezen, wanneer hij (met betrekking tot dat feit) overtuigd is van de juistheid van de zienswijze van de deskundige. De juistheid van de zienswijze van de deskundige leidt de rechter af uit de beoordeling van het deskundigenadvies: gezien de te bewijzen feiten, alle relevante omstandigheden van het geval en het overigens in de zaak voorhanden bewijsmateriaal toetst de rechter of het deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is. Deze toets wordt, zoals Bühler uiteen heeft gezet, in Zwitserland gehanteerd.[365] In Duitsland wordt een soortgelijke maatstaf gebezigd, bijvoorbeeld doordat de rechter ambtshalve een toelichting aan de deskundige dient te vragen wanneer een deskundigenadvies onduidelijk, onvolledig of innerlijk tegenstrijdig is,[366] of in de motivering van de beslissing na een complex deskundigenadvies moet laten zien dat het deskundigenadvies in samenhang met het feitencomplex van de zaak logisch te volgen is.[367] In Spanje dient de rechter te motiveren waarom hij een deskundigenadvies volgt dat innerlijk tegenstrijdig is of strijdig is met anderszins in de procedure bewezen feiten.[368] Dit betreft in feite de vraag of een deskundigenadvies begrijpelijk en logisch te volgen is. Ook in Engeland en Frankrijk komen volledigheid, begrijpelijkheid en logica naar voren als criteria met behulp waarvan de rechter beslist of hij een deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag legt.[369] In mijn visie kan ook de Nederlandse rechter die in een zaak een verdergaande motiveringsplicht heeft gelet op de aard en de mate van precisering van de bezwaren van partijen tegen een deskundigenadvies, daaraan voldoen door in de beslissing inzichtelijk te maken dat hij heeft getoetst of het deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is, al naar gelang de bezwaren van partijen één of meer van deze aspecten betreffen. Die toets zal in het algemeen als volgt verlopen.

De betekenis van 'volledig, begrijpelijk en logisch te volgen'

Onvolledig is natuurlijk allereerst het deskundigenadvies waarin niet alle gestelde vragen worden beantwoord. Ook als alle gestelde vragen zijn beantwoord, kan een vraag onvolledig zijn beantwoord. Dan is de kwestie in mijn visie echter onderdeel van de vraag of een deskundigenadvies begrijpelijk en logisch te volgen is.

365 Zie par. 7.2.9.2.
366 Zie par. 7.2.2.1.
367 Zie par. 7.2.2.2.
368 Zie par. 7.2.4.2.
369 Zie par. 7.2.5.2 en 7.2.7.2.

Bij de controle of de vragen volledig zijn beantwoord en het deskundigenadvies begrijpelijk en logisch te volgen is, slaat de rechter acht op de feiten die tussen partijen vaststaan, het processuele debat van partijen, het voorhanden bewijsmateriaal, eerdere beslissingen in de zaak, rechtsregels die de bewijswaardering normeren, feiten van algemene bekendheid en (algemene) ervaringsregels. Ook zullen zijn kennis van de wereld, levenservaring en visie op het geschil hier een rol spelen.

De rechter toetst de begrijpelijkheid van een deskundigenadvies in essentie door na te gaan of de deskundige de motiveringseisen heeft nageleefd die voor een deskundigenadvies gelden.[370] Hier is ook van belang of de deskundige de overige processuele voorschriften in acht heeft genomen waarmee wordt gewaarborgd dat de rechter op een deskundigenadvies kan afgaan. Of de deskundige bijvoorbeeld voldoende gelegenheid aan partijen heeft geboden om te participeren in het deskundigenonderzoek,[371] is mede van invloed op de vraag of de begrijpelijkheid van het deskundigenadvies effectief kan worden gecontroleerd.

Dit alles mondt als vanzelfsprekend uit in de toets of een deskundigenadvies logisch te volgen is: geeft de deskundige voldoende inzicht in zijn gedachtegang om het rechterlijk oordeel waarin het deskundigenadvies wordt gevolgd, of het rechterlijk oordeel waarin een feit op grond van het deskundigenadvies bewezen wordt geacht, controleerbaar en aanvaardbaar te maken? Deze werkwijze komt zo dicht in de buurt bij de beoordeling van de juistheid van een deskundigenadvies als kan worden verlangd van iemand die niet beschikt over (ruime) kennis en ervaring op het vakgebied waarop het deskundigenadvies is ingewonnen. De gedachtegang die tot de beoordeling leidt, laat zich bovendien relatief eenvoudig opschrijven als motivering van de beslissing. Naarmate partijen de juistheid van een deskundigenadvies raker bestrijden, zal de gedachtegang die zich ontwikkelt uit de toepassing van de maatstaf de rechter er als vanzelf toe brengen om in de motivering van de beslissing zo inhoudelijk mogelijk in te gaan op die bezwaren.[372]

Langs deze lijnen is de toets of een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is, naar mijn opvatting een behulpzaam instrument om in de beslissing gemotiveerd in te gaan op inhoudelijke bezwaren van partijen tegen de bruikbaarheid van het deskundigenadvies voor de beslissing, voor zover de aard en de mate van precisering van die bezwaren daartoe noopt.

Vertaalslag naar gevallen zonder nadere motiveringsplicht

In landen om ons heen wordt niet van de rechter verlangd dat hij de juistheid van een deskundigenadvies in volle omvang beoordeelt. Wel is het in sommige landen, zoals Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland gebruikelijker dan in Nederland dat van de rechter wordt verlangd dat hij zich verdiept in het vakgebied van de des-

370 Zie par. 7.5.2.5.
371 Zie par. 6.4.2.1.
372 Dit is bijv. te zien in Rb. Almelo 6 augustus 1997, *VR* 1999, 128; Hof Arnhem 23 maart 2004, *LJN* AO7631; Hof Den Bosch 11 december 2007, *LJN* BC1552, r.o. 4.7.3.

kundige om de juistheid van een deskundigenadvies zo veel mogelijk te doorgronden. In Engeland, waar uitgangspunt is dat beide partijen gelijke kansen hebben om bewijs door middel van deskundigen te leveren, wordt aan het krachtenveld van partijen overgelaten in welke mate de juistheid van een deskundigenadvies een onderwerp wordt bij de bewijswaardering. Dit geschiedt langs andere weg ook in België en Frankrijk, waar partijen meer dan in Nederland de totstandkoming van een deskundigenadvies van nabij kunnen volgen en de juistheid van een deskundigenadvies kunnen controleren.[373] In Duitsland, Engeland en Oostenrijk mogen partijen nadere vragen voorleggen aan de deskundige ter opheldering van het deskundigenadvies en is de deskundige gehouden daarop te antwoorden.

Partijen hebben hiermee in België, Duitsland, Engeland, Frankrijk en Oostenrijk meer mogelijkheden dan in Nederland om stof te verzamelen ter onderbouwing van een partijstandpunt over de juistheid van een deskundigenadvies. Nog daargelaten dat partijen het in Nederland moeten doen met de deskundige die de rechter kiest,[374] zijn zij in hun mogelijkheden om de totstandkoming van het deskundigenadvies van nabij te volgen en te controleren afhankelijk van de wijze waarop de deskundige het onderzoek inricht.[375] Zij hebben er niet zonder meer aanspraak op dat de deskundige ingaat op hun opmerkingen en verzoeken,[376] en hebben niet het recht om de deskundige ter zitting ten overstaan van de rechter die het bewijs waardeert, nadere vragen ter opheldering van een deskundigenadvies te stellen.[377] In Nederland verlangt de Hoge Raad met betrekking tot de beoordeling van de juistheid van een deskundigenadvies minder van de rechter in feitelijke instantie dan de cassatierechter in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland. De rechter in feitelijke instantie mag volstaan met de motivering dat een deskundigenadvies hem overtuigt, in het bijzonder als de motivering van het deskundigenadvies is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie. Slechts afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal of het processuele debat van partijen heeft hij een verdergaande motiveringsplicht. Naar mijn opvatting zou het in deze constellatie niet misstaan als de rechter de toets of een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is, niet uitsluitend gebruikt om te voldoen aan een verdergaande motiveringsplicht, maar ook uitvoert om tot de overtuiging te komen of hij het deskundigenadvies ten grondslag wil leggen aan de beslissing, ongeacht of de aard van het bewijsmateriaal of de aard en de mate van precisering van de door partijen aangevoerde bezwaren aanleiding geven tot een nadere motivering dan het oordeel dat de rechter overtuigd is van de juistheid van de zienswijze van de deskundige. Met deze toets kan immers in het algemeen het risico worden beperkt dat de rechter ten onrechte op het oordeel van de deskundige vertrouwt. Zolang partijen en de deskundige in Nederland verhoudingsgewijs zo veel minder dan de rechter bepalen welk deskundigenonderzoek naar welke feiten wordt gedaan, rust

373 Zie par. 6.3.
374 Zie par. 4.7.2 en 5.5.2.
375 Zie par. 6.4.2.1.
376 Zie par. 6.4.3.5.
377 Zie par. 7.4.2.3.

op de rechter naar mijn opvatting een bijzondere verantwoordelijkheid om het risico te beperken dat in de beslissing onvoldoende recht wordt gedaan aan het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen. In de door mij voorgestane benadering zal de rechter, wanneer partijen een deskundigenadvies niet gemotiveerd bestrijden en hij tot het oordeel komt dat het deskundigenadvies binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is, in beginsel kunnen volstaan met de motivering dàt het deskundigenadvies naar zijn oordeel volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is en hij daarom met een redelijke mate van zekerheid overtuigd is van de juistheid ervan.

Bijkomende voordelen
Deze benadering heeft in mijn ogen nog enkele bijkomende voordelen.

Allereerst zal ervaring worden opgedaan met de systematische beoordeling van een deskundigenadvies en zal dat in meer zaken geschieden dan wanneer de nadere motiveringsplicht beperkt is tot de gevallen waarin de aard van het bewijsmateriaal of de aard en de mate van precisering van de bezwaren van partijen aanleiding geeft tot nadere motivering. Meer ervaring maakt meer reflectie mogelijk op het juiste gebruik van deskundigenbewijs. Dat kan er bijvoorbeeld weer aan bijdragen dat duidelijker wordt wanneer een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Een ander voordeel is dat de rechter niet meer hoeft te beoordelen of zich een situatie voordoet waarin de aard van het bewijsmateriaal of de aard en de mate van precisering van de door partijen aangevoerde bezwaren aanleiding geven tot een nadere motiveringsplicht en, zo ja, wat de reikwijdte is van de nadere motiveringsplicht. Omdat de standpunten van partijen in de toepassing van de maatstaf worden betrokken, volgt uit de toepassing van de maatstaf vanzelf de reikwijdte van de motivering. Ten slotte zal een rechter die zich vertrouwd voelt met de verdergaande motiveringsplicht, het minder snel aantrekkelijker vinden om een deskundigenadvies te volgen dan ervan af te wijken. Hij heeft immers een deugdelijk handvat om zijn oordeel ook in laatstgenoemd geval toereikend te motiveren. Zo wordt bevorderd dat de rechter zich bij het nemen van de beslissing na deskundigenadvies afvraagt of hij door een deskundigenadvies met een redelijke mate van zekerheid overtuigd raakt van de waarheid van een feit dat tot de beslissing van de zaak kan leiden.

7.6 Nieuwe feiten

Zoals uiteengezet in par. 6.4.1.1, is het in de praktijk mogelijk dat een deskundigenadvies nieuwe feiten bevat, die voorafgaand aan de totstandkoming van het deskundigenadvies niet waren betrokken in de rechtsstrijd van partijen. Met 'nieuwe feiten' doel ik op feiten die, ongeacht of ze bewijs leveren van een gesteld feit dat in geschil is, voorafgaand aan het deskundigenonderzoek geen onderdeel waren van de rechtsstrijd van partijen, buiten de grenzen van de opdracht aan de deskundige vallen en geschikt zijn om een eigen rol te spelen in de onderbouwing

van de vordering of het verweer. Mogen die nieuwe feiten aan de beslissing ten grondslag worden gelegd?

Een voorbeeld
De kwestie heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan in een zaak bij de rechtbank Arnhem. Ondanks een sterilisatie in 1971 heeft een man bij zijn echtgenote een kind verwekt, dat in 1973 is geboren. De man begon een procedure tegen de chirurg. In geschil was niet of de sterilisatie deugdelijk was uitgevoerd, maar of de chirurg een nacontrole had moeten verrichten. De rechtbank Arnhem legde aan deskundigen de vraag voor of een normaal bekwaam en zorgvuldig chirurg de man naar de eind 1971, begin 1972 geldende maatstaven voor een nacontrole had moeten uitnodigen, en hoe vaak en na verloop van hoeveel tijd zo'n controle dan zou hebben moeten plaatsvinden. De deskundigen antwoordden dat de nacontrole had moeten worden verricht. De rechtbank stelde op grond hiervan vast dat de chirurg wanprestatie had gepleegd. Vervolgens was in geschil of de wanprestatie de geboorte van het kind en de door eiser gestelde schade had veroorzaakt. De rechtbank overwoog:

> '3. (...) In dat verband is van belang dat de deskundigen, onder verwijzing naar een aantal medische publikaties, aan hun voormeld oordeel hebben toegevoegd dat zij voorts van mening zijn "dat daarmede (bedoeld is: met dit onderzoek) spontane rekanalisatie in nabije of verre toekomst niet is uitgesloten". Hoewel de rechtbank op dit punt geen voorlichting had gevraagd, acht zij, anders dan eiser, deze toevoeging wel van belang. Zij betreft immers juist de causaliteitsvraag, die thans het voornaamste geschilpunt in dit geding vormt.'

De vordering werd afgewezen omdat volgens de rechtbank het causaal verband niet was komen vast te staan. Een verzoek van eiser om eerst nader deskundigenonderzoek te doen naar de vraag of rekanalisatie had kunnen optreden vóór mei 1972, het tijdstip van de verwekking van het kind, vond de rechtbank overbodig:

> '4. (...) Het antwoord wordt immers al gegeven in bovenaangehaalde toevoeging aan het deskundigenrapport en is bevestigend. De rechtbank neemt ook dit oordeel van de deskundigen over.'[378]

In deze zaak werd door de deskundigen ongevraagd een nieuw feit naar voren gebracht buiten de grenzen van de opdracht. Het feit had zelfs geen betrekking op het gedeelte van de grondslag van de vordering die in het deskundigenonderzoek was betrokken, de gestelde wanprestatie, maar op een ander gedeelte van de grondslag, het causaal verband tussen wanprestatie en schade. De rechtbank zag hierin geen aanleiding om het nieuwe feit niet aan de beslissing ten grondslag te leggen, noch om nadere deskundige voorlichting in te winnen over de betekenis van het nieuwe feit voor het geschil van partijen over het causaal verband.

---

378 Rb. Arnhem 28 november 1974 en 26 februari 1976, *NJ* 1977, 281. Zie over de overschrijding van de grenzen van de opdracht ook: T. de Graaf, noot bij Rb. Den Bosch 13 oktober 2004, *Computerrecht* 2005, 13.

Nieuwe feiten in andere landen
Met betrekking tot de vraag of nieuwe feiten uit een deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag mogen worden gelegd, laten de rechtsvergelijkende overzichten van par. 6.2. en 7.2 het volgende zien. In Duitsland beperkt de regie van de rechter over het feitenonderzoek van de deskundige de kans dat een deskundigenadvies nieuwe feiten bevat.[379] De deskundige die tijdens het onderzoek tot het inzicht komt dat een bepaalde kwestie doorslaggevend is voor de uitkomst van de zaak en niet in de vraagstelling is betrokken, mag die kwestie niet naar eigen inzicht in het deskundigenadvies betrekken en dient zich tot de rechter te wenden. In Spanje behoort de rechter te motiveren waarom hij een deskundigenadvies volgt dat nieuwe feiten introduceert waarop partijen zich in de processtukken niet hebben beroepen.[380] Het is in Spanje kennelijk niet uitgesloten dat de rechter de beslissing baseert op feiten die voor het eerst in het deskundigenadvies naar voren komen en door een partij vervolgens niet in haar standpunt zijn betrokken. Het kanton Wallis in Zwitserland kent de mogelijkheid dat nieuwe feiten uit een deskundigenadvies in de beslissing worden betrokken, mits die feiten passen binnen de stellingen van een partij die in de bewijslevering door middel van het deskundigenadvies waren betrokken.[381] In het eenvormige Zwitserse procesrecht is niet voorzien in een regeling op dit punt. In Oostenrijk mogen nieuwe feiten, die tijdens de bewijslevering naar voren komen en door een partij niet alsnog aan de vordering of het verweer ten grondslag worden gelegd, niet in de bewijswaardering worden betrokken.[382]

Nieuwe feiten in Nederland
Wanneer in Nederland nieuwe feiten in een deskundigenadvies zijn vermeld, die door een partij nog niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd, hangt van het processuele debat van partijen af of die feiten alsnog in de rechtsstrijd van partijen betrokken raken. De Hoge Raad heeft in 2001 in een zaak over *informed consent* bij een vrouw die een dwarslaesie opliep bij een rugoperatie, de kwestie of de rechter de feiten aanvult door in de beslissing gebruik te maken van antwoorden van de deskundige op de gestelde vragen, geplaatst in de sleutel van – toen nog – de verboden feitenaanvulling (art. 48 Rv 1838).[383] Zoals besproken in par. 2.4.5, luidt de maatstaf sinds 1 januari 2002 dat de rechter de zaak onderzoekt op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd (art. 24 Rv). De rechter mag het initiatief nemen om aan partijen te vragen of een nieuw feit uit een deskundigenadvies in de grondslag van de vordering of het verweer wordt betrokken, mits de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verdedigen en de rechter bij de verdere behandeling van de zaak en de beslissing de door partijen getrokken grenzen van de omvang van de rechts-

379 Zie par. 6.2.6.1.
380 Zie par. 7.2.4.2.
381 Zie par. 7.2.9.3.
382 Zie par. 7.2.3.2.
383 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, m.nt. JBMV.

strijd respecteert. Wanneer een partij een nieuw feit uit een deskundigenadvies echter niet aan haar vordering of verweer ten grondslag wenst te leggen, staat het de Nederlandse rechter naar mijn opvatting, net zoals in Oostenrijk, niet vrij het nieuwe feit aan de beslissing ten grondslag te leggen. Daarmee zou hij immers de vrijheid van partijen over hun burgerlijke rechten doorkruisen, waaronder valt dat een partij zelf bepaalt met welke feiten zij haar vordering of verweer wil onderbouwen.[384]

Nieuwe feiten en het belang van de waarheidsvinding

Dit kan echter anders zijn, wanneer de rechter meent dat een partij slechts kan voldoen aan haar verplichting om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv), door de nieuwe feiten uit het deskundigenadvies in haar stellingen te betrekken. Wanneer een partij dan weigert de nieuwe feiten uit het deskundigenadvies in de omvang van de rechtsstrijd te betrekken, kan de rechter constateren dat die partij in strijd met de verplichting van art. 21 Rv handelt en daaraan de gevolgen verbinden die hem geraden voorkomen. Langs deze weg kan het belang worden gediend dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De kans dat het zo ver moet komen, kan naar mijn opvatting worden beperkt door in de vraagstelling met dit belang afdoende rekening te houden, zoals ik zal toelichten in par. 8.4.3.

384 Vgl. Ras/Hammerstein 2004, nr. 88, waar de opvatting wordt verdedigd dat een regel van openbare orde niet kan meebrengen dat een gedeelte van het vonnis in eerste aanleg dat door een appellant niet in een appel is betrokken, alsnog aan het oordeel van de appelrechter onderworpen raakt. Ook hier prevaleert de zeggenschap van partijen over de keuze van de feiten die ter beslissing aan de rechter worden voorgelegd.

8 Beschouwing

8.1 Inleiding

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 1, bestaat de centrale vraagstelling van dit boek uit twee vragen. De eerste betreft de vraag wie bepaalt en zou moeten bepalen welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken als de rechter overweegt om een deskundigenadvies in te winnen of daartoe overgaat. De tweede vraag is in hoeverre degene die dat bepaalt en zou moeten bepalen, rekening moet houden met de feiten die volgens de andere procesdeelnemers in de waarheidsvinding moeten worden betrokken. Deze twee vragen heb ik telkens samengevat weergegeven in de overkoepelende vraag wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan.

In dit hoofdstuk worden de antwoorden die in de vorige hoofdstukken op onderdelen van de vraagstelling zijn gegeven, verzameld en in onderlinge samenhang beschouwd. Ik kies daarbij drie uitgangspunten, zoals wordt toegelicht in par. 8.2. Aan de hand van de resultaten van de vorige hoofdstukken en de drie uitgangspunten licht ik in par. 8.3 toe dat dit boek laat zien dat er naar huidig recht op twee punten een probleem is bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies. In par. 8.4 ga ik aan de hand van vijf deelthema's in op de resultaten van de vorige hoofdstukken die leiden naar de beantwoording van de vraagstelling. Met par. 8.5 wordt dit boek afgesloten.

8.2 Drie uitgangspunten bij de verdere beantwoording van de vraagstelling

Zoals aangeduid in hoofdstuk 1, loopt als een rode draad door dit boek heen dat het antwoord op de vraag wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan, afhankelijk is van de balans in de zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten en de taak van de rechter in de civiele procedure. Ik heb die vraag in de vorige hoofdstukken beschouwd tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De mate waarin een deskundigenadvies daaraan kan bijdragen, hangt in belangrijke mate af van de wijze waarop partijen, rechter en deskundige invulling geven aan hun taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden in de civiele procedure. Bij de beantwoording van de vraagstelling neem ik in dit hoofdstuk drie elementen tot uitgangspunt: de

zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten, de taak van de rechter in de civiele procedure en de verantwoordelijkheid van partijen, rechter en deskundige voor een deskundigenadvies dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing.

Eerste uitgangspunt: de zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten
Het eerste uitgangspunt betreft de zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten. Een partij bepaalt zelf of zij haar burgerlijke rechten door middel van een civiele procedure wil verwezenlijken. De eisende partij kiest welke vordering zij instelt, wat het onderwerp is van de vordering en welke feiten aan de vordering ten grondslag worden gelegd. De verwerende partij kiest of zij verweer voert, welke verweren zij voert en welke feiten zij aan het verweer ten grondslag legt. Uit de rechtsstrijd van partijen vloeit voort welke feiten in de waarheidsvinding door middel van een deskundigenadvies kunnen worden betrokken. Dat heeft gevolgen voor de taken van de rechter en de deskundige in de civiele procedure.
De zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten is als zodanig besproken in hoofdstuk 2 over de procesrechtelijke verhouding tussen partijen en de rechter, en speelde daarna in de hoofdstukken over deskundigenonderzoek herhaaldelijk een rol. In hoofdstuk 4 bijvoorbeeld kwam ter sprake of een partij aanspraak kan maken op bewijslevering door deskundigen, in hoofdstuk 6 of een partij de opdracht aan de deskundige kan uitbreiden door middel van opmerkingen en verzoeken, en in hoofdstuk 7 of een partij aan de deskundige vragen ter opheldering van een deskundigenadvies kan voorleggen.

Tweede uitgangspunt: de taak van de rechter in de civiele procedure
Het tweede uitgangspunt heeft betrekking op de taak van de rechter in de civiele procedure, die in alle voorgaande hoofdstukken op enigerlei wijze aan de orde is gekomen. Kort gezegd heeft de rechter tot taak om een beslissing te geven in het geschil van partijen. De beslissing is het sluitstuk van een civiele procedure waarin aan partijen gelijke kansen dienen te worden geboden om de onpartijdige en onafhankelijke rechter te overtuigen van de juistheid van het partijstandpunt. De beslissing van de rechter in het geschil van partijen dient zo waarheidsgetrouw mogelijk te zijn. Zoals vermeld in par. 1.4.4 en 2.5, bedoel ik hiermee dat in de waarheidsvinding in een civiele procedure de waarheid moet worden gezocht en gevonden die zo veel mogelijk overeen komt met de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid. De beslissing dient verder binnen een redelijke termijn te worden gegeven en vatbaar te zijn voor tenuitvoerlegging, terwijl de kosten van de procedure de toegang tot de rechter niet mogen beletten. De taak van de rechter stelt grenzen aan de zeggenschap van een partij die een civiele procedure voert om burgerlijke rechten te verwezenlijken, bijvoorbeeld doordat de beslissing zo waarheidsgetrouw mogelijk moet zijn. Ook de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek en het deskundigenadvies wordt begrensd door de taak van de rechter.

Derde uitgangspunt: verantwoordelijkheid van partijen, rechter en deskundige
Met het gedrag van partijen, rechter en deskundige wordt vorm en inhoud gegeven aan de mogelijkheden tot verwezenlijking van burgerlijke rechten van een persoon door middel van een civiele procedure. Partijen, rechter en deskundige dragen in zaken waarin een deskundigenadvies wordt ingewonnen, verantwoordelijkheid om te waarborgen dat een partij de zeggenschap over haar burgerlijke rechten kan effectueren, de rechter zijn taak in de civiele procedure kan verrichten en de deskundige de opdracht kan uitvoeren. Een essentieel onderdeel van hun verantwoordelijkheden is dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Daarmee wordt een doel gediend dat het belang van de individuele civiele procedure ontstijgt, namelijk dat civiele procedures er duurzaam toe dienen dat personen hun burgerlijke rechten door de overheidsrechter kunnen doen vaststellen en verwezenlijken. Mijn derde uitgangspunt bij de verdere beantwoording van de vraagstelling is dan ook dat partijen, rechter en deskundige ieder een eigen verantwoordelijkheid hebben voor een deskundigenadvies dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing, en daarmee rekening behoren te houden bij de keuze van hun gedrag.

8.3 Twee problematische aspecten van deskundigenbewijs naar huidig recht

8.3.1 Inleiding

Wanneer de resultaten van de vorige hoofdstukken worden beschouwd langs de lijn van de drie uitgangspunten, zie ik op twee punten een probleem in het huidige recht. Het ene is dat de vrijheid van een partij om in de bodemprocedure bewijs te leveren van een burgerlijk recht door middel van een deskundigenadvies, zeer beperkt is, afgezet tegen het (in par. 2.2 besproken) doel van de civiele procedure dat een persoon haar burgerlijke rechten door de overheidsrechter kan doen vaststellen en verwezenlijken, en tegen de (in par. 2.3 besproken) zeggenschap van een persoon over haar burgerlijke rechten. Het andere punt betreft de verdeling van verantwoordelijkheden over partijen, rechter en deskundige om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Daarin krijgt de verantwoordelijkheid van de rechter naar mijn opvatting een zwaarder accent dan past bij zijn taak in de civiele procedure, is de verantwoordelijkheid van partijen onderbelicht, en is de verantwoordelijkheid van de deskundige onvoldoende gekoppeld aan die van partijen en de rechter.

8.3.2 Zeggenschap van een partij over de feiten die in een deskundigenonderzoek worden betrokken

Zoals ik in het tweede en derde hoofdstuk heb laten zien, werd in het verleden uit de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten afgeleid dat partijen zowel het procesverloop als de afbakening van de rechtsstrijd in de civiele procedure domineerden. In de twintigste eeuw is hierin verandering gekomen. Partijen bepalen nog steeds of er wordt geprocedeerd en, zo ja, over welk onderwerp. De regie over het procesverloop hebben zij echter vrijwel geheel afgestaan aan de rechter, wiens taak in de civiele procedure in de afgelopen decennia meer gewicht heeft gekregen. Ook is het nog steeds aan een partij om te kiezen welke feiten zij aan haar vordering of verweer ten grondslag legt. Deze vrijheid kent tegenwoordig echter een nuancering op twee punten die in het teken staan van het belang van de waarheidsvinding in de civiele procedure. Naar huidig recht staat immers vast dat een partij feiten die van belang zijn voor de beslissing volledig en naar waarheid dient aan te voeren (art. 21 Rv). Daarnaast mag de rechter zich, zoals uiteengezet in par. 2.4.5, bij het onderzoek van de zaak mengen in het debat van partijen over de feiten, mits hij onpartijdig blijft en respecteert dat het aan partijen is welke feiten uiteindelijk aan vordering of verweer ten grondslag worden gelegd.

Zeggenschap over de inschakeling van een deskundige
Nadat partijen het processuele debat over de feiten hebben gevoerd, stelt de rechter vast welke feiten tussen partijen in geschil zijn en beslist hij of instructiemaatregelen nodig zijn en bewijs mag worden geleverd. Dit wordt wel het trechtermodel genoemd. Volgens dit model beoordeelt de rechter naar gelang het geschil van partijen zich ontwikkelt, welke feiten tussen partijen in geschil zijn en welke daarvan, gezien de grondslag van de vordering en het verweer, tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Hierbij worden de rechtsgronden zonodig door de rechter aangevuld. Uit deze beoordeling volgt welke feiten voor opheldering in aanmerking komen. Tegelijk beoordeelt de rechter door middel van welke bewijsmiddelen bewijs mag worden geleverd.

In het trechtermodel wordt een deskundigenonderzoek in de bodemprocedure naar huidig recht in hoofdzaak behandeld als een instructiemiddel van de rechter, zoals uit de hoofdstukken 4 tot en met 7 naar voren komt. Partijen hebben in de bodemprocedure nooit aanspraak gehad op een deskundigenonderzoek, ook niet wanneer een partij door middel van een deskundigenadvies bewijs wil leveren van feiten die in geschil zijn. Dat is in België, Duitsland, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland niet anders. In Spanje, Engeland en de Verenigde Staten van Amerika hebben partijen wel mogelijkheden om op eigen initiatief bewijs door middel van een deskundigenadvies te leveren. Uit de taak van de rechter in de civiele procedure – een beslissing geven in het geschil van partijen – wordt in Nederland afgeleid dat een deskundigenonderzoek slechts hoeft te worden gelast wanneer de rechter bij de beslissing van het geschil behoefte heeft aan een deskundigenadvies. Controle op de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de rechter vindt plaats via de motivering van de beslissing in het geschil van partijen. Zoals besproken in par. 4.7.1.2, vervult een deskundigenadvies in het geschil van partij-

en een (ingrijpende) rol in de waarheidsvinding en is niet zonder meer begrijpelijk dat in de uitleg van de discretionaire bevoegdheid van de rechter, anders dan in de uitleg van het recht van partijen op een getuigenverhoor (art. 166 lid 1 Rv) zo weinig rekening wordt gehouden met de mogelijkheden van partijen om hun burgerlijke rechten te doen vaststellen en verwezenlijken door bewijs te leveren met een deskundigenadvies.

Zeggenschap van een partij over de keuze van de deskundige
Al ten tijde van het legisactieproces en het formulaproces van de Romeinen hadden partijen zeggenschap over de keuze van de persoon van degene die als *iudex* was belast met de opheldering van feiten die tussen partijen in geschil waren, zoals vermeld in par. 3.3.1. Vanaf de invoering van een wettelijke regeling van deskundigenbewijs in de negentiende eeuw hadden partijen in Nederland zeggenschap over de keuze van de persoon van de deskundige. Deze zeggenschap hebben partijen in de twintigste eeuw vrijwel geheel aan de rechter afgestaan. Het recht van partijen om een deskundige te wraken is in 1923 uit de wet verdwenen, zoals vermeld in par. 5.5.2. Sinds 1 april 1988 kunnen partijen de rechter niet meer verplichten om de deskundige van hun keuze te benoemen, zoals uiteengezet in par. 4.5.2. De rechter dient wel overleg te plegen met partijen over de keuze van de persoon van de deskundige, maar hij is niet verplicht de voorstellen van partijen te volgen. Hij hoeft ook niet te motiveren waarom hij de voorstellen van (een) partij(en) niet volgt.

Zeggenschap van partijen over de feiten waarop een deskundigenonderzoek betrekking heeft
De rechter bepaalt de inhoud van de opdracht aan de deskundige, zoals uiteengezet in par. 4.7.3. Hij pleegt ook daarover overleg met partijen, maar partijen kunnen de rechter niet verplichten om feiten in het deskundigenonderzoek te betrekken die naar hun opvatting tussen hen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.

Partijen hebben naar huidig Nederlands recht niet of nauwelijks zeggenschap over de wijze waarop een deskundigenonderzoek wordt verricht, zoals aangeduid in par. 6.3 en beschreven in par. 6.4. De deskundige heeft binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid om het onderzoek te verrichten op de wijze die hem het beste voorkomt. De deskundige bepaalt in beginsel zelf in welke mate partijen in het deskundigenonderzoek mogen participeren, tenzij de rechter bepaalt dat de deskundige partijen gelegenheid moet geven om een bepaalde onderzoekshandeling bij te wonen. Partijen mogen bij de deskundige opmerkingen maken en verzoeken doen, maar daarmee mogen zij de opdracht aan de deskundige niet aanvullen of uitbreiden. Onzeker is in hoeverre de deskundige partijen gelegenheid moet geven om opmerkingen te maken en verzoeken te doen naar aanleiding van het deskundigenadvies. Onzeker is ook in hoeverre de deskundige in het deskundigenadvies behoort te reageren op de opmerkingen en verzoeken van partijen.

Nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, heeft een partij er geen aanspraak op dat de deskundige opheldering verschaft over onderdelen van het deskundi-

genadvies die haar onvoldoende duidelijk zijn, zoals besproken in par. 7.4.2.3. Wel mogen partijen bij de rechter commentaar leveren op het deskundigenadvies. De deskundige heeft hierbij geen rol meer, tenzij de rechter anders bepaalt.

Zeggenschap in Nederland vergeleken met andere landen
In Spanje en Zwitserland is de zeggenschap van partijen over een deskundigenonderzoek aan vergelijkbare beperkingen onderhevig. Daar staat in Spanje tegenover dat een partij zelf een deskundigenadvies kan initiëren, dat wettelijk op één lijn staat met een deskundigenadvies dat in opdracht van de rechter is uitgebracht, zoals vermeld in par. 4.3.4.1. In België, Duitsland, Engeland, Frankrijk en Oostenrijk hebben partijen echter meer dan in Nederland te zeggen over de feiten die in een deskundigenonderzoek worden betrokken. Zij hebben meer mogelijkheden om in het deskundigenonderzoek te participeren, kunnen de opdracht aan de deskundige gezamenlijk aanvullen, of kunnen van de deskundige verlangen dat hij opheldering verschaft over onderdelen van een deskundigenadvies die zij onvoldoende duidelijk vinden. In deze landen strekt de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten zich dus meer dan in Nederland uit tot de feiten die in het deskundigenonderzoek worden betrokken.

Tussenconclusie
Hoewel in het civiele recht leidend is dat burgerlijke rechten en plichten ter vrije bepaling van partijen zijn (tenzij de wet anders bepaalt) en het doel van een civiele procedure is dat een partij haar burgerlijke rechten kan doen vaststellen en verwezenlijken, heeft een partij in de bodemprocedure weinig mogelijkheden om bewijs te leveren van haar burgerlijke rechten door middel van een deskundigenadvies. De zeggenschap van een partij over de feiten die in een deskundigenonderzoek worden betrokken, is zeer beperkt. Een deskundigenadvies wordt voornamelijk beschouwd als een middel ter voorlichting van de rechter. Zoals in par. 4.5.1 is besproken, schept het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM geen verplichting voor de rechter om gevolg te geven aan een verzoek van een partij om een deskundigenadvies in te winnen. Wanneer de vaststelling en verwezenlijking van de burgerlijke rechten van een partij afhankelijk is van bewijslevering en reële bewijsmogelijkheden voorhanden zijn, mag de beslissing om een partij niet tot bewijslevering toe te laten, echter niet in strijd komen met de eisen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Ik heb aarzeling of Nederland zich hier nog in de veilige zone bevindt, dan wel een verdragsschending riskeert. Naar huidig recht is behoorlijk onderbelicht dat tot de zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten behoort dat zij bewijs mag leveren van feiten die tussen partijen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, ook wanneer daarbij een deskundigenadvies nodig is. Anders dan in andere landen, is de zeggenschap van een partij over de feiten die in de bewijslevering door middel van een deskundigenadvies worden betrokken, in Nederland beperkt in elke fase tussen de keuze om een deskundigenadvies in te winnen en het gebruik van het deskundigenadvies in de beslissing. Het gebrek aan zeggenschap in de ene fase wordt niet of nauwelijks gecompenseerd met zeggenschap in een andere fase. Weliswaar mag een partij in vrijwel elk stadium van de procedure een

rapport in het geding brengen van een door haar ingeschakelde deskundige, maar daarmee wordt het gebrek aan zeggenschap niet wezenlijk gecompenseerd. Aan een niet contradictoir tot stand gekomen rapport van een door een partij ingeschakelde deskundige wordt bij de bewijswaardering immers zelden evenveel waarde gehecht als aan een deskundigenadvies dat in opdracht van de rechter is uitgebracht. Zoals ik heb laten zien in par. 7.5.3.6, wordt de keuze in de bewijswaardering om voorrang te geven aan een rapport van een door de rechter benoemde deskundige boven het rapport van een partijdeskundige, zelfs wel gemotiveerd met argumenten waarvan twijfelachtig is of ze zich verdragen met de *equality of arms*. Ook een voorlopig deskundigenbericht biedt geen volwaardige compensatie, omdat de omweg van het voorlopig deskundigenbericht ter vervanging van een deskundigenadvies in de bodemprocedure kan worden geblokkeerd door de bodemrechter die niet vooruit wil lopen op de instructie van de zaak, zoals ik in par. 4.5.1 heb laten zien. In het vervolg van dit hoofdstuk is een aandachtspunt hoe bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies meer tegemoet kan worden gekomen aan de zeggenschap van een partij over de vaststelling en verwezenlijking van haar burgerlijke rechten.

8.3.3 De taak van de rechter en de verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige

De gebrekkige zeggenschap van partijen over de feiten die in een deskundigenonderzoek worden betrokken, heeft een in mijn ogen onwenselijk neveneffect. De verantwoordelijkheid van de rechter om een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing te geven in het geschil van partijen, wordt er zwaarder van dan past bij zijn taak in de civiele procedure, zoals ik hierna zal toelichten.

De autonome taken en bevoegdheden van de rechter met betrekking tot deskundigenonderzoek

De rechter bepaalt autonoom of hij behoefte heeft aan voorlichting van een deskundige en, zo ja, wie als deskundige wordt benoemd en welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd. Hij hoeft zijn keuzes niet te motiveren, ook niet als hij afwijkt van voorstellen van partijen voor de keuze van de persoon of de te stellen vragen, zoals besproken in par. 4.7.2 en 4.7.3. Het feit dat een partij in de bodemprocedure bewijs wil leveren door middel van een deskundigenadvies, verplicht de rechter niet om een deskundige te benoemen. Ook na de benoeming van de deskundige heeft de rechter een autonome positie. Hij is wettelijk niet verplicht om de opdracht op verzoek van de deskundige te verduidelijken, vragen van de deskundige te beantwoorden of de regie te voeren bij problemen tijdens het deskundigenonderzoek. Meestal is de rechter na de benoeming in het geheel niet betrokken bij het deskundigenonderzoek. Hij neemt kennis van het deskundigenadvies als het resultaat daarvan. De rechter ziet erop toe dat partijen effectief commentaar hebben kunnen leveren op het deskundigenadvies, voordat het wordt gebruikt bij de beslissing van het geschil. Hij bepaalt of het deskundigenadvies de gegevens bevat die hij nodig heeft voor de verdere beslissing van het geschil, dan wel of hij behoefte heeft aan aanvullende voorlichting van dezelfde of een andere

deskundige. Uiteindelijk neemt hij een beslissing in het geschil van partijen. In de praktijk beslist hij vaak conform het deskundigenadvies. Zijn beslissing dient zo waarheidsgetrouw mogelijk te zijn. Op dit punt kent Nederland een lange traditie. Het is sinds ongeveer de veertiende eeuw op Nederlands grondgebied gebruikelijk dat de rechter een taak heeft in de waarheidsvinding binnen de grenzen van het geschil van partijen, zoals uiteengezet in par. 2.5.

De verdeling van verantwoordelijkheden over partijen, rechter en deskundige
Uit deze situatieschets volgt dat de rechter een autonome verantwoordelijkheid heeft om te waarborgen dat de beslissing waaraan een deskundigenadvies ten grondslag wordt gelegd, zo waarheidsgetrouw mogelijk is. De verantwoordelijkheid van partijen om de gegevens te verschaffen die daarvoor nodig zijn, ligt voornamelijk in het processuele debat, waarin wordt afgebakend welke feiten tussen partijen in geschil zijn. Daarna, dat wil zeggen vanaf het moment waarop de afweging wordt gemaakt of een deskundigenadvies wordt ingewonnen tot en met het processuele debat na deskundigenadvies, heeft een partij naar huidig recht niet of nauwelijks mogelijkheden om te bewerkstelligen dat in een deskundigenonderzoek de feiten worden betrokken die kunnen leiden tot een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Het recht om opmerkingen te maken en verzoeken te doen, geeft een partij wel signaleringsmogelijkheden, maar geen zeggenschap over de feiten die in het deskundigenonderzoek worden betrokken. Doordat partijen evenals de rechter lang niet altijd weten wat zij op een bepaald vakgebied niet weten, is het in mijn ogen een fictie dat partijen in het processuele debat voorafgaand aan de beslissing tot inschakeling van een deskundige steeds volledig kunnen overzien welke feiten in de waarheidsvinding door middel van een deskundigenadvies dienen te worden betrokken. Het is heel wel mogelijk dat een partij of de deskundige tijdens het deskundigenonderzoek tot de ontdekking komt dat feiten buiten het geschil van partijen of buiten de opdracht aan de deskundige relevant zijn voor het deskundigenonderzoek en een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Naar huidig recht is een partij verplicht om die ontdekking aan de rechter te melden (art. 21 Rv), maar zij is niet verplicht om dat te doen in een stadium waarin die feiten nog in het deskundigenonderzoek kunnen worden betrokken. De deskundige is niet expliciet verplicht om zich tot de rechter te wenden wanneer hij waarneemt dat de opdracht hem niet in staat stelt tot waarheidsvinding in het geschil van partijen. Het is aan hem overgelaten of hij zich daartoe genoodzaakt ziet op grond van zijn verplichting om de opdracht onpartijdig en naar beste weten te vervullen. Onder deze omstandigheden is de verantwoordelijkheid van partijen om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing naar mijn opvatting onderbelicht, terwijl dezelfde verantwoordelijkheid van de deskundige te weinig is gekoppeld aan die van de rechter. Dit betekent dat de verantwoordelijkheid voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing na deskundigenadvies in zeer aanzienlijke mate op de rechter rust.

Een historische verklaring voor de huidige verdeling van verantwoordelijkheden
Er is een historische verklaring voor deze verdeling van verantwoordelijkheden. Een deskundigenadvies werd vroeger gezien als een middel ter vervanging van de plaatsopneming door de rechter, zoals uiteengezet in par. 3.5. De plaatsopneming is bij uitstek een middel om de rechter in staat te stellen zich uit eigen, rechtstreekse waarneming een oordeel te vormen over feiten die tussen partijen in geschil zijn. Dat een deskundigenbericht de plaatsopneming verving, is zichtbaar in de woorden van Van Boneval Faure, dat een deskundigenbericht 'het zelf zien en zelfstandig oordelen door de rechter' mogelijk maakt. Zijn gedachte dat de rechter als het ware mee kan kijken door de ogen van de deskundigen, illustreert dat in de negentiende eeuw de waarnemingen van deskundigen en de toepassing van hun kennis en ervaring op hun waarnemingen niet heel gecompliceerd waren. De rechter kon ze door kennisneming van het deskundigenbericht voldoende visualiseren en volgen om te kunnen beslissen of ze het rechterlijk oordeel konden dragen.

Bij een plaatsopneming mochten partijen aanwezig zijn, evenals bij een deskundigenonderzoek dat diende ter vervanging van een plaatsopneming. Zij mochten daarbij ook opmerkingen maken en verzoeken doen. Dat stelde partijen in staat eigen verantwoordelijkheid te dragen voor een plaatsopneming of een deskundigenadvies waarmee een optimale bijdrage wordt geleverd aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Zoals vermeld in par. 7.2.7.2, is de participatie van partijen in een deskundigenonderzoek zo van belang, omdat de door de rechter vast te stellen feiten in een deskundigenadvies als het ware worden vóórgeconstrueerd, hetgeen in Frankrijk wel de *'préqualification des faits*' door de deskundige wordt genoemd. De deskundige geeft zijn perceptie van de werkelijkheid door aan de rechter. Hij laat weg wat hij niet relevant acht of niet als relevant herkent. Bezien vanuit de veronderstelling dat eigen waarneming bijdraagt aan waarheidsvinding, heeft een partij die een deskundigenonderzoek van dichtbij kan volgen, een effectief middel om bij de rechter commentaar te leveren op een deskundigenadvies.

Veranderde inhoud van deskundigenonderzoek
Tegenwoordig is de situatie vaak anders. Een deskundigenadvies wordt zelden meer ingewonnen ter vervanging van een plaatsopneming. Meestal wordt het gebruikt in gevallen waarin de rechter kennis en ervaring mist die nodig zijn voor de beslissing van het geschil, en dan kan de rechter het niet meer zelf verrichten alsof het een plaatsopneming betreft. Waarop een deskundigenadvies betrekking heeft, is lang niet meer altijd door middel van zintuiglijke waarneming te volgen. In menig geval betreft het complexe materie, waarover deskundigen onderling weloverwogen van mening kunnen verschillen. In mijn visie is het meer fictie dan werkelijkheid geworden dat de rechter de resultaten van deskundigenonderzoek in hoge mate kan visualiseren en volgen door kennis te nemen van het deskundigenbericht. De gewijzigde situatie heeft gevolgen voor de mate waarin de rechter van het gebruik van een deskundigenadvies verantwoording kan afleggen in de beslissing, zoals is besproken in par. 7.5.3.

Veel deskundigenonderzoek omvat bovendien meer of andere onderzoeksverrichtingen dan een plaatsopneming. Partijen hebben er naar huidig recht geen aan-

spraak op om aanwezig of vertegenwoordigd te zijn bij die andere verrichtingen van de deskundige, zoals uiteengezet in par. 6.4.2. Dit heeft gevolgen voor de mate waarin zij de verrichtingen van de deskundige uit de eerste hand kunnen controleren en verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de juistheid van het deskundigenadvies.

Processuele waarborgen
Het deskundigenadvies heeft zich ontwikkeld tot een instructie- en bewijsmiddel van eigen aard en inhoud. Bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies wordt echter nog steeds gewerkt vanuit het beeld dat een deskundigenadvies dient ter vervanging van de waarneming van de rechter. De wijzigingen in de inhoud van deskundigenonderzoek en de participatie van partijen hebben niet geleid tot aanvulling van de processuele waarborgen bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies in de bodemprocedure. De taken en bevoegdheden van partijen bij de verkrijging en het gebruik ervan sporen naar mijn opvatting niet meer voldoende met hun verantwoordelijkheid om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Daarom noem ik hun eigen verantwoordelijkheid onderbelicht.

Verder denk ik dat de eigen verantwoordelijkheid van een deskundige voor de waarheidsgetrouwe vervulling van de opdracht binnen de grenzen van het geschil te weinig is gekoppeld aan de verantwoordelijkheden van partijen en de rechter, die ertoe strekken dat een partij haar burgerlijke rechten kan doen vaststellen en verwezenlijken en dat de rechter daartoe een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing geeft in het geschil van partijen. Weliswaar moet de deskundige bij de inrichting van het onderzoek en dus bij de keuze van de feiten die hij in het onderzoek betrekt, de grenzen van de opdracht in acht nemen. Die grenzen moet hij echter meestal zelf trekken door bestudering van de vragen in samenhang met de processtukken, en dat is lang niet altijd een eenvoudige opgave. Partijen hebben weinig mogelijkheden om in het deskundigenonderzoek te participeren en te controleren of de deskundige de grenzen van de opdracht in acht neemt. De controle van de rechter vindt pas plaats nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, tenzij een partij of de deskundige zich tijdens het deskundigenonderzoek tot de rechter wendt. Aan het risico dat de deskundige de opdracht verkeerd interpreteert en buiten de grenzen van de opdracht of zelfs buiten de grenzen van het geschil van partijen treedt, wordt tijdens het deskundigenonderzoek vrijwel niet tegemoet gekomen met processuele waarborgen in de taken en bevoegdheden van partijen en de rechter.

De verzwaarde verantwoordelijkheid van de rechter
De autonome positie van de rechter, de onderbelichte verantwoordelijkheid van partijen en de losse band van de verantwoordelijkheid van de deskundige met die van partijen en de rechter, hebben tot gevolg dat de verantwoordelijkheid van de rechter om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing, zwaar wordt aangezet. De rechter is volledig verantwoordelijk voor de keuze van de persoon van de des-

kundige en voor de juistheid van de vragen die aan de deskundige worden voorgelegd. Op hem rust de volledige verantwoordelijkheid om te beoordelen of het deskundigenadvies de gegevens bevat die nodig zijn voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Naar mijn opvatting is het een illusie om te denken dat de rechter deze verantwoordelijkheid zo vergaand alleen kan dragen. Niet alleen kennen partijen hun zaak meestal beter dan de rechter en hebben zij daardoor eigen mogelijkheden om de juistheid van een deskundigenadvies te controleren, ook wordt de rechter gehinderd door de gevolgen van de (in par. 1.4.4 besproken) kennisparadox. De rechter heeft een deskundigenadvies nodig omdat hij niet beschikt over de kennis en ervaring die nodig is voor de beslissing. Dat speelt hem parten bij de verkrijging van het deskundigenadvies en de verdere beoordeling van het geschil nadat het deskundigenadvies is uitgebracht. Om de deskundigheid van de deskundige te beoordelen, is hij in belangrijke mate afhankelijk van de informatie die partijen daarover aanleveren, zeker zolang hij niet kan putten uit een deskundigenregister waarin deskundigen op basis van een kwaliteitstoets worden ingeschreven. Om de juiste vragen aan de deskundige te stellen, is hij mede afhankelijk van partijen en de deskundige. Partijen weten waar de zaak om draait en kennen de achtergronden van de feiten die in geschil zijn. De deskundige weet meestal beter dan de rechter welke feiten op zijn vakgebied kunnen worden opgehelderd. Om de juistheid van een deskundigenadvies zo goed mogelijk te doorgronden, is de rechter mede afhankelijk van het commentaar van partijen op het deskundigenadvies en van de mate waarin de deskundige een volledig, begrijpelijk en logisch te volgen deskundigenadvies heeft afgeleverd.

Van de verzwaarde verantwoordelijkheid van de rechter gaat een verkeerde suggestie uit

Is het problematisch dat de verantwoordelijkheid van de rechter om te bewerkstelligen dat in een deskundigenonderzoek de feiten worden betrokken die kunnen leiden tot een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen, zoveel zwaarder wordt aangezet dan de verantwoordelijkheid van partijen en de deskundige? Bij de taak van de rechter om een beslissing te geven in het geschil van partijen, past op zichzelf dat de rechter een zwaardere verantwoordelijkheid heeft voor de beslissing van het geschil dan partijen en de deskundige. De partij die ervoor kiest om een geschil voor te leggen aan de overheidsrechter, zal dit tot op zekere hoogte (dienen te) aanvaarden.

Ik denk echter dat er naar huidig recht sprake is van een gebrekkig evenwicht in de verdeling van verantwoordelijkheden over partijen, rechter en deskundige. De huidige situatie kan naar mijn indruk ten onrechte de suggestie wekken dat de rechter volledig in staat is om te beoordelen welke deskundige het meest geschikt is om een deskundigenadvies in een zaak uit te brengen en welke feiten in het deskundigenonderzoek moeten worden betrokken om te bewerkstelligen dat het deskundigenadvies bijdraagt aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Zal de partij die op deze punten niet of nauwelijks zeggenschap heeft en op de rechter moet vertrouwen, niet des te kritischer beoordelen hoe de rechter zijn taak vervult? Eventuele kritiek van partijen of derden laat

zich pareren wanneer de rechter in een zaak na een deskundigenadvies tot een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing is gekomen. Naar mijn overtuiging wordt de kans op een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing aanzienlijk vergroot wanneer er meer synergie ontstaat in de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige. In het vervolg van dit hoofdstuk zal dit dan ook een aandachtspunt zijn.

8.4 Thematische beantwoording van de vraagstelling

In par. 1.4 heb ik ter inleiding van het probleem en de vraagstelling enkele aspecten van deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter geschetst, die als gemeenschappelijk kenmerk hadden dat het er meestal om draait hoe de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige met betrekking tot deskundigenonderzoek zich tot elkaar verhouden, en of de balans daarin het vertrouwen rechtvaardigt dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage kan leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De meeste van deze aspecten heb ik nader uitgediept in de vorige hoofdstukken. In deze paragraaf ga ik thematisch in op de resultaten van de vorige hoofdstukken die leiden naar de beantwoording van de vraagstelling. Achtereenvolgens komen aan de orde de keuze om een deskundigenadvies in te winnen, de keuze van de deskundige, de keuze van de vragen die aan de deskundige worden voorgelegd, de uitvoering van de opdracht door de deskundige en de participatie van partijen in het deskundigenonderzoek, en tot slot de verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies en de beslissing na deskundigenadvies.

8.4.1 De keuze om een deskundigenadvies in te winnen

Wie bepaalt of een deskundigenadvies wordt ingewonnen ten aanzien van feiten die tussen partijen in geschil zijn? Het rechtsvergelijkend overzicht van par. 4.3 heeft laten zien dat deze kwestie in België, Duitsland, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland wordt benaderd vanuit de taak van de rechter in de civiele procedure. Een deskundigenadvies wordt in deze landen, evenals in Nederland, primair beschouwd als een middel om te voorzien in kennis en ervaring waarover de rechter zelf niet beschikt en die hij in een zaak nodig heeft voor de beslissing. De rechter bepaalt of een deskundigenadvies wordt ingewonnen, en welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken als hij overweegt om een deskundigenadvies in te winnen. In Engeland en de Verenigde Staten van Amerika wordt de rol van de deskundige in de civiele procedure niet primair benaderd vanuit de taak van de rechter, maar vanuit de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten. Uitgangspunt is hier dat het een partij in beginsel vrij staat om de rechter van de juistheid van haar standpunt te overtuigen door middel van deskundigenbewijs. In de Verenigde Staten van Amerika wordt groot gewicht toegekend aan de vrijheid van partijen in de bewijslevering en is de rechter in het algemeen terughoudend in het stellen van beperkingen. Naar Engels recht beoordeelt de rechter tegenwoordig niet meer alleen de toelaatbaarheid van bewijslevering door deskundigen. Hij

ziet er tevens op toe dat de inschakeling van deskundigen door partijen wordt beperkt tot wat redelijkerwijs nodig is voor de beslissing van het geschil.

Spanje, Duitsland en Oostenrijk kennen, zoals vermeld in par. 4.3, nuanceringen die het continentale en het Angelsaksische systeem dichter bij elkaar brengen. In Spanje kan een deskundigenadvies dat in opdracht van een partij is uitgebracht, de plaats innemen van een door de rechter ingewonnen deskundigenadvies. In Oostenrijk kan de rechter met instemming van partijen beslissen met gebruik van eigen kennis en ervaring, in plaats van een deskundigenadvies in te winnen. De Duitse rechter die geen deskundige inschakelt en bij de beslissing gebruik maakt van kennis of ervaring waarover een jurist in het algemeen niet kan worden geacht te beschikken, moet motiveren waarom hij zichzelf voldoende deskundig acht om zonder inschakeling van deskundigen te beslissen. Op het eerste gezicht gaat het er hier om dat de handelwijze van de rechter voor partijen en derden controleerbaar en aanvaardbaar is. Met deze motiveringsplicht wordt echter ook tegemoet gekomen aan de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten. De rechter die niet aan de motiveringsplicht kan voldoen, zal een partij op haar verzoek immers moeten toestaan om bewijs te leveren van die rechten door middel van een deskundigenadvies.

De eerste vraag

Zoals uiteengezet in par. 4.7.1.1, wordt de kwestie of de rechter beschikt over voldoende kennis en ervaring om zonder inschakeling van deskundigen te beslissen, naar huidig Nederlands recht benaderd vanuit de motiveringsplicht. In de motivering van de beslissing behoort de rechter voldoende inzicht te geven in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt. Deze benadering stoelt op de gedachte dat de bevoegdheid om een beslissing te geven in het geschil van partijen bij de rechter ligt, en tot de beslissingsbevoegdheid van de rechter ook behoort of hij over voldoende gegevens beschikt om te beslissen. Dit past bij de taak van de rechter in de civiele procedure en is naar mijn opvatting een goede reden om de rechter te laten beslissen of in een bodemprocedure een deskundige wordt ingeschakeld. Hiermee is de eerste vraag beantwoord, voor zover die betrekking heeft op de keuze om een deskundige te betrekken bij de vaststelling van feiten die tussen partijen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden: de rechter bepaalt en behoort te bepalen of hij behoefte heeft aan voorlichting door een deskundige.

De tweede vraag

Het antwoord op de tweede vraag, in hoeverre de rechter bij de keuze tot inschakeling van een deskundige rekening moet houden met de feiten die volgens de andere procesdeelnemers in de waarheidsvinding moeten worden betrokken, is minder eenvoudig te geven. Ik betwijfel of de rechter naar huidig recht voldoende wordt uitgenodigd om rekening te houden met de feiten die volgens partijen en de deskundige in de waarheidsvinding moeten worden betrokken. De huidige benadering van de discretionaire bevoegdheid tot inschakeling van deskundigen vanuit de motiveringsplicht van de rechter, houdt in mijn visie in drie opzichten te beperkt rekening met de gevolgen van de zeggenschap van een partij over haar

burgerlijke rechten voor de mogelijkheden om bewijs te leveren van weersproken feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, en met de kennisparadox, het fenomeen dat de rechter niet altijd weet wat hij niet weet op een vakgebied waarop hij geen specifieke deskundigheid heeft.

In de huidige benadering krijgt het bewijskarakter van een deskundigenadvies te weinig aandacht

Zoals vermeld aan het slot van par. 4.7.1.2, behoort de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot benoeming van deskundigen partijen naar mijn opvatting niet te beperken in hun mogelijkheden tot bewijslevering ten aanzien van feiten die tussen partijen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. In de huidige benadering van de discretionaire bevoegdheid komt in mijn visie onvoldoende tot uitdrukking dat een deskundigenadvies niet louter strekt ter voorlichting van de rechter, maar meestal ook een bewijsmiddel is van een partij. De zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten omvat ook dat een partij bewijs mag leveren van de juistheid van door haar gestelde feiten, wanneer zij zich beroept op het rechtsgevolg van die feiten en het gaat om betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Als deze feiten zich lenen voor bewijslevering door middel van een deskundigenadvies, hangt naar huidig recht van de rechter af, of een partij daartoe in staat wordt gesteld. In veel gevallen laat een beslissing zich ook zonder deskundigenadvies formeel toereikend motiveren, mede doordat de rechter in Nederland niet snel hoeft te motiveren waarom hij zonder deskundigenadvies meent te kunnen beslissen. De zeggenschap van een partij over de verwezenlijking van haar burgerlijke rechten is in de huidige benadering van de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot inschakeling van een deskundige in de bodemprocedure voornamelijk verdisconteerd in het processuele debat over de feiten dat voorafgaat aan de uitoefening van die bevoegdheid.

De huidige benadering verdeelt verantwoordelijkheden niet evenwichtig over partijen en de rechter

De benadering van de discretionaire bevoegdheid tot inschakeling van deskundigen vanuit de motiveringsplicht, beschouw ik ook als te beperkt omdat die, zoals gezegd, meebrengt dat de verantwoordelijkheid van de rechter voor de civiele procedure zwaarder wordt dan past bij een evenwichtige verdeling van verantwoordelijkheden over partijen en de rechter, bezien vanuit zowel de zeggenschap van partijen over de verwezenlijking van hun burgerlijke rechten als de taak van de rechter in de civiele procedure. Waarom zou de rechter zonder partijen moeten bedenken of hij over voldoende gegevens beschikt om te beslissen? Hij moet dat uiteindelijk wel zelfstandig bepalen, gezien zijn taak om een beslissing te geven in het geschil van partijen. In de huidige benadering wordt een partij echter weinig gestimuleerd om aan de rechter uiteen te zetten waarom zij denkt bewijs van gestelde feiten te kunnen leveren door middel van een deskundigenadvies. Dat is niet zo praktisch, want de rechter weet niet altijd wat hij niet weet op een vakgebied waarop hij niet deskundig is. Een partij kent de achtergronden van de eigen zaak en het is deels aan haar om de rechter erop te attenderen of bij de beoorde-

ling van bepaalde feiten bijzondere deskundigheid is vereist. Het past bovendien bij de zeggenschap van een partij over (de verwezenlijking van) haar burgerlijke rechten dat zij haar bewijsmogelijkheden in een vroeg stadium van de procedure expliciet vermeldt, zoals sinds 1 januari 2002 tot uitdrukking komt in de bewijsaandraagplicht van art. 111 lid 3 Rv. Zoals vermeld in par. 2.4.5, houdt de bewijsaandraagplicht in dat partijen in de dagvaarding en de conclusie van antwoord de bewijsmiddelen noemen waarmee zij bewijs kunnen leveren van de feiten waarvan zij weten of kunnen verwachten dat de wederpartij die in de procedure zal betwisten. Deze verplichting zou kunnen worden uitgebreid tot bewijslevering door middel van een deskundigenadvies, met dien verstande dat ook hier de reikwijdte van de bewijsaandraagplicht zal worden begrensd door de omvang van het preprocessuele debat van partijen. Het voordeel van deze uitbreiding is dat een partij de rechter in een vroeg stadium van de procedure ertoe aanzet om te bedenken of hij over voldoende kennis en ervaring beschikt om zonder deskundigenadvies een beslissing te geven in het geschil van partijen. Ook wordt een partij geprikkeld om de rechter al in de dagvaarding of de conclusie van antwoord de informatie te verschaffen die hierbij nodig is. Wanneer partijen aandacht aan dit punt moeten besteden in de dagvaarding en de conclusie van antwoord, kan de kwestie in de (vele) zaken in eerste aanleg waarin een comparitie na antwoord plaatsvindt, vervolgens worden betrokken in de gedachtewisseling tussen partijen en de rechter tijdens het onderzoek van de zaak dat aan de beslissing voorafgaat (art. 24 Rv).

De rechter is vrijer om uit eigen ervaring te oordelen dan past bij de zeggenschap van partijen

In de controle van de hogere rechter op het gebruik van de discretionaire bevoegdheid door de lagere rechter is naar mijn opvatting nog onvoldoende oog voor de wisselwerking tussen de bevoegdheid van de rechter om algemene ervaringsregels aan de beslissing ten grondslag te leggen (art. 149 lid 2 Rv) en de discretionaire bevoegdheid om een deskundige in te schakelen (art. 194 lid 1 Rv). Zoals uiteengezet in par. 4.7.1, kan de toepassing van laatstgenoemde bevoegdheid naar huidig recht afhankelijk zijn van het beeld dat de rechter in feitelijke instantie heeft van zijn eigen kennis van de wereld, doordat de rechter niet of nauwelijks hoeft te motiveren waarom hij ervaringsregels toepast en waarom hij (g)een deskundige inschakelt. De rechter trekt zelf de grens tussen ervaringsregels die hij zonder deskundigenadvies toepast, en ervaringsregels die hij met behulp van een deskundigenadvies toepast. Zoals uiteengezet in par. 4.7.1.4, is het naar mijn opvatting een illusie dat de rechter hierin wordt beperkt door de eis dat hij slechts 'algemene' ervaringsregels mag toepassen (art. 149 lid 2 Rv). Het bestaan van een ervaringsregel is, anders dan een feit van algemene bekendheid, namelijk niet afhankelijk van de kring waarin de regel bekend is. Een beperking ligt ook nauwelijks in de controlemogelijkheden van partijen en derden. Zoals uiteengezet in par. 4.7.1.5, is de rechter die ervaringsregels toepast zonder inschakeling van deskundigen, naar huidig recht niet verplicht om zijn kennis van ervaringsregels te openbaren voordat hij een beslissing geeft in het geschil van partijen.

Zoals toegelicht in par. 4.3.7.1, bevat de Oostenrijkse wettelijke regeling van deskundigenbewijs op dit punt een voorschrift dat ertoe strekt dat de rechter aan partijen kenbaar maakt dat hij eigen bijzondere kennis en ervaring wil gebruiken in plaats van een deskundigenadvies in te winnen, en aan partijen voldoende gelegenheid biedt om de punten naar voren te brengen die zij relevant vinden voor de beoordeling van de feiten die in geschil zijn. In Nederland omvat de zeggenschap van partijen over (de verwezenlijking van) hun burgerlijke rechten naar huidig recht slechts dat zij in de ontwikkeling van het processuele debat, voorafgaand aan de beslissing tot inschakeling van deskundigen, kunnen beïnvloeden of een deskundigenadvies wordt ingewonnen met het oog op de toepassing van een ervaringsregel. Zoals ik in par. 4.7.1.6 heb vermeld, wordt de rechter door de geringe verantwoordingsplicht ten aanzien van het gebruik van de discretionaire bevoegdheid tot inschakeling van deskundigen en ten aanzien van het gebruik van ervaringsregels zonder inschakeling van deskundigen, niet uitgenodigd om inzichtelijk te maken of voor de beslissing andere dan juridische kennis nodig is ten aanzien van bepaalde feiten die in geschil zijn. Wanneer partijen hierin inzicht zouden hebben voorafgaand aan de keuze van de rechter om een deskundige in te schakelen, kunnen zij hun standpunt in het processuele debat ten aanzien van die feiten wellicht beter ontwikkelen. Daarmee komt het accent bij de keuze om een deskundige in te schakelen minder eenzijdig op de taak van de rechter in de civiele procedure te liggen, en komt de zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten meer in beeld.

Uitbreiding motiveringsplicht bij ter zake dienend aanbod tot bewijslevering door deskundigenadvies

Ik denk dan ook dat in de situatie waarin de rechter bepaalt welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken als hij overweegt om een deskundigenadvies in te winnen, de huidige omvang van de motiveringsplicht van de rechter niet in alle gevallen volstaat om te waarborgen dat de rechter voldoende rekening houdt met de feiten die volgens partijen in de waarheidsvinding moeten worden betrokken. De motiveringsplicht van de rechter dient naar mijn opvatting te worden uitgebreid om hierin verbetering te brengen. Wanneer een partij gemotiveerd stelt dat zij bepaalde feiten kan bewijzen door middel van een deskundigenadvies, het bewijsaanbod betrekking heeft op betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden en de rechter het bewijsaanbod passeert, moet de rechter naar mijn opvatting motiveren waarom hij in staat is te beslissen zonder deskundigenadvies. De rechter hoeft niet te worden verplicht dat bewijsaanbod steeds te honoreren, zoals bij getuigenbewijs het geval is (art. 166 Rv). De aard van een deskundigenadvies brengt naar mijn opvatting mee dat er geen behoefte is aan een prognoseverbod.[1] Bij getuigenbewijs dient het prognoseverbod ertoe dat de rechter niet afziet van het horen van getuigen op de grond dat hij verwacht dat de getuigenverklaringen niet aan het bewijs zullen bijdragen. Een getuige verklaart uit eigen

1 Zie over het prognoseverbod par. 4.5.1.

waarneming over gebeurtenissen in het verleden waarvan hij kennis heeft genomen. Zonder de getuige te hebben gehoord, kan de rechter de waarde van de verklaring van de getuige voor het bewijs niet beoordelen. Dat is anders bij deskundigenbewijs. De rechter die geen deskundigenonderzoek gelast, loopt niet vooruit op wat de deskundige kan verklaren. Een deskundige is vervangbaar door een andere deskundige, zoals besproken in par. 4.7.1.2. Zijn bijdrage aan de bewijslevering komt niet voort uit zijn unieke waarneming van gebeurtenissen in het verleden. Hij heldert feiten op die de rechter zelf zou kunnen ophelderen wanneer de rechter zou beschikken over de daarvoor noodzakelijke kennis en ervaring. Verder staat, anders dan wanneer er getuigen zijn van een gebeurtenis in het verleden, niet op voorhand vast dat bewijslevering door middel van een deskundigenonderzoek mogelijk of opportuun is. Wanneer het geschil gaat over de staat van een voorwerp bijvoorbeeld, en het voorwerp verloren is gegaan, kan het niet meer door een deskundige worden onderzocht. Een ander voorbeeld: wanneer de kosten van een deskundigenonderzoek volstrekt disproportioneel zijn in verhouding tot het belang van de zaak, moet de rechter het belang van de ene partij bij het deskundigenonderzoek kunnen afwegen tegen eventuele bezwaren van de andere partij tegen het gelasten van deskundigenonderzoek.

Een verplichting om een partij toe te laten tot bewijslevering door middel van een deskundigenadvies wanneer haar bewijsaanbod betrekking heeft op betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, zou het doel dus voorbijschieten. Wanneer de rechter echter het bewijsaanbod passeert en die betwiste feiten zonder deskundigenadvies vaststelt, behoort hij naar mijn opvatting wel te motiveren waarom hij het bewijsaanbod passeert. Wanneer de bewijsbeslissing na een wel ingewonnen deskundigenadvies moet worden gemotiveerd, zoals uiteengezet in par. 7.5.3.1, moet dat immers ook gelden voor het omgekeerde, de beslissing waarin feiten worden vastgesteld zonder deskundigenadvies, hoewel een partij (op wie de bewijslast rust) heeft laten weten die feiten door middel van een deskundigenadvies te willen en kunnen bewijzen. Anders zal in de meeste gevallen één van partijen tekort worden gedaan bij de vaststelling en verwezenlijking van burgerlijke rechten in een civiele procedure. Deze motiveringsplicht zal er naar verwachting in grote lijnen als volgt uitzien. De rechter zal het bewijsaanbod verwerpen als hij bewijslevering door middel van een deskundigenadvies niet mogelijk of niet opportuun acht. Hij zal feitelijk onderbouwen waarom hij dat vindt, bijvoorbeeld omdat een bepaald onderzoek niet meer kan worden verricht, omdat de feiten zich niet lenen voor vaststelling met gebruik van een deskundigenadvies, en dergelijke. Het bewijsaanbod zal moeten worden gehonoreerd wanneer zich niet laat motiveren dat bewijslevering door middel van deskundigenadvies niet mogelijk of niet opportuun is.

Het zal mede van de stellingen van partijen afhangen in hoeverre de rechter invulling kan geven aan deze motiveringsplicht. Het verdient overweging partijen te stimuleren in hun stellingen aandacht te besteden aan de eventuele noodzaak van inschakeling van een deskundige, door de bewijsaandraagplicht van art. 111 lid 3 Rv uit te breiden tot deskundigenbewijs. Partijen dienen op grond van art. 111 lid 3 Rv het werkelijke geschil in de dagvaarding in volle omvang zichtbaar te maken, mede aan de hand van de standpunten die de wederpartij heeft ingeno-

men in het preprocessuele debat.[2] Uitbreiding van de bewijsaandraagplicht van art. 111 lid 3 Rv tot deskundigenbewijs zou betekenen dat een partij tevens moet vermelden of zij standpunten inneemt die zij bij betwisting (mede) door een deskundigenadvies wil bewijzen. De partij die deskundigenbewijs aanbiedt, zou tegelijk voorstellen moeten doen voor de aard van de benodigde deskundigheid, de te benoemen persoon van de deskundige en de te stellen vragen.

Gevolgen van een ruimere motiveringsplicht in de bodemprocedure voor het voorlopig deskundigenbericht

Met de ruimere motiveringsplicht wordt bevorderd dat partijen meer inzicht krijgen in de gezichtspunten die bepalend zijn voor de keuze van de rechter om een deskundige in te schakelen. Zij kunnen hun standpunt in het processuele debat wellicht beter ontwikkelen als duidelijker wordt in welke gevallen welke gezichtspunten bepalend zijn voor de keuze van de rechter om een deskundige in te schakelen. Dat bevordert weer dat partijen kunnen voldoen aan een bewijsaandraagplicht die is uitgebreid tot bewijslevering door middel van een deskundigenadvies. Een bijkomend voordeel van een ruimere motiveringsplicht is dat er waarschijnlijk minder snel aanleiding zal zijn om tijdens de bodemprocedure, vooruitlopend op de bewijsbeslissing van de bodemrechter, een voorlopig deskundigenbericht te verzoeken. Zoals uiteengezet in par. 4.5.1, heeft de rechter naar huidig recht minder ruimte om een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht af te wijzen dan om een verzoek van een partij tot inschakeling van een deskundige in de bodemprocedure af te wijzen. Het gevolg hiervan is dat een partij die bewijs wil leveren door middel van een deskundigenadvies en niet vertrouwt op de bereidheid van de bodemrechter om een deskundige in te schakelen, tijdens de bodemprocedure wel eens de omweg van het voorlopig deskundigenadvies bewandelt. De omweg wordt in sommige rechterlijke uitspraken vervolgens geblokkeerd met het argument dat een partij de bodemrechter niet voor de voeten moet lopen bij de instructie van de zaak, zoals ik in par. 4.5.1 heb laten zien. Deze omweg wordt waarschijnlijk minder aantrekkelijk wanneer een partij die in een bodemprocedure een ter zake dienend aanbod doet tot bewijslevering door middel van een deskundigenadvies, een gemotiveerde beslissing van de bodemrechter kan verwachten. Dat genereert niet alleen minder procesrechtelijke complicaties, doorlooptijd en kosten, maar doet naar mijn opvatting ook meer recht aan de zeggenschap van partijen over de verwezenlijking van hun burgerlijke rechten.

Motiveringsplicht bij toepassing van ervaringsregels buiten het gebruikelijke domein van de rechter

Ongeacht of een partij een deugdelijk en relevant bewijsaanbod heeft gedaan, behoort de rechter naar mijn opvatting zonder deskundigenadvies of (een) rapport(en) van (een) partijdeskundige(n) geen ervaringsregels in de beslissing toe te passen op een vakgebied waarop een jurist in het algemeen niet kan worden geacht

2 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002, p. 285.

deskundig te zijn, tenzij partijen daarmee instemmen, zoals in Oostenrijk wordt verlangd, of tenzij hij inzichtelijk maakt, evenals in Duitsland is vereist, waarom hij voldoende deskundig is om zonder deskundigenadvies te beslissen. Aan de laatste eis wordt in Nederland al impliciet toepassing gegeven, zoals uiteengezet in par. 7.5.3.4. Op deze wijze kan naar mijn opvatting het gat worden gedicht in de wisselwerking tussen de bevoegdheid van de rechter tot inschakeling van deskundigen (art. 194 Rv) en de bevoegdheid om feiten zonder bewijslevering vast te stellen met behulp van ervaringsregels (art. 149 lid 2 Rv), dat ik heb beschreven in par. 4.7.1.6. Ook met deze motiveringsplicht wordt naar verwachting bevorderd dat meer inzicht bij procespartijen ontstaat in de gezichtspunten die bepalend zijn voor de keuze van de rechter om een deskundige in te schakelen en zal het minder aantrekkelijk worden om tijdens de bodemprocedure een voorlopig deskundigenbericht te verzoeken.

Geen noodzaak voor een nadere motiveringsplicht in andere gevallen
In andere gevallen, dus gevallen waarin geen ter zake dienend aanbod wordt gedaan om bewijs te leveren door middel van een deskundigenadvies, of waarin de rechter geen ervaringsregels toepast op een vakgebied waarop een jurist niet zonder meer geacht kan worden deskundig te zijn, volstaat naar mijn opvatting dat het is overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt of hij behoefte heeft aan deskundige voorlichting. Het deskundigenadvies is in zulke gevallen primair een instructiemiddel dat de rechter in staat stelt om de gegevens te verwerven die hij nodig heeft voor de beslissing. De rechter houdt in zulke gevallen voldoende rekening met de feiten die volgens partijen in de waarheidsvinding moeten worden betrokken en geeft voldoende inzicht in zijn gedachtegang wanneer hij, na de afbakening van de rechtsstrijd door partijen, zich afvraagt of hij beschikt over voldoende informatie om een beslissing te geven in het geschil van partijen en al dan niet aanleiding ziet om een deskundigenadvies wil inwinnen.

8.4.2 De keuze van de deskundige

De keuze van de deskundige is een essentieel onderdeel van de feiten die in de waarheidsvinding door middel van een deskundigenadvies worden betrokken. In par. 4.5.2 haalde ik Van Boneval Faure aan, die in 1893 schreef dat partijen een bijzonder belang hebben bij de keuze van de deskundige: zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de feiten waarvan hun recht afhankelijk is, voor de rechter in het juiste licht worden gesteld. Wanneer de deskundige niet op zijn taak is berekend, neemt de kans af dat er een deskundigenadvies tot stand komt dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Degene die een deskundige benoemt, dient zich dus af te vragen of de deskundige in staat zal zijn om de opdracht 'onpartijdig en naar beste weten' te vervullen (art. 198 lid 1 Rv). In par. 5.3.5 heb ik betoogd dat een deskundigenadvies van een niet onpartijdige deskundige in de praktijk niet in de bewijswaardering kan worden betrokken als een deskundigenadvies dat in opdracht van de rechter is uitgebracht. Zoals uiteengezet in par. 5.3.4.7, riskeert de rechter die aan de beslissing een deskundigenadvies ten grondslag legt van een partijdige deskundige, bovendien dat hij zelf

niet langer als onpartijdig in de zin van art. 6 lid 1 EVRM wordt beschouwd. Ook is daar vermeld dat bij een klacht over de onpartijdigheid van een deskundige, in de zaak Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland door het EHRM is meegewogen dat partijen geen zeggenschap hadden over de vraagstelling aan de deskundige. Later in deze paragraaf ga ik nader in op de betekenis van de onpartijdigheidseis voor de beantwoording van de vraagstelling. Bij de bespreking van de beslissing na deskundigenadvies in par. 8.4.5 komt nader aan de orde dat de deskundige de opdracht 'naar beste weten' dient te vervullen. Nu volgen eerst enkele opmerkingen over de verhouding tussen de zeggenschap van partijen en de taak van de rechter bij de keuze van de deskundige.

De verhouding tussen de zeggenschap van partijen en de taak van de rechter bij de keuze van de deskundige

Naar huidig recht bepaalt de rechter wie als deskundige wordt benoemd. De rechter benoemt de deskundige na overleg met partijen. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe bewijsrecht op 1 april 1988 kunnen partijen de rechter niet meer verplichten een gezamenlijk voorstel voor de persoon van de deskundige te volgen. Wel pleegt de rechter een eensluidend voorstel van partijen zo veel mogelijk te volgen, zoals vermeld in par. 4.5.2. Ook in andere landen op het Europese continent is het gebruikelijk dat de rechter bepaalt wie als deskundige wordt benoemd.[3] In België hadden partijen tot voor kort nog gezamenlijk zeggenschap over de benoeming van de deskundige, maar met de (in par. 4.3.5.1 vermelde) wetswijziging in 2007 is België op dit punt opgeschoven naar de buurlanden. In Duitsland geldt nog wel dat de rechter een gezamenlijk voorstel van partijen dient te volgen, maar de invloed van partijen is beperkt wanneer zij het niet eens zijn. In Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland verschilt de invloed van partijen op de keuze van de deskundige niet wezenlijk van hun invloed in Nederland. Zoals ik in par. 5.4.2 heb laten zien, fungeert in België, Duitsland, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland echter als tegenhanger voor de dominante rol van de rechter bij de benoeming van de deskundige, dat partijen de deskundige kunnen wraken. Zoals vermeld in par. 5.4.2.2, meent Ulrich in Duitsland dat het gezien de geringe invloed van partijen op de keuze van de deskundige van belang is dat zij de deskundige kunnen wraken. In Duitsland en andere landen wordt ook aangevoerd dat partijen de deskundige moeten kunnen wraken op de grond dat de deskundige een hulppersoon is van de rechter, eventueel vergezeld van het argument dat de rechter een deskundigenadvies meestal overneemt. Aan deze drie argumenten ligt vermoedelijk de gedachte ten grondslag dat een partij vrij is om een geschil ter beslissing voor te leggen aan de civiele rechter. Een partij die daarvoor kiest, aanvaardt dat de rechter zich kan laten voorlichten door een deskundige, wanneer hij niet beschikt over de kennis en ervaring die nodig is bij de beoordeling van feiten die in geschil zijn.

3 In de 'Principles of Transnational Civil Procedure', die in 2004 zijn aanvaard door Unidroit en het *American Law Institute*, is opgenomen dat de rechter normaal gesproken de deskundige dient te benoemen over wie partijen het eens zijn (Principle 22.4.1). Zie www.unidroit.org, en bijv. Stürner 2005, p. 231; Verkerk & Verkijk 2006.

Geen partij hoeft in haar zaak echter te dulden dat de voorlichting wordt verstrekt door iemand die niet op zijn taak is berekend. Een partij die vreest dat dit laatste zich voordoet, behoort de rechter daarop te kunnen attenderen. Hierbij is mede van belang dat de rechter tijdens het deskundigenonderzoek meestal buiten beeld is. De kans is gering dat hij een gebrek in de onpartijdigheid van een deskundige tijdens het deskundigenonderzoek zelf waarneemt. Een wrakingsverzoek is in andere landen een gebruikelijk middel waarmee een partij de kwestie zonodig aan de orde kan stellen. In Nederland voorziet de wet sinds 1923 niet meer in de wraking van een deskundige. Sindsdien is diffuus wat er moet gebeuren wanneer na de benoeming van de deskundige de vraag rijst of de deskundige partijdig is.

Pleidooi voor de herinvoering van wrakingsregels
In par. 5.5.4 heb ik betoogd dat partijen, rechter en deskundige uit het oogpunt van rechtszekerheid baat hebben bij de vastlegging van enkele procedurele regels over de meest voor de hand liggende kwesties rondom de onpartijdigheid van de deskundige. Zo kan tot uitdrukking worden gebracht dat partijen en de deskundige erop kunnen vertrouwen dat de rechter de onpartijdigheid van een deskundige in voorkomende gevallen toetst aan de juiste maatstaf, waarover verderop meer. Ook wordt dan zichtbaar gemaakt dat een deskundige zo spoedig mogelijk behoort te worden vervangen nadat zich feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die zich niet verdragen met de eis van onpartijdigheid. Verder wordt voor partijen, rechter en deskundige duidelijk welke regels daarbij gelden. Concreet heb ik de suggestie gedaan om vast te leggen dat een partij, na de benoeming en vóór inlevering van het deskundigenadvies, feiten of omstandigheden die tot vervanging van de deskundige aanleiding kunnen geven en waarop zij zich wenst te beroepen, zo spoedig mogelijk moet aanvoeren nadat zij daarmee bekend is geworden. In de kostenveroordeling kan worden betrokken of hieraan is voldaan. Ook heb ik de suggestie gedaan om een deskundige te verplichten tot melding van feiten die zijn onpartijdigheid kunnen aantasten. Zoals besproken in par. 5.5.4, kan hij aan deze meldplicht deels voldoen door standaard gebruik te maken van een *disclosure statement*, een overzicht van zijn opleiding, werkervaring en publicaties. Wordt aan de meldplicht niet voldaan, dan kan daarmee rekening worden gehouden bij de begroting van het salaris van de deskundige. Het ligt voor de hand dat een deskundige verplicht is zijn werkzaamheden op te schorten wanneer zijn onpartijdigheid ter discussie staat, in afwachting van een beslissing hierover van de rechter. Een deskundige behoort naar mijn opvatting te kunnen reageren op een klacht over zijn onpartijdigheid, tenzij de klacht aanstonds wordt verworpen. Een reactie van de deskundige zal vaak nodig zijn om de gegrondheid van een klacht te kunnen beoordelen, nog daargelaten of een deskundige zelf behoefte heeft om te reageren.

Motivering van de keuze van de deskundige
De mogelijkheid om een deskundige te wraken, brengt niet alleen meer evenwicht in de verhouding tussen de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten en de taak van de rechter in de civiele procedure, maar maakt het, bezien vanuit de zeggenschap van een partij over de verwezenlijking van haar burgerlijke rech-

ten, ook minder relevant dat de rechter naar huidig recht niet of nauwelijks inzicht hoeft te geven in de overwegingen die aan zijn keuze van de persoon ten grondslag liggen. Zoals uiteengezet in par. 4.7.2, gaan rechters met de voorstellen van partijen verschillend om. Naar mijn opvatting is er geen aanleiding om van de rechter te verlangen dat hij de keuze van de deskundige nader motiveert dan naar huidig recht van hem wordt verlangd, mits beide partijen gelijke kansen krijgen om voorstellen aan de rechter te doen. De keuze van de deskundige is en blijft een instructiemaatregel, ook wanneer een deskundigenadvies wordt ingewonnen dat niet louter strekt ter voorlichting van de rechter, maar tevens dient als bewijsmiddel van een partij. In het systeem van het procesrecht past niet goed dat de rechter de toepassing van een instructiemaatregel nader zou moeten motiveren, zoals toegelicht in par. 4.7.2. Praktisch zou dat ook niet goed te realiseren zijn, of het zou een motivering worden die voornamelijk procedureel van aard is, bijvoorbeeld dat de rechter het voorstel volgt van de partij die de bewijslast heeft, het voorstel dat door de wederpartij onvoldoende gemotiveerd is weersproken, of het voorstel voor een deskundige die in een bepaald register is ingeschreven. Ik denk dat een procedurele motivering weinig toevoegt aan de inzichtelijkheid van de keuze van de rechter. Een meer inhoudelijke motivering, waarin de rechter verantwoordt waarom hij iemand de meest geschikte deskundige acht, wordt bemoeilijkt door de kennisparadox. De rechter kan in het algemeen wel beoordelen of een deskundige deskundigenadviezen opstelt die volledig, begrijpelijk en logisch te volgen zijn, zeker wanneer partijen hun voorstellen – of bezwaren tegen elkaars voorstellen – op deze punten hebben onderbouwd, maar hij kan minder goed beoordelen en inzichtelijk maken waarom een deskundige op zijn vakgebied de meest geschikte persoon is om de opdracht in een bepaalde zaak uit te voeren. Ook heeft hij meestal onvoldoende zicht op een deskundige om diens onpartijdigheid in een bepaalde zaak op voorhand volledig te kunnen beoordelen. Dit komt tot uitdrukking in de maatstaf voor de beoordeling van de onpartijdigheid van een deskundige, die om een casuïstisch oordeel vraagt.

Maatstaf voor de beoordeling van een wrakingsverzoek

Zoals uiteengezet in par. 5.3.4.4, wordt de onpartijdigheid van een deskundige die de rechter adviseert, door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens beoordeeld naar de maatstaf waarmee de objectieve onpartijdigheid van de rechter wordt beoordeeld. Bij de objectieve onpartijdigheid gaat het erom of de deskundige onpartijdig overkomt. Van een gebrek aan objectieve onpartijdigheid is sprake als uit feiten of omstandigheden objectief gezien bij een partij de indruk kan ontstaan dat de deskundige niet onpartijdig is. Dit kan al het geval zijn als bij een partij de gerechtvaardigde schijn van partijdigheid is gewekt. Niet doorslaggevend is of twijfel aan de onpartijdigheid theoretisch denkbaar is. Het gaat erom of een deskundige in een concrete zaak als onpartijdig is te beschouwen. Het standpunt van een partij dienaangaande is evenmin doorslaggevend. Beslissend is of door een partij geuite twijfel objectief is te rechtvaardigen. Een klacht over een gebrek aan onpartijdigheid moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval.

In par. 5.4.2 is naar voren gekomen dat deze maatstaf wordt toegepast in landen waarin wettelijk is geregeld dat een deskundige door een partij kan worden gewraakt. Zoals uiteengezet in par. 5.4.3, lijkt het erop dat in Engeland wordt getracht de Straatsburgse maatstaf zo veel mogelijk toe te passen, rekening houdend met de positie van de deskundige in de verhouding tussen partijen en de rechter naar Engels procesrecht. In par. 5.5.3 heb ik laten zien dat de Nederlandse civiele rechter de eis van onpartijdigheid van een deskundige niet eenduidig hanteert. Naar mijn opvatting zou het de rechtszekerheid van partijen en deskundigen ten goede komen, als de rechter bij de beoordeling van de onpartijdigheid van een deskundige (duidelijker) acht zou slaan op de algemene lijnen die zijn af te leiden uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en die in andere landen worden gevolgd. Die heb ik als volgt omschreven. In zaken waarin een deskundige een van de rechter afgeleide taak vervult in de waarheidsvinding in de civiele procedure, behoort de rechter het deskundigenadvies niet in de bewijswaardering te betrekken als zich een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige voordoet en onvoldoende gelegenheid is geboden tot herstel daarvan. Is de onpartijdigheid van de deskundige in geschil, dan behoort de rechter die te beoordelen alvorens het deskundigenadvies voor het bewijs te gebruiken. Hierbij gaat het erom of de vrees van een partij dat een deskundige partijdig is, objectief gerechtvaardigd is op grond van door de wederpartij of de deskundige niet weersproken dan wel na betwisting aannemelijk geworden feiten of omstandigheden. De beoordeling of de schijn van partijdigheid in een bepaald geval gerechtvaardigd is, is feitelijk en afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. De schijn van partijdigheid is in ieder geval gerechtvaardigd als de deskundige in een afhankelijkheidsrelatie staat tot een partij of haar advocaat, of als de deskundige in dezelfde zaak één van partijen heeft bijgestaan of geadviseerd.

Nadelen van de mogelijkheid om een deskundige te wraken

De herinvoering van een wrakingsregeling heeft niet alleen maar voordelen. Een wrakingsverzoek is snel gedaan en de behandeling ervan kost tijd en geld. Een misplaatst wrakingsverzoek treft niet alleen de deskundige, maar ook de wederpartij die voortvarend wil procederen. Dit valt echter ook zonder wrakingsregeling niet uit te sluiten. De afschaffing van de wrakingsregeling in 1923 heeft niet verhinderd dat in gevallen waarin na de benoeming van de deskundige de vraag rijst of de deskundige partijdig is, de kwestie aan de rechter wordt voorgelegd.

Aan misbruik van een wettelijke wrakingsregeling kan waarschijnlijk enigszins tegemoet worden gekomen wanneer een partij die een deskundige wil wraken, dat zo spoedig mogelijk moet doen nadat zij bekend is geworden met feiten of omstandigheden die tot vervanging van de deskundige aanleiding kunnen geven. Gebeurt dit niet of voert een partij feiten of omstandigheden aan die naar hun aard niet kunnen leiden tot gegrondheid van een wrakingsverzoek, dan kan het wrakingsverzoek zonder verdere behandeling aanstonds ongegrond worden verklaard, of kunnen aan het verzoek gevolgen worden verbonden in de proceskostenveroordeling. Ook beperkingen in de mogelijkheden om een hogere voorziening te vragen van een wrakingsbeslissing, die zijn besproken in par. 5.5.4, kunnen een rem zijn op misbruik.

Een wrakingsregeling vergroot dus weliswaar de kans op misbruik van het middel, maar dat zie ik als een prijs die moet worden betaald voor een hoger doel. Met een wrakingsregeling wordt immers gewaarborgd dat een deskundige – zo lang het deskundigenadvies niet is uitgebracht – zo spoedig mogelijk wordt vervangen nadat zich feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die zich niet verdragen met de eis van onpartijdigheid. Ook wordt voor partijen, rechter en deskundige duidelijker welke regels dan gelden.

De eerste en de tweede vraag
Met het voorgaande zijn tegelijk de eerste en de tweede vraag beantwoord, voor zover ze betrekking hebben op de keuze van de deskundige. Partijen behoren in gelijke mate gelegenheid te hebben om voorstellen te doen voor de keuze van de persoon. Daarna behoort de rechter te bepalen wie als deskundige wordt benoemd. Wanneer een partij bij de rechter een verzoek tot wraking van de deskundige kan indienen in de periode na de benoeming en vóór inlevering van het deskundigenadvies, wordt naar mijn opvatting voldoende rekening gehouden met de mening van partijen ten aanzien van de onpartijdige uitvoering van de opdracht door de deskundige.

8.4.3 De keuze van de vragen die aan de deskundige worden voorgelegd

8.4.3.1 Inleiding
Zoals uiteengezet in par. 4.7.3, wordt de opdracht aan de deskundige door de rechter verstrekt. Bij de formulering van de opdracht is de rechter gebonden aan de omvang van de rechtsstrijd van partijen, dat wil zeggen aan de vordering, het verweer en de feiten die tussen partijen vaststaan en in geschil zijn (art. 24 en 149 Rv). In par. 4.7.3 heb ik toegelicht dat aan een deskundige kan worden gevraagd op zijn vakgebied feiten te verzamelen, te ordenen, op te helderen en/of te verklaren, kennis of ervaringsregels te verschaffen en/of conclusies te trekken uit vaststaande of door de deskundige opgehelderde feiten. In de opdracht staan de vragen die in dit kader aan de deskundige worden voorgelegd. Met de opdracht worden de grenzen afgebakend van de feiten die tijdens het deskundigenonderzoek in de waarheidsvinding zijn betrokken. Meestal is voor de deskundige uit de opdracht niet zonder meer kenbaar om welke feiten het gaat. Zoals vermeld in par. 4.6.3, leidt hij uit de vragen in samenhang met de processtukken af welke feiten in het deskundigenonderzoek zijn betrokken, en welke daarvan tussen partijen vaststaan en in geschil zijn. In de wetsgeschiedenis is vermeld, zoals besproken in par. 4.5.3 en 6.4.1.1, dat het in de rede ligt dat de rechter in de vraagstelling rekening houdt met de mogelijkheid dat de deskundige in zijn onderzoek nog meer of andere feitelijke aspecten wil betrekken dan de punten waarover de rechter deskundige voorlichting wenst. Wanneer niet met zoveel woorden in de opdracht is vermeld op welke feiten het deskundigenonderzoek betrekking dient te hebben en de deskundige in de opdracht de ruimte krijgt om zich op zijn vakgebied te richten op de aspecten die naar zijn oordeel voor de beslissing van het geschil van belang zijn, wordt aan de deskundige overgelaten of hij blijft binnen de grenzen van de opdracht van de rechter en de rechtsstrijd van partijen. Doordat de rechter

meestal niet betrokken is bij het deskundigenonderzoek, partijen weinig mogelijkheden hebben om in het deskundigenonderzoek te participeren, en de deskundige vrij is in de inrichting van het onderzoek, zijn partijen en de rechter grotendeels afhankelijk van de mate waarin de deskundige tijdens het deskundigenonderzoek in staat is om te doorgronden of hij blijft binnen de grenzen van de opdracht en de rechtsstrijd van partijen. Zoals uiteengezet in par. 6.4.1.1, kan een deskundige die het onderzoek zelfstandig verricht, het deskundigenonderzoek in de praktijk op eigen initiatief of op verzoek van partijen uitbreiden, hoewel partijen de vraagstelling van de rechter, anders dan in Frankrijk of Engeland, niet door middel van opmerkingen en verzoeken mogen uitbreiden.

8.4.3.2 Deskundigenadvies ter voorlichting van de rechter: de eerste en de tweede vraag

Het antwoord op de eerste vraag, wie bepaalt en zou moeten bepalen welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken als de rechter een deskundigenadvies inwint, is eenvoudig in gevallen waarin het deskundigenadvies wordt ingewonnen ter voorlichting van de rechter die over onvoldoende gegevens beschikt om een beslissing te geven in het geschil van partijen. De rechter weet zelf het beste aan welke gegevens hij behoefte heeft ten behoeve van zijn beslissing. Dat hij bepaalt welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd, is dan vrij logisch. In de vragen van de rechter is verdisconteerd welke feiten in de waarheidsvinding in het deskundigenonderzoek worden betrokken. Daarmee is het antwoord op de tweede vraag niet gegeven.

Rekening houden met de feiten die volgens partijen en de deskundige in het onderzoek moeten worden betrokken

Er zijn volgens mij diverse redenen om, ook als het deskundigenadvies wordt ingewonnen ter voorlichting van de rechter, rekening te houden met de feiten die volgens partijen en de deskundige in het deskundigenonderzoek moeten worden betrokken, hetzij door de voorstellen van partijen zo veel mogelijk in de vragen te incorporeren, hetzij door inzichtelijk te maken waarom de vragen van partijen niet tot de beslissing van de zaak kunnen leiden en daarom niet worden overgenomen. Een eerste argument houdt verband met de verdeling van verantwoordelijkheden over partijen, rechter en deskundige. Partijen bepalen welke feiten tussen hen in geschil zijn. Zij kennen (de achtergronden van) hun zaak het beste en zullen verder moeten met de beslissing van de rechter na deskundigenadvies. Niet voor niets krijgen zij gelegenheid om voorstellen te doen voor de te stellen vragen. De deskundige kan normaal gesproken beter dan de rechter beoordelen wat hij op zijn vakgebied te bieden heeft, hoezeer het ook aan de rechter is om te beoordelen welke feiten tussen partijen in geschil zijn. Het is naar mijn opvatting een gemis dat de Nederlandse wettelijke regeling van deskundigenbewijs, anders dan in België, Duitsland of Frankrijk, de communicatie tussen rechter en deskundige over de inhoud van de opdracht niet stimuleert. Er is geen procesrechtelijk mechanisme waarmee wordt bevorderd dat de rechter zich afvraagt of hij zonder overleg met de deskundige in staat is om te beoordelen welke feiten in een deskundigenonderzoek moeten worden betrokken, en of de beoogde vragen passen binnen de

mogelijkheden en beperkingen van de deskundige. De rechter doet er verstandig aan om er bij de formulering van de opdracht rekening mee te houden dat hij niet altijd de relevantie voldoende kan doorgronden van de voorstellen van partijen voor de vragen aan de deskundige, niet alleen omdat partijen de (achtergronden van hun) zaak beter kennen dan de rechter, maar ook omdat partijen zich bij hun voorstellen soms laten bijstaan door een partijdeskundige en de rechter wordt gehinderd door de kennisparadox: hij weet niet altijd precies wat hij niet weet op het vakgebied van de deskundige. Het komt wel voor dat de rechter aan de deskundige vraagt om te beoordelen of de vragen zich lenen voor beantwoording op zijn vakgebied. Wanneer de rechter overleg pleegt met de deskundige over de vraagstelling, is het aan de rechter overgelaten of hij partijen daarvan in kennis stelt. Ook is de toegang tot de rechter niet verzekerd voor de deskundige die behoefte heeft aan een toelichting op de vraagstelling.

Een vooral praktisch argument om rekening te houden met de feiten die volgens partijen in het deskundigenonderzoek moeten worden betrokken, is dat een partij de voorstellen die de rechter niet overneemt, via de ronde van opmerkingen en verzoeken wellicht alsnog in het deskundigenonderzoek zal proberen te betrekken. Voor partijen en de deskundige is het dan wel zo duidelijk als de rechter in de opdracht vermeldt waarom hij een voorstel van een partij voor een vraag niet heeft overgenomen: omdat hij die vraag niet relevant vindt voor de beslissing van het geschil van partijen, of omdat hij de beoordeling van de relevantie wil overlaten aan de deskundige.

Het belang van de waarheidsvinding in het geschil van partijen

Ook in het belang van de waarheidsvinding zie ik een reden om rekening te houden met de feiten die volgens partijen en de deskundige in het deskundigenonderzoek moeten worden betrokken. Het deskundigenadvies behoort een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Door de kennisparadox kan de rechter niet altijd voorzien met welke vragen hij de deskundige daartoe voldoende ruimte geeft binnen het geschil van partijen. De deskundige heeft binnen de grenzen van het geschil van partijen in de opdracht een zekere speelruimte nodig om feiten in het advies te betrekken die hij op zijn vakgebied relevant acht voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. In par. 1.2 noemde ik onder andere het voorbeeld van de vraag aan de deskundige of op een röntgenfoto een afwijking is te zien, in een casus waarin de deskundige ziet dat de afwijking niet zichtbaar is omdat niet de juiste foto is gemaakt. Moet de deskundige dit signaleren in zijn deskundigenadvies in de zaak waarin tussen partijen niet in geschil is of de juiste foto is gemaakt? Weliswaar moeten de antwoorden van de deskundige op de vragen van de rechter met redenen zijn omkleed (art. 198 lid 4 Rv), maar mag de deskundige met de motivering van zijn antwoorden treden buiten de grenzen van de opdracht en de rechtsstrijd van partijen? In par. 6.2.6.1 heb ik vermeld dat de deskundige in Duitsland in dit geval niet zonder meer mag antwoorden dat de afwijking niet zichtbaar is omdat niet de juiste foto is gemaakt, gezien de beperkte vraag of de afwijking zichtbaar is op de foto. Het antwoord op de vraag moet luiden dat de afwijking niet zichtbaar is op de foto. Door rechtstreeks te antwoorden dat de afwijking niet zichtbaar is omdat

de verkeerde foto is gemaakt, zou de deskundige buiten de grenzen van de opdracht treden. Wel mag hij ter motivering van zijn antwoord dat de afwijking niet zichtbaar is op de foto, uiteenzetten dat de foto is gemaakt vanuit hoek x, dat de afwijking niet zichtbaar kan worden gemaakt door een foto te maken vanuit hoek x, maar wel zichtbaar had kunnen zijn indien een foto was gemaakt vanuit hoek y. Dat is een ingewikkelde tournure, die formalistisch aandoet.

Een anticiperende vraagstelling

Naar mijn opvatting behoort de Nederlandse rechter, vanuit het perspectief dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen, op dit soort problemen te anticiperen in de vraagstelling aan de deskundige. Het is weinig gebruikelijk dat de rechter bij deskundigenonderzoek een probandum formuleert, zoals normaal is bij een bewijsopdracht door middel van getuigen. De techniek waarmee de rechter in het trechtermodel tot een probandum komt, kan naar mijn opvatting behulpzaam zijn om de juiste vragen te formuleren. Alvorens tot een probandum te komen, inventariseert, analyseert en selecteert de rechter de feitelijke en de juridische grondslagen van de vordering en het verweer aan de hand van de stellingen van partijen. Hierbij probeert hij ook de kern en de angel van het geschil van partijen in beeld te krijgen. Wanneer hij de juridische grondslag(en) van de vordering en het verweer heeft onderkend, vraagt hij zich af welke gestelde feiten tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, en welke van die feiten tussen partijen in geschil zijn. Bij de analyse van de feiten zoekt hij ook naar de argumentatiestructuur die partijen in hun feitelijke stellingen hebben aangebracht.

Deze techniek brengt de rechter bij de vragen die moeten worden beantwoord om de betwiste feiten op te helderen – het probandum – en tot een beslissing te komen.[4] Terugkerend naar het voorbeeld van de foto: een probandum zou in dat voorbeeld niet spoedig zo smal worden geformuleerd dat uitsluitend de vraag resteert of de afwijking zichtbaar is op de foto. Stel dat de juridische grondslag van de vordering is dat gedaagde wanprestatie heeft gepleegd, en de feitelijke grondslag dat gedaagde een medische fout heeft gemaakt door op de foto, gemaakt in zijn opdracht, niet te onderkennen dat eiser een bepaalde afwijking had, en die afwijking niet tijdig te behandelen. Hoewel laatstgenoemd feit in het oorspronkelijke voorbeeld niet is gegeven, zal iets dergelijks in werkelijkheid wel worden gesteld in verband met de schadevordering. Het verweer zal in het voorbeeld ongeveer hebben ingehouden dat de afwijking op de foto niet zichtbaar was, en gedaagde daarom geen fout heeft gemaakt. Voor de eenvoud van het voorbeeld neem ik aan dat tussen partijen vaststaat, achteraf bezien, dat er sprake was van een afwijking. Na inventarisatie, analyse en selectie van de stellingen van partijen ziet het geschil er dan als volgt uit:

4 Over de werkwijze van de rechter: Fokker 2004, p. 17 e.v.

vordering eiser	**verweer gedaagde**
juridische grondslag: *wanprestatie*	*wanprestatie gemotiveerd weersproken*
feitelijke grondslag: *medische fout:* – *afwijking niet onderkend* – *afwijking was zichtbaar op foto* – *afwijking niet tijdig behandeld*	feitelijke grondslag: *medische fout gemotiveerd betwist:* – *afwijking hoefde niet te worden onderkend* – *want die was niet zichtbaar op de foto* – *dus hoefde de afwijking toen niet door gedaagde te worden behandeld*

Valkuil van de kennisparadox
Wanneer dit geschil in de vraagstelling aan de deskundige wordt versmald tot de enkele vraag of de afwijking zichtbaar was op de foto, stapt de vraagsteller in de valkuil van de kennisparadox: hij neemt op voorhand aan dat in de standpunten van partijen een absolute stelling besloten ligt, inhoudend dat de afwijking wel of niet zichtbaar is op de foto. Hij realiseert zich onvoldoende dat de werkelijkheid op het vakgebied van de deskundige complexer en relatiever kan zijn. Er kunnen allerlei redenen zijn waarom de afwijking op de foto niet is onderkend. De versmalling beperkt de kans op een deskundigenadvies dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen.

De smalle vraag zadelt de deskundige bovendien op met een probleem dat er in werkelijkheid niet is. In geschil is namelijk niet of de afwijking zichtbaar was op de foto, maar of gedaagde een medische fout heeft gemaakt door een afwijking niet te onderkennen en die niet tijdig te behandelen. De stelling dat gedaagde de afwijking had moeten onderkennen, is nader uitgewerkt in een andere stelling, namelijk dat de afwijking zichtbaar was op de foto en gedaagde de afwijking daarom had moeten onderkennen.

De vraagstelling die aan de deskundige voldoende ruimte geeft om een deskundigenadvies uit te brengen dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing, bestaat dus uit drie lagen, namelijk (1) of er bij de behandeling een medische fout is gemaakt (2) door niet te onderkennen dat gedaagde een afwijking had (3) met gebruik van de foto. Wanneer deze gelaagdheid in de vraagstelling wordt aangehouden, heeft de deskundige, zelfs zonder de gebruikelijke restvraag of hij overigens nog opmerkingen wil maken over de zaak, voldoende ruimte om binnen de grenzen van de opdracht en het geschil te antwoorden dat gedaagde een medische fout heeft gemaakt door de verkeerde foto te laten maken en zichzelf daarmee de kans te ontnemen om te onderkennen dat gedaagde een afwijking had en die tijdig te behandelen.

Een model voor een vraagstelling
Het voorgaande laat zich uitwerken tot een model voor een vraagstelling aan deskundigen die voortvloeit uit de gebruikelijke techniek waarmee de rechter inventariseert, analyseert en selecteert wat de feitelijke en juridische grondslag is van

de vordering en wat er moet komen vast te staan en worden beoordeeld om tot de beslissing van de zaak te geraken. Het model is onder andere toepasbaar wanneer een deskundigenadvies wordt ingewonnen om te beoordelen of er sprake is van wanprestatie of een onrechtmatige daad, dan wel of er causaal verband is tussen de gestelde fout(en) en de gestelde schade. De gebruikelijke analyse van een geschil wordt gekenmerkt door de ordening van

- een of meer juridische grondslagen van de vordering,
- een of meer zelfstandige juridische grondslagen van het verweer,
  - per juridische grondslag een feitelijke grondslag,
    - per feitelijke grondslag een of meer feiten die de feitelijke grondslag onderbouwen,
      - eventueel per feit nog een of meer feiten die het feit onderbouwen,
- de reacties van de wederpartij.

Een voorbeeld

Ter verduidelijking illustreer ik deze ordening met een gefingeerd voorbeeld. De analyse van (een deel van) de stellingen van partijen over een aanrijding zou er in een schema als volgt kunnen uitzien:

STELLINGEN EISER	**STELLINGEN GEDAAGDE**
vordering: schadevergoeding uit onrechtmatige daad	
juridische grondslag A	**verweer t.a.v. grondslag A**
feitelijke grondslag A.1: *botsing*	A.1: *botsing wordt erkend*
feitelijke grondslag A.2: *verkeersfouten gedaagde*	A.2: *verkeersfouten worden gemotiveerd betwist*
feit A.2.1: *beschrijving toedracht* feit A.2.1.1: *geen voorrang verleend* feit A.2.1.2: *niet tijdig geremd* feit A.2.1.3: *te hard gereden* feit A.2.2: *gedaagde is doorgereden na de botsing* (afhankelijk van de vordering wel of geen beslissend feit)	A.2.1: betwist: *andere toedracht beschreven* A.2.1.1: betwist: *hoefde niet* A.2.1.2: betwist: *remsporen* A.2.1.3: betwist: *snelheid was lager dan toegestaan* A.2.2: niet weersproken
reactie eiser op verweer B	**jur. grondslag verweer B: geen causaal verband**
B.1: gemotiveerd betwist	feitelijke grondslag B.1: *schade was al aanwezig vóór de botsing*
B.1.1: *buurman heeft conflict met eiser* B.1.2: *foto is van na het ongeval*	feit B.1.1: *verklaring buurman eiser* feit B.1.2: *foto van de schade*

Het schema draagt eraan bij dat zichtbaar wordt welke van de door partijen gestelde feiten betwist zijn, tot de beslissing van de zaak kunnen leiden en niet zonder deskundigenadvies kunnen worden vastgesteld. Ook wordt zichtbaar of er feiten zijn die tussen partijen vaststaan, maar waarvan zonder deskundigenadvies niet kan worden vastgesteld of ze tot de beslissing van de zaak leiden, hetgeen in dit voorbeeld niet het geval is.

In het voorbeeld van de aanrijding kan deskundigenonderzoek worden gedaan naar de toedracht van het ongeval, in het bijzonder naar de vraag of er te hard is gereden en tijdig is geremd.[5] Moet voor de beslissing van de zaak, dat wil zeggen om te weten te komen of de botsing te wijten is aan een onrechtmatige daad van gedaagde, worden vastgesteld of juist is – zoals eiser stelt en gedaagde gemotiveerd heeft weersproken – dat gedaagde te hard heeft gereden en niet tijdig heeft geremd, dan zal de rechter eerst bezien of dat kan worden vastgesteld op basis van door partijen overgelegde bewijsstukken. Volgt het bewijs daaruit niet, maar is er wel voldoende informatie over de toedracht van het ongeval voor een deskundigenonderzoek (bijvoorbeeld foto's van de schade, foto's van remsporen op het wegdek, etc.), dan kan er aanleiding zijn een deskundigenadvies in te winnen bij een verkeersongevallendeskundige.

In de vraagstelling wordt de gelaagde structuur aangehouden van de analyse van het geschil. De opdracht aan de deskundige bevat de algemene vraag of de deskundige de toedracht van het ongeval wil analyseren en beschrijven. Hierop kunnen de specifieke vragen volgen welke aanwijzingen er zijn over het remgedrag van gedaagde en over de snelheid van gedaagde. Ook kan aan de deskundige worden gevraagd of uit de beschrijving van de toedracht en de aanwijzingen over snelheid en remgedrag is af te leiden door welke gedraging(en) van wie naar zijn mening de botsing kan worden verklaard. Wanneer een deel van de toedracht al door de rechter is vastgesteld, behoort te worden vermeld van welke vaststaande feiten de deskundige dient uit te gaan.

In de vraagstelling wordt dus eerst een overkoepelende vraag gesteld die aanknoopt bij de feitelijke grondslag van de vordering waaraan partijen de feiten hebben opgehangen die een deskundigenadvies noodzakelijk maken. Vervolgens worden specifieke vragen gesteld ten aanzien van de feiten waarmee die feitelijke grondslag is onderbouwd. Hierbij wordt zonodig onderscheid gemaakt tussen feiten die al vaststaan en feiten die tussen partijen in geschil zijn, zodat voor partijen en de deskundige duidelijk is waar het deskundigenonderzoek wel en niet over gaat. Dit laatste doet overigens denken aan de *terms of reference*, die in Engeland bij de opdracht aan een deskundige dienen te worden verstrekt.[6]

Langs deze weg bevindt de opdracht zich binnen de grenzen van het geschil van partijen en kan de deskundige op zijn vakgebied de feiten in het deskundigenadvies betrekken die hij relevant acht voor de waarheidsvinding. Een bijko-

5 Dit hoeft in het algemeen niet te worden uitgezocht als komt vast te staan dat gedaagde voorrang had moeten verlenen aan eiser en dat niet heeft gedaan, want dan is de onrechtmatige daad van gedaagde in het voorbeeld gegeven.

6 Zie par. 4.3.3.3.

mend voordeel is dat een gelaagde vraagstelling minder snel leidt tot een vraag naar een juridisch oordeel ('is er tijdig geremd, is er te hard gereden?'). Zoals toegelicht in par. 4.7.3, vind ik het niet wenselijk om aan een deskundige een vraag naar een juridisch oordeel te stellen in zaken waarin het deskundigenadvies niet strekt tot voorlichting van de rechter over het recht. Met het geschetste model wordt aan de deskundige gevraagd op zijn vakgebied bepaalde feiten te verzamelen, te ordenen, op te helderen en/of te verklaren, kennis of ervaringsregels te verschaffen en/of conclusies te trekken uit vaststaande of door de deskundige opgehelderde feiten. Met behulp van het deskundigenadvies kan de rechter vervolgens het juridische oordeel geven.

Nieuwe feiten in een deskundigenadvies
Door in de vraagstelling niet te volstaan met detailvragen naar betwiste feiten, maar ook een overkoepelende vraag op te nemen die aanknoopt bij de feitelijke grondslag waarvan die betwiste feiten de onderbouwing zijn, neemt tevens de kans af dat een deskundigenadvies nieuwe feiten bevat. In par. 7.6 heb ik 'nieuwe feiten' omschreven als feiten die voorafgaand aan het deskundigenonderzoek geen onderdeel waren van de rechtsstrijd van partijen, buiten de grenzen van de opdracht aan de deskundige vallen en geschikt zijn om een eigen rol te spelen in de onderbouwing van de vordering of het verweer. Een overkoepelende vraag die aanknoopt bij een feitelijke grondslag van de vordering of het verweer, betekent immers ook dat de omvang van de rechtsstrijd niet snel te eng wordt opgevat, en dat de opdracht aan de deskundige in het algemeen voldoende ruimte zal bieden om in het deskundigenadvies de feiten te belichten die de deskundige op zijn vakgebied relevant acht bij de beantwoording van de vragen. Zo maakt de rechter zich minder afhankelijk van de slagingskans van zijn pogingen om rekening te houden met de kennisparadox (hij weet niet altijd wat op het vakgebied van de deskundige relevant is) en van de mate waarin de deskundige uit zichzelf benoemt wat op zijn vakgebied essentieel is bij de beoordeling van het geschil.[7]

Slotvraag
Aan het slot van de vraagstelling behoort naar mijn opvatting aan de deskundige te worden gevraagd of hij nog andere punten naar voren wil brengen waarvan de rechter volgens hem kennis dient te nemen bij de beoordeling van het geschil. De slotvraag geeft de deskundige de vrijheid om resultaten van het deskundigenonderzoek op zijn vakgebied te rapporteren die hij niet onder kon brengen in de antwoorden op de vragen en relevant acht voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van de zaak.

---

7 Een voorbeeld: Rb. Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277. In antwoord op een gedetailleerde vraag of het ruggenmergletsel van eiser is veroorzaakt, verergerd of minder goed is hersteld door de behandeling in het ziekenhuis van gedaagde, vermeldt de deskundige onder andere: 'Het belangrijkste punt in deze vraag en naar mijn mening onderbelicht in de gehele discussie tot nu toe is het feit dat [eiser] zonder enige bescherming onder narcose was gebracht en naar en van operatietafel was verplaatst (...).'

De slotvraag leent zich er in mijn visie in beginsel niet voor om andere feiten in het deskundigenonderzoek te betrekken dan voortvloeit uit de opdracht, bijvoorbeeld in gevallen waarin de deskundige meent dat de opdracht op zijn vakgebied niet de juiste vragen bevat om een deskundigenadvies uit te brengen dat een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Dan behoort de deskundige naar mijn opvatting aan de rechter te laten weten dat hij meent dat de opdracht moet worden gewijzigd.

8.4.3.3 Deskundigenadvies als bewijsmiddel en deskundigenadvies met het oog op de toepassing van ervaringsregels

Zoals uiteengezet in par. 8.4.1, onderscheid ik bij de keuze om een deskundigenadvies in te winnen het deskundigenadvies dat louter dient ter voorlichting van de rechter, het deskundigenadvies waarmee (mede) een aanbod tot bewijslevering door middel van een deskundigenadvies wordt gehonoreerd, en het deskundigenadvies dat wordt ingewonnen met het oog op de toepassing van ervaringsregels op een vakgebied waarop de rechter niet zonder meer geacht kan worden deskundig te zijn in een geval waarin partijen er niet mee hebben ingestemd dat de rechter zonder deskundigenadvies beslist. De inventarisatie, analyse en selectie van de stellingen van partijen is ook behulpzaam om zichtbaar te maken of een partij een deugdelijk en relevant bewijsaanbod heeft gedaan, en of de rechter met toepassing van ervaringsregels zonder deskundigenadvies denkt te kunnen beslissen. Wanneer de toepassing van ervaringsregels aanleiding geeft om een deskundigenadvies in te winnen, is het primair een instructiemiddel van de rechter. De beantwoording van de eerste en de tweede vraag is dan hetzelfde als ten aanzien van het deskundigenadvies ter voorlichting van de rechter, waarop par. 8.4.3.2 betrekking heeft.

Deskundigenadvies als bewijsmiddel: de eerste en de tweede vraag

Wanneer een deskundigenadvies (mede) wordt gelast om een partij gelegenheid te bieden tot bewijslevering door middel van een deskundigenadvies, zal de rechter nog steeds dienen te bepalen welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd. In het trechtermodel van het Nederlandse civiele procesrecht bepalen partijen de omvang van de rechtsstrijd en bepaalt de rechter vervolgens met behulp van de in par. 8.4.3.2 besproken techniek welke feiten tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, en welke daarvan tussen partijen in geschil zijn en bewijs behoeven. Met de beschrijving van het benodigde bewijs zijn de vragen aan de deskundige nog niet gegeven. De opdracht aan de deskundige is een nadere uitwerking van die beschrijving. Bij een getuigenverhoor heeft een partij die bewijs mag leveren van bepaalde feiten, binnen het probandum ruime mogelijkheden om vragen aan de getuigen te stellen. De achtergrond hiervan is dat een partij zeggenschap heeft over haar burgerlijke rechten en bewijslevering haar in staat stelt die rechten te doen vaststellen en te verwezenlijken. De wederpartij heeft binnen de grenzen van het probandum ruime mogelijkheden om tegenvragen te stellen en zich te verdedigen tegen geleverd bewijs. De rechter is terughoudend met het oordeel dat een vraag buiten de grenzen van het probandum valt, niet alleen wegens de zeggen-

schap van partijen, maar ook omdat hij zonder het antwoord op een vraag niet eenvoudig kan voorzien of een vraag relevant is voor het bewijs.

Ik zie geen reden waarom dit bij bewijslevering door middel van een deskundigenadvies anders zou zijn. Het lijkt mij zinvol dat de rechter niet alleen het geschilpunt omschrijft in verband waarmee een deskundige zal worden benoemd, maar ook vermeldt van welke feiten bewijs moet worden geleverd, oftewel een probandum formuleert. Omdat de opdracht aan de deskundige een nadere uitwerking is van de feiten waarvan bewijs moet worden geleverd, en partijen invloed hebben op de omvang van de bewijslevering binnen de grenzen van het probandum, ligt het voor de hand dat de rechter ruimhartig rekening houdt met de feiten die volgens partijen in de waarheidsvinding moeten worden betrokken. Dit betekent naar mijn opvatting dat hij de door partijen voorgestelde vragen overneemt, tenzij een vraag de grenzen van het probandum te buiten gaat. Twijfelt hij over het laatste, dan kan hij in de opdracht het verzoek opnemen om de betreffende vraag te beantwoorden voor zover de deskundige meent dat de vraag op zijn vakgebied betekenis kan hebben voor de feiten waarop de bewijslevering betrekking heeft.[8]

Hiermee zijn de eerste en de tweede vraag ook beantwoord met betrekking tot de keuze van de vragen aan de deskundige in een geval waarin met het inwinnen van een deskundigenadvies een bewijsaanbod van een partij wordt gehonoreerd.

8.4.4 De uitvoering van de opdracht door de deskundige en de participatie van partijen

Zoals uiteengezet in par. 6.4.1.1, hebben deskundigen naar huidig recht 'binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid hun onderzoek op de wijze te verrichten die hun het beste voorkomt'. Meestal bepaalt de rechter dat de deskundige het onderzoek zelfstandig dient te verrichten (art. 198 lid 2 Rv). Wanneer de deskundige het onderzoek in plaats daarvan onder leiding van de rechter dient te verrichten, kan de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek onderhevig zijn aan door de rechter gestelde beperkingen.

Bij de keuze van de feiten die in de waarheidsvinding in het deskundigenonderzoek worden betrokken, is de deskundige gebonden aan de opdracht van de rechter. Zoals vermeld in par. 8.4.3.2, ontbreken in de Nederlandse wettelijke regeling van deskundigenbewijs bepalingen die bevorderen dat er voor aanvang van het deskundigenonderzoek informatie wordt uitgewisseld tussen partijen en de rechter enerzijds en de deskundige anderzijds over een vraagstelling die onderzoekbaar en beantwoordbaar is op het vakgebied van de deskundige en bijdraagt aan de waarheidsvinding in het geschil van partijen. Zoals besproken in par. 8.4.3, behoort de opdracht naar mijn opvatting zodanig te zijn geformuleerd, dat de deskundige voldoende ruimte heeft om binnen de grenzen van de opdracht en het

8 Het ligt voor de hand dat dit tot gevolg kan hebben dat het voorschot voor de kosten van de beantwoording van de vragen van een partij in verband met de omstandigheden van het geding (art. 195 Rv) ten laste van die partij kunnen worden gebracht, zoals ook de taxe van de getuige in afwachting van de beslissing over de proceskosten voor rekening komt van de partij die de getuige heeft voorgebracht.

geschil bij te dragen aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De opdracht pleegt in de huidige praktijk te bestaan uit de vragen die de deskundige dient te beantwoorden en instructies van procedurele aard. De deskundige dient meestal uit de vragen in samenhang met de processtukken af te leiden welke feiten in het deskundigenonderzoek zijn betrokken, en welke daarvan tussen partijen vaststaan en in geschil zijn, zoals vermeld in par. 8.4.3.1.

De eerste vraag en de tweede vraag in de relatie tussen rechter en deskundige
Doordat de rechter weliswaar de opdracht formuleert binnen de rechtsstrijd van partijen, maar het aan de deskundige overlaat om uit de opdracht en de processtukken af te leiden welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken, heeft de deskundige een eigen verantwoordelijkheid om te bepalen welke feiten in het deskundigenonderzoek worden betrokken. Daarnaast maken de gebruikelijke slotvraag en de vrijheid van de deskundige bij de inrichting van het onderzoek binnen de grenzen van de opdracht, het mogelijk dat de deskundige op eigen initiatief of op verzoek van partijen andere feiten in het onderzoek betrekt dan de rechter in de opdracht heeft bedoeld. De rechter merkt daar tijdens het deskundigenonderzoek weinig tot niets van, want hij neemt meestal geen deel aan het deskundigenonderzoek. Er is, zeker wanneer de deskundige het onderzoek zelfstandig verricht, geen mechanisme om te bevorderen dat de rechter op de hoogte is van de onderzoeksactiviteiten van de deskundige. De deskundige hoeft bijvoorbeeld een plan van aanpak bij aanvang van het deskundigenonderzoek niet aan de rechter te zenden. De verantwoordelijkheden van deskundige en rechter zijn op dit punt naar mijn opvatting minder goed op elkaar afgestemd dan past bij de taak van de rechter, zoals nader toegelicht in par. 8.3.3.

Hieraan kan naar mijn opvatting deels tegemoet worden gekomen in de opdracht, wanneer de rechter in de vraagstelling de gelaagde structuur van de inventarisatie, analyse en selectie van de stellingen van partijen laat terugkeren, voor zover relevant voor de opdracht aan de deskundige. Deze werkwijze is toegelicht in par. 8.4.3. Van belang is ook dat voor de deskundige geen zoekplaatje is van welke vaststaande feiten hij dient uit te gaan, welke feiten in geschil zijn, en ten aanzien van welke feiten welke activiteiten van hem worden verlangd. De rechter die duidelijk afbakent welke feiten in de waarheidsvinding tijdens het deskundigenonderzoek zijn betrokken en van welke feiten de deskundige als vaststaand moet uitgaan, bevordert naar vermogen dat de juiste feiten in het deskundigenonderzoek worden betrokken.

Wanneer de rechter deze werkwijze heeft gevolgd bij de formulering van de opdracht, is voor de deskundige bij de uitvoering van de opdracht in beginsel duidelijk welke feiten hij in het onderzoek dient te betrekken. Stuit hij dan toch nog op vragen, dan zou een volgende verbetering zijn dat er een voorziening is die de dialoog tussen rechter en deskundige over de opdracht bevordert. Die voorziening is er in Nederland nu niet en de praktijk is divers. Het hangt van de deskundige af of hij zich tot de rechter wendt. Het hangt vervolgens van de rechter af of hij antwoord krijgt, en of partijen worden betrokken in een dialoog tussen rechter en deskundige. Zoals besproken in par. 4.7.3, kennen andere landen voorzieningen om de communicatie tussen rechter en deskundige te stimuleren. Een verplicht over-

leg van partijen en de rechter met de deskundige, zoals in België is voorgeschreven, zal lang niet in alle gevallen nodig zijn en kan tot onnodige kosten en doorlooptijd aanleiding geven. In plaats van verplicht overleg lijkt, vergelijkbaar met de situatie in Duitsland en Frankrijk, een regeling voldoende die de dialoog faciliteert. Naar mijn opvatting zou in de procesreglementen moeten worden opgenomen dat de deskundige de rechter kan vragen hem te horen, waarmee gegeven is dat partijen tegenwoordig kunnen zijn. Het gaat dan om een uitwerking van de verplichting van de deskundige om de opdracht 'naar beste weten' te vervullen. Een alternatief is dat de wetgever bij een herziening van het bewijsrecht of de wettelijke bepalingen van deskundigenbewijs afzonderlijk regelt dat de deskundige de rechter kan vragen hem te horen, en zonodig ook dat de rechter gehouden is de vragen van de deskundige naar aanleiding van de opdracht te beantwoorden. Met een regeling alleen is de dialoog weliswaar niet op gang gebracht, maar is wel duidelijk dat die er waar nodig hoort te zijn om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing.

De eerste en de tweede vraag in de relatie tussen partijen en deskundige
De rechter formuleert de opdracht aan de deskundige na overleg met partijen, zoals uiteengezet in par. 4.7.2. Partijen hebben geen zeggenschap over de feiten die in de opdracht worden betrokken. In de zojuist besproken constellatie waarin de deskundige uit de opdracht en de processtukken afleidt welke feiten in het deskundigenonderzoek worden betrokken, en binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid heeft bij de inrichting van het onderzoek, hebben partijen ook bij aanvang van het deskundigenonderzoek geen zeggenschap over de feiten die daarin door de deskundige worden betrokken. De deskundige wordt door de wettelijke regeling van deskundigenbewijs niet genoodzaakt om rekening te houden met de feiten die volgens partijen in de waarheidsvinding in het deskundigenonderzoek moeten worden betrokken. Zij mogen weliswaar opmerkingen maken en verzoeken doen bij de deskundige, maar daarmee mogen zij de opdracht aan de deskundige niet aanvullen of uitbreiden, zoals uiteengezet in par. 6.4.3.6. Het is bovendien overgelaten aan de deskundige of hij partijen bij aanvang van het onderzoek gelegenheid biedt om hun wensen kenbaar te maken ten aanzien van de feiten die in het onderzoek zullen worden betrokken. Doen partijen dat op eigen initiatief, dan is het aan de deskundige of hij bij de inrichting van het onderzoek rekening houdt met hun wensen. Een en ander is besproken in par. 6.4.3.

Partijen hebben naar huidig recht tijdens het deskundigenonderzoek weinig mogelijkheden om daarin te participeren, zoals uiteengezet in par. 6.4.2. Zij zijn aangewezen op de gelegenheid die de deskundige daartoe biedt, op een enkel geval na waarvan vaststaat dat de deskundige partijen gelegenheid dient te bieden om een onderzoeksverrichting bij te wonen, zoals bij de bezichtiging van een woning. Dit betekent dat zij ook weinig mogelijkheden hebben om tijdens het deskundigenonderzoek waar te nemen of de deskundige de feiten in de waarheidsvinding betrekt die binnen de grenzen van de opdracht vallen. Dat heeft ongetwijfeld als voordeel dat de deskundige zijn oordeel in betrekkelijke rust kan vormen, en zijn onpartijdigheid niet gemakkelijk op de proef kan worden gesteld in

contacten met partijen. Daar staat het risico tegenover dat een te geringe participatie van partijen in het deskundigenonderzoek tot gevolg kan hebben dat het beginsel van hoor en wederhoor in de procedure onvoldoende in acht wordt genomen. Zoals besproken in par. 6.4.2.1, heeft een deskundige normatieve invloed op de uitkomst van de zaak en vindt ten overstaan van hem materieel meestal ook bewijslevering plaats. Het verzamelen, ordenen, ophelderen en verklaren van feiten en het toepassen van kennis en ervaringsregels op feiten, is een normatieve bezigheid. Om zich een effectief oordeel te vormen, heeft de deskundige vrijwel altijd ook informatie van partijen nodig. De mate waarin een deskundige tot de kern van de zaak weet door te dringen, en daarmee de waarde van het deskundigenadvies voor het bewijs, wordt in de praktijk vaak mede bepaald door de mate waarin partijen in het deskundigenonderzoek hebben kunnen participeren. Een partij weet in het algemeen als geen ander welke informatie relevant is voor haar standpunt in de zaak en voor de oordeelsvorming van de deskundige. Bewijslevering vindt ten overstaan van de deskundige materieel plaats ten aanzien van feiten die tussen partijen in geschil zijn en door de deskundige op zijn vakgebied moeten worden opgehelderd ten behoeve van de beantwoording van de vragen van de rechter. Naar mijn opvatting moet telkens op basis van een belangenafweging worden bepaald welke betekenis het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige heeft voor de mate waarin partijen daarin moeten kunnen participeren, zoals uiteengezet in par. 6.4.2.1. In de belangenafweging zullen in het algemeen zijn vertegenwoordigd het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de opdracht, het belang dat partijen uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van onderzoekshandelingen van de deskundige die normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en het karakter hebben van bewijslevering, het belang dat een deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten, het belang dat een deskundige zijn oordeel in vrijheid kan vormen, het belang dat partijen na afloop van het onderzoek effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, en het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn.

Wanneer partijen met toepassing van deze belangenafweging naar behoren in het deskundigenonderzoek kunnen participeren, hebben zij tijdens het deskundigenonderzoek voldoende gelegenheid om te controleren of daarin de feiten worden betrokken zoals op grond van de opdracht mag worden verwacht. Een partij die meent dat niet de juiste feiten in het deskundigenonderzoek worden betrokken, kan de deskundige en de rechter daarop attenderen. Ook hier is van belang dat uit de opdracht blijkt welke feiten onderdeel zijn van het deskundigenonderzoek, en waarom een voorstel van een partij voor een bepaalde vraag niet is overgenomen (de eerdergenoemde *terms of reference*): omdat de rechter die vraag niet relevant vindt voor de beslissing van het geschil van partijen, of omdat hij de beoordeling van de relevantie wil overlaten aan de deskundige. Dat is, naast de opdracht zelf, een aanwijzing voor de deskundige bij de afweging of hij gevolg geeft aan een verzoek van een partij om bepaalde feiten in het deskundigenonderzoek te betrekken.

De participatiemogelijkheden van partijen in het deskundigenonderzoek kunnen dus bevorderen dat binnen de grenzen van de opdracht en het geschil van partijen voldoende rekening wordt gehouden met de feiten die volgens een partij in de waarheidsvinding in het deskundigenonderzoek dienen te worden betrokken. Tegelijk wordt langs deze weg benadrukt dat partijen tijdens het deskundigenonderzoek een eigen verantwoordelijkheid hebben om te bewerkstelligen dat een deskundigenonderzoek een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Dat is mede van belang voor het geval een partij bij de verdere behandeling van de zaak aanvoert dat het deskundigenadvies (deels) niet bruikbaar is voor het bewijs.

De toepassing van de belangenafweging

Zoals vermeld in par. 6.4.2 heb ik bij de bespreking van de diverse onderzoekshandelingen van de deskundige, te weten de bijeenkomst met (een) partij(en), het onderzoek van stukken, en het onderzoek van personen en zaken, tot uitgangspunt genomen dat met behulp van voormelde belangenafweging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval moet worden bepaald welke betekenis het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige heeft voor de mate waarin partijen daarin moeten kunnen participeren. Omdat er nog geen voorziening is die invulling geeft aan de regiefunctie van de rechter bij meningsverschillen tussen partijen en deskundige tijdens het deskundigenonderzoek en het deskundigenonderzoek zich grotendeels onttrekt aan de waarneming van de rechter, sta ik aan het slot van deze paragraaf nog stil bij de praktische toepassing van de belangenafweging.

Het initiatief tot participatie van (een) partij(en) in een onderzoeksverrichting van de deskundige zal in het algemeen uitgaan van de deskundige of (een) partij(en).

De deskundige kan partijen op eigen initiatief bij een onderzoeksverrichting betrekken. In beginsel zal hij beide partijen daarbij gelijk moeten behandelen. Wanneer hij aanleiding ziet slechts één van partijen bij een onderzoeksverrichting te betrekken, zal hij de wederpartij daarvan tevoren in kennis moeten stellen en nadien moeten informeren over de uitkomst van de verrichting, zoals met betrekking tot de diverse onderzoekshandelingen in par. 6.4.2 is besproken. Wanneer hij de uitkomst van een onderzoeksverrichting met participatie van één partij voor het eerst vermeldt in het concept-deskundigenadvies, wordt voor de wederpartij die bij de rechter effectief commentaar moet kunnen leveren op het deskundigenadvies, des te belangrijker dat partijen bij de deskundige op het concept-deskundigenadvies kunnen reageren en de deskundige in het deskundigenadvies reageert op hun opmerkingen.

De deskundige die twijfelt of hij (een) partij(en) bij een onderzoeksverrichting zal betrokken, of aarzelt over de wijze waarop of de mate waarin, moet zich met zijn twijfels tot de rechter kunnen wenden. De rechter zal hierover, na overleg met partijen, door toepassing van de belangenafweging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval aanwijzingen aan de deskundige dienen te geven.

Een partij kan zich tijdens het deskundigenonderzoek tot de deskundige wenden met een verzoek om in een bepaalde onderzoeksverrichting te mogen participeren. Wanneer een partij het niet eens is met de participatiemogelijkheden die de des-

kundige biedt, en partijen en de deskundige er in onderling overleg niet uitkomen, kan een partij zich op eigen initiatief tot de rechter wenden. Dat is niet anders dan in andere gevallen waarin een partij en de deskundige van mening verschillen over de wijze waarop de deskundige invulling geeft aan de opdracht. De rechter zal dan na overleg met partijen en de deskundige eveneens door toepassing van de belangenafweging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval aanwijzingen aan de deskundige kunnen geven.

Met deze aanpak gaan doorlooptijd en kosten gepaard. Die hoeven echter niet disproportioneel te zijn ten opzichte van het belang dat ermee is gemoeid, te weten dat een deskundigenadvies bruikbaar is voor de beslissing en partijen er bij de rechter effectief commentaar op kunnen leveren. Zoals vermeld in par. 6.4.1.4, heeft het hof Den Haag in familiezaken een praktische werkwijze ontwikkeld om effectief invulling te geven aan zijn regiefunctie tijdens een deskundigenonderzoek. Andere gerechten kennen een vergelijkbare toegankelijkheid van de rechter tijdens een deskundigenonderzoek. Elders heb ik betoogd dat het gebruik van moderne communicatievoorzieningen, zoals e-mailverkeer of een telefonische vergadering, hierbij een geschikt hulpmiddel kan zijn.[9]

8.4.5 De verdere behandeling van de zaak en de beslissing na deskundigenadvies

8.4.5.1 Inleiding

Wanneer een deskundigenadvies is uitgebracht, komt het gebruik van het deskundigenadvies in de beslissing aan de orde. In het deskundigenadvies ligt vast welke feiten tijdens het deskundigenonderzoek in de waarheidsvinding zijn betrokken. Als het goed is, blijkt eruit of dat is gebeurd in opdracht van de rechter, op verzoek van een partij of op initiatief van de deskundige. De (eerste) vraag wie bepaalt en zou moeten bepalen welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken, kan in dit stadium (weer) betekenis krijgen wanneer aanvullende vragen aan dezelfde of een andere deskundige worden voorgelegd – een onderwerp dat is besproken in par. 7.4.2 – maar speelt voor het overige geen rol meer.

De verdere behandeling van de zaak na deskundigenadvies vindt plaats in de verhouding tussen partijen en de rechter. De deskundige figureert hierin niet meer, tenzij de rechter anders bepaalt. Ook bij de verdere behandeling van het geschil staat voorop dat partijen zeggenschap hebben over de vaststelling en verwezenlijking van burgerlijke rechten in de civiele procedure en dat het deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Partijen moeten daarom effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, voordat de rechter het gebruikt bij de beslissing in het geschil van partijen. Hieronder vallen twee aspecten van de tweede vraag. Allereerst behoort een partij, mede door participatie in het deskundigenonderzoek, te kunnen nagaan of in het deskundigenadvies voldoende reke-

9 De Groot & Elbers 2008, p. 8, Aanbevelingen, onder 1.

ning is gehouden met de feiten die volgens haar in de waarheidsvinding moesten worden betrokken. Daarnaast dient de beslissing van de rechter in het geschil van partijen inzichtelijk te maken welke betekenis aan het deskundigenadvies wordt toegekend bij de vaststelling en beoordeling van de feiten die tussen partijen in geschil zijn. Op beide aspecten wordt hierna ingegaan.

8.4.5.2 De verdere behandeling van de zaak

In haar commentaar kan een partij de betekenis van het deskundigenadvies voor haar standpunt toelichten en op het deskundigenadvies ingaan. Wanneer een partij meent dat het deskundigenadvies één of meer gebreken bevat en niet aan de beslissing ten grondslag dient te worden gelegd, beroept zij zich erop dat het deskundigenadvies een gebrek van procedurele aard bevat, of betwist zij de inhoud van het deskundigenadvies. Als gebrek van procedurele aard kan bijvoorbeeld worden gesteld dat de deskundige partijdig was, of dat een partij onvoldoende in het deskundigenonderzoek heeft kunnen participeren en daardoor bij de rechter niet effectief op het deskundigenadvies kan reageren. Inhoudelijke kritiek komt er in het algemeen op neer dat het deskundigenadvies geheel of ten dele onjuist is. De gestelde onjuistheid is meestal gerelateerd aan de volledigheid van het deskundigenadvies, de begrijpelijkheid ervan, de mate waarin het logisch te volgen is, of een combinatie van deze aspecten.

Huidige situatie

Naar huidig recht hebben partijen er geen aanspraak op om de deskundige onder leiding van de rechter nadere vragen te stellen ter aanvulling of verduidelijking van het deskundigenadvies. De rechter bepaalt of hij, ambtshalve of op verzoek van (een) partij(en), aanleiding ziet om de deskundige nader te raadplegen. Ongeacht de aard van een eventueel gebrek in een deskundigenadvies, is de rechter vrij om daaraan bij de verdere behandeling van de zaak en de beslissing geen gevolgen te verbinden, zolang de motivering van de rechterlijke beslissing na deskundigenadvies aan de eisen voldoet. Het is weinig gebruikelijk dat partijen, rechter en deskundige na een schriftelijk deskundigenadvies mondeling van gedachten wisselen over de betekenis ervan voor de beslissing in het geschil van partijen.

De twee probleempunten van par. 8.3

Ook bij het gebruik van het deskundigenadvies is de verantwoordelijkheid van de rechter voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing naar mijn opvatting zwaarder dan past bij een evenwichtige verdeling van de zeggenschap van partijen over hun burgerlijke rechten en de taak van de rechter in de civiele procedure. Om zijn taak naar behoren te kunnen verrichten, is de rechter deels afhankelijk van het commentaar van partijen op het deskundigenadvies. Partijen kennen (de achtergronden van) hun zaak het beste. De rechter kan de juistheid van een deskundigenadvies als gevolg van de kennisparadox slechts tot op zekere hoogte doorgronden. Partijen hebben naar Nederlands recht minder zeggenschap over de vraag of een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing dan in België, Duitsland, Engeland, Frankrijk en Oostenrijk. De mate waarin partijen de activiteiten van de deskundige kunnen

waarnemen en controleren, is van invloed op de mogelijkheid om effectief commentaar te leveren op een deskundigenadvies en het processuele debat over de betekenis van een deskundigenadvies voor de vordering en het verweer te ontwikkelen.

Deze probleempunten zijn terug te voeren op een combinatie van factoren voor, tijdens en na het deskundigenonderzoek, die zijn besproken in de hoofdstukken 4, 6 en 7. Nadat in het processuele debat van partijen de omvang van de rechtsstrijd is afgebakend, hebben zij geen zeggenschap over de feiten die in het onderzoek worden betrokken. Zij hebben geringe participatiemogelijkheden tijdens het deskundigenonderzoek en mogen de opdracht niet aanvullen of wijzigen. Zij zijn er niet van verzekerd dat zij bij de deskundige op het deskundigenadvies mogen reageren en dat de deskundige op hun opmerkingen en verzoeken naar aanleiding van het deskundigenadvies reageert. Tijdens de verdere behandeling van de zaak door de rechter hebben zij er geen aanspraak op dat het deskundigenadvies wordt aangevuld of verduidelijkt. Dit betekent dat er in Nederland in geen enkele fase compensatie plaatsvindt van de geringe zeggenschap in een andere fase. In België, Duitsland, Engeland, Frankrijk en Oostenrijk daarentegen worden gebrekkige participatiemogelijkheden in een bepaalde fase wel gecompenseerd in een andere fase. Daardoor zijn de verantwoordelijkheden van partijen en de rechter voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing na deskundigenadvies in deze landen in mijn visie systematisch evenwichtiger over hen verdeeld dan in Nederland.

Compilatie van verbetervoorstellen

Zoals eerder in dit hoofdstuk aangeduid, zijn er in Nederland diverse mogelijkheden om hierin met gebruik van veelal bestaande procesrechtelijke instrumenten verandering te brengen en zichtbaarder te maken tot waar de eigen verantwoordelijkheid van partijen en de rechter reikt voor een civiele procedure waarin een persoon haar burgerlijke rechten door de rechter kan doen vaststellen en verwezenlijken.

Bij de keuze om een deskundigenadvies in te winnen, kan onderscheid worden gemaakt tussen een deskundigenadvies dat louter strekt ter voorlichting van de rechter en een deskundigenadvies dat mede strekt tot bewijslevering. Hier is verbetering te verwachten wanneer de rechter verplicht wordt om te motiveren waarom een ter zake dienend aanbod tot bewijslevering door deskundigenadvies wordt gepasseerd. De mate waarin de rechter aan deze verplichting kan voldoen, is mede afhankelijk van de stellingen van partijen. Ter bevordering van de effectiviteit van de motiveringsplicht van de rechter verdient het overweging de bewijsaandraagplicht van art. 111 lid 3 Rv uit te breiden tot deskundigenbewijs.

Een volgende mogelijkheid om de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden over partijen en de rechter te verbeteren, biedt de herinvoering van een regeling over de wraking van een deskundige voor gevallen waarin een partij twijfelt aan diens onpartijdigheid, inclusief voorzieningen om misbruik van de regeling tegen te gaan.

Een belangrijk instrument ter verbetering ligt in de keuze van de vraagstelling. De zeggenschap van een partij over de feiten die in geschil zijn, krijgt in het trech-

termodel van het Nederlandse procesrecht een logisch vervolg en een logische aansluiting op de taak van de rechter om een beslissing te geven in het geschil van partijen, wanneer de rechter de voorstellen van een partij voor vragen aan de deskundige hetzij opneemt in de vraagstelling, hetzij duidelijk maakt waarom ze daarin niet worden opgenomen. De verantwoordelijkheid van de rechter sluit beter aan bij zijn taak in de civiele procedure om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen, wanneer in de vraagstelling aan de deskundige de gelaagde structuur zichtbaar wordt gemaakt van de analyse van het geschil van partijen. Zo wordt bevorderd dat binnen de grenzen van het geschil van partijen de feiten in het deskundigenonderzoek worden betrokken die relevant zijn voor de waarheidsvinding op het vakgebied van de deskundige.

Dit laatste is vervolgens bij de uitvoering van de opdracht niet alleen een verantwoordelijkheid van de deskundige, maar ook van partijen. Om partijen in staat te stellen deze verantwoordelijkheid te dragen, moeten zij binnen de grenzen van de opdracht en het geschil voldoende in het deskundigenonderzoek kunnen participeren. Participatiemogelijkheden zijn, zoals gezegd, tevens van belang om partijen in staat te stellen het deskundigenadvies te controleren en er effectief commentaar op te leveren in de verdere procedure bij de rechter.

De mogelijkheid om onduidelijkheden in een deskundigenadvies op te helderen: de tweede vraag

Ook wanneer deze instrumenten in de praktijk worden toegepast, zie ik nog steeds afzonderlijke redenen waarom partijen aan de deskundige nadere vragen over een deskundigenadvies moeten kunnen stellen. Deskundigenadviezen plegen tegenwoordig voornamelijk te worden ingewonnen op vakgebieden waarop de rechter kennis en ervaring mist die nodig zijn bij de afwikkeling van de zaak. Dat speelt hem parten bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies. Om onjuistheden in een deskundigenadvies te doorgronden, is de rechter mede afhankelijk van de mate waarin partijen effectief commentaar leveren op het deskundigenadvies. Partijen zijn voor dit commentaar op hun beurt afhankelijk van de mate waarin het mogelijk is opheldering te krijgen van onduidelijkheden in een deskundigenadvies. Ook wanneer partijen door het gebruik van de besproken procesrechtelijke instrumenten beter dan naar huidig recht in staat zullen zijn tot dit effectieve commentaar, kan zich als gevolg van de kennisparadox voordoen dat een deskundigenadvies vragen oproept bij een partij. Dat zal vaak de partij zijn voor wie het deskundigenadvies ongunstig is. Dit is in mijn visie geen reden om nadere vragen te ontmoedigen, maar juist aanleiding om een partij voldoende gelegenheid te bieden het oordeel van de deskundige te controleren en te begrijpen. Dat biedt haar kansen om het deskundigenadvies met succes te bestrijden, of de beslissing van de rechter te aanvaarden waarin het deskundigenadvies wordt overgenomen.

Twee methoden
In andere landen worden twee methoden gehanteerd om partijen de kans te geven opheldering te krijgen over onduidelijkheden in een deskundigenadvies: de deskundige dient in België en Engeland, en soms ook in Frankrijk, in het deskundigenadvies te reageren op de opmerkingen en verzoeken van partijen naar aanleiding van het deskundigenadvies, terwijl partijen in Duitsland en Oostenrijk, en soms ook in Engeland, ter zitting aan de deskundige nadere vragen kunnen stellen ter verduidelijking van het deskundigenadvies. Zoals uiteengezet in par. 6.4.3.5 en 7.4.2, hebben partijen in Nederland geen duidelijke aanspraak op een reactie op opmerkingen en verzoeken naar aanleiding van een deskundigenadvies, en geen aanspraak op een toelichting ter zitting van een schriftelijk deskundigenadvies. Wanneer in deze lacune niet wordt voorzien, houdt de rechter die bepaalt welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken, er naar mijn opvatting onvoldoende rekening mee dat partijen, nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, moeten kunnen nagaan of de feiten in de waarheidsvinding zijn betrokken die daarin volgens hen moesten worden betrokken. Om hierin te voorzien, kan volgens mij eenvoudig worden gekozen voor een uitleg van het voorschrift over opmerkingen en verzoeken (art. 198 lid 2 Rv) die inhoudt dat de deskundige behoort te reageren op de schriftelijke opmerkingen en verzoeken die partijen hem binnen een te stellen termijn zenden naar aanleiding van het deskundigenadvies. Deze uitleg sluit aan bij de huidige praktijk, die teruggaat op gebruiken onder de *Code Louis* van 1667, zoals is besproken in par. 6.4.3.3 en 6.4.3.5. Wanneer dit geldend recht wordt, is er volgens mij geen aanleiding om partijen in Nederland als hoofdregel aanspraak te geven op het horen van een deskundige ter zitting nadat het schriftelijke deskundigenadvies is uitgebracht. Het is wel belangrijk dat de rechter bevoegd blijft om dat ambtshalve of op verzoek van een partij te doen. Dan kan in individuele gevallen het belang om rechtstreeks met de deskundige van gedachten te wisselen voor een goed begrip van het deskundigenadvies in het perspectief van een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM worden afgewogen tegen het belang van de kosten en de doorlooptijd van de procedure. In deze belangenafweging kan bijvoorbeeld de visie van de wederpartij op de wenselijkheid van een deskundigenverhoor worden meegewogen. Ook kan meewegen of in een deskundigenadvies zozeer materieel bewijs wordt geleverd van feiten die tussen partijen in geschil zijn, dat het belang van het onmiddellijkheidsbeginsel en de normatieve betekenis van het deskundigenadvies voor de beslissing van de zaak meebrengen dat partijen ten overstaan van de rechter nadere vragen kunnen stellen ter verduidelijking van het deskundigenadvies, alvorens in de verdere procedure bij de rechter effectief commentaar te kunnen leveren op het deskundigenadvies en de betekenis ervan voor de beslissing van de zaak.

8.4.5.3 De beslissing na deskundigenadvies
Nadat het deskundigenadvies is uitgebracht, treedt voor de rechter die een beslissing dient te geven in het geschil van partijen, opnieuw een fase in van inventarisatie, analyse en selectie. Nu strekt deze fase er mede toe dat de rechter tot een oordeel komt over de betekenis van het deskundigenadvies voor de beslissing van de zaak, tot de beslissing en tot de motivering van de beslissing. Bij de oordeels-

vorming, de beslissing en de motivering van de beslissing na deskundigenadvies houdt de rechter zich onder andere bezig met de vaststelling en beoordeling van feiten die tussen partijen in geschil zijn. Hierbij gaat hij na of het deskundigenadvies over die feiten de benodigde informatie bevat. De rechter heeft in deze fase in hoofdzaak drie instrumenten om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing en zijn verantwoordelijkheid hiervoor aansluit bij zijn taak in de civiele procedure: het deskundigenadvies, het commentaar van partijen op het deskundigenadvies als onderdeel van het volledige processuele debat van partijen, en zijn vermogen om het deskundigenadvies en het commentaar van partijen kritisch te beschouwen.
De rechter is, zoals besproken in par. 7.5.3.6, slechts tot op zekere hoogte in staat om de juistheid van een deskundigenadvies te doorgronden. Het gemis aan de kennis en ervaring van de deskundige, die nodig zijn bij de beoordeling van de juistheid van een deskundigenadvies, is immers ook (onderdeel van de) reden om een deskundigenadvies in te winnen. In Nederland hoeft de rechter op zichzelf niet te verantwoorden waarom hij een deskundigenadvies wel of niet volgt, maar legt hij primair verantwoording af van de wijze waarop hij bij de oordeelsvorming en de beslissing acht heeft geslagen op de essentiële stellingen van partijen, zoals uiteengezet in par. 7.5.3.2. Wel kan zich, afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal, voordoen dat de rechter op eigen initiatief nader inzicht dient te geven in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt, en daarmee in de vorming van zijn overtuiging die voorafgaat aan de beslissing, zoals besproken in par. 7.5.3.5. Het commentaar van partijen is het andere handvat, naast de aard van het bewijsmateriaal, om te bepalen in welke mate de rechter inzicht dient te geven in de gedachtegang die ten grondslag ligt aan de beslissing na deskundigenadvies. In par. 7.5.3.6 heb ik betoogd dat uit de analyse van het processuele debat van partijen na deskundigenadvies kan worden opgemaakt of gemotiveerd moet worden ingegaan op bezwaren van een partij tegen het deskundigenadvies. De bezwaren van een partij kunnen gericht zijn tegen de naleving van procedurele voorschriften door de deskundige, zoals het voorschrift dat hij de opdracht onpartijdig vervult of partijen gelegenheid geeft voor opmerkingen en verzoeken. Ook kan een partij haar pijlen richten op de inhoudelijke juistheid van het deskundigenadvies. Deze klachten betreffen meestal de volledigheid van het deskundigenadvies, de begrijpelijkheid ervan, de mate waarin het logisch te volgen is, of een combinatie van deze aspecten.

Beoordeling van klachten over de onpartijdigheid van de deskundige
Wanneer komt vast te staan dat een deskundige niet onpartijdig is, is onvoldoende gewaarborgd dat de feiten in de waarheidsvinding worden betrokken die relevant zijn om te bewerkstelligen dat het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. De kans bestaat dan immers dat partijen bij de keuze van deze feiten niet meer gelijk worden behandeld.

Zoals vermeld in par. 5.3.5, ligt het naar mijn opvatting in de meeste gevallen in de rede dat de beslissing van de rechter niet kan worden gefundeerd op een deskundigenadvies dat in opdracht van de rechter is uitgebracht door een deskundige

die niet onpartijdig blijkt te zijn. Een deskundigenadvies van een partijdige deskundige mag namelijk zonder gelegenheid voor herstel niet voor het bewijs worden gebruikt, als aan de deskundige geheel of ten dele dezelfde vraag is voorgelegd als de door de rechter te beoordelen vraag, de rechter niet in staat is om het geschilpunt zonder deskundige voorlichting te beoordelen, en te verwachten valt dat het deskundigenadvies van overwegende invloed op de beslissing zal zijn. Inherent aan een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige is dat het zich meestal niet leent voor herstel door middel van een deskundigenadvies van dezelfde deskundige. Daarom denk ik dat een deskundigenadvies van een niet onpartijdige deskundige in de praktijk niet in de bewijswaardering kan worden betrokken alsof het in opdracht van de rechter is uitgebracht. Dit gevoegd bij de eis dat de rechter in de beslissing in dient te gaan op essentiële stellingen van partijen, dat wil zeggen een stelling die beslissende betekenis kan hebben, betekent dat de rechter naar mijn opvatting in de motivering van de beslissing waarin het deskundigenadvies wordt gevolgd, expliciet aandacht behoort te besteden aan deugdelijk onderbouwde stellingen van een partij over de onpartijdigheid van de deskundige, zoals ik heb toegelicht aan het slot van par. 5.5.3.8.

Beoordeling van klachten over de participatie van partijen in het deskundigenonderzoek

Zoals uiteengezet in par. 6.4.2.1, dient de participatie van partijen in het deskundigenonderzoek naar mijn opvatting niet uitsluitend te worden beschouwd vanuit het voorschrift over opmerkingen en verzoeken, maar te worden geplaatst in het bredere kader van de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige. De verplichting om de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor tijdens het deskundigenonderzoek te waarborgen, rust niet op de deskundige, maar op de rechter. Partijen dienen bij de rechter effectief commentaar te kunnen leveren op een deskundigenadvies. Een deskundigenadvies dient een optimale bijdrage te kunnen leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De aard van een deskundigenadvies brengt mee dat de deskundige in veel gevallen normatieve invloed heeft op de uitkomst van de zaak en dat zijn onderzoekshandelingen materieel het karakter van bewijslevering kunnen hebben. De participatie van een partij in het deskundigenonderzoek is dan ook geen doel op zichzelf, maar strekt ertoe dat een partij bij de rechter effectief commentaar kan leveren op het deskundigenadvies en invulling kan geven aan haar eigen verantwoordelijkheid om te bewerkstelligen dat het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan de waarheidsvinding in het geschil van partijen. Hiertoe moet een partij onder andere kunnen controleren of de deskundige de feiten in het deskundigenonderzoek heeft betrokken die ter uitvoering van de opdracht erin behoorden te worden betrokken.

Wanneer een partij klaagt dat zij onvoldoende in een deskundigenonderzoek heeft kunnen participeren, is relevant of zij haar wensen op dit punt tijdig kenbaar heeft gemaakt aan de deskundige of de rechter. Zo niet, dan ligt het niet voor de hand dat aan het deskundigenadvies een gebrek kleeft. Vervolgens is van belang of wordt onderbouwd waarom een partij door gebrekkige participatie tijdens het deskundigenonderzoek onvoldoende in staat is om effectief commentaar te leve-

ren op het deskundigenadvies. De beoordeling van de klacht vindt plaats aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Wordt de klacht gegrond geacht, dan is niet gezegd dat het deskundigenadvies niet aan de beslissing ten grondslag mag worden gelegd. Eerst zal gelegenheid moet worden geboden tot herstel. Pas daarna kan worden beslist of het deskundigenadvies aan de beslissing ten grondslag wordt gelegd.

Een klacht van een partij dat de deskundige haar onvoldoende mogelijkheden heeft geboden tot participatie in het deskundigenonderzoek, zal in het algemeen dus niet hoeven te leiden tot de constatering dat onvoldoende rekening is gehouden met de feiten die volgens een partij op grond van de opdracht in het deskundigenonderzoek hadden moeten worden betrokken, of dat een partij dit onvoldoende heeft kunnen controleren. Bovendien zal zich naar verwachting minder voordoen dat onvoldoende rekening blijkt te zijn gehouden met de feiten die op grond van de opdracht in het deskundigenonderzoek moesten worden betrokken, wanneer de rechter in de opdracht tot uitdrukking heeft gebracht welke feiten in het onderzoek dienden te worden betrokken, zoals ik heb bepleit in par. 8.4.3.

Beoordeling van klachten over de juistheid van een deskundigenadvies

In klachten over de juistheid van een deskundigenadvies kan besloten liggen dat de deskundige volgens een partij niet de feiten in het onderzoek heeft betrokken die daarin op grond van de opdracht behoorden te worden betrokken. Het standpunt van een partij over de juistheid van een deskundigenadvies kan belangrijke aanwijzingen bevatten voor de rechter bij de beoordeling van de betekenis van een deskundigenadvies voor de beslissing. Zoals uiteengezet in par. 7.5.3.6, laten klachten over de juistheid van een deskundigenadvies zich onderscheiden in de vragen of een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is.

De volledigheid is deels eenvoudig te beoordelen (zijn alle vragen beantwoord?) en gaat deels op in de begrijpelijkheid van het deskundigenadvies (zijn alle vragen volledig beantwoord?).

De begrijpelijkheid van een deskundigenadvies toetst de rechter in essentie door na te gaan of de deskundige de motiveringseisen heeft nageleefd die voor een deskundigenadvies gelden. De eisen die worden gesteld aan de motivering van een deskundigenadvies, kunnen, zoals besproken in par. 7.5.2.5, niet los worden gezien van de taak van de deskundige om de opdracht 'naar beste weten' te vervullen. Zoals uiteengezet in par. 5.6.4, behoort een deskundige bij de vervulling van deze taak de vragen van de rechter naar waarheid te beantwoorden met kennis van de aan hem ter beschikking gestelde (gegevens uit de) (proces)stukken en met gebruik van actuele vakkennis en zijn professionele ervaring. Hij dient de opdracht persoonlijk te vervullen, met dien verstande dat hij in het algemeen onderdelen van het onderzoek onder zijn leiding en toezicht door anderen mag laten verrichten. Hij dient de identiteit van die anderen bekend te maken. Als de deskundige een onderzoeksmethode toepast, moet hij verantwoorden dat de onderzoeksmethode op zijn vakgebied algemeen aanvaard, betrouwbaar en valide is en correct is toegepast. Het deskundigenadvies moet de gegevens bevatten die nodig zijn om de bevindingen, gedachtegang en conclusies van de deskundige te kunnen volgen en controleren. Lopen de meningen op het vakgebied van de des-

kundige op een relevant punt uiteen, dan behoort de deskundige daarvan melding te maken. Het deskundigenadvies moet inzichtelijk en consistent zijn en een toereikende onderbouwing van de antwoorden op de vragen van de rechter bevatten. In essentie komen deze eisen er evenzeer op neer dat een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen behoort te zijn.

Wanneer de rechter langs deze lijnen beoordeelt of een deskundigenadvies begrijpelijk is, wordt ook inzichtelijk of het deskundigenadvies logisch te volgen is: geeft de deskundige voldoende inzicht in zijn gedachtegang om het rechterlijk oordeel waarin het deskundigenadvies wordt gevolgd, of het rechterlijk oordeel waarin een feit op grond van het deskundigenadvies bewezen wordt geacht, controleerbaar en aanvaardbaar te maken?

Zoals vermeld in par. 7.5.3.6, komt deze werkwijze zo dicht in de buurt bij de beoordeling van de juistheid van een deskundigenadvies als kan worden verlangd van iemand die niet beschikt over (ruime) kennis en ervaring op het vakgebied waarop het deskundigenadvies is ingewonnen. Ook bevat deze werkwijze in mijn visie voldoende mechanismen om na te gaan of de feiten in het onderzoek zijn betrokken die daarin moesten worden betrokken om te bewerkstelligen dat het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen.

Motivering van de beslissing

De mogelijkheden van de rechter om de juistheid van een deskundigenadvies te doorgronden, begrenzen ook de mogelijkheden om de gedachtegang inzichtelijk te maken, zoals besproken in par. 7.5.3.4. De rechter die overtuigd is van de juistheid van een onweersproken deskundigenadvies, of bezwaren van een partij tegen een deskundigenadvies heeft verworpen, mag naar huidig recht in de motivering van de beslissing volstaan met de overweging dat hij een deskundigenadvies overtuigend vindt, zoals besproken in par. 7.5.3.2. Afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van de door partijen aangevoerde bezwaren kan het nodig zijn dat de rechter meer inzicht geeft in de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt. Zoals uiteengezet in par. 7.5.3.6, zijn de vragen of een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is, ook een behulpzaam instrument om in de beslissing te voldoen aan deze verzwaarde motiveringsplicht. De elementen die inzicht geven in de gedachtegang van de rechter, zijn dan immers in de oordeelsvorming betrokken. Het is vervolgens 'alleen nog' een kwestie van opschrijven om de beslissing te voorzien van een motivering die voor partijen en derden controleerbaar en aanvaardbaar is.

Aan het slot van par. 7.5.3.6 heb ik gepleit voor een vertaalslag van deze werkwijze naar gevallen waarin de rechter naar huidig recht mag volstaan met de overweging dat een deskundigenadvies overtuigend wordt geacht. De relatief geringe invloed van partijen en de deskundige op de keuze van de feiten die in de waarheidsvinding door middel van een deskundigenadvies worden betrokken, en de – zeker in verhouding tot andere landen – relatief geringe mogelijkheden van partijen om de waarheidsvinding in een deskundigenonderzoek waar te nemen en te controleren, hebben tot gevolg dat op de rechter een bijzondere verantwoordelijkheid rust om te bewerkstelligen dat in de beslissing recht wordt gedaan aan het

belang van de waarheidsvinding in het geschil van partijen. Hieraan kan hij naar vermogen voldoen door binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen te beoordelen of een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is en van zijn oordeelsvorming verslag te doen in de beslissing.

Ik denk dat de rechter zo tegelijk zichtbaar maakt in welke mate de juistheid van een bepaald deskundigenadvies door hem kon worden beoordeeld, en in hoeverre partijen en de deskundige daaraan hebben bijgedragen. Dat vind ik van groot belang voor de controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van de beslissing. Het betekent namelijk dat in de oordeelsvorming en de motivering van de beslissing direct of indirect wordt gereflecteerd op de verdeling van de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige met betrekking tot de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies in een bepaalde zaak. Deze reflectie zie ik als een middel voor de rechter om eigen intuïtieve twijfel of een intuïtief oordeel kritisch te beschouwen, en tijdig stil te staan bij de vraag of hij het verantwoord vindt om aan te nemen dat het belang van de waarheidsvinding in het geschil van partijen wordt gediend wanneer de beslissing wordt gegrond op een bepaald (onderdeel van een) deskundigenadvies. En dat is weer van belang uit het oogpunt van *riskmanagement*: de taak van de rechter om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing, heeft als keerzijde dat hij waar mogelijk de kans op een rechterlijke dwaling beperkt.

8.5 Tot besluit

In dit boek heb ik het standpunt ingenomen dat de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden over partijen, rechter en deskundige met betrekking tot de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies naar huidig recht onvoldoende duidelijk is. Ik heb uiteengezet dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Ik heb betoogd dat met gebruik van veelal bestaande procesrechtelijke instrumenten en mechanismen de kans kan worden vergroot dat de waarheidsvinding in een civiele procedure door middel van een deskundigenadvies betrekking heeft op de feiten die tussen partijen in geschil zijn. Het recht van partijen om te bepalen welke feiten zij ter beslissing aan de rechter voorleggen ter vaststelling en verwezenlijking van burgerlijke rechten, de taak van de rechter in de civiele procedure en de taak van de deskundige bij de totstandkoming van een deskundigenadvies bieden daartoe voldoende mogelijkheden. Op onderdelen zijn dan echter in wetgeving en rechtspraak wel bijstellingen nodig in de verdeling van de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige met betrekking tot de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies.

Vanzelfsprekend hangt niet alleen van die bijstellingen en de bereidheid van de betrokkenen af of het daarvan komt, maar ook van aspecten die dit boek te buiten gaan, zoals de professionaliteit van de professionele procesdeelnemers, of de middelen die ter beschikking worden gesteld. Minstens zo belangrijk is volgens mij of wordt onderkend dat, mede door de toegenomen complexiteit van de samenle-

ving, niet meer voor zich spreekt dat een persoon burgerlijke rechten door middel van een civiele procedure kan doen vaststellen en verwezenlijken in zaken waarin een deskundigenadvies nodig is. De duurzaamheid van deze voorziening is erbij gebaat wanneer in het private en publieke domein wordt aanvaard dat een dialoog nodig is tussen partijen, rechter en deskundige om te bewerkstelligen dat met een deskundigenadvies recht wordt gedaan aan de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid in een civielrechtelijk geschil.

Samenvatting

Dit boek gaat over waarheidsvinding in het civiele recht in zaken waarin door de rechter een deskundigenadvies wordt ingewonnen. Bij de behandeling van een geschil mag de rechter advies inwinnen bij een derde, die in het Nederlandse procesrecht 'deskundige' wordt genoemd. Deskundigen worden in de civiele rechtspraak voornamelijk ingeschakeld om waarnemingen te doen en te interpreteren. Hun bijdrage strekt ertoe dat partijen en de rechter de werkelijkheid in het geschil zo goed mogelijk begrijpen.

De rechter kan bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies worden gehinderd door de kennisparadox: eigenlijk is bij de afweging of kennis en ervaring op een ander vakgebied nodig is, (een deel van) die kennis en ervaring al nodig. De jurist weet in dit stadium niet altijd voldoende precies wat hij niet weet. 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.

De rechter is gehouden een beslissing te geven in het geschil van partijen, ook als hij de (on)juistheid van een deskundigenadvies niet volledig kan nagaan. Hiermee is de kans gegeven dat een rechterlijke beslissing onvoldoende recht doet aan de werkelijkheid in het geschil van partijen. Ook kan bij partijen of derden gemakkelijk het beeld ontstaan dat het geschil feitelijk wordt beslist door de deskundige. Zulke situaties staan op gespannen voet met de eis dat de rechter in het geschil van partijen een beslissing geeft die controleerbaar en aanvaardbaar is voor partijen en derden. In het geschil van partijen moet hiertoe onder andere de waarheid worden gezocht en gevonden die zo veel mogelijk overeenkomt met de voor menselijke waarneming vatbare werkelijkheid. Een deskundigenadvies dient in een civiele procedure een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van de rechter in het geschil van partijen. De taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden dienen tussen partijen, rechter en deskundige in de civiele procedure zodanig te zijn verdeeld dat ieder van hen in het eigen domein bevordert dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing.

Vraagstelling

Tegen deze achtergrond staan in dit boek twee vragen centraal. De eerste betreft de vraag wie bepaalt en zou moeten bepalen welke feiten in de waarheidsvinding worden betrokken als de rechter overweegt om een deskundigenadvies in te win-

nen of daartoe overgaat. De tweede vraag is in hoeverre degene die dat bepaalt en zou moeten bepalen, rekening moet houden met de feiten die volgens de andere procesdeelnemers in de waarheidsvinding moeten worden betrokken. De twee vragen worden samengevat aangeduid met de vraag wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan. Als een rode draad loopt door het boek heen dat het antwoord afhankelijk is van de balans in de zeggenschap van een partij over haar burgerlijke rechten en de taak van de rechter in de civiele procedure. Een terugkerend thema is ook dat ik de vraag beschouw tegen de achtergrond dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De mate waarin dit mogelijk is, hangt tot op zekere hoogte af van de wijze waarop partijen, rechter en deskundige invulling geven aan hun taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden in de civiele procedure.

Complicaties bij de verkrijging van een deskundigenadvies
De kennisparadox levert complicaties op bij de verkrijging van een deskundigenadvies. De rechter in feitelijke instantie is vrij in de afweging om een deskundigenadvies in te winnen. Onderdeel van deze vrijheid is dat hij bepaalt welke vragen aan de deskundige worden voorgelegd. De vragen van de rechter zijn richtinggevend voor het onderzoek van de deskundige. Doordat de rechter niet altijd weet wat hij op een ander vakgebied niet weet, stelt hij mogelijk onvolledige of onjuiste vragen, die niet (voldoende) leiden tot opheldering van de in geschil zijnde feiten die relevant zijn voor de beslissing. Ook kan een deskundigenonderzoek in de praktijk worden gecompliceerd doordat één van partijen of de deskundige andere vragen relevant acht voor de beslissing van de zaak dan de rechter aan de deskundige heeft voorgelegd.

Instructiemiddel, bewijslevering en onmiddellijkheidsbeginsel
Een andere complicerende factor is dat een deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter vrijwel nooit ten overstaan van de rechter plaatsvindt, en slechts geschiedt in tegenwoordigheid van partijen voor zover zij binnen de grenzen van de opdracht aanwezig mogen zijn. Het deskundigenadvies wordt meestal in schriftelijke vorm uitgebracht. Partijen mogen erop reageren (art. 19 Rv). De deskundige wordt daarna vrijwel nooit gehoord. De bewijswaardering van een deskundigenadvies is overgelaten aan het oordeel van de rechter (art. 152 lid 2 Rv).

Een deskundigenadvies wordt in rechtspraak en literatuur overwegend gezien als een instructiemiddel van de rechter. Als een bijkomstigheid wordt dan beschouwd dat het resultaat van een deskundigenonderzoek een partij veelal tot bewijs strekt. Deze opvatting is mogelijk geënt op de gedachte dat een deskundigenadvies in de plaats treedt van de eigen waarneming van de rechter. Dat is historisch verklaarbaar, want het deskundigenadvies heeft zich in het verleden waarschijnlijk ontwikkeld uit de plaatsopneming en aanvankelijk vooral gefungeerd als een middel ter vervanging van de plaatsopneming door de rechter. Bij de plaatsopneming heldert de rechter uit eigen waarneming feiten op die tussen partijen in geschil zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.

Het deskundigenadvies is in de loop der tijd echter uitgegroeid tot een instructie- en bewijsmiddel van eigen aard en inhoud. Tijdens een deskundigenonderzoek vindt meestal materieel bewijslevering plaats en een deskundigenadvies heeft normatieve invloed op de uitkomst van de zaak. De processuele waarborgen waarmee een deskundigenonderzoek is omgeven, hebben hiermee geen gelijke tred gehouden. Tegelijk is het in civiele procedures in verband met het onmiddellijkheidsbeginsel van belang dat bewijslevering zo veel mogelijk plaatsvindt ten overstaan van de rechter in tegenwoordigheid van partijen. Dat partijen adequaat moeten kunnen participeren in de procedure bij de rechter, ook als een deskundigenonderzoek wordt verricht, is onderdeel van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Hierbij gaat het erom of de procedure als geheel, waaronder de wijze waarop het bewijs wordt verkregen, eerlijk verloopt. Partijen en de rechter hebben middelen nodig om dit te kunnen controleren. De controlemogelijkheden van partijen en de rechter op de waarheidsvinding door een deskundige worden beperkt door de geringe mate waarin partijen en de rechter de verrichtingen van de deskundige tijdens een deskundigenonderzoek waarnemen. Deskundigen hebben binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid om onderzoek te verrichten op de wijze die hun het beste voorkomt. In Nederland is de participatie van partijen in een deskundigenonderzoek relatief beperkt. Hieraan wordt na het deskundigenonderzoek slechts tegemoet gekomen doordat partijen bij de rechter schriftelijk op het deskundigenadvies mogen reageren. Partijen hebben geen aanspraak op een mondelinge toelichting van een schriftelijk deskundigenadvies ten overstaan van de rechter. De deskundige is niet verplicht de vragen van partijen naar aanleiding van een schriftelijk deskundigenadvies te beantwoorden. In de afweging van de belangen van waarheidsvinding in een eerlijk proces inclusief controlemogelijkheden, de kosten van de procedure en de doorlooptijd ligt het accent bij de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies in Nederland op de taken van de rechter, en daarvan afgeleid op de vrijheid van de deskundige om het onderzoek zo in te richten als hem het beste voorkomt. De zeggenschap van partijen over de vaststelling en verwezenlijking van hun burgerlijke rechten is hieraan ondergeschikt. Dit heeft drie neveneffecten die in mijn ogen onwenselijk zijn. Allereerst wordt de verantwoordelijkheid van partijen om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing onderbelicht. Verder is deze verantwoordelijkheid van de deskundige te weinig gekoppeld aan die van de rechter. Tot slot rust de verantwoordelijkheid voor een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing na deskundigenadvies in zeer aanzienlijke mate op de rechter. Naar mijn opvatting is het een illusie dat de rechter deze verantwoordelijkheid zo vergaand alleen kan dragen. Partijen kennen hun zaak meestal beter dan de rechter en hebben daardoor eigen mogelijkheden om te controleren of een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. De rechter wordt bovendien gehinderd door de gevolgen van de kennisparadox. Om de deskundigheid van de deskundige te beoordelen, is hij in belangrijke mate afhankelijk van de informatie die partijen aanleveren. Bij het stellen van de juiste vragen aan de deskundige is hij mede afhankelijk van partijen en de deskundige. Om de juistheid van een deskundigenadvies te doorgronden, is de rechter mede afhankelijk van het

commentaar van partijen op het deskundigenadvies en van de mate waarin de deskundige een volledig, begrijpelijk en logisch te volgen deskundigenadvies heeft ingeleverd.

Het huidige gebrekkige evenwicht in de verdeling van verantwoordelijkheden over partijen, rechter en deskundige is problematisch: er gaat ten onrechte de suggestie vanuit dat de rechter volledig in staat is om te beoordelen welke deskundige het meest geschikt is om een deskundigenadvies in een zaak uit te brengen, en welke feiten in een deskundigenonderzoek moeten worden betrokken om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies bijdraagt aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Als achteraf zou blijken dat de rechter ten onrechte op een deskundigenadvies heeft vertrouwd, rijst al snel de vraag of mensen er in een democratische rechtsstaat nog op kunnen vertrouwen dat rechterlijke beslissingen voor partijen en derden controleerbaar en aanvaardbaar zijn. Dan kan schijnbaar plotseling het vertrouwen in de rechtspraak in het geding komen.

Procesrechtelijke mechanismen en instrumenten

In dit boek gaat mijn aandacht uit naar procesrechtelijke instrumenten of mechanismen waarmee kan worden bevorderd dat waarheidsvinding door middel van een deskundigenadvies in een civiele procedure betrekking heeft op de feiten die tussen partijen in geschil zijn, en het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Het recht van partijen om te bepalen welke feiten zij ter beslissing aan de rechter voorleggen ter vaststelling en verwezenlijking van burgerlijke rechten, de taak van de rechter in de civiele procedure en de taak van de deskundige bij de totstandkoming van een deskundigenadvies bieden daartoe voldoende mogelijkheden. Op onderdelen zijn echter wel bijstellingen nodig in de verdeling van de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van partijen, rechter en deskundige met betrekking tot de verkrijging en het gebruik van een deskundigenadvies. De belangrijkste daarvan worden hierna vermeld.

Aanbevelingen: uitoefening van de discretionaire bevoegdheid

Op twee punten zijn bijstellingen wenselijk met betrekking tot de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot benoeming van een deskundige. Het verdient allereerst aanbeveling dat de rechter wordt verplicht om te motiveren waarom hij de zaak afdoet zonder deskundigenadvies in gevallen waarin een partij gemotiveerd stelt dat zij bepaalde feiten kan bewijzen door middel van een deskundigenadvies, het bewijsaanbod betrekking heeft op betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden, en de rechter het bewijsaanbod passeert. Dit kan overigens ook tot gevolg hebben dat de behoefte van een partij afneemt om een voorlopig deskundigenbericht te verzoeken tijdens de bodemprocedure, een behoefte die naar huidig recht nog wel eens in processuele complicaties ontaardt. Het zal mede van de stellingen van partijen afhangen in hoeverre de rechter invulling kan geven aan deze motiveringsplicht. Het verdient overweging partijen te stimuleren in hun stellingen aandacht te besteden aan de eventuele noodzaak van

inschakeling van een deskundige, door de bewijsaandraagplicht van art. 111 lid 3 Rv uit te breiden tot deskundigenbewijs.

Verder zou de rechter zonder deskundigenadvies geen ervaringsregels in de beslissing moeten toepassen op een vakgebied waarop een jurist in het algemeen niet kan worden geacht deskundig te zijn, tenzij partijen daarmee instemmen, of de rechter inzichtelijk maakt waarom hij voldoende deskundig is om zonder deskundigenadvies te beslissen.

Aanbevelingen: de keuze van de deskundige

Bij de keuze van de deskundige verdienen de waarborgen aandacht waarmee de onpartijdigheid van de deskundige is omgeven. Klachten over partijdigheid van een deskundige behoren steeds te worden beoordeeld naar de maatstaf van de objectieve onpartijdigheid: heeft een partij uit feiten of omstandigheden objectief gezien de indruk kunnen krijgen dat de deskundige niet onpartijdig is? Verder hebben partijen, rechter en deskundige uit het oogpunt van rechtszekerheid naar mijn opvatting baat bij de vastlegging van enkele procedurele regels over de meest voor de hand liggende kwesties rondom de onpartijdigheid van een deskundige.

Aanbevelingen: de keuze van de vragen

Bij de keuze van de vragen die aan de deskundige worden voorgelegd, moet volgens mij nadrukkelijk meewegen of het deskundigenadvies louter zal strekken ter voorlichting van de rechter, dan wel of tijdens het deskundigenonderzoek materieel bewijs zal worden geleverd en het deskundigenadvies naar verwachting normatieve invloed zal hebben op de uitkomst van de zaak. Met name in het tweede geval, waarin op voorhand aannemelijk is dat in een later stadium van de procedure het deskundigenadvies in de bewijswaardering zal worden betrokken, behoort de rechter de vragen niet louter te formuleren vanuit het perspectief dat hij zelf bepaalt welke gegevens hij nodig heeft voor de beslissing. Hij zal zich terdege rekenschap moeten geven van de feiten die volgens partijen en de deskundige in het deskundigenonderzoek moeten worden betrokken. Dat is mogelijk door in een zaak de vraagstelling voor de deskundige te ontwikkelen met behulp van de techniek die de rechter ook gebruikt om de feitelijke en juridische grondslagen van de vordering aan de hand van de stellingen van partijen te inventariseren, analyseren en selecteren. In de vraagstelling wordt vervolgens begonnen met een overkoepelende vraag die aanknoopt bij de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer waaraan partijen de feiten hebben opgehangen die een deskundigenadvies noodzakelijk maken. Vervolgens worden specifieke vragen gesteld ten aanzien van de feiten waarmee die feitelijke grondslag is onderbouwd. Hierbij wordt zonodig onderscheid gemaakt tussen feiten die al vaststaan en feiten die tussen partijen in geschil zijn, zodat voor partijen en de deskundige duidelijk is waar het deskundigenonderzoek wel en niet over gaat. Langs deze weg bevindt de opdracht zich binnen de grenzen van het geschil van partijen en kan de deskundige op zijn vakgebied de feiten in het deskundigenadvies betrekken die hij relevant acht voor de waarheidsvinding. Een bijkomend voordeel is dat een vraagstelling met deze gelaagde structuur minder snel leidt tot een vraag naar een juridisch oordeel.

Aanbevelingen: de uitvoering van de opdracht
Door in de vraagstelling duidelijk af te bakenen welke feiten in de waarheidsvinding tijdens het deskundigenonderzoek zijn betrokken en van welke feiten de deskundige als vaststaand moet uitgaan, bevordert de rechter naar vermogen dat de juiste feiten in het deskundigenonderzoek worden betrokken. Zo is bij de uitvoering van de opdracht voor de deskundige in beginsel duidelijk welke feiten hij in het onderzoek dient te betrekken. Stuit de deskundige dan toch nog op vragen, dan moet hij die aan de rechter kunnen voorleggen. Daartoe moet naar mijn opvatting een voorziening worden getroffen die de dialoog tussen rechter en deskundige bevordert en faciliteert. Onderstreept moet worden dat die dialoog er waar nodig hoort te zijn om te bewerkstelligen dat een deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing.

Met het oog op die bijdrage behoeft verder de mate waarin partijen in het deskundigenonderzoek kunnen participeren verbetering. Het spreekt niet voor zich dat de vrijheid van de deskundige in de inrichting van het onderzoek meer gewicht zou hebben dan het belang van partijen bij participatie in het deskundigenonderzoek. Aan de hand van alle omstandigheden van het geval zal door middel van een belangenafweging moeten worden bepaald welke betekenis het beginsel van hoor en wederhoor in het feitenonderzoek van de deskundige heeft voor de mate waarin partijen in het deskundigenonderzoek moeten kunnen participeren. In de belangenafweging zullen in het algemeen zijn vertegenwoordigd het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de opdracht, het belang dat partijen uit eigen waarneming kennis kunnen nemen van onderzoekshandelingen van de deskundige die normatieve invloed hebben op de uitkomst van de zaak en het karakter hebben van bewijslevering, het belang dat een deskundige het onderzoek effectief en efficiënt kan verrichten, het belang dat een deskundige zijn oordeel in vrijheid kan vormen, het belang dat partijen na afloop van het onderzoek effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies, het belang dat een procedure voortvarend wordt afgewikkeld, en het belang dat de kosten van een procedure aanvaardbaar zijn.

Aanbevelingen: opmerkingen en verzoeken
Een partij moet opheldering kunnen krijgen over onderdelen van een deskundigenadvies die zij niet begrijpt. Anders wordt zij belemmerd in haar mogelijkheden om bij de rechter effectief commentaar te leveren op een deskundigenadvies, mede doordat zij er geen aanspraak op heeft dat de deskundige ter zitting wordt gehoord.

Een geschikt instrument hiervoor is dat de deskundige reageert op de opmerkingen en verzoeken van partijen (art. 198 lid 2 Rv). Naar huidig recht staat niet buiten twijfel dat een deskundige behoort te reageren op de opmerkingen en verzoeken van partijen die ertoe strekken opheldering te krijgen over onderdelen van het deskundigenadvies die zij onvoldoende duidelijk vinden. Het is hoog tijd dat het voorschrift over opmerkingen en verzoeken in de rechtspraak in deze zin wordt uitgelegd of door de wetgever aldus wordt gewijzigd.

Aanbevelingen: de beslissing na deskundigenadvies
Wanneer de juistheid van een deskundigenadvies in het geding is, kan de rechter in de oordeelsvorming nagaan en in de motivering van de beslissing inzichtelijk maken of een deskundigenadvies volledig, begrijpelijk en logisch te volgen is. Dan nadert hij de beoordeling van de juistheid van een deskundigenadvies zo dicht als kan worden verlangd van iemand die niet beschikt over (ruime) kennis en ervaring op het vakgebied waarop het deskundigenadvies is ingewonnen. Deze werkwijze bevat voldoende mechanismen om na te gaan of in het onderzoek de feiten zijn betrokken waarmee wordt bewerkstelligd dat het deskundigenadvies een optimale bijdrage levert aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing in het geschil van partijen. Het verdient dan ook aanbeveling de motiveringsplicht van de rechter in de beslissing na deskundigenadvies in het vervolg in deze zin uit te leggen, ongeacht de reikwijdte van de motiveringsplicht in een bepaald geval. Dit is ook een geschikt instrument om het risico te beheersen dat in de beslissing onvoldoende recht wordt gedaan aan het belang van de waarheidsvinding binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen, een risico dat des te reëler is naarmate partijen en de deskundige minder invloed hebben op de keuze van de feiten die in een deskundigenonderzoek worden betrokken.

Summary

This book is about expert evidence in Dutch civil law cases. In the management of a civil law case a judge may invoke the opinion of an expert, in Dutch called 'deskundige'. In civil procedure experts are mainly asked to deliver professional opinions on certain matters. The purpose of their contribution is to enable litigants and the judge to understand the factual truth in their case as much as possible.

When a judge obtains and uses expert evidence, he may be hindered by the so called 'knowledge paradox': while assessing if the judge needs expert information or experience with regard to a non-legal field, he already needs part of this knowledge or experience. At this stage a lawyer does not always sufficiently know what precisely he does not know. To instruct the expert correctly and to assess the probative value of expert evidence a lawyer needs some knowledge of the expert's profession, but the fact that he lacks this knowledge, induces him to ask the expert's opinion.

A judge is obliged to give a judgment in the litigation of the parties, even if he cannot fully assess the validity of the expert's report. Thus the possibility exists that a court judgment does not administer justice sufficiently during litigation. Furthermore, litigants or third parties may get the impression that the case is, in fact, decided by the expert. In such cases it is difficult for litigants and third parties to see and to accept that justice has been done. An accurate court judgment requires that an attempt is made to find the truth in the parties' litigation which corresponds as much as possible with the truth that is susceptible to human perception. In civil procedure an expert's report should give an optimum contribution to a court judgment that is as accurate as possible. The tasks, competences and responsibilities in civil procedure must be distributed between parties, judge and expert in such a way that each of them promotes the situation where the expert's report contributes best to a court judgment that is as accurate as possible.

The focus of this study

Against this background, this book focuses on two questions. The first is the question who determines and should determine which facts are part of the fact-finding, should a judge consider taking expert evidence. The second question is, to what extent should the person who determining this, take into account the wish of other persons in the same procedure, to partake in the fact-finding. The two questions can be summarized in the question: who (and to what extent) should and does determine which expert examination is done and on which facts. It is a theme in this book that the answer depends on the balance in the control of a litigating

party over his civil rights and the task of a judge in civil procedure. A recurrent theme is also that the two questions can be considered against the background that an expert's report has to make an optimum contribution to a court judgment which is as accurate as possible. The realisation of this contribution depends to a certain degree on the way in which parties, judge and expert interpret their tasks, competences and responsibilities in a civil procedure.

Complications of getting expert evidence
The so called knowledge paradox complicates the process of obtaining expert evidence. The judge is free in assessing the need to ask for expert opinion. Part of this freedom is that the judge determines what questions are put forward to the expert and what instructions are given to him. The questions and instructions of the judge are leading for the expert's examination. Because the judge does not always know what he does not know in a different area of expertise, he may formulate incomplete or incorrect questions, which do not (sufficiently) produce the elucidation of the relevant facts in issue. Furthermore, an expert examination may be complicated because a party or the expert considers other questions relevant for the court judgment than the questions put forward by the judge.

Purpose of expert evidence and the principle of direct observation
Another complicating aspect is that an expert examination ordered by a court almost never takes place in the presence of the judge, while litigants only have a right to observe the examination as far as the expert's assignment entitles them to be present. An expert's opinion is usually laid down in a written report. Litigants may comment on it. The expert is almost never questioned about his report in a court session. The judge assesses the evidence. In the law of evidence, expert opinion is mainly seen as an instrument for the judge. The evidential value of the result of an expert examination for the parties is considered as a secondary aspect of expert opinion. This view may be engrafted onto the idea that expert evidence substitutes the direct observation of the judge. This can be historically explained, because it is likely that expert evidence has developed in the past from judicial survey and initially has mainly functioned as a substitute for judicial survey. In a judicial survey or inspection the judge clarifies disputed facts with relevancy for the court judgment by direct observation.

In the course of time, however, expert opinion has developed into an instrument of its own nature and content. An expert examination mostly involves the proof of facts in itself, and expert opinion has normative influence on the outcome of the case. The procedural safeguards surrounding expert examinations have not kept pace with this development. On the other hand, the principle of direct observation asks for a course of evidence in civil procedure before a judge in the presence of litigants, as much as possible. It is part of the right to a fair trial (Article 6 § 1 ECHR) that parties must be able to participate adequately in a litigation, also if an expert examination is executed. The standard is that the proceedings in their entirety, including the way in which the evidence was obtained, must be 'fair' within the meaning of Article 6 § 1 ECHR. The parties and the judge need instruments to be able to control this. The possibilities of the parties

and the judge to control the fact-finding by the expert are limited by the minimal extent to which the parties and the judge observe the activities of the expert during the expert examination. Within the bounds of the assignment of the case given to him by the judge an expert is rather free to execute the examination in the way that seems best to him. In the Netherlands the participation of litigants in an expert examination is relatively limited. After the expert has finished the report, parties have the right to send the judge their written comment on the report. They do not have a right to put questions to the expert about his report in a court session. The expert is not obliged to answer the written questions the parties may send to him about the draft of his report. This affects the balance of interests of fact-finding in a fair trial (including possibilities for control), the costs of procedure, and the time a procedure may take: the emphasis in Dutch civil procedure veers towards the tasks of the judge in the obtainment and use of expert opinion, and derived from these tasks towards the freedom of the expert to organize the examination in the way which seems best to him. The autonomy of the parties over the determination and grant of their civil rights is made of secondary importance.

This situation has arguably three undesirable side effects. Firstly, the responsibility of the litigants to ensure that an expert's opinion contributes best to a court judgment that is as accurate as possible, is underexposed. Secondly, the responsibility of the expert is not linked enough to the judge's responsibility. Thirdly, the responsibility for a court judgment that is as accurate as possible, including the assessment of the expert's report, rests to a very substantial extent with the judge. I consider it illusory that a judge is capable of carrying this far-reaching responsibility on his own. The litigants know the facts of their case mostly better than the judge. They have their own possibilities to verify if an expert's report contributes best to an optimally accurate court judgment. Besides, judges are hindered by the consequences of the so called knowledge paradox. To assess the expertise of the expert, a judge depends to a great extent on the information given to him by the parties. To put the right questions to the expert, a judge partly depends on the parties and the expert. To assess the correctness of an expert opinion, a judge is partly dependent on the comment of the parties on the expert's report, and partly on the report of the expert, which must be complete, understandable and logical.

The current inadequate balance in the distribution of responsibilities between litigants, judge and expert is problematic: it suggests – in my view improperly – that a judge is fully capable to assess which person is the best competent expert to give an expert opinion in a certain case, and which facts have to be part of the expert examination to ascertain that the expert's report contributes to a court judgment that is as accurate as possible in the dispute of the parties. Should it afterwards become known that a judge erroneously relied on an expert opinion: the question will soon arise if people in a democratic and lawful society can still trust that justice can be seen to be done and that court judgments are acceptable for litigants and third people. Suddenly, the confidence in the judiciary may be at issue.

Procedural mechanisms and instruments
In this book attention is paid to procedural instruments or mechanisms which could assist expert opinion regaring disputed facts in civil procedure thereby contributing to the greatest possible accuracy in a court judgment. The right of the parties to decide which facts are in dispute and which facts they wish to be examined for the determination of their civil rights, the task of the judge in litigation and the task of the expert while creating a report, offer enough possibilities to reach this situation. Some adjustments to the distribution of tasks, competences and responsibilities between parties, judge and expert, relating to the procurement and use of expert evidence, are necessary, however. The essentials will be stated hereafter.

Recommendations: the practice of the discretionary competence of the judge to appoint an expert
Adjustments are desirable on two topics relating to the practice of the discretionary competence of the judge to appoint an expert.

Firstly, I recommend that the judge should be obliged to give explicit reasons why he gives a judgment without invoking expert opinion in cases in which a party claims that he can prove certain facts by expert opinion, the offer to proof is related to disputed facts relevant for the outcome of the case, and the judge does not appoint an expert. Apart from this, such an obligation may cause a reduction in litigants demanding for a so called 'voorlopig deskundigenbericht' (interim expert report), which is a separate judicial procedure outside litigation for getting an expert opinion. Nowadays, this request sometimes results in procedural complications between the interim procedure and the simultaneous litigation of the parties.

It will partly depend on the statements of the parties to what extent a judge will be able to give reasons for not appointing an expert. It deserves consideration to stimulate the parties to pay attention in their statements to the eventual necessity to appoint an expert. This could be done by extending the existing statutory duty of parties to mention their possibilities to prove facts by witnesses and documents to expert evidence.

Furthermore, without expert evidence a judge should not decide a case by using personal experience in a non-legal discipline, in which a lawyer generally can not be expected to have enough expertise, unless the parties agree to this, or the judge explains why matters are within his expertise.

Recommendations: choice of expert
On the topic of the choice of the expert attention should be given to safeguards for impartiality. Complaints about a lack of impartiality of an expert must always be judged by the standard of objective impartiality: can the doubts of a party in respect to the impartiality of the expert, raised by appearances, be held objectively justified? Besides, I expect that parties, judges and experts will know better how to deal with the most common aspects of disputes about the impartiality of an expert, if some procedural rules about the challenge of experts are established.

Recommendations: the choice of the questions
In the choice of the questions to be presented to the expert a judge should in my view explicitly consider if the expert opinion is only meant to assist the judge, or if during the expert examination factual proof will come forward and the report is likely to have normative influence on the outcome of the case. Mainly in the second situation, in which it is beforehand likely that at a later stage of procedure the evidential value of the report will be assessed, the judge must not formulate the questions from the only perspective that he decides on his own which information he needs for his judgment. He will have to give due account of the facts litigants want to have examined. This can be made possible by developing a presentation of the questions for the expert with the help of the skill which the judge also uses to list, analyse and select the factual and legal grounds of the claim out of the statements of the parties. Then the presentation of the questions starts with a coordinating question, which links up with the factual grounds of the claim or the defence. In their statements during procedure litigants have connected the disputed facts that need expert evidence with these factual grounds. Subsequently specific questions are formulated with respect to the facts that substantiate the factual grounds of the claim or the defence. It may be necessary to distinguish between disputed and settled facts in the questions, to make clear to the parties and the expert what the expert examination may or may not be about. In this way the assignment will be within the bounds of the litigation of the parties and the expert will be able to examine the facts that are relevant for the fact-finding in his discipline. As an additional advantage a presentation of the questions in this layered structure will make it less likely that the judge will ask the expert for a juridical opinion.

Recommendations: the execution of the assignment
By defining in the presentation of the questions, which (disputed) facts are part of the fact-finding in the expert examination, and which facts the expert must take for granted the judge does his utmost to ensure that the right facts are considered in the expert opinion. Thus, in the execution of the assignment it is in principle clear for the expert which facts need to be part of the examination. An expert should be able to file a request for directions to the judge if he nevertheless needs assistance in carrying out his function as an expert. For this purpose, the dialogue between the judge and the expert must be facilitated by law. It is underlined that this dialogue must be there wherever necessary for the optimum contribution of expert opinion to a court judgment that is as accurate as possible.

Additionally, for the benefit of this contribution, the extent to which litigants can participate in the expert examination needs to be improved. It is not self-evident that the freedom of the expert to execute the examination in the way that seems best to him should be of more weight than the interest of litigants in participating in the expert examination. On the basis of all circumstances of the case the relevant interests must be weighed to determine the significance of the equality of arms in the examination of the expert for the extent to which the parties must be able to participate in the examination. In the assessment of the relevant interests, the following will be generally represented: the interest of finding the

truth within the bounds of the assignment, the interest of the parties to follow by direct observation activities of the expert in which factual proof will come forward or that have normative influence on the outcome of the case, the interest that an expert can do the examination effectively and efficiently, the interest that an expert may form his opinion unbiased, the interest that litigants afterwards can comment effectively on the report of the expert, the interest that civil procedures can be finished in due time, and the interest that the costs of procedure are acceptable.

Recommendations: comments and requests
A party must be able to get elucidation about elements of an expert's report which he does not understand. Otherwise he would be restricted in his right to comment effectively on an expert opinion before the judge, partly because he has no right to ask the expert for clarification in a court session. A proper instrument for this is a reaction of the expert to the comments and requests the parties send to him after getting the draft of the report. According to current law it is doubtful if the expert is obliged to respond to comments and requests of the parties with the purpose of getting clarification about elements of the report they see as unclear. It is about time that the statutory rule about comments and requests is interpreted in this way by judges or is thus modified by parliament.

Recommendations: the court judgment after the report of the expert
If the correctness of an expert's report is disputed, a judge can check in his considerations, and make transparent in the reasoning of his judgment, if the report is complete, understandable and logical. In doing so, he approaches the assessment of the correctness of an expert opinion as close as can be asked from someone who does not have (sufficient) knowledge and experience in the discipline in which the expert opinion was obtained. This working method contains enough mechanisms to check if the examination has been about the facts that had to be examined to ensure the optimum contribution of the expert's report to a court judgment that is as accurate as possible in the dispute of the parties. It is recommended to interpret the obligation of the judge to give reasons for his judgment from now on in this way, irrespective of the scope of the obligation in a specific case. This also is a proper instrument to manage the risk that a court judgment does not enough justice to the interest of finding the truth within the bounds of the dispute of the parties, a risk which is the more real as the parties and the expert have less influence over the choice of the facts that are involved in an expert examination.

Lijst van aangehaalde literatuur en andere stukken

Aanbeveling procedure medisch deskundigenbericht
Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging, *Aanbeveling procedure medisch deskundigenbericht* (www.rechten.vu.nl/iwmd).

Abma (1957)
K. Abma, *Deskundigen*, Wageningen: N.V. Gebr. Zomer & Keunings Uitgevermaatschappij 1957.

Access to Justice, Interim report (1995)
Harry Kenneth Woolf, *Access to justice: interim report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londen: HMSO 1995.

Access to Justice, Final report (1996)
Harry Kenneth Woolf, *Access to justice: final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londen: HMSO 1996.

Admiralty & Commercial Courts Guide
The Admiralty & Commercial Courts Guide, 2006, (www.hmcourts-service.gov.uk).

Adviescommissie burgerlijk procesrecht IR (2004)
Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, 'Advies aan de Minister van Justitie van de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht over het Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', *TCR* 2004, p. 2-9.

Adviescommissie burgerlijk procesrecht ER (2006)
Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, 'Reactie op het eindrapport van het driemanschap 'Uitgebalanceerd' (2006)', *TCR* 2006, p. 68-76.

Akkermans (2002)
A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Akkermans (2003)
A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', *TVP* 2003, p. 93-104.

Akkermans (2004)
A.J. Akkermans, 'De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak', *AV&S* 2004, p. 91-99.

Akkermans (2005)
A.J. Akkermans, 'Verbeterde vraagstelling voor medische expertises', *TVP* 2005, p. 69-80.

Akkermans, Elferink & Van (2005)
A.J. Akkermans, M. Elferink & A.J. Van, 'Verbetering van het medische traject. De activiteiten van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging en de IWMD', *TVP* 2005, p. 116-121.

Allemeersch (2007)
Benoît Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk proces* (diss. KU Leuven), Antwerpen: Intersentia 2007.

Alt (2005)
H.J.W. Alt, 'Fundamentele herbezinning', *TCR* 2005, p. 1-2.

Asser (1991)
W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen?* Deventer: Kluwer 1991.

Asser (1999)
W.D.H. Asser, 'Naar een volwassener en minder conflictueuze procesvoering', in: W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Asser e.a. (2001)
W.D.H. Asser e.a., *De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces. Inleidingen, gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2001*, Lelystad: Vermande 2001.

Asser (2004)
W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser (2006)
W.D.H. Asser, 'Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek', in: W.D.H. Asser, L.J.A. Damen & G. Knigge, *Partijautonomie of materiële waarheid?* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser/Anema (1915)
A. Anema, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, 5. Van Bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1915.

Asser/Anema (1932)
A. Anema, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, 5. Van Bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1932.

Asser/Anema (1940)
A. Anema, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, 5. Van Bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940.

Asser/Anema/Verdam (1953)
A. Anema, m.m.v. P.J. Verdam, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5. Van Bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

Asser, Groen & Vranken (2003)
W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser, Groen & Vranken (2006)
W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundementele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser/Hartkamp (2005 4-II)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4. Verbintenissenrecht. Deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp (2006 4-III)
A.S. Hartkamp, m.m.v. C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4. Verbintenissenrecht. Deel III, De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser Procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen (2005)
D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Asser-Serie Procesrecht, Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Scholten (1974)
Paul Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (1)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Vranken (1995)
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (2)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Balanceren en vernieuwen (2004)
Maurits Barendrecht & Albert Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

Balzer (2005)
Christian Balzer, *Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess. Eine systematische Darstellung und Anleitung für die gerichtliche und anwaltliche Praxis*, Berlijn: Erich Schmidt 2005.

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (2008)
Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, *Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 1, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen,* München: Beck 2008.

Beekhuis (1974)
C.H. Beekhuis, 'Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter', in: C.H. Beekhuis, A. Huss & R. Savatier (red.), *Verzekeringen van vriendschap* (Dorhout Mees-bundel), Deventer: Kluwer 1974, p. 21-36.

Beerens & Cornelis (2000)
M. Beerens & L. Cornelis, 'De aansprakelijkheid van de deskundige in privaatrechtelijke geschillen', in: Guldix 2000, p. 141-193.

Van den Berg (1999)
Boukje 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.

Ten Berg-Koolen (2000)
J.E.A.A. ten Berg-Koolen, 'De weerbarstige werkelijkheid van de comparitie na antwoord', in: E.H. Hondius, A.W. Jongbloed & R.Ch. Verschuur (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?!* (Meijknecht-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 17-22.

Berger (1953)
Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: American Philosophical Society 1953.

Berger & Güngerich (2007)
Bernhard Berger & Andreas Güngerich, *Zivilprozessrecht. Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes*, Bern: Stämpfli 2008.

Berriat-Saint-Prix/Van der Linden (1812)
J. Berriat-Saint-Prix/J. van der Linden, *Manier van procederen in civiele zaken voor de geregtshoven en regtbanken in Frankrijk*, Amsterdam: J. Ruys 1812.

Bethmann-Hollweg (1834)
August Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und Prozeß. Ein Beitrag zur Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Bonn: Marcus 1834.

Bettex (2006)
Björn Bettex, *L'expertise judiciaire*, Bern: Schulthess 2006.

Bloembergen (1996)
A.R. Bloembergen, 'Iets over ervaringsregels in cassatie', *TCR* 1996, p. 78-79.

Blume e.a. (1967)
F. Blume, K. Lachmann, Th. Mommsen & A. Rudorff (ed.), *Die Schriften der Römischen Feldmesser*, Hildesheim: Olms 1967.

Bögli (2006)
Michel Bögli, 'Die Anforderungen an das medizinische Gutachten aus Sicht des Ärzte- und Spitalhaftpflichtversicherers', in: Stephan Weber 2006, p. 115-139.

Böhmer (2004)
Leonard Böhmer, 'Naar een landelijk comparitiebeleid', *Adv.bl.* 2004, p. 207-209.

Van Boneval Faure (1887)
R. van Boneval Faure, 'Opmerkingen over de wijze waarop verbetering kan worden gebracht in onze burgerlijke rechtspleging', in: *RM* 1887, p. 182-196.

Van Boneval Faure (1893)
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht*, Leiden: Brill 1893.

Van Boom & Borgers (2004)
W.H. van Boom & M.J. Borgers (red.), *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Boonekamp (2004a)
R.J.B. Boonekamp, 'Kronieken. Bewijsrecht', *TCR* 2004, p. 45-46.

Boonekamp (2004b)
R.J.B. Boonekamp, 'Kronieken. Bewijsrecht', *TCR* 2004, p. 67-69.

Boonekamp (2007)
R.J.B. Boonekamp, 'Kronieken. Bewijsrecht', *TCR* 2007, p. 17-19.

J.W. Bosch (1957)
J.W. Bosch, 'Nederlandse vertalingen van Franse wetten en werken van Franse juristen in de jaren 1810-1813', in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1957, p. 345-384.

E.W. Bosch (2007)
E.W. Bosch, 'Het voorlopig deskundigenbericht: machtig wapen of botte bijl?', in: *TVP* 2007, p. 46-49.

Bosch-Boesjes (1991)
J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding*, Deventer: Kluwer 1991.

Boulez (2004)
Jacques Boulez, *Expertises judiciaires. Désignation et mission de l'expert. Procédure selon la jurisdiction*, Parijs: Delmas 2004.

Bourcier & De Bonis (1999)
Danièle Bourcier & Monique de Bonis, *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger?*, Le Plessis-Robinson: Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance 1999.

Brenninkmeijer (1993)
A.F.M. Brenninkmeijer, *Burgerlijk procesrecht als publiekrecht*, Zwolle 1993.

Broeders (2007a)
A.P.A. Broeders, 'De officier, de deskundige en de schoenmaker – over de rol van het OM als poortwachter voor het deskundigenbewijs', *Trema* 2007, p. 118- 126.

Broeders (2007b)
A.P.A. Broeders, 'Systematische contra-expertise. Opmerkingen bij het referaat van J. Boksem', in: Deskundige behandeling van deskundigen. Het gebruik van deskundigenrapportages in de rechtszaal. Bijdragen ter gelegenheid van een NSCR studiedag op 17 november 2006 in het Pesthuis, Leiden (www.nscr.nl > actueel > 2007/3).

Broggini (1964)
G. Broggini, 'La preuve dans l'ancien droit Romain', in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions 1964, XVI, La Preuve, Première Partie, Antiquité, VIII*, Parijs: Dessain et Tolra, p. 223-276.

Bronnen van de Nederlandse codificatie (1968)
H. Aa/J.Th. de Smidt & A.H. Huussen, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. I. Stukken van algemene aard, de gedrukte ontwerpen van 1804 en hun voorgeschiedenis*, Utrecht: Kemink 1968.

Brugi (1968)
Biagio Brugi, *Le dottrine giuridiche degli Agrimensori Romani comparate a quelle del Digesto*, Rome: Bretschneider 1968.

Bruinsma (1999)
Freek Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Brundage (2008)
James A. Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession, Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago: The University of Chicago Press 2008.

Bühler (2005)
Alfred Bühler, 'Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess', in: Heer & Schöbi 2005.

Bühler (2007)
Alfred Bühler, 'Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess,' in: *Jusletter*, 14 mei 2007 (www.weblaw.ch).

Burgerlijke Rechtsvordering
E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas en M. Ynzonides (hoofdred.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Cadiet & Canivet (2006)
Loïc Cadiet & Guy Canivet (red.), *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Parijs: Litec 2006.

Cadiet & Jeuland (2006)
Loïc Cadiet & Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Parijs: Litec 2006.

Van Caenegem (1973)
R.C. van Caenegem, 'History of European Civil Procedure', in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, *deel XVI (Civil Procedure)* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1973.

De Callataÿ (2002)
Daniel de Callataÿ, 'L'expertise du dommage corporel', in: Van Compernolle & Dubuisson 2002, p. 189-225.

Caroli (1907)
J.P.A.N. Caroli, 'In hoever behooren de hoofdbeginselen, waarop de burgerlijke procedure in eerste aanleg berust, te worden gewijzigd?' (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1907-I), Den Haag: Belinfante 1907.

Carré (1846)
G.L.J. Carré, *Lois de la procédure civile*, Brussel: Meline, Cans et Co 1846.

Castermans (2004)
Marc Castermans, *Gerechtelijk privaatrecht, algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke rechtspleging*, Gent: Academia Press 2004.

Cerutti (1965)
F.F.X. Cerutti, 'Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)', in: *Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis* (Hermesdorf-bundel), Deventer: Kluwer 1965, p. 39-72.

Chancery Guide
Chancery Guide, 2005, aangepast in 2006 en 2008 (www.hmcourts-service.gov.uk).

Choo (2006)
Andrew L-T Choo, *Evidenc*e, Oxford: Oxford University Press 2006.

Chorus (1987)
J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987.

Christiaan & Hengeveld (2008)
S.M. Christiaan & W.J. Hengeveld, 'Februari-arresten: de patiëntenkaart; partijen wikken, de deskundige beschikt', *TVP* 2008, p. 51-56.

Cleiren (2001)
C.P.M. Cleiren e.a., 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock, C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom 2001, p. 9-31.

Cloquet (1975)
André Cloquet, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaat recht*, Gent: Wetenschappelijke Uitgeverij E. Story-Scientia P.V.B.A. 1975.

Closset-Marchal (2002)
G. Closset-Marchal, 'L'expertise et le Code judiciaire', in: Van Compernolle & Dubuisson 2002, p. 5-35.

Code Louis (1667)
Nicola Picardi en Alessandro Giuliani*, Code Louis T. 1 Ordonnance Civile 1667. Testi e documenti per la storia del processo*, Milaan: Giuffrè 1996.

Coenraad (2000)
L.M. Coenraad, 'Het recht op een contradictoir proces, in: E.H. Hondius, A.W. Jongbloed & R.Ch. Verschuur (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?!* (Meijknecht-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 51-63.

Coenraad (2007a)
L.M. Coenraad, 'Kronieken. Algemene beginselen. De medisch deskundige en art. 6 EVRM', *TCR* 2007, p. 122-123.

Coenraad (2007b)
L.M. Coenraad, 'Kronieken. Algemene beginselen. Hoor en wederhoor en bewijswaardering', *TCR* 2007, p. 123-124.

Coenraad (2007c)
L.M. Coenraad, 'Kronieken. Algemene beginselen. Partijautonomie en hoor en wederhoor', *TCR* 2007, p. 125-126.

Coenraad en Giesen (2007)
L.M. Coenraad en I. Giesen, 'Kroniek van de kwaliteitsbevordering in de rechtspleging', *NJB* 2007, p. 784-793.

Commissie-Dorhout Mees (1948)
T.J. Dorhout Mees, J.A.L.M. Loeff & A.D. Belinfante, *Richtlijnen voor de herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie*, Den Haag: SDU 1948.

Commissie Verbetervoorstellen civiel (2004)
Rapport van de Commissie Verbetervoorstellen Civiel, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004 (www.rechtspraak.nl).

Van Compernolle & Dubuisson (2002)
Jacques van Compernolle & Bernard Dubuisson (red.), *L'Expertise*, Brussel: Bruylant 2002.

Cooper & Hall (2000)
Joel Cooper & Joan Hall, 'Reaction of Mock Jurors to Testimony of a Court Appointed Expert', *Behavorial Sciences and the Law* 2000, p. 719-729.

Coops/Westerouen van Meeteren (1953)
J.A.H. Coops/ F.M. Westerouen van Meeteren, *Grondtrekken van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1953.

Coops/Zonderland, Schlingemann & Dolman (1980)
J.A.H. Coops/P. Zonderland, R.C. Schlingemann & W.G. Dolman, *Grondtrekken van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

Corstens (2008)
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Couchez (2006)
Gérard Couchez, *Procédure civile*, Parijs: Dalloz 2006.

Cross & Tapper (2007)
Colin Tapper, *Cross & Tapper on evidence*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Dalcq (2002)
R. Dalcq, 'Conclusions', in: Van Compernolle & Dubuisson 2002, p. 257-267.

Dalloz NCPC 2008
Code Dalloz Expert, *Nouveau Code de procédure civile*, avec le concours de Isabelle Després & Pascale Guiomard, Parijs: Éditions Dalloz 2008.

De Damhouder (1626)
Joost de Damhouder, *Practycke in civile saecken*, Den Haag: wed. en erven Hillebrant Jacobssz. van Wouw 1626; heruitgave *Tijdschrift voor Privaatrecht*, Antwerpen: Kluwer 1999.

Daub (1997)
Stefan Daub, *Die Tatsachenerhebung durch den Sachverständigen*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1997.

Dauchy (1995)
S. Dauchy, *De processen in beroep uit Vlaanderen bij het Parlement van Parijs (1320-1521)*, Brussel: KAWLSK 1995.

David & Jauffret-Spinosi (2002)
René David & Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Parijs: Dalloz 2002.

Day & Le Gat (2001)
Joanna Day & Louise Le Gat, *Expert Evidence under the CPR: A Compendium of Cases from April 1999 to April 2001*, Londen: Sweet & Maxwell 2001.

Deen (2005)
E.M. Deen, 'Recht op inzage in de patiëntenkaart', *TVP* 2005, p. 1-10.

Deixler-Hübner & Klicka (2007)
Astrid Deixler Hübner & Thomas Klicka, *Zivilverfahren, Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts*, Wenen: LexisNexis 2007.

Dekker & Hartman (2006)
Bojap P. Dekker & Mirella Hartman, '"Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten." Over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken', *L&S* 2006, p. 6-10.

Delvaux (2002)
Paul-Henry Delvaux, 'La responsabilité de l'expert', in: Van Compernolle & Dubuisson 2002, p. 227-255.

Dennekamp (2005)
E.J. Dennekamp, 'De patiëntenkaart in letselschadeland', *TVP* 2005, p. 93-98.

Der medizinische Sachverständige (1995)
Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., *Der medizinische Sachverständige, Richter in Weiß?*, Keulen: Heymann 1995.

Diephuis (1869-1890)
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt, deel I-XIII*, Groningen: Wolters 1869-1890.

Van Dijk (2001)
Chr.H. van Dijk, 'Dient de deskundige die taxeert op de voet van art. 275 K onpartijdig en onafhankelijk te zijn?' *Bb* 2001, p. 49-51.

Van Dijk (2006)
Chr.H. van Dijk, 'Ter beschikking stellen van de patiëntenkaart: aan wie?' *TVP* 2006, p. 8-17.

Van Dijk (2007)
Chr.H. van Dijk, 'Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is?', *NTBR* 2007, p. 434-441 (ook gepubliceerd in: G.G. Hesen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008).

Dommering-van Rongen (2000)
L. Dommering-van Rongen, 'Wetenschappelijk en technisch bewijs in het aansprakelijkheidsrecht', *Aansprakelijkheid & Verzekering* 2000, p. 27-33.

Donatsch (1997)
Andreas Donatsch, 'Zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen (auf der Grundlage der StPO ZH)', in: Viktor Lieber e.a. (red.), *Rechtsschutz*, Von Castelberg-bundel, Zürich: Schulthess 1997.

Driessen (2004)
E. Driessen, 'Motiveringsplicht rechter bij afwijking van zienswijze van door de rechter benoemde deskundige, HR 5 december 2003, RvdW 2003, 186 (Vredenburgh/NHL)', *NbBW* 2004, p. 6-8.

Drucker (1914)
H.L. Drucker, 'Eigen wetenschap des rechters', *RM* 1914, p. 58-70.

Druschke (1989)
Bettina Druschke, *Das Anwesenheitsrecht der Verfahrensbeteiligten bei den tatsächlichen Ermittlungen des Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren* (diss. Münster), Keulen: Hundt 1989.

Duk (2003)
R.A.A. Duk, 'Hoe autoritair wordt de nieuwe civiele rechter?' *TCR* 2003, p. 63-69.

Dumoulin (2007)
Laurence Dumoulin, *L'expert dans la justice, De la genèse d'une figure à ses usages*, Parijs: Economica 2007.

Ehlers (2005)
P.F. Ehlers (red.), *Medizinisches Gutachten im Prozess. Anwaltliche Strategie und Taktik beim Umgang mit Sachverständigen*, München: Beck 2005.

Ekelmans (2003)
J. Ekelmans, 'De verantwoordelijkheid van de rechter', *Adv.bl.* 2003, p. 561.

Ekelmans (2007a)
J. Ekelmans, *De exhibitieplicht in kort bestek: een praktische leidraad bij het opstellen en beoordelen van vorderingen tot verstrekking van bescheiden op grond van art. 843a Rv*, Zutphen: Paris 2007.

Ekelmans (2007b)
J. Ekelmans, 'Dient de verplichting om medische bescheiden te verstrekken gebaseerd te worden op artikel 843a Rv?', *TVP* 2007, p. 29-37.

Elferink (2003a)
M.H. Elferink, 'Het 'blokkeringsrecht' bij medische expertises in de letselschadepraktijk: een botsing tussen het recht op privacy en het recht op een eerlijk proces', *TVP* 2003, p. 33-39.

Elferink (2003b)
M.H. Elferink, 'Inzage in de patiëntenkaart', *TVP* 2003, p. 111-119.

Elferink (2004)
M.H. Elferink, 'Onduidelijkheden rondom uitoefening 'blokkeringsrecht' bij medische expertises', *TVP* 2004, p. 51-58.

Van Empel (1961)
A.C. van Empel, 'Algemene bekendheid en eigen wetenschap des rechters', *WPNR* 1961 (4694), p. 427-431, en *WPNR* 1961 (4695), p. 439-442.

Engelmann (1928)
Arthur Engelmann e.a., *A history of continental civil procedure*, Londen: Murray 1928.

Entwurf ZPO (2006)
'Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006' (www.ejpd.admin.ch).

Eshuis (2005)
R.J.J. Eshuis, 'Versnellingsbeleid in de rechtspraak: resultaten en reflecties', *Rechtstreeks* 2005-2.

Eshuis (2007)
R.J.J. Eshuis, *Het recht in betere tijden. Over de werking van interventies ter versnelling van civiele procedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

EVRM R&C
A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde, *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: rechtspraak en commentaar, Art. 6: Eerlijk proces*, Den Haag: SDU (losbl.).

Fasching (1990)
Hans W. Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wenen: Manz 1990.

Fasching (1993)
Hans W. Fasching, 'Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozeß', in: Oskar J. Ballon & Johann J. Hagen (red.), *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht* (Matscher-bundel), Wenen: Manz 1993.

Fasching, Kommentar ZPO (2004), (auteur)
Hans W. Fasching & Andreas Konecny (ed.), bewerkt door Ludwig Bittner, Michael Bydlinski, Astrid Deixler-Hübner e.a., *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 3. Band, §§ 226 bis 460 ZPO*, Wenen: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2004.

Feenstra (1994)
R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht. Inleidende hoofdstukken*, Leiden: Brill 1994.

Feil & Kroisenbrunner (2003)
Erich Feil & Elke Kroisenbrunner, *Zivilprozessordnung, Kurzkommentar für die Praxis*, Wenen: Linde Verlag 2003.

Felix (2006)
E.E. Felix (red.), *De deskundige en het gerecht*. Publicatie van de bijdragen van de studiedag van 18 november 2005, georganiseerd door het Nationaal College van Gerechtelijke Deskundigen van België vzw, Brussel: Die Keure 2006.

Felsö e.a. (2007)
Flóra Felsö, David Hollanders, Jordi van Honk e.a., *De tijd loopt door*, Amsterdam: SEO Economisch onderzoek/WODC 2007.

Fokker (2004)
J.P. Fokker, 'De civiele uitspraak', in: J.W. Westenberg & J.P. Fokker (red.), *Het civiele vonnis*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2004, p. 14-100.

De Folter (2001)
M.O.J. de Folter, *Gedwongen tussenkomst* (diss. Tilbug), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Foyer (1965)
Jean Foyer, 'L'évolution du droit des preuves en France depuis les code napoleoniens', in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions 1965, LXIII, La Preuve,* Parijs: Dessain et Tolra, p. 200-204.

Foyer (2004)
Jacques Foyer, 'Rapport de synthèse', in: Catherine Puigelier (red.), *La preuve*, Parijs: Economica 2004.

Freckelton & Selby (2005)
Ian Freckelton, Hugh Selby, *Expert Evidence. Law, Practice, Procedure and Advocacy*, Sydney: Lawbook Co. 2005.

Freudenthal & Van Ooik (2007)
M. Freudenthal & R.H. van Ooik, 'Optimale handhaving van het Europese recht in het Nederlandse privaatrecht: invloed op regels van procesrecht en ambtshalve toepassing', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Friedman (2004)
Richard D. Friedman, *The elements of evidence*, St. Paul: Thomson West 2004.

Frison-Roche (1995)
Marie-Anne Frison-Roche, 'La procédure de l'expertise', in: Frison-Roche & Mazeaud 1995.

Frison-Roche & Mazeaud (1995)
Marie-Anne Frison-Roche & Denis Mazeaud (red.), *L'expertise*, Parijs: Dalloz 1995.

Garciandía González (1999)
Pedro Mª Garciandía González, *La Peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Navarra: Aranzadi Editorial SA 1999.

Garé (1994)
Dorothé Garé, *Het onmiddelijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Giard en Stolker (2003)
R.W.M. Giard en C.J.J.M. Stolker, 'Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige', *NJB* 2003, p. 610-616, met een reactie van M. Zwagerman, *NJB* 2003, p. 2099-2100, en een naschrift van Giard en Stolker, *NJB* 2003, p. 2101.

Giesen (2001)
I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Giesen (2005)
I. Giesen, 'Fundamentele ontwikkelingen in de rechtspleging', *NJB* 2005, p. 471-477.

Giesen (2006)
I. Giesen, "Balans'-lezen, Reflecteren over sanctionering en zelfregulering naar aanleiding van het Eindrapport van de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', *TCR* 2006, p. 103-109.

Giesen (2007)
I. Giesen, 'Onderzoekende arbiters wraken? Meer helderheid dankzij het instrument van de cassatie in het belang der wet', *WPNR* 6722 (2007), p. 735-739.

Glasson (1882)
E. Glasson, *Les sources de la procédure civile française*, Parijs: Larose et Forcel 1882.

Godefroi (1863)
M.H. Godefroi, 'Over enige ontwerpen van burgerlijke rechtsvordering', *Themis* 1863, p. 35-100.

Golan (2004)
Tan Golan, *Laws of Men and Laws of Nature: The History of Scientific Expert Testimony in England and America*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 2004.

Van Groenewegen van der Made (1727)
Hugo de Groot/Simon van Groenewegen van der Made & Rombout Hogerbeets, *Inleydinge Tot de Hollandsche Rechts-geleertheyt*, Amsterdam: Jan Boom, 1727.

De Groot (2004a)
G. de Groot, 'De rechter contracteert niet, De rechtsverhouding tussen rechter, deskundige en partijen, bezien vanuit het procesrecht', *TCR* 2004, p. 79-86.

De Groot (2004b)
G. de Groot, *Transparantie tussen rechter, partijen en deskundige, Aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

De Groot (2005)
G. de Groot, 'Naar een buitengerechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen? Een potentieel middel tot verbetering van de afdoening van letselschadezaken', *TVP* 2005, p. 122-127.

De Groot (2007a)
G. de Groot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, p. 36-44.

De Groot (2007b)
G. de Groot, 'Deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter en conflictbemiddeling', *TMD* 2007-4, p. 63-75.

De Groot & Elbers (2008)
G. de Groot & N.A. Elbers, *Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak. Verslag van een onderzoek naar knelpunten en verbetervoorstellen*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008.

Grosheide (2000)
F.W. Grosheide, 'De achterkant van het burgerlijk procesrecht', in: E.H. Hondius, A.W. Jongbloed & R.Ch. Verschuur (red.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?!* (Meijknecht-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 99-112.

Guinchard (1995)
Serge Guinchard, 'L'expertise judiciaire civile: l'expert, le juge et les parties', in: Frison-Roche/Mazeaud 1995, p. 69-81.

Guinchard & Ferrand (2006)
Serge Guinchard & Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Parijs: Dalloz 2006.

Guldix (2000)
E. Guldix (red.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen: Intersentia 2000.

Ten Haaft (2004)
H.M. ten Haaft, 'Kronieken. Comparitie na antwoord', *TCR* 2004, p. 65-67.

Ten Haaft (2006)
H.M. ten Haaft, 'Kronieken. Andermaal de comparitie na antwoord', *TCR* 2006, p. 12-13.

Haardt (1970)
W.L. Haardt, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970', in: *Honderd jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 137-151.

Habscheid (1990)
Walther J. Habscheid, m.m.v. Stephen Berti, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1990.

Van Hallebeek (2006)
Jan van Hallebeek, *Fons et origo iuris. Een historische inleiding tot het vermogensrecht*, Amsterdam: VU University Press 2006.

Van Hamelsveld (1823)
W.IJ. van Hamelsveld, *Manier van procederen in burgerlijke regtszaken volgens de thans nog bestaande wet van Burgerlijke Rechtspleging, eerste deel*, Amsterdam: J.C. van Kesteren 1823.

Hammerstein (1995)
A. Hammerstein, 'De rechter en de deskundige', *NJB* 1995, p. 1277-1278.

Hammerstein (2003)
A. Hammerstein, 'Een evenwichtig rapport', *TCR* 2003, p. 59-62.

Hammerstein (2004)
A. Hammerstein, 'De invloed van art. 6 lid 1 EVRM op het burgerlijk procesrecht', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia, *Europeanisering van het Nederlands Recht*, (Haak-bundel), Deventer 2004, p. 221-233.

Hartkamp (2007)
A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2007.

Hartman & Dekker (2008)
Mirella Hartman & Bojan P. Dekker, 'De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige. Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2008, p. 91-92.

Hartogh (1895)
A.F.K. Hartogh, *Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, deel I, ingeleid door A.A. de Pinto, Den Haag: Belinfante 1895.

Heemskerk (1984)
W.H. Heemskerk, 'Deskundigenbericht en bindend advies', Tijdschrift voor Arbitrage 1984, p. 1-6.

Heer & Schöbi (2005)
Marianne Heer & Christian Schöbi, *Gericht und Expertise*, Bern: Stämpfli 2005.

Van der Helm & Wesseling-van Gent (1996)
I. van der Helm & E.M. Wesseling-van Gent, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 125-134.

Hermans (2005)
R.M. Hermans, 'Geen aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen maar aansprakelijkheid van de Staat voor door deskundigen gemaakte fouten', in: *WPNR* 2005 (6629) p. 579-586.

Hermans (2006)
R.M. Hermans, "Discovery' door middel van een deskundigenbericht', in: P.J. van der Korst e.a., *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Héron & Le Bars (2006)
Jacques Héron & Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Parijs: Editions Montchrestien 2006.

Hidma (1999)
T.R. Hidma, 'Op naar het versneld regime als reguliere procedure!', *Trema* 1999, p. 169-172.

Hidma (2005)
Tjalle Hidma, 'Aspecten van bewijswaardering', in: R.J.C. Flach e.a., *Amice, Opstellen, op 26 april 2005 aangeboden aan prof.mr. G.R. Rutgers* (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005.

Hielkema (1996)
J. Hielkema, *Deskundigen in Nederlandse strafzaken* (diss. Rotterdam), Den Haag: SDU 1996.

Hodgkinson & James (2007)
Tristram Hodgkinson & Mark James, *Expert Evidence: Law and Practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2007.

Hoefnagels & Van Leuven (2003)
G.P. Hoefnagels & C.A.R.M. van Leuven, 'Forensische mediation', *EB* 2003, p. 17-20.

Hoefnagels, Van Leuven & Van Arendonk (2007)
Peter Hoefnagels, m.m.v. C.A.R.M. van Leuven en H.P.A.M. van Arendonk, *Handboek scheidingsbemiddeling*, Deventer: Kluwer 2007.

Hofströssler (2006)
Patrick Hofströssler, 'Deskundigenonderzoek. Wat wenst de advocatuur', in: Felix 2006, p. 113-133.

Hoge Raad en Parket over 'Een nieuwe balans' (2004)
'Advies van 27 februari 2004 van de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden over het Interimrapport Fundamentele Herbezinning

Nederlands Burgerlijk Procesrecht van W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova' (www.rechtspraak.nl > Gerechten > Hoge Raad > Over de Hoge Raad > Publicaties).

Hohl (2001)
Fabienne Hohl, *Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale*, Bern: Stämpfli 2001.

Van den Honert (1839)
J. van den Honert THz., *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering in het Koningrijk der Nederlanden*, Amsterdam: Van der Vinne 1839.

Honsell, Mayer-Maly & Selb (1987)
Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly & Walter Selb, *Römsiches Recht. Aufgrund des Werkes von Paul Jörs, Wolfgank Kunkel & Leopold Wenger (1935),* Berlijn: Springer 1987.

Hovens (2003)
F.J.H. Hovens, 'Processueel balanslezen', *Adv.bl.* 2003, p. 552-560.

Huber (1686)
Ulrik Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk*, Leeuwarden: Nauta 1686.

Hugenholtz (1948)
W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlandsch burgerlijk procesrecht*, Leiden 1948.

Hugenholtz/Heemskerk (2006)
W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier 2006.

Illescas Rus (2002)
Ángel Vicente Illescas Rus, *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Navarra: Aranzadi 2002.

Ingelse (2004)
P. Ingelse, 'Herbezinning op de partijautonomie', in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning,* Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Ingelse (2006)
P. Ingelse, 'Nog niet uitgedacht', in: M. Ynzonides e.a., Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 23-40.

Israël & Saarloos (2007)
J. Israël & K.J. Saarloos, 'Europees internationaal privaat- en procesrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 629-697.

Jacobs & White (2005)
Clare Ovey & Robin White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Jansen (2004)
K.J.O. Jansen, 'Het inzage- en blokkeringsrecht ten aanzien van een medisch deskundigenbericht. HR 26 maart 2004, RvdW 2004, 54 ([Verzoekster]/Levob Schadeverzekering N.V.', *NbBW* 2004, p. 71-73.

Jelinek (1990)
Wolfgang Jelinek, 'Der Sachverständige im Zivilprozeß', in: Josef Aicher, Bernd-Christian Funk (red.), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben*, Wenen: Orac 1990.

Jeuland (2007)
Emmanuel Jeuland, *Droit processuel. Une science de la réconstruction des liens de droit,* Parijs: L.G.D.J. 2007.

Joling (2005)
J. Joling, *De accountant en de berekening van schade* (diss. Breukelen), Den Haag: SDU 2005.

Jongbloed (2001)
A.W. Jongbloed, 'Kroniek Algemene beginselen', *TCR* 2001, p. 21-23.

Jongbloed (2005)
A.W. Jongbloed, 'The Netherlands (1838-2005)', in: C.H. van Rhee (red.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Jongbloed (2006)
A.W. Jongbloed, 'Naar een uniform geldend Zwitsers Wetboek van Burgerlijk Procesrecht', *Executief* 2006, p. 30-33.

Jousse (1767)
Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667. Nouvelle Edition, augmentée de l'Idée de la Justice Civile. Tome Premier.* Parijs: Debure 1767.

Julien & Fricero (2003)
Pierre Julien & Natalie Fricero, *Droit judiciaire privé*, Parijs: LGDJ 2003.

Kaser/Hackl (1996)
M. Kaser/K. Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht. Rechtsgeschichte des Altertums im Rahmen des Handbuchs der Altertumwissenschaft*, deel 3, band 4, München: Beck 1996.

Kaser/Knütel (2003)
Max Kaser/Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, München: Beck 2003.

Kaser/Wubbe (1971)
M. Kaser/F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Ten Kate (1962)
Th.B. ten Kate, *Het request-civiel* (diss. Leiden), Groningen 1962.

Ten Kate (1983)
Th.B. ten Kate, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate, B.C. Punt (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983.

Ten Kate & Korsten-Krijnen (2005)
Th.B. ten Kate & M.M. Korsten-Krijnen, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken*, Deventer: Kluwer 2005.

Keane (2008)
Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Khoury (2006)
Lara Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Oxford: Hart Publishing 2006.

Klaassen (2001)
C.J.M. Klaassen, 'Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding', in: C.P.M. Cleiren e.a., *Het procesrecht en de waarheidsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 47-71.

Klaassen (2002)
C.J.M. Klaassen, 'De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht', *TCR* 2002, p. 93-102.

Klaassen (2005)
C.J.M. Klaassen, 'De rol van de rechter in het kader van de waarheidsvinding in letselschadezaken: leidend of lijdend?' in: D.H.M. Peeperkorn e.a., *Waarheidsvinding en privacy*, *Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, Den Haag 2005, p. 27-51.

Klaassen (2007)
C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', *NJB* 2007, p. 1346-1362.

Klein (1994)
M. Klein, *Die Rechtsstellung und die Haftung des im Zivilprozess bestellten Sachverständigen*, Mainz 1994.

Knigge (2004)
G. Knigge, 'Rechtsbescherming en partijautonomie in het civiele proces', *RM Themis* 2004, p. 165-167.

Knigge (2006)
G. Knigge, 'De schijn van waarheid', in: W.D.H. Asser, L.J.A. Damen, G. Knigge, *Partijautonomie of materiële waaarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Knijp (2000)
G.J. Knijp, 'Algemeen bekende feiten en ervaringsregels', *NbBW* 2000, p. 106-109.

Knijp (2006)
P.C. Knijp, 'Inzage in medische informatie. Hof Arnhem 27 juni 2006, zaaknr. 2005/1206 en 2006/58', *TVP* 2006, p. 87-91.

Koenraad (2006)
L.M. Koenraad, 'Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundige-nadvisering in het bestuursrecht', *JBplus* 2006, p. 15-33.

Kolder (2008)
Arvin Kolder, 'De Hoge Raad en de patiëntenkaart: een gemiste kans', *NJB* 2008, p. 1279-1282.

Kolder & Schultz (2007)
A. Kolder en J.F. Schultz, 'De patiëntenkaart: knel- en strijdpunt' *TVP* 2007, p. 5-17.

Kooger (2004)
R. Kooger, 'Mediation in de praktijk. Forensische bemiddeling: eerste ervaringen', *TMD* 2004, p. 37-39.

Kooger (2005)
R. Kooger, 'De financieel deskundige in het familierecht', *EB* 2005, p. 58-59.

Van Koppen (2004)
P.J. van Koppen, *Paradoxen van deskundigen, Over de rol van experts in strafzaken* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2004.

Kortmann (2004)
S.C.J.J. Kortmann, 'Het professioneel juridisch advies' (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2004-1), Deventer: Kluwer 2004, p. 199-248.

Koschaker ((1947) 2000)
Paul Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 (*Europa und das römische Recht* 1947, vertaald door Theo Veen).

Kremer (1999)
M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Kwa (2005)
Chunglin Kwa, *De ontdekking van het weten. Een andere geschiedenis van de wetenschap*, Amsterdam: Boom 2005.

Labohm & Dusamos (2005)
A.N. Labohm & A.J. Dusamos, 'De raadsheer-commissaris in het familierecht', *EB* 2005, p. 11-15.

Labohm & Van Leuven (2005)
Alexander Labohm & Cees van Leuven, 'Het deskundigenbericht met toepassing van mediation', *TMD* 2005, p. 13-14.

Land/Eggens (1933)
N.K.F. Land/J. Eggens, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, zesde deel, boek IV, titel I-VI, Haarlem: Erven F. Bohn 1933.

Vande Lanotte & Haeck (2004)
Johan vande Lanotte & Yves Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004.

The Law of Evidence in the European Union (2004)
José Manuel Lebre de Freitas (red.), *The Law of Evidence in the European Union/Das Beweisrecht in der Europäischen Union/Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*, Deventer: Kluwer Law International 2004.

Leclerc (2005)
Olivier Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Parijs: LGDJ 2005.

Leenen (1993)
H.J.J. Leenen, 'De arts als medisch deskundige in juridische procedures', *NTvG* 1993, p. 419-423.

Leenen/Gevers & Legemaate (2007)
H.J.J. Leenen/J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007.

Leenen/Gevers (2002)
H.J.J. Leenen/J.K.M. Gevers, m.m.v. M.C.I.H. Biesaart, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2002.

Van Leeuwen (1698)
Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands Regt.* Amsterdam: Hendrik en de Wed. van Dirk Boom 1698.

Leidraad deskundigen in civiele zaken
Raad voor de rechtspraak, *Leidraad deskundigen in civiele zaken* (www.rechtspraak.nl > Naar de rechter > Landelijke regelingen> Sector civiel recht).

Leupertz & Hettler (2007)
Stefan Leupertz & Achim Hettler, *Der Bausachverständige vor Gericht. Praxisleitfaden*, Keulen: Bundesanzeiger Verlag 2007.

Lewin (2006)
G.G.C. Lewin, 'Een actieve rechter brengt partijen op ideeën', *NJB* 2006, p. 2002-2006.

Lindell (2004)
Bengt Lindell, *Civil Procedure in Sweden*, Uppsala: Iustus Förlag AB 2004.

Van der Linden (1794-1798)
Joannes van der Linden, *Verhandeling over de judicieele practijcq, of form van procedeeren, voor de hoven van justitie in Holland gebruikelijk*, Leiden: A. en J. Honkoop 1794-1798.

Lindenbergh (2004)
S.D. Lindenbergh, 'De invloed van fundamentele rechten in het personenschaderecht', *TVP* 2004, p. 110-114.

Lindijer (2006)
V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde, Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Lipman (1827)
S.P. Lipman, *Aanmerkingen op het Ontwerp van Wetboek van Burgerlijke Regtspleging, Eerste stukje*, Leiden: J.W. van Leeuwen 1827.

Livre Blanc (2008)
Association Française de l'Assurance, *Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, 2008 (www.ffsa.fr).

Lokin & Zwalve (2006)
J.H.Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Lorieux (1995)
Alain Lorieux, 'L'expertise et le jugement', in: Frison-Roche & Mazeaud 1995.

Louwerse (1999)
L.W. Louwerse, 'Bewijs door medisch deskundigen: is het proces wel 'van partijen'?', *TVP* 1999, p. 49-53.

Lurquin (1973)
Paul Lurquin, *Précis de l'expertise du Code judiciaire en matière civile, commerciale et du travail*, Brussel: Bruylant 1973.

Lurquin (1985)
Paul Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Brussel: Bruylant 1985.

Lysens & Naudts (2005)
T. Lysens & L. Naudts, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen: Kluwer 2005.

Maes (2000)
Bruno Maes, 'De beoordeling van het deskundigenonderzoek door de rechter', in: Guldix 2000, p. 61-74.

Maes (2006)
Bruno Maes, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge: Die Keure 2006.

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

McCormick on Evidence (1999)
John W. Strong e.a., *Mc Cormick on Evidence*, Hornbook Series, St. Paul, Minn. 1999.

Meier (2003)
Isaak Meier, *Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen*, Zürich: Schulthess 2003.

Meilink (1924)
J.G. Meilink, 'De hoofdbeginselen van het bewijsrecht in het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama' (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1924-I), Den Haag: Belinfante 1924.

Melai, Het Wetboek van strafvordering
M.S. Groenhuijsen, Th.A. de Roos, A.H.J. Swart, F.G.H. Kristen (red.), *Het Wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Merula (1705)
Pauli G. F. P. N. Merulae J. C., *Manier van procederen In de Provintien van Holland, Zeeland ende West-Vriesland, belangende civile zaaken*, Delft: Adriaan Beman 1705.

Metzger (2005)
Ernest Metzger, *Litigation in Roman Law*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Meyst-Michels (2007)
J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2007, p. 293-303.

Meyst-Michels (2008)
J. Meyst-Michels, 'Naschrift', bij: Mirella Hartman & Bojan P. Dekker, 'De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige. Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2008, p. 93.

Mols (1991)
G.P.M.F. Mols, 'Over het onmiddellijkheidsbeginsel in strafzaken', *AA* 1991, p. 876-889.

De Monté ver Loren/Spruit (2000)
J.Ph. de Monté ver Loren/J.E. Spruit, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer: Kluwer 2000.

Montero Aroca (2005)
Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, Navarra: Editorial Aranzada 2005.

Mueller & Kirkpatrick (1996)
Christopher B. Mueller & Laird C. Kirkpatrick, *Federal Rules of Evidence, With Advisory Committee Notes and Legislative History*, Boston: Little, Brown and Company 1996.

Müller (1988)
Klaus Müller, *Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren. Handbuch des Sachverständigenbeweises*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1988.

Murphy on evidence (2008)
Peter Murphy, *Murphy on evidence*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Musielak/(auteur) (2007)
Hans-Joachim Musielak (red.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München: Verlag Franz Vahlen 2007.

Nagel (1967)
Heinrich Nagel, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, Eine rechtsvergleichende Studie*, Baden-Baden: Nomos 1967.

Nagel/Bajons (2003)
Heinrich Nagel/Ena-Marlis Bajons (red.), *Beweis-Preuve-Evidence, Grundzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa*, Baden-Baden: Nomos 2003.

Nederlandse Orde van Advocaten, Advies inzake 'Een nieuwe balans' (2004)
C.J.J.C. van Nispen e.a., 'Advies Nederlandse Orde van Advocaten inzake 'Een nieuwe balans", bijlage bij brief van 16 augustus 2004 van de NOvA aan de Minister van Justitie.

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Advies inzake Asser, Groen & Vranken 2004
Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, 'Advies 18 februari 2004 inzake Asser/Vranken/Groen: Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht' (www.nvvr.org.nl > Adviezen en publicaties > Adviezen > F > 2004 > Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht.

Nicklisch (1984)
Fritz Nicklisch (red.), *Der technische Sachverständige im Prozeß.* Landesberichte und Generalbericht VII. Internationaler Kongreß Würzburg 1983, Heidelberg: C.F. Müller 1984.

Nieberding (2002)
Felix Nieberding, *Sachverständigenhaftung nach deutschem und englischem Recht, Eine Untersuchung unter Berücksichtigung gegenwärtiger Reformbestrebungen* (diss. Osnabrück), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2002.

Nijboer (2006)
J.F. Nijboer, *Forensische expertise*, Deventer: Kluwer 2006.

Noordziek (1885)
J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Kamers der Staten-Generaal over het ontwerp van Wetboek van Burgerlijke Regtspleging*, onder toezigt der Commissie voor de huishoudelijke aangelegenheden der Tweede Kamer, Eerste deel, 1ste en 2de Gedeelte, Den Haag: Nijhoff 1885.

Notulen Staatscommissie-Gratama (1911-1920)
Notulen der Staatscommissie voor de herziening van het Nederlands burgerlijk procesrecht, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 4 november 1911, no. 40 (Staatscommissie-Gratama), 1911-1920.

Offerhaus (1924)
J. Offerhaus, 'De hoofdbeginselen van het bewijsrecht in het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama' (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1924-I), Den Haag: Belinfante 1924.

O'Hare & Browne (2007)
John O'Hare & Kevin Browne, *Civil Litigation*, Londen: Sweet & Maxwell 2007.

Olzen (1980)
Dirk Olzen, 'Das Verhältnis von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung', in*: ZZP* 1980, p. 66-88.

Ontwerp (1804)
Stukken door de Commissie voor het ontwerpen van een Algemeen Burgerlijk en Lyfstraffelyk Wetboek overgegeven aan het Staats-Bewind der Bataafsche Republiek; bevattende de Ontwerpen van eene Inleiding van het recht in het algemeen, het Lyfstraffelyk Wetboek, en van Wetten omtrent het bewys, Den Haag 1804.

Ontwerp BW (1807-1808)
J.Th. de Smidt, Joannes van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*; heruitgave (Fontes Iuris Batavi Rariores), Amsterdam: Graphic 1967.

Ontwerp-Gratama (1921)
Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 4 november 1911, no. 40 (Staatscommissie-Gratama), 'Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (met toelichting)', 's-Gravenhage: Boekh. VH. Gebr. Belinfante 1921.

Ontwerp NJV (1911)
Nederlandsche Juristen-Vereeniging, *Ontwerp van wet regelende het burgerlijk proces in eersten aanleg met memorie van toelichting.* Samengesteld door de commissie benoemd krachtens besluit der algemeene vergadering van 29 juni 1907, Den Haag 1911.

Ontwerp Vrijzinnig-Democratische Bond (1912)
Vrijzinnig-Democratische Bond, 'Herziening van het Burgerlijk Proces. Verslag aan het hoofdbestuur van den Vrijzinnig-Democratische Bond, uitgebracht door de commissie benoemd tot het ontwerpen van eene herziening van het burgerlijk proces', Den Haag 1912.

Opzoomer/Levy (1892)
C.W. Opzoomer/J.A. Levy, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard. 12. Art. 1902-1916*, Den Haag 1892.

Ott (2006)
Werner E. Ott, 'Das medizinische Gutachten – insbesondere das Fehler- und Kausalitätsgutachten im Arzthaftpflichtrecht', in: Stephan Weber 2006, p. 11-114.

Oudeman (1874)
A. Oudeman, *Het Nederlandsch Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en door formulieren in praktijk gebragt*. Eerste deel. Vierde, herziene en veel vermeerderde druk, Groningen: Wolters 1874.

Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988)
G.R. Rutgers, R.J.C. Flach en G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart (2002)
A.I.M. van Mierlo, m.m.v. F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis, Herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Wetsvoorstel 26 855 en gedeelten uit de wetsvoorstellen 27 748 (Uitvoeringswet EG-betekeningsverordening), 27 824 (Aanpassingswetgeving), Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Deventer: Kluwer 2002.

Pennink (1853)
F.R. Pennink, *Aanteekeningen op verschillende artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, Zutphen: Van Someren 1853.

Pheijffer (2000)
M. Pheijffer, *De forensisch accountant: het recht meester*, Den Haag:Vermande 2000.

Pheijffer & Kuijl (1997)
M. Pheijffer en J.G. Kuijl, *De forensisch accountant. Een veeleisend beroep*, Deventer: Kluwer 1997.

Phipson on Evidence (2005)
Hodge M. Malek e.a. (red.), *Phipson on Evidence*, Londen: Sweet & Maxwell 2005.

Pieper, Breunung & Stahlmann (1982)
Helmut Pieper, Leonie Breunung & Günther Stahlmann, *Sachverständige im Zivilprozess*, München: Beck 1982.

Pigeau (1787)
M. Pigeau, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les jurisdictions ordinaires du Royaume, Démontrée par Principes, & mise en action par des Formules. Tome premier.* Parijs: J.Ch. Desaint 1787.

Pinna (2003)
Andrea Pinna, *The obligations to inform and to advise: a contribution to the development of European contract law* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

De Pinto (1857)
A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, Utrecht: C. van der Post Jr. 1857.

De Pinto (1865)
A.A. de Pinto, *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, Ontwerp en Memorie van Toelichting, Boek I-III*, Den Haag: Belinfante 1865.

Pitlo/Hidma & Rutgers (2004)
Pitlo/T.R. Hidma en G.R. Rutgers, *Bewijs* (Het Nederlands burgerlijk recht, deel 7), Deventer: Kluwer 2004.

Praxishandbuch Sachverständigenrecht (2008)
Walter Bayerlein (red.), *Praxishandbuch Sachverständigenrecht*, München: Beck 2008.

Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims
Civil Justice Council, 'Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims', 2005 (www.civiljusticecouncil.gov.uk).

Prütting (1993)
Hanns Prütting, 'Datenschutz und Zivilverfahrensrecht in Deutschland', *ZZP* 1993, p. 427-468.

Punt (1999)
B.C. Punt, 'Versneld regime in civilibus', in: G.R. Rutgers en H.E. Bröring (red.), *Rechtspraak op tijd: bijdragen aan het congres Rechtspraak op tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 43-51.

Queen's Bench Guide
Queen's Bench Guide, 2007 (www.hmcourts-service.gov.uk).

Raad voor de rechtspraak, Advies over het Eindrapport (2007)
Raad voor de rechtspraak, *Advies van 14 maart 2007 over het Eindrapport Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht* (www.rechtspraak.nl > Gerechten > Raad voor de rechtspraak > Wetgevingsadvisering > 2007/4).

Rammeloo & Knapen (2006)
Leonie Rammeloo & Michel Knapen, 'Rechtbanken op weg naar uniforme rechtstoepassing', *Adv.bl.* 2006 p. 540-542.

Rapport Commissie van Advies NVvR/NOvA (1970)
Commissie van Advies ingesteld door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten, 'Rapport aangaande het Ontwerp van Wet houdende nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken', Bijlage bij *Adv.bl.* 15 juni 1970.

Rapport-Magendie (2004)
Jean-Claude Magendie e.a., 'Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès'. Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 15 juni 2004 (www.textes.justice.gouv.fr).

Rapport-Posthumus (2005)
F. Posthumus, 'Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord. Rapportage in opdracht van het College van procureurs-generaal', bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 29 800 VI, nr. 168.

Ras (1994)
H.E. Ras, bespreking van: A.F.M. Brenninkmeijer, *Burgerlijk procesrecht als Publiekrecht* (oratie Amsterdam UvA, Zwolle W.E.J. Tjeenk Willink 1993), *RM Themis* 1994, p. 234-236.

Ras/Hammerstein (2004)
H.E. Ras/A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2004.

Rechberger & Simotta (2003)
Walter H. Rechberger & Daphne-Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren*. Wenen: Manz 2003.

Rechberger (2006)
Walter H. Rechberger (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*, Wenen: Springer 2006.

Van den Reek (1997)
W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht* (diss. Tilburg), Zwolle 1997.

Van Rhee (1997)
C.H. van Rhee, 'De traagheid van de civiele procedure: een eeuwenoud fenomeen', in: B.C.M. Jacobs e.a., *De rechtspraktijk in beeld. Van Justinianus tot de Duitse bezetting*, Tilburg: Tilburg University Press 1997, p. 57-67.

Van Rhee (1998)
C.H. van Rhee, 'Snelheid en efficiency in hoger beroep (civiele procedures, 16e eeuw)', in: R. Huijbrecht e.a., *Handelingen van het tweede Hof van Holland*, Den Haag: Algemeen Rijksarchief 1998, p. 21-37.

Van Rhee (2000)
C.H. van Rhee, '"Ons tegenwoordig sukkelproces", Nederlandse opvattingen over de toekomst van het burgerlijk procesrecht rond 1920', *TvR* 2000 p. 331-346.

Van Rhee (2003a)
C.H. van Rhee, 'Pogingen tot codificatie van het burgerlijk procesrecht in de lage landen bij de zee (1798-ca.1819). Naar een 'oudvaderlandse' procedure in de traditie van het ius commune? (deel 1)', *Pro Memorie, Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 2003, p. 66-95.

Van Rhee (2003b)
C.H. van Rhee, 'Pogingen tot codificatie van het burgerlijk procesrecht in de lage landen bij de zee (1798-ca.1819). Naar een 'oudvaderlandse' procedure in de traditie van het ius commune? (deel 2)', *Pro Memorie, Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 2003, p. 264-287.

Van Rhee (2004a)
C.H. van Rhee, 'The law's delay: an introduction', in: C.H. van Rhee (ed.), *The law's delay. Essays on undue delay in civil litigation*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 1-21.

Van Rhee (2004b)
C.H. van Rhee, 'Het Interim-rapport in historisch perspectief', in: P. Ingelse (red.), Commentaren op fundamentele herbezinning, Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen (Ars Aequi Libri) 2004, p. 99-135.

Van Rhee (2005a)
C.H. van Rhee (red.), 'European Traditions in Civil Procedure', Antwerpen: Intersentia 2005.

Van Rhee (2005b)
C.H. van Rhee, 'Der Einfluss des Zivilprozessmodells von Franz Klein in den Niederlanden', in: Bundesministerium für Justiz (red.), *Frans Klein Symposion. Dokumentation des Symposions zum 150. Geburtstag von Frans Klein am 6. Mai 2004 im Bundesministerium für Justiz* (Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz Band 123), Wenen/Graz 2005 p. 19-36.

Röell (2004)
Th.S. Röell, *Fundamentele herbezinning*, *TCR* 2004, p. 39-40.

Roos (2008)
J.J. Roos, 'Kroniek. Eerste aanleg', *TCR* 2008, p. 105-107.

Van Rossem/Cleveringa (1972)
R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

Rousseau & De Fontbressin (2007)
Gérard Rousseau & Patrick de Fonbressin, *L'expert et l'expertise judiciaire en France, Théorie – pratique – formation*, Brussel: Bruylant 2007.

Rüffler (1995)
Friedrich Rüffler, *Der Sachverständige im Zivilprozess, Die "Bindung" des Richters an Sachverständigengutachten, Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle der Sachverständigentätigkeit* (diss. Salzburg), Wenen 1995.

Rv (1811)
Wetboek der Civiele Regtsvordering, officiële uitgave. Amsterdam: Allart en Immerzeel 1811.

Rv (1828)
Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, officiële uitgave, Den Haag: algemeene landsdrukkerij, 1830 / Code de procédure civile, Édition officielle, A la Haye, De l'imprimerie de l'état, 1830.

Rv (1838)
Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, officiële uitgave, Den Haag: algemeene landsdrukkerij 1838.

Sassen (1861)
W. Sassen Jz., 'Vlugtige beschouwingen over de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering', *Themis* 1861, p. 406-456 en 541-576.

Schaap (1927)
H.P. Schaap, *Philips Wielant*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1927.

Scheltema (1939)
F.G. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*, voltooid door H.J. Scheltema, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939.

Scheltema & Storm (2007)
M.W. Scheltema & E.J. Storm, 'De rol van deskundigen in de onteigeningsprocedure', *NTBR* 2007, p. 457-461 (ook gepubliceerd in: G.G. Hesen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008).

Schenk/Blauw & De Bruijn-Luikinga (1984)
W. Schenk/J.H. Blauw en M.E.Th. de Bruijn-Luikinga, *Het kort geding*, Deventer: Kluwer 1984.

Schikora (2002)
Gregor Schikora, 'Einsichtnahme in die Handakten von Sachverständigen durch Gericht und Parteien', *MDR* 2002, p. 1033-1035.

Schilcher (2002)
Bernd Schilcher, 'Dogmatische und pragmatische Überlegungen zur Haftung der Gerichtssachverständigen', in: Daphne-Ariane Simotta (red.), *Der Zivilprozess zu Begin des 21. Jahrhunderts, Vergangenheit, Gegenwart und Perspektiven* (Jelinek-bundel), Wenen: LexisNexis ARD Orac 2002.

Schlund (2005)
Gerhard H. Schlund, 'Das medizinische Gutachten im Zivilprozess', in: Ehlers 2005, p. 7-49.

Schnapp (1985)
Friedrich E. Schnapp, 'Parteiöffentlichkeit bei Tatsachenfeststellungen durch den Sachverständigen', in: Hans-Uwe Erichsen, Werner Hoppe, Albert v. Mutius, *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes* (Menger-bundel), Keulen: Carl Heymanns Verlag 1985.

Schoordijk (2004)
H.C.F. Schoordijk, 'De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces', *NJB* 2004, p. 162-167.

Siewertsz van Reesema (1853)
W. Siewertsz van Reesema, *Brieven over de Burgerlijke Regtsvordering*, Rotterdam: Nijgh 1853.

Sijmonsma (2007)
J.R. Sijmonsma, *Artikel 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ont(k)leed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Sime (2007)
Stuart Sime, *A practical approach to civil procedure*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Slabbers & Mulder (2001)
S. Slabbers & N.M. Mulder, 'Het deskundigenbericht in de civiele procedure: wet en praktijk', *TvGR* 2001, p. 228-244.

Slijk, Ruiterman & Schers (2002)
B.W. Slijk, F.J.M. Ruiterman & J.J.M. Schers (red.), *De (automatiserings-)deskundige in de rechtspleging*, Maastricht: Shaker 2002.

Smeehuijzen (2003)
J.L. Smeehuijzen, 'Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een '*disclosure statement*", *TVP* 2003, p. 126-129.

Smith (2004)
C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Snijders (2003)
H.J. Snijders, 'They have a dream… Een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, p. 1696-1707.

Snijders (2007)
H.J. Snijders, 'Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Snijders & Wendels (2003)
A. Wendels & H.J. Snijders, bewerkt door H.J. Snijders, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2003.

Snijders, Klaassen & Meijer (2007)
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer 2007.

Spruit (1994)
J.E. Spruit, *Enchiridium. Een geschiedenis van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

Spruit (2003)
J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Spruit e.a. (1994-2001)
J.E. Spruit e.a., *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, Digesten*, Zutphen: Walburg Pers 1994-2001.

Staehelin e.a. (2008)
Adrian Staehelin, Daniel Staehelin & Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts*, Zürich: Schulthess 2008.

Star Busmann (1955)
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: Bohn 1955.

Star Busmann/Rutten & Ariëns (1972)
C.W. Star Busmann/ L.E.H. Rutten & W.H. Ariëns, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: Erven F. Bohn 1972.

Stein (1893)
Friedrich Stein, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig: Hirschfeld 1893.

Stein/Rueb (2007)
P.A. Stein/A.S. Rueb, *Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Sterk (1991)
T.A.W. Sterk, 'Deskundige in rechte', in: W.J. van der Nat-Verhage e.a. (red.), *Vorm en wezen* (Heemskerk-bundel), Utrecht: Lemma 1991, p. 299-306.

Storme (2004)
Marcel Storme, 'Een schitterende evenwichtsoefening. Opmerkingen bij het interim-rapport fundamentele herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht', *Trema* 2004, p. 149-156.

Struycken (2001)
D.W.C.L. Struycken, 'English civil procedure two years after the Woolf reforms', *TCR* 2001, p. 59-65.

Stürner (2000a)
R. Stürner, 'Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts', in: G. Köbler, M. Heinze, W. Hromadka (red.), *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends*, (Söllner-bundel), München: Beck 2000, p. 1171-1190.

Stürner (2000b)
Rolf Stürner, 'Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess der Europäischen Union', in: Klaus Peter Berger e.a., *Festschrift für Otto Sandrock*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 2000, p. 959-972.

Stürner (2005)
Stürner, 'The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to their basic conceptions', *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, band 69, p. 201-254, Tübingen: Mohr Siebeck 2005.

Suijling (1928)
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk, 2e gedeelte, Haarlem: Bohn 1928.

Sutter (1998)
Thomas Sutter, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zürich: Schulthess 1998.

Sutter-Somm (2007)
Thomas Sutter-Somm, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, m.m.v. Marco Chevalier, Nico Figini e.a., Zürich: Schulthess 2007.

Taelman (2006)
Piet Taelman, 'Slotbeschouwingen na afloop van een colloquium. Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken: quo vadis?', in: Felix 2006, p. 181-186.

Van Teeffelen (2005)
P.A.J.Th. van Teeffelen, 'Forensische conflictbemiddeling in gezags- en omgangszaken bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch', *EB* 2005, p. 153-158.

Terré (1969)
François Terré (red.), *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d' Europe*, Parijs: Éditions de l'Épargne 1969.

Thunnissen (2007)
F.H.A.M. Thunnissen, 'De deskundige arbiter', in: G. de Groot, M.A. van Hoepen en F.H.A.M. Thunnissen, *De deskundige in rechte*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Timmerbeil (2004)
Sven Timmerbeil, *Witness Coaching und Adversary System* (diss. Freiburg i.B.), Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

Tjong Tjin Tai (2000)
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter', *NJB* 2000, p. 259-264.

Tjong Tjin Tai (2002)
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002, p. 29-37.

Tjong Tjin Tai (2007)
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Mogen arbiters zelf onderzoek verrichten?', *Bb* 2007, p. 229-232.

Toelichting Entwurf ZPO (2006)
Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl. 2006 7221 (www.ejpd.admin.ch).

Toelichting Vorentwurf ZPO (2003)
Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, juni 2003 (www.ejpd.admin.ch).

Tydeman/Lipman (1841)
J.W. Tydeman, *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, gevolgd door de Wet van 31 mei 1843 (St.Bl. No. 23), omtrent boedelscheiding, vergeleken met het Romeinsche en Fransche regt*, onder toezigt van S.P. Lipman, Amsterdam: Van Kesteren1841.

Tzankova (2001)
I.N. Tzankova, 'De Civil Procedure Rules en de pre-action protocols van Lord Woolf', *TVP* 2001, p. 1-12.

Ulrich (2007)
Kurt Jessnitzer/ Günter Frieling/Jürgen Ulrich, *Der gerichtliche Sachverständige, Ein Handbuch für die Praxis*, Keulen: Carl Heymanns Verlag 2007.

Van (2003)
A.J. Van, 'Vraag het de deskundige! Maar hoe?' *TVP* 2003, p. 105-110.

Van (2004)
A.J. Van, 'De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medische deskundigen', *TvGR* 2004, p. 505-516.

Vanlersberghe (2000)
P. Vanlersberghe, 'De beslissing tot aanstelling van een deskundige', in: Guldix 2000, p. 3-36.

Van Veggel (1996)
J.M. van Veggel, 'Meer efficiency in civiele procedures: een toelichting op de procedure Versneld Regime', *Adv.bl.* 1996, p. 17-22.

Verbeke (2000)
R. Verbeke, 'De rol van de deskundige, de partijen en de rechter tijdens het verloop van het deskundigenonderzoek', in: Guldix 2000, p. 37-74.

Verduyn (2008)
C.J. Verduyn, 'Een nieuwe maatstaf voor heroverweging van bindende eindbeslissingen', *TCR* 2008, p. 73-78.

Verhas (1997)
Chr.M.O. Verhas, *De beginjaren van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland* (diss. Leiden), Den Haag: Algemeen Rijksarchief 1997.

Verkerk (2007)
R.R. Verkerk, 'Procesrechtelijke waarborgen voor een betrouwbaar deskundigenonderzoek', *NTBR* 2007, p. 491-500 (ook gepubliceerd in: G.G. Hesen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008).

Verkerk & Verkijk (2006)
R.R. Verkerk en R. Verkijk, 'Principles of transnational civil procedure, vanuit een Nederlands perspectief', *NTBR* 2006, p. 212-223.

Vernede (1845)
J.S. Vernede, *Handleiding tot de Nederlandsche wetgeving, Vierde Aflevering, bevattende het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, Utrecht: Van Terveen 1845.

Verschoof (2004)
R.J. Verschoof, 'De praktijk van de comparitie na antwoord', *Trema* 2004, p. 339-345.

Viering (1994)
M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Visky (1968)
Károly Visky, 'La prova per esperti nel processo civile romano', in: *Studio Senesi LXXX* (III serie, XVII), Fascicolo 1, Siena 1968, p. 23-70.

Voet (2008)
S. Voet, 'Fundamentele herbezinning', *TCR* 2008, p. 39-41.

Vogel & Spühler (2006)
Oscar Vogel & Karl Spühler, m.m.v. Myriam A. Gehri, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, Bern: Stämpfli 2006.

Völzmann-Stickelbrock (2005)
Barbara Völzmann-Stickelbrock, 'Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?', in: *ZZP* 2005, p. 359-385.

Voorduin (1837)
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal, I. deel, I. stuk, Algemeene inleiding*, Utrecht: Robert Natan 1837.

Vorentwurf ZPO (2003)
'Schweizerische Zivilprozessordnung, Vorentwurf der Expertenkommission', juni 2003 (www.ejpd.admin.ch).

Vriesendorp (1970)
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

Wackie Eysten e.a. (1993)
P.A. Wackie Eysten e.a., *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Walther (1843)
Walther, 'Zur Lehre vom sogenannten Beweis durch Kunst- und Sach-Verständige, insbesondere aber über deren von Amtswegen verfügte Beiziehung im Civilprozeß', *Archiv für die civilistische Praxis* 1843, p. 85-113 en p. 249-295.

Walther (2005)
Fridolin Walther, 'Die Schweiz und das europäische Zivilprozessrecht – quo vadis?', 3. Europäischer Juristentag in Genf, 7-9 September 2005, *ZSR* 2005, p. 301-358.

Max Weber (1891)
Max Weber, *Die Römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1891.

Stephan Weber (2006)
Stephan Weber (red.), *Das medizinische Gutachten*, Erweiterter Sonderdruck der Tagungsbeiträge zum 5. Personen-Schaden-Forum 2006, Zürich: Schulthess 2006.

Wedekind (1971)
W.G.Ph.E. Wedekind, *Bijdrage tot de kennis van de ontwikkeling van de procesgang in civiele zaken voor het Hof van Holland in de eerste helft van de zestiende eeuw* (diss. Utrecht), Assen: Van Gorcum 1971.

Wellmann/Hüttemann, Walterscheidt & Weidhaas (2004)
Carl. R. Wellmann/Günter Hüttemann, Bernd Walterscheidt & Jutta Weidhaas, *Der Sachverständige in der Praxis*, München: Werner Verlag 2004.

Wenger (1925)
Leopold Wenger, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, München: Max Hueber 1925.

Wervelman & De Jong (2005)
E.J. Wervelman & E.J.C. de Jong, 'Misverstanden en oplossingen rondom inzage- en blokkeringsrecht in civiele zaken; enkele praktijkvoorbeelden', *TvGR* 2005, p. 383-398.

Wesseling-van Gent (1987)
E.M. Wesseling-van Gent, *Het civiele geding in de toekomst. Beschouwingen over aanpassing en vernieuwing van de regels van het burgerlijk proces in eerste aanleg naar*

aanleiding van de integratie van kantongerecht en rechtbank (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Wesseling-van Gent (1988)
E.M. Wesseling-van Gent, 'Eigen wetenschap van de rechter', *NJB* 1988, p. 1118-1121.

Wesseling-van Gent (2006)
E.M. Wesseling-van Gent, 'To fish or not to fish, that's the question', in: P.J. van der Korst e.a., *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht* (Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Vereniging Corporate Litigation) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 81-119.

Wetboek (1809)
Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland, Den Haag: Koninklijke Staatsdrukkerij 1809.

Wet Hartogh (1896)
Wet van 7 juli 1896, Stb. 1896, 103, in werking getreden op 1 januari 1897.

Van der Wiel (2004)
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Wielant (1573)
I. Strubbe: heruitgave van: Philips Wielant, *Practijke civile*, Antwerpen: Henrick van-der Loe 1573; (Fontes Iuris Batavi Rariores), Amsterdam: Graphic 1968.

Wieten (2004)
H.L.G. Wieten, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004.

WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' (2001)
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: SDU 2001.

Ynzonides (2006)
M. Ynzonides, 'Uit-gebalanceerd', in: M. Ynzonides e.a., *Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 11-21.

Van der Zanden (2005)
P. van der Zanden, 'Accountant als deskundige', *De Accountant* 2005, p. 36-39.

Zavaro (2006)
Michel Zavaro, m.m.v. Sylvie Pieraccini, *Questions d'Experts (et réponses des Juges)*, Aix-en-Provence: Edilaix 2006.

Zavaro (2007)
Michel Zavaro, *Guide de l'expertise judiciaire, Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, Aix-en-Provence: Edilaix 2007-7.

Zekoll (2008)
Joachim Zekoll, 'Comparative civil procedure', in: Mathias Reimann & Reinhard Zimmerman (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Zeylemaker (1952)
Zeylemaker, *Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap tot 1813*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Mij 1952.

Zuckerman (2006a)
Adrian Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2006.

Zuckerman (2006b)
Adrian Zuckerman, 'From Formalism to Court Control of Litigation', in: Cadiet & Canivet 2006, p. 339-362.

Zuschlag (2002)
Berndt Zuschlag, *Das Gutachten des Sachverständigen, Rechtsgrundlagen, Fragestellungen, Gliederung, Rationalisierung*, Göttingen: Hogrefe 2002.

Zwagerman (2008)
M. Zwagerman, 'Medisch deskundigenbewijs bij beroepsziekten', *TVP* 2008, p. 57-66.

Zweigert & Kötz (1996)
Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996.

Rechtspraakregister

(Verwezen wordt naar de paragraafnummers.)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (www.echr.coe.int)

1979-1999

EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, m.nt. EAA (*Airey/Ierland*)Europees Hof voor de Rechten van de Mens (www.echr.coe.int) | 2.3.4
EHRM 23 juni 1981, *NJ* 1982, 602 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België*) | 6.4.2.2
EHRM 28 juni 1984, 7819/77 en 7878/77 (*Campbell and Fell/Verenigd Koninkrijk*) | 5.3.4.4
EHRM 26 oktober 1984, *NJ* 1988, 744, m.nt. EAA (*De Cubber/België*) | 5.3.4.4
EHRM 6 mei 1985, *NJ* 1989, 385, m.nt. PvD (*Bönisch/Oostenrijk*) | 5.3.3, 5.3.4.1, 5.3.4.2
EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102, m.nt. EAA (*Benthem/Nederland*) | 6.4.2.2
EHRM 22 juni 1989, 11179/84 (*Langborger/Zweden*) | 5.3.4.4
EHRM 25 juni 1987, *NJ* 1990, 231, m.nt. EAA (*Capuano/Italië*) | 2.4.3
EHRM 12 juli 1988, *NJ* 1988, 851, m.nt. EAA (*Schenk/Zwitserland*) | 5.3.2
EHRM 24 mei 1989, 10486/83, *NJ* 1990, 627, m.nt. PvD (*Hauschildt/Denemarken*) | 5.3.4.4, 5.5.2
EHRM 24 oktober 1989, 10073/82 (*H./Frankrijk*) | 4.5.1, 5.3.2
EHRM 28 augustus 1991, 11170/84, 12876/87, 13468/87 (*Brandstetter/Oostenrijk*) | 5.3.3, 5.3.4, 5.3.4.3, 5.3.4.4
EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1992, 73 (*Borgers/België*) | 5.4.2.1
EHRM 16 december 1992, 13071/87 (*Edwards/Verenigd Koninkrijk*) | 4.5.1
EHRM 21 september 1993, *NJ* 1994, 544 (*Zumtobel/Oostenrijk*) | 5.3.2, 5.3.3
EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS (*Dombo/Nederland*) | 2.4.3, 4.5.1, 5.3.2
EHRM 19 april 1994, *NJ* 1995, 462, m.nt. EAA (*Van de Hurk/Nederland*) | 7.5.3.1
EHRM 9 december 1994, *NJ* 1997, 20, m.nt. EAA onder HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21 (*Hiro Balani/Spanje*) | | 7.5.3.1
EHRM 26 maart 1996, 20524/92 *(Doorson/Nederland)* | 4.5.1, 5.3.2
EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk)* / 1.4.5, 3.2.3, 4.5.1, 5.3.2, 5.3.3, 6.4.2.1, 6.4.3.7, 7.4.2.1
EHRM 27 mei 1997, 17391/90 (*Eriksen/Noorwegen*) | 4.5.1
EHRM 23 april 1998, 22885/93 (*Bernard/Frankrijk*) | 4.5.1, 5.3.3

2000-2008

EHRM 13 juli 2000, 25735/94, (*Elsholz/Duitsland*) | 5.3.2
EHRM 29 maart 2001, 27154/95 (*D.N./Zwitserland*) | 5.3.4
EHRM 2 oktober 2001, 44069/98 (*G.B./Frankrijk*) | 5.3.3
EHRM 11 oktober 2001, *NJ* 2002, 417 (*Sahin/Duitsland*) | 5.3.2
EHRM 9 juli 2002, nr. 48334/99 (*Polman/Nederland*) | 7.5.3.2
EHRM 24 april 2003, 44962/98 (*Yvon/Frankrijk*) | 5.3.3
EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2004, 136, m.nt. SW (*Sahin/Duitsland*) | 5.3.2
EHRM 26 februari 2004, 74969/01 (*Görgülü/Duitsland*) | 5.3.3
EHRM 9 maart 2004, *NJ* 2005, 13 (*Pitkänen/Finland*) | 1.4.5
EHRM 18 mei 2004, 67972/01 (*Somogyi/Italië*) | 5.3.2
EHRM 19 mei 2005, *NJ* 2006, 14 (*Steck-Risch e.a./Liechtenstein*) | 5.3.4.6
EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 72, m.nt. F. Fernhout (*Cottin/België*) | 5.3.3, 5.5.3.5, 6.4.3.5, 6.4.3.7
EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*) | 5.3.2
EHRM 10 november 2005, 40324/98 (*Süss/Duitsland*) | 4.5.1
EHRM 13 juli 2006, 58757/00 (*Jäggi/Zwitserland*) | 5.3.2
EHRM 27 juli 2006, 5010/04 (*Von Hoffen/Liechtenstein*) | 5.3.2
EHRM 8 augustus 2006, 43803/98, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 697-706, m.nt. PvD (*Eskelinen e.a./Finland*) | 4.7.3, 5.3.2, 5.3.3
EHRM 11 januari 2007, 20027/02 (*Herbst/Duitsland*) | 5.3.2
EHRM 22 februari 2007, 12365/03 (*Krasulya/Rusland*) | 5.3.3
EHRM 26 april 2007, 5953/02 (*Vozhigov/Rusland*) | 5.3.2
EHRM 7 juni 2007, 1641/02 (*Oao Plodovaya Kompaniya/Rusland*) | 6.4.2.2
EHRM 5 juli 2007, *EHRC* 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de Werd *(Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland)* | 1.4.4, 4.5.1, 5.3.3, 5.3.4, 5.3.4.5, 5.3.4.7, 5.5.2, 5.5.3.6
EHRM 10 juli 2007, 18223/04 (*Cruz de Carvalho/Portugal*) | 4.5.1
EHRM 8 januari 2008, 82/02 (*Erdem e.a./Turkije*) | 5.3.5
EHRM 24 januari 2008, 6859/02 (*Nagovitsyn/Rusland*) | 6.4.2.2
EHRM 29 januari 2008, 34418/04 (Csösz/*Hongarije*) | 5.3.3
EHRM 8 april 2008, nr. 7170/02 (*Gradinar/Moldavië*) | 7.5.3.1, 7.5.3.2

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
(www.echr.coe.int) |

ECRM 18 november 1995, 26527/95 (*Wolfgang Blum en Klaus Ignaz Jacobi/Oostenrijk*) (dec.) | 5.3.4.6
ECRM 29 november 1995, 21491/93 (*Beleggings- en Beheersmaatschappij Indiana B.V./Nederland*) (dec.) | 5.3.4.6

Hoge Raad der Nederlanden

tot 1920

HR 27 november 1846, *W* 790 | 4.7.1.2, 4.7.1.3, 7.5.2
HR 11 februari 1859, *W* 2034 | 4.7.1.2, 4.7.1.3, 7.5.2
HR 16 mei 1890, *W* 5870 | 4.7.1.2
HR 8 maart 1901, *W* 7577 | 4.7.1.3, 7.5.2
HR 2 april 1901 (strafkamer), *W* 7601 | 4.7.1.3
HR 7 november 1904 (strafkamer), *W* 8139 | 4.7.1.3
HR 10 december 1909, *W* 8945 | 4.7.1.3
HR 27 december 1909 (strafkamer), *W* 8961 | 4.7.1.3
HR 24 juni 1910, *W* 9049 | 4.7.1.3, 4.7.1.4
HR 31 maart 1911, *W* 9168 | 4.7.1.1
HR 9 juni 1911, *W* 9196 | 4.7.1.3
HR 10 november 1916, *WPNR* 2515, p.123-128 | 4.7.1.3
HR 29 december 1916, *NJ* 1917, 121 | 4.7.1.2
HR 5 april 1918, *NJ* 1918, p. 561 | 7.5.2.3

1920-1950

HR 7 mei 1920, *W* 10589, m.nt. H. de Jong, *NJ* 1920, p. 602-605 | 4.7.1.3, 6.4.1.5
HR 20 april 1923, *NJ* 1923, p. 721 | 3.2.4
HR 7 mei 1924, *NJ* 1924, 854 | 4.7.1.3
HR 26 juni 1925, *NJ* 1925, 977 | 4.7.1.3
HR 5 november 1926, *NJ* 1927, 378 | 4.7.1.2
HR 20 december 1926, *NJ* 1927, 85 | 1.4.5
HR 18 november 1927, *NJ* 1928 p. 151-153 | 1.2, 4.7.1.3
HR 27 juni 1930, *W* 12168, m.nt. Star Busmann, *NJ* 1930, 1395, m.nt. EMM | 4.7.1.2, 4.7.1.3, 4.7.1.4
HR 31 januari 1935, *NJ* 1935, 479, m.nt. EMM | 4.7.1.4
HR 16 december 1938, *NJ* 1939, 829, m.nt. EMM | 4.7.1.3
HR 7 mei 1943, *NJ* 1943, 457 | 4.5.1

1950-1969

HR 18 april 1952, *NJ* 1952, 573 | 4.7.1.1, 4.7.1.1
HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 624 | 4.7.1.4
HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61, m.nt. D.J. Veegens | 2.5, 6.4.1.5, 6.4.2.7
HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 579 | 7.5.3.4
HR 12 april 1960 (strafkamer), *NJ* 1961, 32, m.nt. Pompe | 4.7.1.4
HR 5 mei 1961, *NJ* 1961, 409 | 4.7.1.3, 7.4.2.2
HR 18 oktober 1961, *NJ* 1963, 78 | 7.5.3.2
HR 28 juni 1963, *NJ* 1963, 507 | 4.5.1
HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32, m.nt. DJV | 4.5.1, 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 12 december 1969, *NJ* 1970, 161 | 4.7.2

1970-1979

HR 27 mei 1970, *NJ* 1972, 302 | 7.5.3.4
HR 15 november 1972, *NJ* 1973, 153 | 5.6.2
HR 13 december 1974 (strafkamer), *NJ* 1975, 186, m.nt. ThWvV | 4.7.1.3
HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 383, m.nt. WMK | 5.6.2, 6.4.3.7
HR 28 april 1978, *NJ* 1979, 104 | 6.4.1.5
HR 19 mei 1978, *NJ* 1978, 607 | 4.7.1.2
HR 16 maart 1979, *NJ* 1980, 600, m.nt. BW | 7.5.2.4

1980-1989

HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 441, m.nt. PAS | 1.4.5, 3.5.4, 6.4.2.1, 6.4.2.6, 6.4.3.2, 6.4.3.3
HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 611, m.nt. WHH | 4.5.1
HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 560 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 682, m.nt. JCS | 2.5
HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 481 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 22 april 1983, *NJ* 1983, 666 | 7.5.1
HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 250, m.nt. WMK | 1.4.5
HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 164 | 7.5.3.2
HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 | 6.4.2.2
HR 9 december 1986, *NJ* 1987, 632 | 5.6.1
HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928, m.nt. EAA | 2.5
HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130, m.nt. WHH | 2.3.4
HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, m.nt. EAA | 2.5
HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 679, m.nt. WHH | 2.4.5, 4.7.1.5, 6.4.2.5
HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 725, m.nt. WHH | 2.4.3
HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 747 | 4.5.1
HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 779 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 24 juni 1988, *NJ* 1989, 121 | 4.5.1
HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035 | 4.5.1, 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 20 oktober 1989, *NJ* 1989, 898 | 7.5.3.4
HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 109 | 5.6.2
HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 111 | 7.5.2.5
HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 789, m.nt. JBMV | 2.5

1990

HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. MA | 6.4.2.1
HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 1, m.nt. JBMV | 1.2, 4.7.3
HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 530 | 7.5.3.2
HR 22 juni 1990, *NJ* 1990, 704 | 4.7.1.5
HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 | 7.5.3.4
HR 30 november 1990, *NJ* 1992, 94, m.nt. HJS | 5.5.2
HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 216 | 6.4.2.5

1991
HR 11 januari 1991, *NJ* 1991, 595, m.nt. JBMV | 1.4.5
HR 12 april 1991, *NJ* 1991, 434 | 4.5.1
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 524 | 4.7.2

1992
HR 7 februari 1992, *NJ* 1993, 78, m.nt. HJS | 2.5
HR 18 februari 1992 (strafkamer), *NJ* 1993, 28, m.nt. Sch | 4.3.7.2
HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175 | 5.5.3, 6.4.2.1, 6.4.2.4, 6.4.2.7
HR 23 oktober 1992, *NJ* 1992, 814 | 6.4.2.5

1993
HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234 | 1.4.5, 5.5.3.4, 6.4.2.1, 6.4.2.4
HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 599, m.nt. HJS | 2.5
HR 14 mei 1993, *NJ* 1994, 448 | 7.5.1
HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659, m.nt. DWFV | 4.7.1.1, 7.5.3.1
HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 94 | 2.4.2

1994
HR 7 januari 1994, *NJ* 1994, 320 | 4.7.3, 6.4.3.7
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. HJS | 2.3.4
HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 550 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 400, m.nt. EAA & HJS | 2.5
HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154 | 7.5.3.2, 7.5.3.4
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742, m.nt. HJS | 2.3.4, 7.5.2.5

1995
HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, m.nt. CJHB | 4.7.1.2, 7.5.1, 7.5.2.4
HR 24 maart 1995, *NJ* 1998, 414, m.nt. PV | 6.4.2.2
HR 31 maart 1995, *NJ* 1995, 597 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21 m.nt. EAA | 7.5.3.1
HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 666, m.nt. JdB | 4.5.1

1996
HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 341, m.nt. HJS | 4.7.1.1
HR 29 maart 1996, *NJ* 1996, 421 | 2.4.5
HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 731 | 2.5
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. G.R. Rutgers | 5.6.2, 6.4.2.4, 6.4.2.5, 6.4.3.2, 6.4.3.3
HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 45, m.nt. HJS onder HR 13 december 1996, *NJ* 1998, 46 | 2.4.5, 2.5
HR 20 november 1996 (belastingkamer), *NJ* 1997, 288, m.nt. PCEvW | 5.5.3
HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205, m.nt. PAS | 4.5.1

1997
HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 237, m.nt. HJS | 2.5
HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 9 | 5.5.3.8
HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 98 | 7.5.3.2

1998
HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456, m.nt. F.C.B. van Wijmen | 5.6.2, 6.4.1.5, 6.4.2.7, 6.4.3.5
HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478, m.nt. HJS | 4.5.1
HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 898 | 4.7.1.6
HR 19 juni 1998, *NJ* 1999, 288, m.nt. WMK | 4.5.1, 4.7.1.1
HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 | 4.7.1.1, 7.5.3.1
HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 132 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 364 | 4.7.1.1, 4.7.1.4

1999
HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 342 | 6.4.2.5
HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, m.nt. P. Clausing | 4.7.1.1, 4.7.1.4, 7.4.2.3, 7.5.3.4, 7.5.3.6
HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351, m.nt. CJHB | 7.5.2.4

2000
HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 440 | 7.5.3.4
HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302, m.nt. PAS | 4.5.1
HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 647, m.nt. JdB | 6.4.1.5, 6.4.2.7

2001
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77 | 4.5.2, 4.7.2, 5.5.3.5, 5.5.4
HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 176 | 5.5.3.3
HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 362, JOR 2001, 113, m.nt. K. Frielink | 4.7.3, 6.4.3.5, 7.5.2.5
HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433, *NbBW* oktober 2001 p. 110-112, m.nt. R.J.P. Kottenhagen | 1.2, 4.5.1, 4.7.1.1, 4.7.1.5
HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 | 1.4.5, 4.7.1.1, 5.6.2, 6.4.1.1, 6.4.2.4, 6.4.2.5, 6.4.3.1, 6.4.3.7
HR 26 juni 2001 (strafkamer), *NJ* 2001, 564, m.nt. Sch | 1.4.3
HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 494 | 7.5.3.1
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, m.nt. JBMV | 7.6
HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 73 | 4.5.1, 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 21 december 2001, *NJ* 2004, 34, m.nt. DA | 4.7.1.5

2002
HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV | 2.5
HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 394, *JBPr* 2002, 4, m.nt. H.W. Wiersma | 2.4.2, 2.5
HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, m.nt. F.C.B. van Wijmen | 1.2, 1.4.4, 4.7.1.1, 7.5.3.4

HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18, m.nt. HJS | 4.5.1
HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171, m.nt. MS | 7.5.3.1
HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 172, m.nt. HJS | 2.3.4
HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 63 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4, m.nt. JBMV | 2.3.4, 2.4.5, 6.4.1.5, 6.4.2.5, 6.4.2.6

2003
HR 31 januari 2003, *NJ* 2004, 48, m.nt. DA | 6.4.2.5
HR 15 april 2003 (strafkamer), *NJ* 2003, 364 | 1.4.3
HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286, m.nt. Ma | 1.4.5
HR 12 september 2003, *NJ* 2005, 441, m.nt. DA onder *NJ* 2005, 442 | 4.5.1
HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 454, m.nt. DA | 2.5
HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 21 | 4.7.1.5
HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460, *JBPr* 2004, 15, m.nt. K. Teuben, hersteld bij HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 461, m.nt. JBMV | 2.4.5, 7.4.2.1
HR 10 oktober 2003, *NJ* 2004, 37 | 7.5.3.1
HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, *JBPr* 2004, 29, m.nt. R. Schellaars | 4.7.1.1, 7.2.1, 7.5.3.4,
HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584, *JBPr* 2004, 30, m.nt. E.F. Groot | 4.5.1
HR 19 december 2003, *NJ* 2005, 181, m.nt. HJS | 2.4.5

2004
HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510, m.nt. DA, *JBPr* 2004, 22, m.nt. H.W. Wiersma | 5.5.4
HR 6 februari 2004, *NJ* 2004, 329 | 7.5.3.2
HR 26 maart 2004, *LJN* AO1330, *JBPr* 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen, *TvGR* 2004, 33, m.nt. J. Van der Burg | 6.4.1.5, 6.4.2.2, 6.4.2.7, 7.4.1
HR 18 juni 2004, *LJN* AO6920 | 2.4.2
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 256, m.nt. HJS, *JBPr* 2004, 67, m.nt. H.W. Wiersma | 4.5.2, 4.7.1.2, 5.5.4
HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 92 | 2.4.5
HR 8 oktober 2004, *LJN* AP1083 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 12 november 2004, *LJN* AP9636 | 4.7.1.1, 4.7.1.4, 4.7.3, 5.5.3.4, 6.4.3.7, 7.4.2.3
HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 68 | 4.5.1
HR 24 december 2004, *LJN* AR4980 | 4.5.1

2005
HR 25 januari 2005 (strafkamer), *LJN* AS1872 | 1.4.3
HR 8 februari 2005 (strafkamer) *NJ* 2005, 514 | 7.5.3.6
HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442, m.nt. DA | 4.5.1
HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 14 maart 2005 (strafkamer), *NJ* 2007, 345, m.nt. P.A.M. Mevis | 1.4.3
HR 29 april 2005, *NJ* 2005, 456 | 6.4.2.5
HR 29 april 2005, *NJ* 2007, 153, m.nt. prof. mr. J. Legemaate | 7.5.3.6
HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406 | 4.7.1.1, 4.7.1.4, 4.7.2
HR 3 juni 2005, *LJN* AS5933 | 7.5.3.4

HR 10 juni 2005, *NJ* 2005, 315 | 7.5.3.2
HR 12 augustus 2005, *LJN* AT3477 | 6.4.1.5, 6.4.2.7
HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 619 | 4.7.1.1, 4.7.1.4
HR 14 oktober 2005, *LJN* AU3412 | 4.5.1
HR 25 november 2005, *LJN* AT9053 | 1.2, 1.4.7, 4.7.1.1, 5.5.3.8, 6.4.3.7
HR 23 december 2005, *LJN* AU4793 | 2.4.2

2006
HR 13 januari 2006, *LJN* AU3256 | 4.7.1.1
HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78, *JBPr* 2006, 44, m.nt. A.S. Rueb | 2.5
HR 10 februari 2006, *LJN* AU7473 | 2.4.2
HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 158 | 2.4.5
HR 17 maart 2006, *LJN* AU8317 | 4.7.1.5
HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 233 | 2.4.5
HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 655, m.nt. PCEvW | 4.7.1.1
HR 12 mei 2006, *LJN* AV8720 | 2.4.5
HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585, m.nt. J.H. Spoor | 7.5.3.4
HR 23 juni 2006, *LJN* AV7029 | 4.7.1.5
HR 30 juni 2006, *LJN* AX3410 | 1.2, 6.4.3.5, 7.5.3.6
HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493 | 1.2, 1.4.4, 4.5.1, 4.7.1.3, 6.4.1.1, 7.4.2.2, 7.5.3.4
HR 15 september 2006, *NJ* 2006, 507 | 2.4.5
HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 538, m.nt. HJS | 4.5.1
HR 6 oktober 2006, *LJN* AX8295 | 4.5.1, 6.4.2.2
HR 10 november 2006, *LJN* AZ1899, *JBPr* 2007, 31, m.nt. H.L.G. Wieten | 2.4.5
HR 24 november 2006, *LJN* AY7929 | 2.4.5
HR 8 december 2006, *LJN* AZ0760 | 4.5.1

2007
HR 12 januari 2007, *LJN* AZ1492 | 2.4.5
HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 178 | 2.3.4
HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189 | 4.5.1
HR 27 april 2007, *LJN* AZ4567 | 4.5.3, 4.7.3, 5.6.2
HR 8 juni 2007, *LJN* AZ6096 | 2.3.4
HR 19 juni 2007 (strafkamer), *NJ* 2008, 169, m.nt. prof. mr. Y. Buruma | 7.5.3.6
HR 29 juni 2007, *LJN* AV7405, *NJ* 2008, 177, m.nt. HJS en J. Legemaate, *BR* 2007, 906, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Nieuwsbrief Bb* 2007, 56, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *TvA* 2008, 23, m.nt. H.L.J. Roelvink | 4.7.1.5, 6.4.2.5
HR 13 juli 2007, *LJN* BA4200 | 4.5.1, 7.4.2.1
HR 5 oktober 2007, *LJN* BB3678 | 4.5.1
HR 19 oktober 2007, *LJN* BB5172 | 7.5.2.2
HR 23 november 2007, *LJN* BB3733 | 4.5.1

2008
HR 8 januari 2008, *LJN* BC3222 | 6.4.2.5
HR 1 februari 2008, *LJN* BB5923 | 4.5.2

HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106 | 1.4.3, 4.7.1.2, 6.4.1.5, 6.4.2.7
HR 22 februari 2008, *LJN* BB3676 | 1.2, 6.4.2.2, 6.4.2.5, 7.4.1
HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626 | 1.2, 6.4.2.2, 6.4.2.5, 7.4.1
HR 22 februari 2008, *LJN* BC1237 | 4.7.1.6
HR 22 februari 2008, *LJN* BC4874 | 4.7.1.6
HR 14 maart 2008, *LJN* BC1231 | 2.4.5, 7.4.2.1
HR 18 maart 2008 (strafkamer), *LJN* BA1024 | 1.4.3
HR 28 april 2008, *LJN* BC2800 | 4.5.1
HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401 | 4.5.1, 4.7.1.1
HR 11 juli 2008, *LJN* BC8421 | 2.5, 6.4.2.5

Gerechtshoven

tot 1970

Provinciaal Geregtshof van Noord-Holland van 20 juni 1842, *W* 306 | 7.4.2.2, 7.5.2.5
Hof Amsterdam 30 juni 1892, *W* 6233 | 7.5.2
Hof Arnhem 22 januari 1924, *W* 11163 | 4.7.1.4
Hof Den Haag 2 december 1927, *NJ* 1928, p. 1463 | 4.5.1
Hof Leeuwarden 25 juni 1941, *NJ* 1941, 789 | 5.5.3.3
Hof Den Haag 14 december 1942, *NJ* 1943, 386 | 6.4.1.1
Hof Den Haag 8 februari 1950, *NJ* 1951, 198 | 5.5.3.5

1970-1999

Hof Den Bosch 13 juli 1976, *NJ* 1978, 121 | 4.5.1
Hof Amsterdam 29 januari 1981, *VR* 1981, 53 | 7.4.2.3
Hof Den Haag 14 december 1984, *NJ* 1986, 372 | 6.4.1.5
Hof Leeuwarden 27 maart 1996, *NJ* 1996, 677 | 4.5.1
Hof Den Bosch 30 oktober 1996, *NJ* 1997, 431 | 5.6.2
Hof Amsterdam 19 december 1996, *NJ* 1997, 490 | 4.7.3
Hof Arnhem 17 maart 1998, *VR* 1998, 123 | 5.5.3.5
Hof Arnhem 27 juli 1999, *VR* 2001, 21 | 4.7.3, 5.5.3.2
Hof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, m.nt. A.J. Akkermans | 4.7.3

2000-2002

Hof Leeuwarden 20 september 2000, 9900083, ongepubliceerd | 5.5.3.4
Hof Den Bosch 30 januari 2001, *LJN* AA9995 | 7.5.3.6
Hof Arnhem 25 juni 2002, *LJN* AE4748 | 4.7.3
Hof Leeuwarden 24 juli 2002, *LJN* AE5850 | 4.7.2, 5.5.3.5

2003

Hof Arnhem 21 januari 2003, *LJN* BB0832 | 4.7.2
Hof Arnhem 21 januari 2003, rekestnr. 2002/502, ongepubliceerd | 5.5.3.5
Hof Den Haag 26 februari 2003, *LJN* AK3510 | 4.5.1
Hof Den Bosch 12 maart 2003, *LJN* AG8056 | 5.6.2
Hof Den Bosch 15 april 2003, *LJN* AF8234 | 6.4.3.7

Hof Leeuwarden 16 april 2003, *LJN* AF7442 | 4.5.2
Hof Arnhem 10 juni 2003, *LJN* BB0836 | 4.7.2, 7.4.2.3
Hof Amsterdam 19 juni 2003, rekestnr. 1214/2002, ongepubliceerd | 3.2.4
Hof Den Bosch 12 augustus 2003, *LJN* AT5400 | 4.7.3
Hof Leeuwarden 20 augustus 2003, *LJN* AI1285 | 4.7.2
Hof Den Bosch 2 november 2003, *LJN* AT0447 | 6.4.2.6, 6.4.3.2

2004
Hof Arnhem 13 januari 2004, *LJN* AP0214 | 4.5.1
Hof Den Bosch 20 januari 2004, *LJN* AT5401 | 6.4.2.6, 6.4.3.2
Hof Den Bosch 3 februari 2004, *VR* 2004, 163 | 4.7.3
Hof Den Bosch 3 februari 2004, *LJN* AO4139 | 5.6.2
Hof Arnhem 23 maart 2004, *LJN* AO7631 | 7.5.3.6
Hof Amsterdam 8 april 2004, *PRG* 2004, 6252 | 4.7.2
Hof Den Bosch 8 april 2004, *NP* 2004, nr. 5 | 4.7.3
Hof Arnhem 27 april 2004, *NJF* 2004, 500, *JBPr* 2004, 56, m.nt. J.W. Westenberg | 4.5.2, 5.4.2.1, 5.3.5, 5.5.3.3, 5.5.3.7, 5.5.4
Hof Amsterdam 1 juli 2004, *VR* 2005, 139 | 4.5.1
Hof Den Bosch 20 juli 2004, *LJN* AX3533 | 4.7.2, 6.4.1.1, 6.4.3.6
Hof Den Haag 4 augustus 2004, *LJN* AR2196 | 4.7.2
Hof Den Bosch 28 september 2004, *LJN* AS5951 | 4.7.2
Hof Leeuwarden 3 november 2004, *LJN* AR5199 | 7.4.2.1
Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AT5402 | 7.5.3.6
Hof Den Bosch 14 december 2004, *LJN* AS6385, *JBPr* 2005, 26, m.nt. J.G.A. Linssen | 6.4.1.5

2005
Hof Den Bosch 20 januari 2005, *LJN* AS7173 | 6.4.2.6, 6.4.3.2
Hof Den Haag 8 april 2005, *LJN* AT7525 | 7.4.2.3
Hof Den Haag 28 april 2005, *LJN* AU4277 | 6.4.2.5
Hof Den Bosch 8 mei 2005, *LJN* BB0497 | 7.5.3.4
Hof Den Bosch 17 mei 2005, *LJN* AT6702 | 5.5.3.7
Hof Den Bosch 14 juni 2005, *LJN* AT9938 | 5.5.3.3
Hof Amsterdam 14 juli 2005, *LJN* AU5255 | 6.4.3.7, 7.4.2.3
Hof Den Bosch 9 augustus 2005, *LJN* AU4102, *JBPr* 2006, 68, m.nt. E.F. Groot | 4.5.2, 5.5.3.7
Hof Amsterdam 8 december 2005, *LJN* AV3104 | 4.7.2
Hof Den Bosch 20 december 2005, *LJN* AV2124 | 7.4.2.3
Hof Amsterdam 29 december 2005, *LJN* AV3248 | 4.7.2

2006
Hof Den Haag 25 januari 2006, *LJN* BA0157 | 6.4.1.4
Hof Den Bosch 31 januari 2006, *LJN* AY9098 | 4.7.2, 6.4.3.7
Hof Arnhem 7 februari 2006, *LJN* AV1683 | 4.7.2
Hof Leeuwarden 22 februari 2006, *LJN* AV2479 | 5.5.4
Hof Amsterdam 23 februari 2006, *LJN* AX0124 | 5.5.3.3, 5.6.2

Hof Leeuwarden 8 maart 2006, *LJN* BB2834 | 4.7.3
Hof Amsterdam 9 maart 2006, 1973/03 (ongepubliceerd) | 4.7.3
Hof Amsterdam 16 maart 2006, *LJN* AX6754 | 4.7.2
Hof Den Bosch 21 maart 2006, *TVP* 2006, p. 46-51 | 6.4.3.3
Hof Arnhem 28 maart 2006, *LJN* AV9120 | 6.4.3.7
Hof Leeuwarden 29 maart 2006, *LJN* AW4126 | 7.4.2.3
Hof Arnhem 4 april 2006, *LJN* AW1809 | 7.4.2.1
Hof Den Bosch 11 april 2006, *LJN* AW9685 | 4.7.2
Hof Den Bosch 18 april 2006, *LJN* AX2480 | 4.7.2
Hof Den Bosch 9 mei 2006, *LJN* AX1224 | 4.5.1
Hof Arnhem 23 mei 2006, *LJN* AY5110 | 7.5.3.4
Hof Arnhem 13 juni 2006, *LJN* AY9107 | 5.6.1
Hof Den Haag 21 juni 2006, *LJN* AY3820 | 6.4.1.4
Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5418 | 5.5.3.4
Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556 | 6.4.2.1, 6.4.2.2, 6.4.2.2, 6.4.2.5, 6.4.3.6
Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *LJN* AZ1210, *JBPr* 2007, 67, m.nt. E.F. Groot | 7.4.1
Hof Leeuwarden 6 september 2006, *LJN* AY8002 | 4.5.1
Hof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481 | 5.6.2
Hof Den Bosch 19 september 2006, *LJN* AY9522 | 4.7.3
Hof Den Bosch 26 september 2006, *LJN* AY9629 | 4.7.2
Hof Den Bosch 3 oktober 2006, *LJN* AZ0557 | 4.7.2
Hof Leeuwarden 11 oktober 2006, *LJN* AZ0110 | 5.6.2
Hof Den Bosch 17 oktober 2006, *LJN* BA0264 | 5.5.3.4
Hof Den Haag 25 oktober 2006, *LJN* AZ2090 | 6.4.1.1, 6.4.1.4
Hof Leeuwarden 1 november 2006, *NJF* 2006, 577 | 4.7.3
Hof Den Bosch 7 november 2006, *LJN* AZ2455 | 6.4.2.5, 6.4.3.5
Hof Leeuwarden 8 november 2006, *LJN* AZ2043 | 6.4.3.7
Hof Amsterdam 23 november 2006, *NJF* 2007, 59 | 5.5.3.4
Hof Arnhem 12 december 2006, *LJN* AZ9174 | 6.4.3.7
Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4433 | 4.7.3, 5.4.2.2, 6.4.1.1, 6.4.1.4
Hof Den Haag 13 december 2006, *LJN* AZ4437 | 4.7.3, 6.4.1.4
Hof Den Bosch 19 december 2006, *LJN* AZ8669 | 6.4.3.3
Hof Leeuwarden 27 december 2006, *LJN* AZ5581 | 4.7.2

2007
Hof Leeuwarden 24 januari 2007, *LJN* AZ7479 | 6.4.1.5
Hof Den Haag 7 februari 2007, *LJN* BB4094 | 6.4.1.4
Hof Den Bosch 13 februari 2007, *LJN* BA4889 | 4.7.2
Hof Den Bosch 20 februari 2007, *LJN* BA0042 | 4.5.2
Hof Den Bosch 21 maart 2007, *LJN* BA1886 | 4.5.1
Hof Den Bosch 21 maart 2007, *LJN* BA7783 | 4.5.1
Hof Den Haag 28 maart 2007, *LJN* BA3489 | 6.4.1.1, 6.4.1.4
Hof Den Bosch 24 april 2007, *LJN* BB3967 | 7.5.3.3
Hof Amsterdam 26 april 2007, *LJN* BB0896, *JBPr* 2008, 6, m.nt. M. Beekhoven van den Boezem | 1.4.3

Hof Arnhem 8 mei 2007, *LJN* BA4885 | 6.4.1.1
Hof Arnhem 12 juni 2007, *LJN* BA7499 | 4.6.1, 4.7.3, 4.7.3
Hof Amsterdam 3 juli 2007, *LJN* BB1389 | 6.4.1.1
Hof Amsterdam 12 juli 2007, *LJN* BA9617 | 5.6.3.2
Hof Den Bosch 5 september 2007, *LJN* BB3962 | 4.5.1
Hof Arnhem 2 oktober 2007, *LJN* BB5285 | 6.4.2.7
Hof Leeuwarden 10 oktober 2007, *LJN* BB5471, *JBPr* 2008, 10 | 1.4.3
Hof Den Bosch 27 november 2007, *LJN* BC4956 | 5.6.2
Hof Den Bosch 27 november 2007, *LJN* BB9579 | 4.7.3
Hof Den Bosch 11 december 2007, *LJN* BC1552 | 7.5.3.4, 7.5.3.6
Hof Den Haag 18 december 2007, *LJN* BC7355 | 7.4.2.3

2008
Hof Den Bosch 8 januari 2008, *LJN* BC3222 | 4.7.2, 6.4.2.5
Hof Den Bosch 8 januari 2008, *LJN* BC3226 | 4.5.2
Hof Den Bosch 8 april 2008, *LJN* BC9439 | 7.5.3.3
Hof Arnhem 8 april 2008, *LJN* BD2252 | 5.5.3.4, 5.5.3.5
Hof Leeuwarden 23 april 2008, *LJN* BD0483 | 4.5.2
Hof Arnhem 19 augustus 2008, *LJN* BE9077 | 4.5.1

Rechtbanken

tot 1940
Rb. Amsterdam 22 april 1890, *W* 5893 | 7.5.2.5
Rb. Arnhem 14 november 1912, *NJ* 1913, p. 99-101 | 5.5.2
Rb. Breda 3 juni 1913, *NJ* 1913, p. 1010 | 7.5.3.4
Rb. Roermond 15 januari 1914, *NJ* 1914, p. 603-605 | 6.4.2.6
Rb. Utrecht 21 januari 1914, *NJ* 1914, p. 239-241 | 6.4.1.5
Rb. Dordrecht 27 december 1922, *NJ* 1923, p. 1277 | 7.5.2.5
Rb. Amsterdam 4 mei 1925, *NJ* 1925, p. 926-927 | 4.7.2
Rb. Almelo 31 maart 1926, *NJ* 1926, p. 925 | 4.5.1
Pres. Rb. Rotterdam 18 oktober 1927, *NJ* 1928, p. 1089 | 4.5.1
Pres. Rb. Roermond 28 december 1927, *NJ* 1928, p. 139 | 4.5.1
Rb. Rotterdam 3 november 1930, *NJ* 1931, 732 | 5.6.2
Pres. Rb. A'dam 27 oktober 1933 *NJ* 1934, p. 286 | 4.5.1
Rb. Rotterdam 17 februari 1937, *NJ* 1938, 501 | 7.4.2.2, 7.5.3.6
Rb. Den Haag 31 oktober 1939, *NJ* 1940, 449 | 7.5.2.2

1940-1979
Rb. Middelburg 22 mei 1940, *NJ* 1941, 121 | 7.4.2.3
Rb. Den Haag 25 juni 1940, *NJ* 1940, 982 | 6.4.3.5
Rb. Den Haag 10 december 1940, *NJ* 1941, 166 | 7.5.2.5
Rb. Groningen 3 december 1948, *NJ* 1949, 701 | 5.5.3.5
Pres. Rb. Breda 20 mei 1958, *NJ* 1958, 615 | 4.5.1
Pres. Rb. Breda 13 januari 1959, *NJ* 1959, 450 | 4.5.1

Pres. Rb. Rotterdam 21 januari 1964, *NJ* 1964, 326 | 4.5.1
Rb. Arnhem 4 januari 1973, *NJ* 1975, 75 | 5.6.2
Rb. Arnhem 28 november 1974 en 26 februari 1976, *NJ* 1977, 281 | 7.6
Rb. Utrecht 9 februari 1977, *NJ* 1978, 50 | 4.7.2

1980-2000
Rb. Den Bosch 2 april 1982, *NJ* 1983, 379 | 4.5.1
Rb. Almelo 6 augustus 1997, *VR* 1999, 128 | 7.5.3.6
Hof Arnhem 27 juli 1999, *VR* 2001, 21 | 4.7.3
Rb. Groningen 20 augustus 1999, *PRG* 2000, 5420 | 7.5.2.5
Rb. Zutphen 6 april 2000, *PRG* 2001, 5737 | 7.4.2.3
Rb. Leeuwarden 6 september 2000, H 97.987, ongepubliceerd | 5.5.3.6
Rb. Zutphen 7 december 2000, *PRG* 2002, 5859 | 4.7.2

2001-2003
Rb. Rotterdam 4 oktober 2001, *VR* 2002, 139 | 4.7.2
Rb. Arnhem 6 december 2001, 2000/1988, ongepubliceerd | 5.5.3.3
Rb. Groningen 21 september 2001, *LJN* AD9258 | 6.4.2.2
Rb. Breda 12 februari 2002, *LJN* AD9516 | 4.7.2
Rb. Alkmaar 26 september 2002, *LJN* AE8549 | 4.5.1
Rb. Maastricht 12 maart 2003, *LJN* AF5831 | | 4.7.3
Rb. Leeuwarden 24 maart 2003, *VR* 2004, 106 | 4.7.2
Rb. Arnhem 4 juni 2003, 74611/HAZA 01.954, ongepubliceerd | 6.4.3.7
Rb. Haarlem sector kanton 20 oktober 2003, *LJN* AN8307 | 4.5.1
Rb. Middelburg 17 december 2003, *LJN* AO0897 | 7.5.3.3

2004
Rb. Arnhem 14 januari 2004, *LJN* AO3009 | 4.7.2
Rb. Arnhem 4 februari 2004, *LJN* AO5038 | 6.4.2.1
Rb. Arnhem 11 februari 2004, *LJN* AO5406 | 4.5.1
Rb. Zwolle 23 april 2004, *LJN* AO9003 | 4.5.1
Rb. Alkmaar sector kanton 18 mei 2005, *LJN* AT6610 | 6.4.3.7
Rb. Middelburg 9 juni 2004, *LJN* AP3638 | 4.5.1
Rb. Breda 16 juni 2004, *LJN* AP3011 | 4.7.2, 5.5.3.6
Rb. Arnhem 23 juni 2004, *LJN* AP4283 | 4.7.3
Rb. Arnhem 30 juni 2004, *LJN* AP1721 | 7.5.3.3
Rb. Arnhem 7 juli 2004, *LJN* AQ5092 | 7.5.3.3
Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR2224 | 3.2.3, 4.5.2, 5.6.1
Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AR8862 | 4.5.1, 4.7.2
Rb. Utrecht 14 juli 2004, *NP* juli/augustus 2004, p. 7-8 | 6.4.2.2
Rb. Zwolle 11 augustus 2004, *LJN* AR3394 | 4.5.1
Rb. Haarlem sector kanton 11 augustus 2004, *LJN* AU3846 | 4.7.2
Rb. Almelo 18 augustus 2004, *LJN* AQ7103 | 7.5.3.2
Rb. Haarlem 28 augustus 2004, *LJN* AY6977 | 6.4.3.2
Rb. Zwolle 8 september 2004, *LJN* AQ9892 | 4.7.2
Rb. Utrecht 29 september 2004, *LJN* AR3283 | 4.5.1

Rb. Arnhem 29 september 2004, *LJN* AR3529 | 7.5.3.3
Rb. Den Bosch 13 oktober 2004, *LJN* AR7780 | 4.5.1
Rb. Den Bosch 13 oktober 2004, *Computerrecht* 2005, 13 | 7.6
Rb. Arnhem 20 oktober 2004, *LJN* AR6366 | 4.5.1
Rb. Arnhem 27 oktober 2004, *LJN* AR8860 | 7.5.3.6
Rb. Amsterdam 1 november 2004, *JA* 2004, 5 | 6.4.2.2
Rb. Dordrecht 10 november 2004, *NJF* 2004, 594 | 6.4.3.7, 7.5.3.2
Rb. Zwolle 17 november 2004, *LJN* AR7016 | 7.5.3.3
Rb. Arnhem 17 november 2004, *LJN* AR8795 | 7.5.3.3
Rb. Arnhem 24 november 2004, *LJN* AR8774 | 7.5.3.3
Rb. Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104 | 5.6.2
Rb. Leeuwarden 22 december 2004, *LJN* AR8400 | 7.5.3.3

2005
Rb. Rotterdam 14 januari 2005, 217499/HARK 04-85, ongepubliceerd | 6.4.2.2
Rb. Arnhem 26 januari 2005, *LJN* AS8648 | 7.5.3.3
Rb. Amsterdam 16 februari 2005, *LJN* AS8816 | 4.7.2
Rb. Arnhem 2 maart 2005, *LJN* AT2927 | 4.7.2
Rb. Arnhem 2 maart 2005, *LJN* AT2943 | 4.5.1
Rb. Arnhem 9 maart 2005, *LJN* AT2988 | 4.7.2
Rb. Roermond 23 maart 2005, *LJN* AT2618 | 6.4.3.5
Rb. Roermond 24 maart 2005, *LJN* AT2618 | 5.5.3.4
Rb. Utrecht 13 april 2005, *LJN* AT5891 | 4.7.2
Rb. Arnhem 13 april 2005, *LJN* AT5929 | 4.7.2
Rb. Arnhem 23 april 2005, *LJN* AT4402 | 6.4.3.3
Rb. Alkmaar sector kanton 18 mei 2005, *LJN* AT66104.5.1, 6.4.3.5
Rb. Rotterdam 24 mei 2005, *LJN* AX8918 | 4.7.2
Rb. Amsterdam 25 mei 2005, *LJN* AT8990 | 4.7.2
Rb. Amsterdam 1 juni 2005, HAZA 03.0197, ongepubliceerd | 4.7.2
Rb. Amsterdam 22 juni 2005, *LJN* AT9557 | 7.4.2.1
Rb. Zutphen 29 juni 2005, *LJN* AU0347 | 5.6.2
Rb. Arnhem 13 juli 2005, *LJN* AU1532 | 4.7.2
Rb. Amsterdam 27 juli 2005, *LJN* AU0594 | 6.4.2.7
Rb. Rotterdam 17 augustus 2005, HARK 05-37, ongepubliceerd | 6.4.2.2
Rb. Dordrecht sector kanton 22 september 2005, *LJN* AU3206 | 7.4.2.1
Rb. Arnhem 5 oktober 2005, *LJN* AU7541 | 7.5.3.3
Rb. Arnhem 12 oktober 2005, *LJN* AU8391 | 5.5.3.4, 5.6.1
Rb. Dordrecht 9 november 2005, *LJN* AU9327 | 7.5.3.4
Rb. Zwolle 30 november 2005, *LJN* AV4109 | 4.5.1
Rb. Rotterdam 14 december 2005, *S&S* 2006, 132 | 6.4.3.3, 7.5.3.3
Rb. Amsterdam 15 december 2005, *LJN* AU8214 | 4.7.3, 6.4.1.1
Rb. Amsterdam 28 december 2005, *NJ* 2006, 553 | 6.4.3.3

2006

Rb. Arnhem 25 januari 2006, *LJN* AV 7885 | 6.4.1.5
Rb. Arnhem 15 februari 2006, *LJN* AW1836 | 5.5.3.4
Rb. Rotterdam 1 maart 2006, *LJN* AV3940, *JBPr* 2006, 58, m.nt. E.F. Groot | 6.4.1.5
Rb. Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277 | 8.4.3.2
Rb. Utrecht 8 maart 2006, *LJN* AV5235 | 4.7.2, 6.4.3.3
Rb. Den Bosch 8 maart 2006, *LJN* AX9125 | 4.7.2
Rb. Rotterdam 29 maart 2006, *NJ* 2006, 314 | 4.7.2
Rb. Utrecht sector kanton 29 maart 2006, *LJN* AY3832 | 4.7.2
Rb. Arnhem 3 april 2006, 137769/HA RK 06-37, ongepubliceerd | 6.4.2.2
Rb. Arnhem 5 april 2006, *LJN* AW4325 | 6.4.2.5
Rb. Groningen 3 mei 2006, *LJN* AX4137 | 4.7.2
Rb. Arnhem 17 mei 2006, *LJN* AY1091 | 4.5.2
Rb. Arnhem 17 mei 2006, *LJN* AY3895 | 4.7.2
Rb. Den Bosch 7 juni 2006, *LJN* AX8956 | 6.4.2.7
Rb. Middelburg 26 juli 2006, *LJN* AY5819 | 7.5.3.4
Rb. Arnhem 30 augustus 2006, *LJN* AZ1795 | 6.4.3.7
Rb. Assen 30 augustus 2006, *LJN* AY7298 | 4.5.2
Rb. Den Bosch 11 oktober 2006, *LJN* AZ0113 | 4.7.2
Rb. Arnhem 11 oktober 2006, *LJN* AZ4024 | 4.5.2
Rb. Zutphen 27 oktober 2006, *L&S* 2006 | 4.7.3
Rb. Utrecht 22 november 2006, *L&S* 2006, 261 | 6.4.2.4
Rb. Zwolle 29 november 2006, *LJN* BA9754 | 7.5.3.2

2007

Rb. Zutphen 3 januari 2007, *LJN* BA1993 | 6.4.3.5, 6.4.3.7
Rb. Den Bosch sector kanton 24 januari 2007, *LJN* AZ8665 | 4.7.2
Rb. Rotterdam sector kanton 6 februari 2007, *LJN* BA0283 | 4.7.2
Rb. Zwolle 7 februari 2007, *LJN* BA8627 | 4.7.2
Rb. Rotterdam 28 februari 2007, *LJN* BA0910 | 2.4.5, 4.7.3
Rb. Zutphen 14 maart 2007, *LJN* BB0906 | 5.5.3.5
Rb. Dordrecht 21 maart 2007, *LJN* BA3465 | 4.7.2
Rb. Amsterdam 28 maart 2007, 330997/HAZA 05-3449, ongepubliceerd | 5.5.3.6
Vzr. Rb. Amsterdam 19 april 2007, *LJN* BA3673 | 6.4.2.5
Rb. Zutphen 2 mei 2007, *LJN* BB0920 | 4.7.2
Rb. Breda sector kanton 9 mei 2007, *LJN* BA4614 | 6.4.3.3
Rb. Arnhem 16 mei 2007, *LJN* BB0110 | 4.7.3
Vzr. Rb. Den Bosch 5 juni 2007, *LJN* BA6557 | 6.4.1.5
Rb. Groningen sector kanton 28 juni 2007, *L&S* 2007/175 | 1.4.3
Rb. Middelburg sector kanton 28 juni 2007, *LJN* BB6137 | 6.4.3.7
Rb. Rotterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB3478 | 5.5.3.4, 5.6.2, 6.4.3.7
Rb. Rotterdam 8 augustus 2007, *LJN* BB6037 | 7.5.3.6
Rb. Middelburg 15 augustus 2007, *LJN* BB3705 | 7.5.3.4
Rb. Leeuwarden 23 augustus 2007, *LJN* BB4573 | 4.7.3
Rb. Zutphen 12 september 2007, *LJN* BB6269 | 6.4.1.1, 7.5.3.4
Rb. Arnhem 3 oktober 2007, *LJN* BB5473 | 7.5.2.2

Rb. Arnhem 10 oktober 2007, *LJN* BB5995, *JA* 2008, 26, m.nt. G. de Groot | 5.6.2, 7.5.2.2
Rb. Assen 10 oktober 2007, *LJN* BC4933 | 7.5.3.6
Rb. Amsterdam sector kanton 11 oktober 2007, *LJN* BB7962 | 6.4.3.5
Rb. Rotterdam 31 oktober 2007, *LJN* BC1211 | 4.5.1
Rb. Dordrecht 7 november 2007, *LJN* BB7702 | 5.6.2
Rb. Leeuwarden 14 november 2007, *LJN* BB8114 | 5.5.3.4, 6.4.2.5
Rb. Haarlem 21 november 2007, *LJN* BC2841 | 6.4.3.6
Rb. A'dam 22 november 2007, *LJN* BB9697 | 4.5.1
Rb. Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BB9315 | 7.5.3.3
Rb. Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BB9317 | 4.7.2
Rb. Leeuwarden sector kanton 29 november 2007, *LJN* BC0030 | 6.4.2.5, 7.5.2.2
Rb. Utrecht 5 december 2007, *LJN* BC0289 | 6.4.1.1, 6.4.3.3
Rb. Utrecht 12 december 2007, *LJN* BC1934 | 6.4.1.5
Rb. Arnhem 19 december 2007, *LJN* BC1577 | 7.5.3.3
Rb. Rotterdam 19 december 2007, *LJN* BC4039 | 4.7.3

2008
Rb. Dordrecht 2 januari 2008, *LJN* BC1403 | 7.4.2.3
Rb. Zwolle 2 januari 2008, *LJN* BD4311 | 6.4.3.7
Rb. Rotterdam 9 januari 2008, *NJF* 2008, 185 | 4.7.1.2
Vzr. Rb. Amsterdam 10 januari 2008, *LJN* BC3099 | 5.5.3.4
Rb. Utrecht 16 januari 2008, *LJN* BC1934 | 6.4.1.5
Rb. Amsterdam 23 januari 2008, *LJN* BC3176 | 4.7.2
Rb. Alkmaar sector kanton 31 januari 2008, *LJN* BD1912 | 7.5.3.6
Rb. Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC7179 | 5.6.1
Rb. Den Bosch 13 februari 2008, *LJN* BC5879 | 6.4.3.3
Rb. Haarlem 20 februari 2008, *LJN* BC5189 | 7.5.3.2
Rb. Amsterdam 6 maart 2008, *NP* 2008/4, p. 9-11 | 4.7.3
Rb. Arnhem 18 maart 2008, *LJN* BC8044 | 3.2.4
Rb. Arnhem 26 maart 2008, *LJN* BC8808 | 5.6.2
Rb. Arnhem 9 april 2008, *LJN* BC9922 | 7.5.2.2
Rb. Utrecht 16 april 2008, *LJN* BC9418 | 4.7.2
Rb. Utrecht 16 april 2008, *LJN* BC9971 | 7.5.3.6
Rb. Dordrecht 23 april 2008, *LJN* BD0513 | 7.5.3.2
Rb. Zutphen 7 mei 2008, *LJN* BD7122 | 4.7.1.2
Rb. Rotterdam 21 mei 2008, *LJN* BD6976 | 4.7.1.2
Rb. Zutphen 28 mei 2008, *LJN* BD7175 | 4.7.2
Rb. Arnhem sector kanton 20 juni 2008, *LJN* BD5847 | 4.7.2
Rb. Rotterdam 25 juni 2008, *LJN* BE9358 | 6.4.1.5
Rb. Den Bosch 2 juli 2008, *LJN* BD6517 | 5.6.2
Rb. Rotterdam 16 juli 2008, *LJN* BD8479 | 4.7.3
Rb. Arnhem 16 juli 2008, *LJN* BD8704 | 7.5.2.2
Rb. Utrecht 27 augustus 2008, *LJN* BE9202 | 4.7.2

Kantonrechter (tot 1 januari 2002)

Ktr. Amsterdam 12 januari 1841, *W* 258 | 4.5.1
Ktr. Amsterdam 12 oktober 1933 en 21 december 1933, *NJ* 1934, 1205 | 5.5.3.1
Ktr. Rotterdam 5 april 2001, *PRG* 2002, 5947 | 7.5.3.6

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (www.raadvanstate.nl)

ABRvS 28 juni 1999, *JB* 1999/219, m.nt. MAH | 5.5.3.3
ABRvS 3 maart 2004, *JB* 2004/158 | 7.5.1

Centrale Raad van Beroep (www.rechtspraak.nl)

CRvB 5 oktober 2001, *LJN* AD5242 | 5.5.3.3
CRvB 22 oktober 2002, *LJN* AF4022 | 7.5.1
CRvB 21 juli 2006, *LJN* AY5328 | 7.5.1, 7.5.3.4
CRvB 10 augustus 2006, *LJN* AY6543 | 5.5.3.5
CRvB 12 juni 2007, *LJN* BA7320 | 7.5.3.4
CRvB 7 november 2007, *LJN* BB7474 | 7.5.1

College van Beroep voor het bedrijfsleven (www.rechtspraak.nl)

CBB 9 januari 2001, *LJN* AA9501 | 5.6.3.2
CBB 3 april 2003, *LJN* AF7159 | 5.6.3.2
CBB 22 mei 2003, *LJN* AG0153 | 5.6.3.2
CBB 5 februari 2004, *LJN* AO3797 | 5.6.3.2
CBB 29 april 2004, *LJN* AO9538 | 5.6.3.2
CBB 21 september 2004, *LJN* AR3157 | 5.6.3.2
CBB 2 februari 2007, *LJN* AZ9443 | 5.6.3.2
CBB 29 maart 2007, *LJN* BA2960 | 5.6.3.2

Centraal tuchtcollege voor de gezondheidszorg (www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl)

CTG 20 maart 2001, 1999.258 | 5.6.3.1
CTG 29 maart 2001, 1999.271 | 5.6.3.1
CTG 4 december 2001, 2001.058 | 5.6.3.1
CTG 17 december 2002, 2002.056 | 5.6.3.1
CTG 13 mei 2004, 2003.130 | 5.6.3.1
CTG 31 augustus 2004, 2003.177 | 5.6.3.1
CTG 7 december 2004, 2004.045 | 5.6.3.1, 7.5.2.5
CTG 7 juni 2005, *Stcrt*. 10 juni 2005, nr. 110, p. 1, 2004.149 | 5.6.3.1
CTG 19 juli 2007, 2006.026 | 5.6.3.1

Australië

R. v Bonython, (1984) S.A.S.R. 45 at 46 (South Australia Supreme Court) | 4.3.3.1

België (www.juridat.be)
Hof van Cassatie

HvC 15 maart 1985, RC853F3_2 en RC853F3_3, R*W* 1985(86) p. 1008-1010 | 5.4.2.1
HvC 12 december 1985, N-19851212-11 | 4.3.5.4
HvC 21 november 1989, RC89BL8_1 | 5.4.2.1
HvC 14 september 1992, N-19920914-7 | 4.3.5.4
HvC 17 september 1993, RC939H3_1 en RC939H3_2 | 5.4.2.1
HvC 31 januari 2003, RC031V1_4 | 5.4.2.1
HvC 9 januari 2004, RC04192_3, RC04192_4 en RC04192_5 | 5.4.2.1
HvC 9 januari 2004, RC04192_2 | 5.4.2.1
HvC 3 juni 2004, N-20040603-9 | 4.3.5.4
HvC 10 november 2006, N-20061110-2 | 4.3.5.4

Duitsland (www.bundesgerichtshof.de)
Bundesgerichtshof

BGH 17 februari 1970, *NJW* 1970, p. 946 | 2.5, 4.3.6.1, 7.2.2.2
BGH 18 maart 1974, *NJW* 1974, p. 1424 | 4.3.6.1
BGH 21 maart 1981, *NJW* 1981, p. 2009 | 5.4.2.2
BGH 21 januari 1991, *NJW* 1991, p. 1418 | 4.3.6.1
BGH 4 mei 1993, *NJW* 1993, p. 2992 | 7.2.2.2
BGH 23 september 1997, NStZ 98, 83 | 7.2.2.2
BGH 3 maart 1998, *NJW* 1998, p. 3355 | 5.4.2.2
BGH 21 maart 2000, *NJW* 2000, p. 1946-1947 | 4.3.6.1
BGH 30 januari 2001, VI ZR 353/99 | 7.2.2.2
BGH 21 juni 2001, III ZR 313/99 | 7.2.2.2
BGH 4 december 2001, X ZR 199/00 | 5.4.2.2
BGH 3 juli 2002, *NJW* 2002 p. 3112-3113, IV ZR 205/01 | 1.4.4, 4.3.6.1
BGH 29 oktober 2002, VI ZR 353/01 | 7.2.2.1
BGH 15 juli 2003, VI ZR 361/02 | 5.4.2.2, 7.2.2.2
BGH 15 januari 2004, I ZR 196/01 | 5.4.2.2
BGH 27 januari 2004, VI ZR 150/02 | 7.2.2.1
BGH 8 juni 2004, VI ZR 230/03 | 7.2.2.1
BGH 22 september 2004, IV ZR 200/03 | 7.2.2.2
BGH 10 mei 2005, VI ZR 245/04 | 7.2.2.1
BGH 26 juli 2005, X ZR 134/04 | 7.2.2.2
BGH 26 juli 2005, X ZR 108/04 | 5.4.2.2
BGH 13 september 2005, VI ZB 84/04 | 7.2.2.1
BGH 15 september 2005, I ZR 151/02 | 4.3.6.1

BGH 11 oktober 2005, X ZR 76/04 | | 4.3.6.1
BGH 18 oktober 2005, VI ZR 270/04 | 7.2.2.1
BGH 25 oktober 2005, V ZR 241/04 | 7.2.2.1
BGH 8 november 2005, VI ZR 121/05 | 7.2.2.1
BGH 22 november 2005, VI ZR 330/04 | 1.4.4, 4.3.6.1
BGH 19 januari 2006, III ZR 121/05 | 11 | 4.3.6.1
BGH 23 februari 2006, III ZR 176/05 | 4.3.6.1
BGH 14 maart 2006, VI ZR 335/04 | 7.2.2.1
BGH 15 maart 2006, IV ZR 182/05 | 7.2.2.1
BGH 29 maart 2006, VIII ZR 173/05 | 7.2.2.2
BGH 3 mei 2006, XII ZR 195/03 | 7.2.2.2
BGH 23 juni 2006, V ZR 17/06 | 7.2.2.1
BGH 23 juni 2006, V ZR 147/05 | 7.2.2.1
BGH 29 juni 2006, I ZR 110/03 | 4.3.6.1
BGH 27 juli 2006, VII ZB 16/06, *NJW* 2006, 3214 | 5.4.2.2
BGH 28 juli 2006, III ZB 14/06 | 5.4.2.2
BGH 5 september 2006, VI ZR 176/05 | 7.2.2.1
BGH 15 november 2006, IV ZR 122/05 | 7.2.2.2
BGH 15 november 2006, XII ZR 195/03 | 7.2.2.2
BGH 23 november 2006, III ZR 65/06 | 4.3.6.1
BGH 12 december 2006, VI ZR 276/05 | 7.2.2.1
BGH 19 december 2006, VIII ZB 49/06 | 5.4.2.2
BGH 16 januari 2007, VI ZR 166/06 | 4.3.6.1
BGH 13 februari 2007, X ZR 73/05 | 7.2.2.2
BGH 13 februari 2007, X ZR 74/05 | 7.2.2.2
BGH 26 april 2007, VII ZB 18/06 | 5.4.2.2
BGH 21 mei 2007, II ZR 266/04 | 4.3.6.1
BGH 26 juni 2007, VI ZR 163/06 | 4.3.6.1
BGH 5 juli 2007, III ZR 240/06 | 5.4.2.2
BHG 18 juli 2007, VIII ZR 236/05 | 7.2.2.2
BGH 24 juli 2007, X ZR 1/06 | 5.4.2.2
BGH 18 september 2007, X ZR 81/06 | 5.4.2.2
BGH 25 september 2007, VI ZR 157/06 | 7.2.2.1
BGH 4 oktober 2007, X ZR 156/06 | 5.4.2.2
BGH 17 oktober 2007, IV ZR 56/07 | 7.7.2.1
BGH 23 oktober 2007, X ZR 100/05 | 5.4.2.2
BGH 25 oktober 2007, I ZR 151/04 | 7.2.2.1
BGH 12 februari 2008, VI ZR 221/06 | 7.2.2.2

Bundesverwaltungsgericht

BverWG 6 december 1968, *NJW* 1969, 1591 | 5.4.2.2

Oberlandesgericht

OLG München 22 september 1968, *NJW* 1968, 202 5 | 4.2.2

Engeland & Wales (www.bailii.org)

Armchair Passenger Transport Ltd v Helical Bar Plc [2003] EWHC 367 (QB) | 5.4.3
Factortame v The Secretary of State for Transport, [2002] EWCA Civ 932 | 5.4.3
Fields v Leeds City Council [2000] 1 EGLR 54, [2001] CPLR 129 | 5.4.3
General Medical Council v Professor Sir Roy Meadow [2006] EWCA Civ 1390 | 5.4.3
Gleave v Holder [2004] EWCA Civ 1192 | 5.4.3
Hague v Rexam Glass (Barnsley) Ltd. [2006] EWCA Civ 377 | 4.3.3.1
Hubbard v. Lambeth, Southwark and Lewisham Health Authority, The Times, 8 oktober 2001 | 6.2.2.3
Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg, nr. 3, [2001] 1 WLR 2337 | 5.4.3
Meadow v General Medical Council, [2006] EWHC 146 (Admin.) | 1.4.3, 5.4.3
MCC Proceeds Inc v. Bishopsgate Investment Trust Plc & Ors [1998] EWCA Civ 1680 | 4.3.3.1
Morgan Grenfell & Co Ltd v. SACE – Istituto per i servizi Assicurativi del Commercio [2001] EWCA Civ 1932 | 4.3.3.1
National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance Co Ltd [1993] 2 Lloyd's Rep 68 (*The Ikarian Reefer*) | 5.4.3
Peet v Mid Kent Health Care Trust [2002] 1 WLR 210 | 4.3.3.1
Philips v Symes, [2004] EWHC 2330, Ch. | 5.4.3
R v Clark, [2003] EWCA Crim. 1020 | 1.4.3
R v Cannings, [2004] EWCA Crim. 01 | 1.4.3
R v R [2002] EWCA Civ 409 | 4.3.3.1
Stanton v Callaghan [2000] 1 QB 75 | 5.4.3
Stallwood v David [2006] EWHC 2600 (QB) | 6.2.2.3
Stevens v Gullis [2000] 1 All ER 527 | 5.4.3
Whitehouse v Jordan [1981] 1 WLR 24 | 5.4.3

Frankrijk (www.legifrance.gouv.fr)
Cour de Cassation

CdC 12 november 1985, 83-17061 | 7.2.7.2
CdC 9 mei 1994, 92-14637 | 7.2.7.1
CdC 12 oktober 1994, 92-16493 | 6.2.3.1
CdC 11 april 1995, 93-16147 | 6.2.3.1
CdC 7 november 1995, 93-19318 | 6.2.3.4
CdC 19 december 1995, 93-20822 | 6.2.3.3
CdC 10 april 1996, 95-10707 | 5.4.2.3
CdC 19 februari 1997, 95-14163 | 5.4.2.3
CdC 27 mei 1998, 96-17919; 96-19819 | 6.2.3.4
CdC 8 juli 1998, 96-22299 | 5.4.2.3
CdC 8 april 1999, 96-21897 | 5.4.2.3
CdC 1 juni 1999, 98-10988 | 6.2.3.3

CdC 27 april 2000, 98-13361 | 5.4.2.3
CdC 6 juli 2000, 97-21404; 97-22430; 97-22392, 97-22141 | 5.4.2.3
CdC 18 januari 2001, 98-19958 | 6.2.3.3
CdC 20 december 2001, 00-10633 | 6.2.3.4
CdC 12 maart 2002, 99-15377 | 5.4.2.3
CdC 19 maart 2002, 00-11907 | 4.7.3, 5.4.2.3
CdC 7 mei 2002, 99-20676 | 5.4.2.3
CdC 5 december 2002, 01-00224 | 5.4.2.3
CdC 5 december 2002, 01-10320 | 6.2.3.3
CdC 5 maart 2003, 00-21931 | 5.4.2.3, 6.2.3.3, 7.2.7.2
CdC 15 mei 2003, 01-12665 | 6.2.3.3
CdC 11 februari 2004, 02-16140 | 5.4.2.3
CdC 8 april 2004, 02-11619 | 6.2.3.1, 6.2.3.4
CdC 28 april 2004, 02-20330 | 5.4.2.3
CdC 10 juni 2004, 02-15129 | 5.4.2.3
CdC 15 juni 2004, 01-02338 | 6.2.3.3
CdC 24 juni 2004, 02-10200 | 5.4.2.3
CdC 24 juni 2004, 02-10817 | 5.4.2.3
CdC 24 juni 2004, 02-14959 | 6.2.3.1
CdC 24 februari 2005, 03-12226 | 6.2.3.4
CdC 23 juni 2005, 03-16627 | 5.4.2.3
CdC 13 oktober 2005, 04-10834 | 5.4.2.3
CdC 21 september 2006, 06-10852 | 5.4.2.3

Oostenrijk (www.ris.bka.gv.at)
Der Oberste Gerichtshof

OGH 26 september 1962, 1 Ob 187/62 | 5.4.2.4
OGH 26 juli 1972, 11 Os 122/72 | 5.4.2.4
OGH 24 oktober 1973, 5 Ob 176/73 | 5.4.2.4
OGH 6 oktober 1982, 6Ob771/82; 1Ob783/82 | 7.2.3.1
OGH 13 november 1984, 4 Ob 371/84 | 4.3.7.2
OGH 25 oktober 1988, 10 ObS 286/88 | 5.4.2.4
OGH 15 maart 1989, 3 Ob 545/88 | 5.4.2.4
OGH 18 februari 1992, 5Ob1006/92 | 4.3.7.2
OGH 17 december 1996, 14 Os 174/96 | 5.4.2.4
OGH 24 september 1998, 6 Ob 113/98f | 5.4.2.4
OGH 28 mei 2001, 8ObA124/01w | 4.3.7.2
OGH 18 juli 2002, 3 Ob 284/01p | 5.4.2.4
OGH 22 oktober 2002, 10 Ob S316/02x | 5.4.2.4
OGH 21 augustus 2003, 15 Os 19/03 | 5.4.2.4
OGH 14 april 2004, 14 Os 92/03 | 5.4.2.4
OGH 14 december 2004, 10 Ob 69/04a | 5.4.2.4

Verenigde Staten van Amerika

Frye v. United States, 54 App. D.C. 46, 293 F. 1013, (*Court of Appeals of District of Columbia* van 3 december 1923) | 4.3.2.1
Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993) | 4.3.2.1
General Electric v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997) | 4.3.2.1

Zwitserland (www.bger.ch)
Bundesgericht

BGE 9 juli 1968, 94 I 417 (*Hottinger/Husy*) | 5.4.2.6
BGE 10 februari 1971, 97 I 1 (*Internationale Verbandstoff Fabrik Schaffhausen/Mediline A.-G.*) | 5.4.2.6
BGE 3 april 1974, 100 IA 28 (*Bachofner/Rekurskommission*) | 5.4.2.6
BGE 3 augustus 1990 (strafzaak), 116 Ia 135, *(L./Jura)* | 5.4.2.6
BGE 12 maart 1992, 118 II 249 (*X/Kantonales Verwaltungsgericht*) | 5.4.2.6
BGE 24 augustus 1994, 120 V 364, (*S.M./Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft*) | 5.4.2.6
BGE 24 augustus 1994, 120 V 357 (*M./Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft und Versicherungsgericht des Kantons Thurgau*) | 5.4.2.6
BGE 13 september 1995, 121 I 225 (*X/Anwaltsprüfungskommission des Kantons Luzern*) | 5.4.2.6
BGE 30 januari 1998, 124 I 34 (*S.B./N.*) | 5.4.2.6
BGE 5 oktober 1999, 125 II 541 (*Stadt Zürich/ Regina Stauffer e.a*) | 5.3.4.3, 5.4.2.6
BGE 28 april 2000, 126 III 249 (*Egemetal Demir Celik Sanayi ve Ticaret A.S./Fuchs Systemtechnik GmbH und ICC-Schiedsgericht*) | 5.4.2.6
BGE 30 augustus 2000, 5P.166/2000 (*S.V./A.P.*) | 5.4.2.6
BGE 8 juni 2001 5P.27/2001 | 7.2.9.2
BGE 13 september 2001, 5P.160/2001 | 5.4.2.6, 6.2.8.2, 7.2.9.2
BGE 1 juli 2002, 4P.72/2002 | 4.3.8.4
BGE 19 maart 2003, 5P.473/2002 | 4.3.8.2, 7.2.9.2
BGE 19 juni 2003, 5P.34/2003 | 4.3.8.2
BGE 8 april 2004, 4P.234/2003 | 4.3.8.2
BGE 10 juni 2004, 5P.79/2004 (*Z/Y*) | 5.4.2.6
BGE 10 augustus 2005, 4P.152/2005 | 4.3.8.3, 5.4.2.6
BGE 8 februari 2006, 132 V 93 (*Kanton St. Gallen/B*) | 5.4.2.6
BGE 16 november 2006, 5P.238/2006 | 7.2.9.2
BGE 30 november 2006, 1P.485/2006 | 5.4.2.6
BGE 6 december 2006, 4P.254/2006 | 5.4.2.6
BGE 8 januari 2007, 4P.248/2006 | 4.3.8.2
BGE 4 oktober 2007, 5A 375/2007 | 5.4.2.6

Trefwoordenregister

(Verwezen wordt naar de paragraafnummers.)

A

aansprakelijkheid van deskundige | 5.4.2.1, 5.4.2.2, 5.4.2.3, 5.4.2.4, 5.4.2.5, 5.4.2.6, 5.4.3, 5.6.1
aansprakelijkheidsbeperking | 3.2.4
aantal deskundigen | 4.7.2
aanvaarding: zie benoeming
adversarial principle | 2.3.4, 5.3.3, 6.4.3.7
afstammingszaken | 6.2.2.2, 6.2.3.3, 6.2.6.2, 6.2.8.1, 6.4.2.5, 6.4.2.7, 7.2.2.2
Anknüpfungstatsachen | 4.3.6.3
authentieke akte | 7.2.7.2, 7.5.1

B

Befundtatsachen | 4.3.6.3, 6.2.3.3
beginsel van hoor en wederhoor | 1.4.2, 1.5, *2.3.4*, 2.4.5, 3.3.2, 4.3.8.3, 4.5.3, 4.7.1.1, 4.7.1.4, *4.7.1.5*, 4.7.1.6, 4.7.2, 6.1, 6.2.3.1, 6.2.3.3, 6.2.5.2, *6.4.2.1*, *6.4.2.2*, 6.4.2.4, 6.4.2.5, 6.4.2.7, 6.4.3.4, 7.2.2.1, 7.4.2.1, 7.4.2.3, 8.4.4
belief perseverance | 5.5.3.5, 6.4.3.5
benoeming
- aanvaarding van de benoeming | 3.2.4
- van een natuurlijk persoon | *4.7.2*, 5.4.2.3, 5.4.2.4, 5.4.2.6
- van een rechtspersoon | *4.7.2*, 5.4.2.3
- overleg met partijen | 4.5.2, 4.7.2 |
- keuze van de persoon | 4.5.2, 4.7.2

bestuurs(proces)recht | 1.4.2, 1.7.3, 2.4.3, 3.2.4, 5.5.1, 7.5.1
bewijsaandraagplicht | 2.4.5, 8.4.1, 8.4.5.2
bewijswaardering na deskundigenadvies | 7.5
bezichtiging door deskundige | 5.5.3.3, 6.2.4.2, 6.2.5.2, 6.4.2.1, *6.4.2.6*, 6.4.3.4
bijeenkomst met partijen | 6.4.2.4
bindend advies | 7.5.1, 7.5.3.2

C

Code Louis / *2.5*, 3.4, *3.5.3*, 5.4.2.3, 6.2.3.3, 6.4.1.2, 6.4.1.3, 6.4.2.6, 6.4.3.2, 6.4.3.5, 8.4.5.2
Code de Procédure Civile (Frankrijk) | 4.3.10.1
cognitieproces | 2.5, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4
Commissie-Dorhout Mees | 2.5
comparitie na voorlopig deskundigenbericht | 7.4.1
constatation / 4.3.10.1, 4.3.10.2, 4.3.10.3, 6.2.3
consultation / 4.3.10.1, 4.3.10.2, 4.3.10.3, 6.2.3

D

disclosure statement / 5.5.4, 8.4.2
discretionaire bevoegdheid | 4.5.1, *4.7.1*, 8.3.2, 8.4.1
dwangsom | 6.2.3.3, 6.2.4.1, 6.4.1.5, 6.4.2.5, 6.4.2.7

E
eed | 3.4, 4.3.7.3, 4.5.3, 5.4.2.4, 5.5.1, *5.5.2*
eigenrichting | 2.3.2
eigen wetenschap | *4.7.1.3,* 4.7.1.4, 5.5.3.1, 6.2.2.2, 7.2.2.2, 7.5.2.5
eindbeslissing | 4.5.1
equality of arms / *2.3.4*, 4.5.1, 5.3.3, 5.3.4, 5.3.4.2, 6.2.3.1, 6.4.2.1, 6.4.2.2, 6.4.2.5, 6.4.3.7, 7.5.3.6, 8.3.2
ervaringsregels | 4.3.4.3, 4.3.5.4, 4.3.6.3, 4.3.7.3, 4.3.8.2, 4.3.8.4, 4.3.10.3, 4.7.1.2, *4.7.1.3, 4.7.1.4*, 4.7.1.6, 6.4.2.1, 7.2.3.2, 7.2.4.2, 7.5.2.1, 7.5.3.4, 8.4.1, 8.4.3.1, 8.4.3.2, 8.4.3.3
exhibitieplicht | 2.5, 6.4.2.5
expertise / 4.3.10.1, 4.3.10.2, 4.3.10.3, 6.2.3

F
feitenaanvulling | 2.4.5
feitenonderzoek | 2.4.5, 4.7.3, *6.2*
formulaproces | *3.3.1*, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4, 8.3.2
Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht | 1.7.1, 2.1, 2.3.3, *2.4.4*, 4.7.3, 6.4.2.1, 7.4.1

G
Gerichtssachverständigenliste / 4.3.7.2
gewichtige redenen | 6.4.1.5, 6.4.2.5
gijzeling | 6.2.6.2

H
hearsay evidence / 6.2.2.2
herroeping | 2.3.2, 2.5
hoor en wederhoor, zie: beginsel van hoor en wederhoor
hulppersoon van deskundige, zie: inschakeling van een derde
hypothetische vragen, zie: opdracht

I
inschakeling van een derde | *4.7.2*, 5.4.2.1, 5.4.2.3, 5.4.2.6, 5.4.3, 5.6.2, *5.6.4*
installatievergadering | 4.3.5.4, 4.7.3, 6.2.4.2
inzage- en blokkeringsrecht | 6.4.1.5, 6.4.2.1, 6.4.2.2, 6.4.2.7

K
kennisillusie | 1.4.4
kennisparadox | *1.4.4*, 5.2, 5.6.1, 6.2.3.1, 6.4.2.5, 6.4.3.3, 6.4.3.5, 7.2.2.2, 7.4.2.3, 7.5.1, 7.5.3.1, 7.5.3.6, 8.4.1, 8.4.2, 8.4.3.2, 8.4.5.2
kosten
- van deskundigenadvies | 1.6, *3.2.3*, 3.5.3, 4.3.4.1, 4.3.6.3, 6.4.2.5, 6.4.3.5, 7.2.2.1, 8.4.2
- van de procedure | 1.4.2, 1.4.5, 1.6, 2.3.4, 2.5, 4.3.3.1, 6.4.2.5, 6.4.3.3, 8.4.4

L
legisactieproces | | *3.3.1*, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4, 8.3.2
Leidraad deskundigen in civiele zaken | 4.7.3, 6.4.1.1, 6.4.2.2, 6.4.2.4, 6.4.2.5, 6.4.3.3, 6.4.3.4

M
marginale toetsing | 7.5.2.2
medewerkingsverplichting | 2.5, 3.4, 4.3.10.3, 6.2.2.2, 6.2.3.2, 6.2.3.3, 6.2.4.1, 6.2.4.2, 6.2.5.2, 6.2.6.1, 6.2.8.1, *6.4.1.5*, 6.4.2.5
motivering van deskundigenadvies | 7.5.2.5
motiveringsbeginsel | 2.3.4, 4.5.1,*7.5.3.1*

N
naar beste weten | 5.4.2.1, 5.4.2.2, 5.4.2.3, 5.4.2.4, 5.4.2.6, *5.6*, 6.4.2.5, 6.4.3.5, 7.5.2.5, 7.5.3.4, 8.3.3, 8.4.2

nieuwe feiten in deskundigenadvies | 7.2.3.2, 7.2.9.3, *7.6*, 8.4.3.2
Nouveau Code de Procédure Civile, zie: *Code de Procédure Civile*

O
Obergutachten / 4.3.6.1, 4.3.8.2, 7.2.2.2
ondertekening | 3.2.4
onderzoek ter plaatse | 1.4.5, 6.2.4.2, 6.2.5.2, 6.2.6.2, 6.2.7, *6.4.2.6*, 6.4.3.4
onderzoeksmethode | 5.4.2.1, 5.4.2.2, 5.4.2.6, 5.4.3, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.3.1, 5.6.4
onderzoeksvrijheid van deskundige | 1.4.6, 5.6.1, *6.4.1.1*, 6.4.2.1, 6.4.2.4, 6.4.2.7, 6.4.3.1, 8.3.2
onmiddellijkheidsbeginsel | *1.4.5*, 1.6, 6.2.5.1, 7.2.3.1
onpartijdigheid
- van de deskundige | 1.2, 1.4.7, 1.5, 5.3.4.2, 5.3.4.6, 5.3.4.7, *5.5*, 6.2.6.2, 6.4.3.4, 7.2.2.1, 7.5.2.5, 7.5.3.6, 8.3.3, 8.4.2, 8.4.4, 8.4.5.2, 8.4.5.3
- van de rechter | 2.3.4, 5.3.4.7, 8.4.2

opdracht aan deskundige | 1.2, 1.4.4, 1.4.6, 2.4.5, 3.2.4, 4.7.3, 5.6.1, *8.4.3*, 8.4.4, 8.4.5.2
- hypothetische vragen | 4.3.2.3, 4.3.3.3, 4.7.3
- persoonlijk vervullen | 5.4.2.1, 5.4.2.2, 5.4.2.3, 5.6.2, 8.4.5.3
- slotvraag | 8.4.3.2
- vraagstelling | 4.7.3, 8.4.3.2
- wijziging van de opdracht | 1.2, 4.3.5.4, 4.3.8.4, 4.5.3, 4.7.3, 6.2.6.1, 6.4.1.1, *6.4.3.6*, 8.3.2, 8.4.3.1, 8.4.3.2, 8.4.4

openbaarheid | 2.3.4
opmerkingen en verzoeken | 1.2, 3.2.3, 3.2.4, 6.2.3.4, 6.2.4.3, 6.2.5.3, 6.2.6.3, 6.2.7, 6.2.8.3, 6.4.2.6, *6.4.3*, 7.5.3.6, 8.3.2, 8.3.3, 8.4.3.1, 8.4.3.2, 8.4.4, 8.4.5.2
overleg met partijen, zie: benoeming
overriding objective / 4.3.3.1
overriding obligation / 4.3.3.1, 5.4.3, 6.2.2.1

P
partijautonomie | | 2.3.4, *2.4.2*, 2.4.4, 2.4.5, 2.5, 4.3.1, 8.3.2
partijdeskundige | 4.3.8.2, 4.7.3, 6.2.2.1, 7.2.2.1, 7.2.2.2, 7.2.3.1, 7.2.8.2, *7.4.2.1*, 7.5.3.4, 7.5.3.5, 7.5.3.6
plaatsopneming | | 3.3.4, *3.5*, 4.3.6.3, 4.7.1.5, 5.5.3.4, 6.4.3.2, 6.4.3.3, 7.5.1, 8.3.3
prérapport / *6.2.3.4*, 6.2.4.3, 6.2.8.3
privilege / 5.4.3, 6.2.2.2
prognoseverbod | 4.5.1, 8.4.1
procesverloop | 2.3.3, 2.4.3

R
raadsheer-commissaris | 6.4.1.4
Rapport-Magendie | 1.5, 6.2.3.1, 6.2.3.4
rechter-commissaris | 6.4.1.1, 6.4.1.2, 6.4.3.2, 6.4.1.4
rechtsmiddel
- van de deskundige tegen de kostenbegroting | 3.2.4, 5.5.4
- van partijen tegen de deskundigenbenoeming | 3.2.3, 4.5.2
- van partijen in verband met onpartijdigheid deskundige | 5.5.3.7, 5.5.4

regiefunctie | 1.5, *2.4.3*, 6.4.2.2, 8.4.4
regiezitting | 6.4.1.4
romeins-canonieke procedure | 2.5, 3.3.2

S
single joint expert / *4.3.3.1*, 4.3.3.2, 4.3.3.3, 5.4.3, 6.2.2.1, 6.2.2.2, 6.2.2.3, 6.3, 7.2.5
slotvraag, zie: opdracht

Staatscommissie-Gratama | 2.5
stelplicht | 2.4.5, 2.5, 6.4.1.1, 7.4.2.1
straf(proces)recht | 1.4.2, 1.4.3, 1.4.5, 1.7.3, 3.2.4, 4.7.1.3, 5.3.4, 3.2.4, 7.5.2.1, 7.5.3.6

T
termijnbewaking | 2.4.3

U
uitleg van deskundigenadvies | 7.2.7.2, 7.2.8.2, *7.5.2.4*
ultimate issue / 4.3.2.3, 4.3.3.3, *4.7.3*

V
verschoningsrecht | 2.5, 5.5.4, 6.2.5.2, 6.2.8.1, 7.2.2.2
verrassingsbeslissing | 4.3.7.1, 4.7.1.5, 7.5.3.4
voorlopig deskundigenadvies | 1.4.8, 4.5.1, 4.7.1, 4.7.3, 6.4.2.2, 7.4.1, 7.5.3.4, 8.4.1
vraagstelling, zie: opdracht

W
waarheidsvinding | *1.4.3*, 2.3.2, *2.5*, 8.3.3, 8.4.3.2
wraking van deskundige | 5.4.2, *5.5.2*, *5.5.4*, 8.4.2, 8.4.5.2
Wet-Hartogh | 3.4

Z
zelfbeschikkingsrecht | 2.3.2
Zusatztatsachen / 4.3.6.3, 6.2.3.3