

# De rol van de rechter als regisseur bij het voorlopig deskundigenonderzoek

## 1. Inleiding

Waarom is er toch zo vaak gedoe met deskundigen? Wie onverwacht en ongewenst schade heeft geleden, legt steeds vaker de vraag voor aan de civiele rechter wie er voor dat nadeel moet opdraaien. Eerst komt natuurlijk de vestiging van de aansprakelijkheid aan de orde. Zeker bij letselschade is voor beantwoording van deze vraag de inbreng van medisch deskundigen onontbeerlijk en daarmee tegelijk ook van strategisch belang: het oordeel van de deskundige kan van doorslaggevend betekenis blijken voor de rechterlijke beslissing. De partijen die in de juridische arena tegenover elkaar staan, zullen daarom elk hun belangen zo goed mogelijk willen verdedigen en daarbij worden kosten noch moeiten noch deskundigen gespaard. Een voorbeeld:<sup>1</sup>

Een man wordt door zijn huisarts naar de chirurg verwezen in verband met een zwelling in de hals. Na enig vooronderzoek wordt besloten dat de chirurg die zwelling langs operatieve weg zal verwijderen. Aansluitend aan die ingreep heeft patiënt problemen met het opheffen van diens rechter arm. Geconstateerd wordt dat er tijdens de operatie een kwetsuur van zenuwen moet zijn opgetreden. De gelaedeerde eist ondermeer dat voor recht wordt verklaard dat de gedaagde chirurg aansprakelijk is voor de door eiser geleden en nog te lijden schade als gevolg van de operatie.

Uit het vonnis blijkt dat er maar liefst vier deskundigen uiteindelijk bij deze casus betrokken zijn geweest. Partijen hebben eerst gezamenlijk een chirurg verzocht een onafhankelijk onderzoek te doen op basis van vragen die in overleg tussen partijen waren geformuleerd. Na een tussen partijen op tegenspraak gewezen beschikking wordt door de rechtbank een voorlopig deskundigenonderzoek bevolen uit te voeren door een tweede chirurg. Vervolgens stelt eiser tegenover de conclusies van deze twee chirurgen de oordelen van respectievelijk een vaatchirurg en een inmiddels met emeritaat zijnde hoogleraar gynaecologie; geen van beiden is als een vakgenoot van de chirurg in kwestie aan te merken. De rechtbank wijst ten slotte de vorderingen van eiser af.

Een dergelijke overmaat aan deskundigen is bij dit type zaken beslist geen uitzondering. Bij de juridische confrontatie tussen partijen draait het in theorie om het vinden van waarheid – de vraag wat hier werkelijk gebeurd is en wie voor de geobjectiveerde nadelige gevolgen in juridische zin verantwoordelijk gehouden kan worden. In de praktijk echter wil een partij het door haar

ingenomen standpunt met succes blijven verdedigen. Welk deskundigenadvies ten aanzien van de feiten die tussen partijen in geschil zijn, is daarbij behulpzaam en welke daarvoor bedreigend? Op het juridische schaakbord gaat het om het kiezen van de juiste posities en het slaan van de tegenstander.

Te midden van dit krachtenveld opereert de rechter. Wanneer een deskundigeninbreng onontkoombaar lijkt, doet de algemene regievraag op wie in welke mate bepaalt en zou moeten bepalen welk onderzoek naar welke feiten wordt gedaan.<sup>2</sup> Onlosmakelijk daarmee verbonden is de meer specifieke methodologische kwestie hoe de deskundige die vragen dan dient te beantwoorden.<sup>3</sup> Naast deze vragen is er ook de praktische zaak op welk moment in het rechtsgeding het deskundigenonderzoek door de rechter zal worden gevraagd en op wie daarbij de keuze valt.

Het initiatief voor een deskundigenonderzoek kan genomen worden door de rechter of door partijen. Ex art. 194 Rv kan de rechter op verzoek van een partij of ambtshalve een bericht of een verhoor van deskundigen bevelen. Daarnaast is er op grond van art. 202 Rv e.v. de mogelijkheid van een voorlopig deskundigenbericht op verzoek van de belanghebbende. Hoe verhouden zich die twee mogelijkheden tot elkaar voor het initiëren en doen uitvoeren van een deskundigenbeoordeling wat betreft dogmatische, praktische en inhoudelijke aspecten?<sup>4</sup> In ieder geval zal de rechter een beslissing dienen te nemen om wel of geen deskundigenonderzoek te laten plaatsvinden en als dat gaat plaatsvinden vervolgens de uitvoering daarvan te begeleiden.

Wat betreft het voorlopig deskundigenonderzoek is naar voren gebracht dat bij de toewijzing van het verzoek de rechtbanken zich verschillend lijken op te stellen. Tevens wordt geopperd dat de rechter zich bij de uitvoering van het voorlopig deskundigenonderzoek actiever met de gang van zaken zou kunnen bemoeien.<sup>5</sup> Maar waarom dan en waar zou de rechter de teugels strakker aan moeten halen? In dit artikel wil ik de kwestie hoe actief de rechter zich bij deze rechtsfiguur zou dienen op te stellen, plaatsen in het bredere kader van de vraag in hoeverre het deskundigenonderzoek zich werkelijk laat reguleren en regisseren. Na enige toelichting van dit voorlopige bewijsmiddel wil ik achtereenvolgens de successievelijke beslismomenten – verzoek toewijzen of niet, wie kiezen we als deskundige, wat moet die deskundige doen en hoe en wat doen we met het rapport – nader analyseren.

\* Dr. dr. R.W.M. Giard is als universitair hoofddocent verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam en als klinisch patholoog aan het Maasstad Ziekenhuis te Rotterdam, tevens is hij redactielid van dit tijdschrift. Met dank aan Dineke de Groot voor haar commentaren op een eerdere versie van dit artikel.

1. Rb. Dordrecht 24 december 2008, *LJN* BG8801.

2. Deze vraagstelling staat centraal in het recente proefschrift van De Groot 2008, p. 6.

3. Giard & Stolker 2003.

4. Akkermans 2004, p. 91.

5. Zie Bosch 2007, p. 46-49 en De Groot 2008, p. 161-162.

## 2. Het voorlopig deskundigenonderzoek

In 1988<sup>6</sup> werd de mogelijkheid van het zogenoemde voorlopig deskundigenonderzoek in het burgerlijk procesrecht geïntroduceerd als een van de voorlopige bewijsverrichtingen.<sup>7</sup> Het voorlopig deskundigenonderzoek kan hetzij voorafgaand aan een bodemprocedure, hetzij tijdens een lopende procedure door een partij via een verzoekschrift worden gevraagd. In het eerste geval is het doel vooral dat een partij de mogelijkheid geboden wordt om aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent de voor het geschil relevante feiten en omstandigheden om vervolgens te beslissen of het verstandig is om een bodemprocedure aan te vangen. Wanneer daarna besloten wordt om tot een procedure over te gaan, is de grond van de vordering en/of het verweer alvast beter uitgewerkt en kan het rapport eventueel als bewijsmiddel in de bodemprocedure worden gebruikt. In het tweede geval, tijdens een lopende procedure, gaat het veelal om een contra-expertise.

In de Nederlandse jurisprudentie en doctrinaire rechtsliteratuur is het voorlopig deskundigenonderzoek een regelmatig terugkerend thema. Het draait daarbij steeds om het wel of niet toewijzen van een verzoek tot een voorlopig deskundigenonderzoek<sup>8</sup>, de keuze van de persoon van de deskundige, de concrete opdracht aan de deskundige<sup>9</sup>, diens werkwijze<sup>10</sup>, vergoeding van de kosten<sup>11</sup> en eventueel hoe verder te gaan met het verkregen rapport.<sup>12</sup> De rechter is in de opeenvolgende fasen van het voorlopig deskundigenonderzoek steeds de sleutelfiguur. Hoe actief stelt deze zich hierbij op en hoe actief zou hij zich kunnen opstellen? Bij de rolverdeling tussen partijen en de rechter wordt tegenwoordig van de laatste een meer actieve houding verlangd, vooral om partijen voor fouten of nalatigheden te behoeden die later via een rechtsmiddel weer zouden moeten worden hersteld.

Concreet zijn er voor de rechter vier achtereenvolgende beslismomenten: (1) de vraag of het verzoek voor een voorlopig deskundigenonderzoek wel of niet moet worden toegewezen, (2) indien het verzoek wordt gehonoreerd, volgt het benoemen van een deskundige en natuurlijk (3) de omschrijving van diens opdracht waarna nog (4) wordt bezien of partijen behoefte hebben aan een mondelinge behandeling van het rapport om te beoordelen of het geschil door middel van een schikking kan worden opgelost dan wel te beraadslagen over de verdere behandeling ervan. Deze stappen komen hieronder achtereenvolgens aan de orde.

## 3. De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenonderzoek

De opstelling van de rechter bij het beoordelen en uitwerken van het verzoek voor een voorlopig deskundigenbericht lijkt te kunnen variëren van 'stempelautomaat' tot betrokken regisseur.<sup>13</sup> Na introductie van de rechtsfiguur van het voorlopig deskundigenonderzoek werd verondersteld dat de beslissingsruimte om een verzoek daartoe af te wijzen, beperkt was. Enkele uitspraken van de Hoge Raad hebben die beoordelingsruimte nader aangegeven en daaruit blijkt dat in de loop der tijd een ruimere marge wordt toegekend.<sup>14</sup> Akkermans heeft enkele jaren geleden die speelruimte aan de hand van jurisprudentie van de Hoge Raad in kaart gebracht.<sup>15</sup> Afwijzing van het verzoek tot een voorlopig deskundigenonderzoek is mogelijk wanneer (1) het niet voldoet aan bepaalde inhoudelijke eisen, (2) in strijd is met de goede procesorde, (3) misbruik van bevoegdheid oplevert of (4) op grond van andere zwaarwichtige bezwaren en (5) bij gebrek aan belang. Mede bepalend is of het gaat om een verzoek voorafgaande aan een eventuele bodemprocedure of een contra-expertise tijdens een lopende zaak. Men kan natuurlijk vanuit dogmatisch perspectief naar het voorlopig deskundigenonderzoek kijken, maar er is ook een praktische invalshoek. We zagen hierboven dat de doelstellingen van het voorlopig deskundigenonderzoek vooral zijn hetzij om zekerheid te krijgen omtrent ter zake van het geschil relevante feiten en omstandigheden om te beoordelen of een bodemprocedure zinvol zou kunnen zijn, hetzij voor een contra-expertise tijdens een lopende procedure. Het is opvallend dat er binnen de juristerij weinig animo bestaat voor een systematische evaluatie van deze ruim twintig jaar bestaande rechtsfiguur.<sup>16</sup> Voorzag de introductie in een breed gevoelde behoefte en bleek dit in de praktijk ten opzichte van de oude situatie een duidelijke verbetering? Daarnaast zijn belangwekkende vragen: hoe vaak wordt er een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht gedaan? Is dat voorafgaand aan of tijdens een procedure? Hoe vaak wordt een dergelijk verzoek toe- of afgewezen? Op grond van welke argumenten was de eventuele afwijzing? Wat was de invloed van dat rapport op het verloop van de procedure en op de uiteindelijke beslissing? Wie in het databestand van de internetsite rechtspraak.nl via de trefwoorden 'voorlopig deskundigenbericht' of 'voorlopig deskundigenonderzoek' zoekt, komt respectievelijk 179 en 168 uitspraken tegen.<sup>17</sup> Een betrouwbare schatting van de landelijke frequentie is echter niet te maken omdat van civiele procedures maar circa 10% op deze website worden gepubliceerd en de selectiecriteria daarvoor vrij globaal zijn.<sup>18</sup> Het is jammer dat er in de

6. G.R. Rutgers, R.J.C. Flach & G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988, p. 360 e.v.

7. Dat zijn voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht en voorlopige descende (art. 186 e.v., resp. art. 202 e.v. Rv). Zie ook Thoe Schwartzberg 2008, hoofdstuk XI.

8. Zie Akkermans 2004, Van der Wiel 2005 en Bosch 2007.

9. Zie Van 2003.

10. Zie Akkermans et al. 2009 en de *Richtlijn Medisch Specialistische rapportage* 2008.

11. Zie Van 2006.

12. De Groot 2008, p. 381 e.v.

13. Bosch 2007.

14. HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 (m.nt. H.J. Snijders), HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18 (m.nt. H.J. Snijders), HR 12 september 2003, *RvdW* 2003, 140, HR 19 december 2003, *JOL* 2003, 672, HR 22 februari 2008, *LJN* BB5626.

15. Akkermans 2004.

16. Giard 2006.

17. Datum zoekactie: 7 augustus 2009.

18. Zie <[www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Selectiecriteria/](http://www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Selectiecriteria/)>.

rechtswetenschap nog zo weinig animo bestaat voor dergelijke door empirisch onderzoek te beantwoorden vragen. Systematisch onderzoek biedt immers een goed beeld van de rechtspraktijk en signaleert praktische en fundamentele kwesties die opdoemen tijdens de behandeling van de casusposities. Daarmee kunnen de in de vorige alinea opgesomde vragen worden beantwoord en bezien worden of de regelgeving nuttig of eventueel overbodig is.

#### 4. De persoon van de deskundige

Een belangrijke praktische kwestie is dat er iemand bereid én geschikt moet worden gevonden om de taak van het deskundigenonderzoek op zich te nemen, maar aan welke kwalificaties dient zo iemand dan te voldoen? Er zijn ten minste de volgende te verifiëren zaken:

- Beschikt de beoogde deskundige over voldoende juridische kennis en inzicht om te weten op welke wijze hij/zij de werkzaamheden moet verrichten?
- Is deze persoon werkelijk voldoende inhoudelijk deskundig voor de omschreven taak?
- Is de deskundige voldoende geschoold in de methodologie van retrospectief onderzoek?
- Is de deskundige nog actief in diens vak werkzaam?
- Welke positie neemt de beoogde deskundige binnen diens beroepsgroep in?
- Welke professionele maar eventueel ook persoonlijke relaties bestaan er of hebben er in het verleden tussen de beoogde deskundige en de gedaagde(n) bestaan?
- Met welke attitude zal de beoogde deskundige de kwestie tegemoet treden?

*Juridische kennis en inzicht.* De afgelopen jaren is voor de hierboven gesignaleerde problemen rond het (voorlopige) deskundigenbericht een groeiende aandacht te bespeuren.<sup>19</sup> Zo werd de Studiekring Deskundigen en Rechtspleging opgericht.<sup>20</sup> Op initiatief van prof. mr. A.J. Akkermans startte de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD).<sup>21</sup> Begin vorig jaar werd door de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR) in samenwerking met de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) de 'Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage' uitgebracht.<sup>22</sup> Om duidelijk te maken binnen welke juridische context het deskundigenonderzoek plaatsvindt en waarop zowel procedureel als inhoudelijk gelet moet worden, is er de *Leidraad deskundigen in civiele zaken* die meestal aan de deskundige wordt toegezonden.<sup>23</sup> Er vindt inmiddels praktische scholing in juridische en methodologische zaken van deskundigen plaats, bijvoorbeeld bij de Leidse Specialisatie Opleiding Gerechtelijk Deskundige.<sup>24</sup> Een eerste landelijk register van gerechte-

lijk deskundigen is van start gegaan.<sup>25</sup> Zowel binnen verschillende medisch-wetenschappelijke verenigingen als in speciale cursussen voor aankomende deskundigen wordt inmiddels ook aandacht geschonken aan de relevante juridische kwesties en hoe de deskundige hier mee om moet gaan. Kortom: de (h)erkenning van de problemen heeft geresulteerd in scholings- en verbeteracties.

*Wat maakt iemand tot een deskundige?* Over welke vakinhoudelijke kennis en competenties dient de deskundige te beschikken? Een aanwijzing hiervoor ligt in het richtsnoer gegeven door de Hoge Raad in het *Speekaert/Gradener*-arrest.<sup>26</sup> Daarin wordt gesteld dat de gedragingen van een arts gespiegeld dienen te worden aan hoe een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgeenoot in die situatie zou hebben gehandeld. Deze virtuele 'redelijke' maatman is niet de topper in het vak maar een gemiddeld bekwame professional die werkt in een vergelijkbare situatie als de gedaagde. Nu tal van medisch-wetenschappelijke verenigingen bezig zijn beroepsgeenoten te trainen in de diverse capaciteiten, nodig voor deskundigenonderzoek, zullen lijsten beschikbaar komen wie zich daarvoor heeft gekwalificeerd.<sup>27</sup>

*Methodologische kennis.* Retrospectieve reconstructie van gebeurtenissen vraagt een geëigende methode van onderzoek om te vermijden dat kennis van de noodlottige afloop de te volgen onderzoeksmethode en de daaruit te trekken conclusies beïnvloedt (zie hieronder ook punt 5).<sup>28</sup>

*Is de deskundige nog actief werkzaam?* Regelmatig duiken er in uitspraken deskundigen op die inmiddels niet meer actief in hun vak werkzaam zijn. Er bestaat een stel van emeritus hoogleraren, die het optreden als deskundige als een interessante (en veelal lucratieve) tijdsbesteding ziet.<sup>29</sup> Het is voor artsen in hun derde levensfase natuurlijk plezierig om nog iets met hun vak te kunnen doen en daarvoor ook nog betaald te worden. De deskundige dient echter met 'de poten in de klei te staan' en zo weet te hebben welke – soms subtiele – praktische problemen je tegenkomt bij de onderhavige kwestie. Wie al jaren niet meer werkt verliest dat besef, heeft geïdealiseerde opvattingen hoe het zou moeten en bovendien gaan de wetenschappelijke ontwikkelingen snel. Hoe die nieuwe ideeën in de praktijk uitpakken, besef je alleen als je er nog werkzaam in bent. Bij nadere analyse van een arrest van de Hoge Raad bleken twee emeritus hoogleraren gynaecologie & verloskunde, optredend als partijdskundigen, op grond van verouderde medische kennis ten onrechte de suggestie te hebben gewekt dat er een specifieke beschermingsnorm bestond die dan op zijn beurt

19. Giard & Stolker 2003.

20. Zie hun website <www.sdrnet.nl/>.

21. Zie <www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/iwmd/index.asp> en voorts Akkermans, Elferink & Van 2005.

22. *Richtlijn Medisch Specialistische rapportage* 2008.

23. Te downloaden via <www.rechten.vu.nl/nl/Images/Leidraad\_tcm22-54926.pdf>.

24. Zie <www.law.leidenuniv.nl/jpao>.

25. De stichting Landelijk Register van Gerechtelijke deskundigen, zie: <www.lrgd.nl>.

26. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

27. Bijv. de Nederlandse Vereniging voor Pathologie biedt via haar Juridische Commissie deskundigheid.

28. Zie Giard & Merckelbach 2009.

29. Ook in het voorbeeld van § 1 een emeritus hoogleraar gynaecologie.

een grond vormde voor toepassing van de omkeringsregel.<sup>30</sup>

*Positie binnen de beroepsgroep.* Een al lang bekend verschijnsel is, dat er verschillende scholen kunnen bestaan die elk een eigen visie op een omschreven kwestie representeren. Het is moeilijk voor buitenstaanders om te kunnen beoordelen welke van die scholen nu de beste papieren wat betreft waarheidsaanspraken heeft. De filosofische vraag is ook of er zoiets als een onbetwistbare waarheid zou kunnen worden geformuleerd. Maar een praktische consequentie is dat men een deskundige kan uitkiezen van wie het standpunt bekend is en goed past bij de eigen partijpositie. Voor het uiteindelijke oordeel is wel van belang of het ingenomen standpunt realistisch is en voldoende kan worden beargumenteerd omdat het is gebaseerd op methodologisch verantwoord wetenschappelijk onderzoek en na *peer review* gepubliceerd in toonaangevende medisch-wetenschappelijke tijdschriften.

*Belangenconflicten.* Dan het punt of er belangenconflicten zouden kunnen spelen. De Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie stelt bijvoorbeeld in haar leidraad voor de (getuige-)deskundige dat de beoogde persoon zich af dient te vragen welke belangen in het betreffende geval zijn aan te merken en of er door aanvaarding van het verzoek geen belangentegenstelling of -verstrenghing bestaat of ontstaat.<sup>31</sup> Op dit wezenlijke punt wordt in de al genoemde *Leidraad deskundigen in civiele zaken* ook gewezen.<sup>32</sup> In een recente letselschadezaak betreffende een complicatie na een hoofd-halsoperatie werd door de gelaedeerde een voorlopig deskundigenonderzoek gevraagd.<sup>33</sup> De medische wereld is klein en zeker binnen een gebied als hoofd-halschirurgie zullen de meeste beroepsbeoefenaren elkaar kennen. In dit geval bleek de deskundige zowel de opleider als de promotor te zijn geweest van de twee chirurgen over wier handelen hij een oordeel moest uitspreken. Dat is onwenselijk en het had van wijsheid getuigd als de deskundige zelf daarom van deze opdracht had afgezien.

*Attitude.* Ten slotte is de attitude waarmee de deskundige het probleem tegemoet treedt nog van belang. Er worden binnen een juridische context beslist vakinhoudelijke maar ook morele eisen aan de medisch deskundige gesteld. Een cruciale vraag is waarom iemand de rol van deskundige op zich zou willen nemen. Er is, psychologischserend, vooral vanuit de negatieve drijfveren een typologie van deskundigen te bedenken. Bijvoorbeeld voor de 'egotripper' biedt het beoordelen van een situatie waar er iets is misgegaan de mogelijkheid om diens eigen slimheid en deskundigheid te promoten ('dat hadden ze toch moeten zien' of 'zo zou ik het nooit gedaan heb-

ben!'). De 'huurling' biedt graag zijn diensten aan, ongeacht of dit nu wel of niet op zijn terrein ligt. In het bovenstaande voorbeeld (§ 1) verschijnt de al genoemde emeritus hoogleraar gynaecologie als partijdeskundige ten tonele op een vakgebied (chirurgie) en anatomische lokalisatie (hals) dat niet het zijne is.<sup>34</sup> Dan is er de 'gedrevene', die het optreden als deskundige dankbaar aangrijpt om een door hem belangrijk geachte boodschap uit te dragen: bijvoorbeeld 'letselschadeadvocaten willen dokters graag een loer draaien' of 'artsen proberen altijd hun fouten te verdoezelen'. Ik heb dit punt bewust wat scherp neergezet, maar het is belangrijk om te beseffen dat er bij als deskundigen aangezochte personen dit soort – meestal onbewuste – psychische fenomenen kunnen bestaan en dat daar, liefst proactief, op moet worden ingespeeld.

Het gesignaleerde gedoe met deskundigen heeft in belangrijke mate met deze opgesomde kwesties te maken. Waar het winnen boven waarheidsvinding prevaleert, bestaat het gevaar dat de deskundige een pion wordt in het schaakspel dat door anderen wordt gespeeld. Dat betekent dat enerzijds de deskundige, die toch optreedt als representant van een bepaalde medische professie, zou dienen te reflecteren op de hierboven gestelde vragen en anderzijds de rechter dit rijtje vragen als checklist zou kunnen hanteren. Hier is dus bij uitstek de regiefunctie door de rechter gewenst. En nogmaals terugkerend naar het voorbeeld uit § 1: waarom werden er maar liefst vier deskundigen ten tonele gevoerd, wat kostte het en wat leverde dat nu uiteindelijk op?

## 5. De opdracht aan de deskundige en diens methode

Wat vragen we nu aan de deskundige? Belangrijk is daarbij om te realiseren dat we in de gegeven casuspositie drie vragen stellen, namelijk (1) welke feiten we nu precies boven water moeten zien te krijgen, (2) op welke wijze we die gaan analyseren en (3) welke conclusies we er vervolgens uit kunnen trekken. Vaak krijgt bij medische aansprakelijkheid de deskundige de opdracht om te onderzoeken of de gedaagde heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mocht worden verwacht.<sup>35</sup>

Wie achteraf een zaak moet onderzoeken, heeft weet van de afloop. Dat wisten degenen die nu op hun gedragingen worden aangesproken op het moment dat ze moesten handelen en beslissen nog niet. Wijsheid achteraf ligt steeds op de loer en daar moet bij de inrichting van het deskundigenonderzoek op worden gelet.<sup>36</sup> Er zijn twee belangrijke punten: hoe voorkom je vooringenomenheid (bias) en wat voor een ongevalmodel wordt er gehanteerd?<sup>37</sup> Het valt buiten het bestek van dit artikel om hier

30. HR 7 december 2007, JA 2008, 23 (m.nt. R.W.M. Giard).

31. Zie <<http://nvog-documenten.nl/index.php?pagina=/richtlijn>>.

32. Onder 6.2, p. 16: 'In verband met de eis van onpartijdigheid behoort voorafgaand aan uw benoeming al ter sprake te zijn gekomen of u partijen zakelijk, professioneel of privé kent en of u meent vrij te staan ten opzichte van beide partijen.'

33. Rb. Amsterdam 15 januari 2009, JA 2009, 92 (m.nt. R.W.M. Giard).

34. Diezelfde deskundige was ook betrokken bij de Puttense moordzaak en bedenker van de verslepingstheorie; zie o.a. HR 26 juni 2001, LJN AA9800.

35. Een zin ontleend aan het al eerder genoemde *Speekaert/Gradener*-arrest (noot 26).

36. Zie Giard & Stolker 2003 en Giard & Merkelbach 2009.

37. Het onderliggende model voor het ontstaan van calamiteiten is niet alleen bepalend voor de wijze waarop het ongeluk zal worden onderzocht maar ook welke verklarende hypothesen er worden gevormd, hoe er daardoor over geoordeeld zal worden en welke remedies er mogelijk zouden kunnen zijn om herhaling ervan te voorkomen.

uitgebreid op in te gaan, maar hier ligt een regietaak bij uitsteking voor de rechter.

### 6. Wat gebeurt er nu verder met het voorlopig deskundigenrapport?

Als de deskundige zijn taak heeft afgerond, partijen het rapport hebben gekregen en dat ook ter griffie is gedeponeerd: wat dan? Het voorlopig deskundigebericht is immers afgesloten. Zoals alesignaleerd, weten we in 'epidemiologische' zin bedroevend weinig over de rechtspraktijk. Wat is de partij die om het rapport vroeg er nu mee opgeschoten? Voor welke partij pakte het rapport (on)gunstig uit? Wat waren in juridische zin de gevolgen ervan?

De rechter zou nog kunnen onderzoeken of partijen er behoefte aan hebben om inhoudelijke of praktische aspecten nader te bespreken. Het is immers denkbaar dat verschillen van mening over bepaalde kwesties die tijdens het onderzoek naar voren zijn gekomen toch (nog) niet werden verduidelijkt of opgelost. Mede daardoor kan het zijn dat er nog aanvullende kwesties zijn gerezen die de deskundige zou kunnen toelichten. Praktisch is een comparitie denkbaar waarbij hetzij de mogelijkheid van een schikking kan worden onderzocht, hetzij verkend wordt hoe het verder te volgen juridische traject zou kunnen zijn.<sup>38</sup>

### 7. Juridische vormvereisten en kentheoretische voorwaarden

Het deskundigenadvies heeft zich een plaats veroverd als een instructie- en bewijsmiddel van eigen aard en inhoud, maar daarbij dient aan twee condities te worden voldaan. In de eerste plaats gelden de juridische spelregels en vormvereisten, de processuele waarborgen gebaseerd op grondwettelijke, materiële en formele rechtsregels.

In de tweede plaats is er de eis dat de deskundige zorg draagt voor een nauwkeurige en waarheidsgetrouwe invulling van diens opdracht. De term 'waarheidsvinding' impliceert immers juiste reconstructie van de feiten en een wetenschappelijk verantwoorde wijze van analyse en interpretatie van de aldus verkregen gegevens. Er dient daarbij aan daarvoor geldende kentheoretische voorwaarden te worden voldaan. Maar wie kent die condities en wie houdt de deskundige aan deze verantwoordelijkheden? Partijen en de rechter zouden die samen moeten dragen, maar dat gebeurt te weinig.<sup>39</sup> Eenzelfde problematiek is ook in het strafrecht signaleerd.<sup>40</sup> Van de strafrechter wordt eveneens meer en meer gevraagd de deugdelijkheid van het bewijsmateriaal te onderzoeken en te beoordelen of dat wel of niet in de procedure mag worden gebruikt. In een recent artikel hierover bekennt Dubelaar dat '...wij juristen geneigd zijn te denken in een formeel systeem van procedureregels, waarbij veel waarde wordt gehecht aan het juridische kader en

het rechtskarakter van de regel'.<sup>41</sup> Inzake kwesties van feitenonderzoek en bewijs is het recht weliswaar normerend maar niet alvermogen; concreet is er grote behoefte aan een dubbele normativiteit namelijk een juridische en een epistemologische.

Hoe kan het toch dat in eenzelfde kwestie verschillende deskundigen tot uiteenlopende conclusies komen? En wat moet de rechter daar nu mee? Aan beantwoording van die fundamentele vragen zal een hogere prioriteit mogen worden toegekend dan aan dogmatische debatten rond het wel of niet gevolg geven aan verzoeken om een deskundigenonderzoek. De rechtspraktijk kent helaas tal van voorbeelden van bewuste selectiviteit van deskundigen om een voor het partijstandpunt gunstig rapport op te stellen<sup>42</sup> maar ook van onbewuste fouten ten gevolge van onvoldoende methodologisch inzicht of het (nog) ontbreken van gegevens van empirisch onderzoek.<sup>43</sup>

### 8. Conclusies

Als we ons richten op het voorlopig deskundigenbericht en daarbij de vraag stellen welke regiefuncties de rechter idealiter bij deze rechtsfiguur meer zou kunnen ontplooiën, dan is het niet moeilijk om een aantal mogelijkheden daarvoor te bedenken. We stelden in de inleiding ook de vraag in hoeverre het deskundigenonderzoek zich werkelijk laat reguleren en regisseren. De afloop van het processuele debat tussen partijen wordt, zoals we zagen, door vele factoren bepaald. Er is een juridische organisatiestructuur, er zijn spelregels en er zijn verschillende spelers. De materiële en formele rechtsregels bepalen de rechten en plichten van partijen, maar ook de te betrachten vormvereisten.

Omdat partijen er onderling niet uit zijn gekomen, is de weg van de juridische procedure ingeslagen en staan ze nu met hun emoties en hun ideeën in de arena tegenover elkaar. Wat is nu voor een goede afloop van belang? Is dat vooral de mate waarin de rechter zich inspant om alles in goede banen te leiden of is dat hoofdzakelijk de opstelling van partijen? Het zou wel eens kunnen zijn dat we in de praktijk vooral te maken hebben met belemmeringen vanwege het strategische gedrag van procespartijen en de opstelling van de (partij)deskundigen: die is niet altijd redelijk, die is niet altijd rationeel. Ook speelt bij degenen die aangezocht zijn om als deskundige op te treden onwetendheid en/of gebrek aan zelfreflectie een rol. Partijen bepalen of er een civiele procedure komt, partijen bepalen de aard en de omvang van het geding maar als waarheidsvinding hoe dan ook het kerndoel is, zal de rechter het realiseren daarvan krachtig dienen te bewaken. Uit het bovenstaande is duidelijk dat de deskundigeninbreng dan getoetst dient te worden aan de verschillende opgesomde punten.

Het is dus onbetwistbaar dat er eisen aan deskundigen gesteld moeten worden – en wat mij betreft liefst strenge!

38. De Groot 2008, p. 381.

39. De Groot 2008, p. 440.

40. De Amerikaanse filosoof Laudan (2006) wijdt aan deze problematiek een vooral op het strafrecht gerichte monografie waarin hij stelt dat voor een juiste rechterlijke beslissing deugdelijk feitenonderzoek een eerste vereiste is en stelt vervolgens: '...a criminal trial is first and foremost an *epistemic engine*, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators', p. 2.

41. Dubelaar 2009, p. 104.

42. Het bekendste boek daarover is dat van P.W. Huber, *Galileo's revenge: Junk science in the courtroom*, New York: Basic Books 1993.

43. Een voorbeeld daarvan is de beweerde relatie tussen het vaccineren van kinderen tegen mazelen, bof en rode hond (MMR-vaccin) en autisme. Die veronderstelling, gebaseerd op een betwist artikel van de arts Wakefield in de *Lancet*, heeft al meer dan 5000 claims tot gevolg gehad in de VS en GB. Later bleek uit empirisch onderzoek géén causale relatie tussen vaccinatie en autisme. Zie Sugerman 2007.

De *Leidraad deskundigen in civiele zaken* is een goed initiatief, recent verscheen er ook de bestuursrechtelijke pendant daarvan.<sup>44</sup> Er ligt een ontwerp gedragscode die deel uitmaakt van verbetering van de regeling van de positie van de deskundige in het strafproces.<sup>45</sup> Ook binnen de medische professie lopen verschillende initiatieven om in juridisch en medisch opzicht bekwame deskundigen beschikbaar te hebben voor deskundigenonderzoek. Maar daarmee zijn we er bepaald nog niet. Is het denkbaar dat er ook een halt kan worden toegevoerd aan het aantal deskundigen? Qua procesefficiëntie en -kosten is het toch ongewenst om een stoet van deskundigen te laten optreden? Zie het getoonde voorbeeld met vier deskundigen. Maar zolang verliezen geen optie is, zal dat ertoe prikkelen om ongelimiteerd deskundigen in de strijd te werpen.

Aan deze deskundigenkwestie is ook nog een kennistheoretische dimensie te onderscheiden, dan bezien we de problematiek op een fundamenteel niveau:<sup>46</sup> bij wetenschappelijke waarheidsaanspraken gaat het om doelen en methoden, om de coherentie van het verhaal, om overtuigende explicatie. Hier liggen de cruciale vragen wat we denken te weten, wat we willen weten en wat we kunnen weten. Verkenning op epistemologisch niveau van het deskundigenonderzoek is voor zowel juristen als (potentiële) deskundigen dus onmisbaar.

Hoe bijzonder is nu het voorlopig deskundigenbericht en wat hebben we er praktisch aan? Tot nu toe is verzuimd dat systematisch te evalueren. 'Het is tijd', zo verzucht Akkermans, 'dat wij ons bevrijden van het denkbeeldige verschil tussen het gewone en het voorlopig deskundigenbericht.'<sup>47</sup> Helemaal mee eens. Laten we liever onze gedachten eindelijk eens laten gaan over hoe we dat gedoe met deskundigen kunnen aanpakken.

#### Literatuur

- 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* 2004-18.
- A.J. Akkermans, M.H. Elferink & A.J. Van, 'Verbetering van het medische traject. De activiteiten van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging en de IWMD', *TVP* 2005-4, p. 116-121.
- A.J. Akkermans, J. Legemaate, A. Wilken, 'Het medisch beoordelingstraject bij letselschade. De Letselschade Raad neemt initiatief voor breed opgezet verbeteringsproject', *TVP* 2009-1, p. 21-27.
- E.W. Bosch, 'Het voorlopig deskundigenbericht: machtig wapen of botte bijl?', *TVP* 2007-2, p. 46-49.
- M. Dubelaar, 'Betrouwbaarheid versus rechtmatigheid in strafzaken', *RMThemis* 2009-3, p. 93-105.
- S. Erduran & M.P. Jiménez-Aleixandre (red.), *Quality Argumentation and Epistemic Criteria* (serie Science & Technology Education Library vol. 35), Springer 2008.
- R.W.M. Giard & C.J.J.M. Stolker, 'Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige', *NJB* 2003, p. 610-617.

- R.W.M. Giard, 'Hoe bewijst het recht zichzelf? Een pleidooi voor evidence-based law', in: J.J. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.) *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 49-60.
- R.W.M. Giard & H.L.G.J. Merckelbach, 'Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is', *NJB* 2009-16, 761, p. 1014-1021.
- A.I. Goldman, 'Experts: Which Ones Should You Trust?', *Philosophy and Phenomenological Research* 2001, vol. 63, p. 85-110.
- G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam, Serie Recht en Praktijk nr. 165), Deventer: Kluwer 2008.
- L. Laudan, *Truth, error, and criminal law. An essay in legal epistemology*, Cambridge University Press 2006.
- Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR), in samenwerking met de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG), *Richtlijn medisch specialistische rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband*, Utrecht 2008.
- H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn: Maklu 2008.
- S.D. Sugarman, 'Cases in vaccine court – legal battles over vaccines and autism', *New England Journal of Medicine* 2007, vol. 357, p. 1275-1277.
- A.J. Van, 'Vraag het de deskundige. Maar hoe?', *TVP* 2003-4, p. 105-110.
- A.J. Van, 'De kosten van het (voorlopig) deskundigenbericht', *TVP* 2006-2, p. 33-37.
- B.T.M. van der Wiel, 'Grenzen aan het recht op voorlopige bewijslevering', *MvV* 2005-4, p. 67-70.

44. Zie *EeR* 2009-3, p. 78

45. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 316, nr. 3.

46. Zie Goldman 2001 en Erduran & Jiménez-Aleixandre 2008.

47. Akkermans 2004, p. 99.