

# Deskundigen in follow on en andere civiele procedures

Over wenselijkheid en haalbaarheid van gebruik Engelse instrumenten bij Nederlands deskundigenbewijs

Berto Winters

Vereniging voor Mededingingsrecht



## Opzet

Is het gebruik van Engelse instrumenten als de *joint statement of points of agreement and disagreement*, *cross-examination* en *hot-tubbing* in Nederlandse civiele procedures gewenst en mogelijk?

### Opbouw

- Deskundigenbericht in grote lijnen
- Kennisparadox
- Omgang in de praktijk met kennisparadox
- *Joint statement of points of agreement and disagreement*
- *Cross-examination*
- *Hot-tubbing*
- Afronding

## Deskundigenbericht in grote lijnen: partijdeskundige

### **Beperkt wettelijk kader**

De wettelijke regeling over het deskundigenbericht is beperkt (194-200 Rv; voorlopig deskundigenbericht 202-207 Rv).

### **Partijdeskundige**

Partij kan een deskundige benaderen, rapport laten opmaken en dat als schriftelijk bewijs in de procedure overleggen (85 en 152 lid 1 Rv).

Rechter heeft discretionaire bevoegdheid om partijdeskundigen op verzoek van een partij te horen. Alsdan mag wederpartij ook deskundigen doen horen (200 Rv).

Rechter mag op verzoek van een partij of ambtshalve de partijdeskundige bevelen een nadere mondelinge of schriftelijke toelichting te geven (200 lid 4 Rv).

Waardering van rapport van partijdeskundige is aan oordeel rechter overgelaten (152 lid 2 Rv).

## Deskundigenbericht in grote lijnen: gerechtelijk deskundige (1)

### **Gerechtelijk deskundige**

Rechter kan op verzoek van partijen of ambtshalve een deskundigenbericht bevelen; vonnis vermeldt punten waarover het oordeel van de deskundige(n) wordt gevraagd (194 lid 1 Rv).

Rechter benoemt deskundige na overleg met partijen (194 lid 2 Rv).

Onderzoek door deskundige onder leiding van de rechter of zelfstandig (198 lid 2 Rv). Zelfstandig onderzoek is gebruikelijk.

Deskundige heeft vrijheid bij de inrichting van zijn onderzoek (o.m. HR 20 september 1996, NJ 1997/328).

Deskundige moet de opdracht onpartijdig en naar beste weten uitvoeren (198 lid 1 Rv).

Deskundige moet partijen gelegenheid geven opmerkingen te maken en verzoeken te doen en daarvan doen blijken in zijn deskundigenbericht (198 lid 2 Rv).

## Deskundigenbericht in grote lijnen: gerechtelijk deskundige (2)

### **Gerechtelijk deskundige**

Partijen moeten meewerken aan het onderzoek. Uit niet meewerken kan rechter gevolgtrekking maken die hij geraden acht (198 lid 3 Rv).

Deskundigenbericht moet zijn gemotiveerd zonder dat de persoonlijke mening van iedere deskundige hoeft te blijken. Iedere deskundige kan van zijn afwijkende mening doen blijken (198 lid 4 Rv)

Partijen moeten kunnen reageren op deskundigenbericht (EHRM 29 mei 1986, NJ 1987/432; EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278). In praktijk meestal conclusies na deskundigenbericht.

Rechter kan op verzoek van een partij of ambtshalve een nadere mondelinge of schriftelijke toelichting of aanvulling bevelen (194 lid 5 Rv).

Waardering van gerechtelijk deskundigenrapport is aan oordeel rechter overgelaten (152 lid 2 Rv).

## Kennisparadox

### **Kennisparadox**

Om deskundige goed aan te kunnen sturen en diens rapport op waarde te kunnen schatten heeft rechter kennis nodig van het desbetreffende vakgebied, maar de omstandigheid dat hij die kennis niet heeft was juist de reden voor de inzet van de deskundige (onder meer De Groot & Akkermans, in Hesen c.s., Schadevaststelling en de rol van de deskundige, 2008, p. 189).

## Initiatieven om deskundigheid te waarborgen

### **Maatregelen/initiatieven om deskundigheid te waarborgen**

- Deskundigenregister: register waarin namen van competente deskundigen zijn opgenomen
- Disclosure statement: openbaar gemaakte informatie over de persoon van de deskundige, opleiding, werkervaring, publicaties
- Aansprakelijkheidsbeperking

Deze verbeteringsmaatregelen/initiatieven lossen het probleem van de kennisparadox als zodanig niet op. Zij bieden enkel waarborgen die er tot op zekere hoogte voor zouden kunnen zorgen dat de deskundige daadwerkelijk de vereiste deskundigheid bezit en zijn oordeel in vrijheid vormt.

## Omgang in de praktijk met kennisparadox (1)

### **Niet ongebruikelijke gang van zaken in grote(re) procedures**

Ieder der partijen legt in de procedure een partijdeskundigenrapport over.

Rechter kan daarover geen oordeel vellen en benoemt zelf een deskundige (die mede tot taak heeft ten behoeve van rechter commentaar te leveren op rapporten van partijdeskundigen). Hoge Raad noemt deze gang van zaken "voor de hand liggend" (HR 5 december 2003, NJ 2004, 74).

Rechter volgt het deskundigenbericht van de gerechtelijk deskundige (aldus o.m. Schröder, NTBR 2016/11 onder 1).



## Omgang in de praktijk met kennisparadox (2)

### **Motiveringsplicht bij al dan niet volgen gerechtelijk deskundigenbericht**

Rechter kan ook een zekere stimulans hebben om het gerechtelijk deskundigenbericht te volgen, omdat hij dan een beperktere motiveringsplicht heeft dan in het geval wanneer hij het gerechtelijk deskundigenbericht niet volgt (o.m. Schröder, NTBR 2016/11 onder 3.2).

Volgt rechter het oordeel van de deskundige, dan kan rechter in algemeen met motivering volstaan dat de motivering van de deskundige hem overtuigend voorkomt. Wel moet rechter ingaan op specifieke bezwaren van partijen, mits die een voldoende gemotiveerde betwisting van de zienswijze gerechtelijk deskundige inhouden. Volgt de rechter naar aanleiding van specifieke bezwaren van partijen het gerechtelijk deskundigenbericht niet, dan dient rechter in beginsel zijn oordeel zodanig te motiveren dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze voor partijen en derden, waaronder de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken (o.m. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74; HR 15 oktober 2013, JBPr 2013/42).

## Ondervanging kennisparadox?

### **Wenselijkheid om kennisparadox te ondervangen**

De beschreven praktijk is onbevredigend. De wenselijkheid om de kennisparadox beter te ondervangen dan door de regelmatig wat slaafse navolging van het rapport van de gerechtelijk deskundige lijkt mij een gegeven.

Bieden de in het Engelse recht bestaande instrumenten van

- *joint statement of points of agreement and disagreement*,
- *cross-examination*
- *hot-tubbing*

een oplossing en kunnen zij in Nederland worden toegepast?

## Joint statement of points of agreement and disagreement (1)

### **Wat is het?**

In elke stand van het geding kan de rechter een discussie tussen partijdeskundigen bevelen, die moet uitmonden in een *joint statement* waarin uiteen worden gezet:

- de punten van overeenstemming;
- de punten waarop de deskundigen van mening verschillen en de redenen waarom dat het geval is;
- verdere kwesties die tijdens de discussie zijn opgekomen en die geen onderdeel uitmaakten van de agenda;
- eventuele vervolgacties die moeten worden genomen of worden aanbevolen, waaronder mede begrepen eventuele voortzetting van de discussie tussen deskundigen.

## Joint statement of points of agreement and disagreement (2)

### **Wat is het?**

Naar de inhoud van de discussie wordt niet verwezen ter terechtzitting, tenzij partijen hiermee instemmen.

Partijen zijn op de punten waarop door de deskundigen overeenstemming is bereikt niet gebonden aan het oordeel van de deskundigen, tenzij zij expliciet met die gebondenheid instemmen.

(Zie *Civil Justice Council, Guidance for the instruction of experts in civil claims*, nummers 70 e.v.)

## Joint statement of points of agreement and disagreement (3)

### **Voordeel**

Geeft duidelijkheid over (i) waarover partijdeskundigen het eens en oneens zijn en (ii) de redenen waarom zij het met elkaar oneens zijn. Daarmee:

- wordt het aantal onderwerpen waarover de rechter een oordeel moet vormen verkleind; en
- krijgt de rechter voor de punten van meningsverschil (verdere) handvatten voor de beslechting daarvan.

## Joint statement of points of agreement and disagreement (4)

### **Nadeel**

Verlies van controle voor partijen en hun advocaten (in de Engelse zaak *Stallwood v David* veranderde de partijdeskundige van eiser gedurende de bijeenkomst met de partijdeskundige van gedaagde van mening en was hij het eens met de partijdeskundige van gedaagde). In de conclusie na het gerechtelijk deskundigenbericht kan de partij met behulp van de partijdeskundige een voldoende gemotiveerde betwisting van het gerechtelijk deskundigenbericht opnemen, waarop de rechter moet ingaan (maar de kans dat de rechter de betwisting honoreert, lijkt niet groot; veel controle was er dus al niet).

Meer assertieve en mondige partijdeskundigen zouden de overhand kunnen krijgen in de discussie en *joint statement*.

## Joint statement of points of agreement and disagreement (5)

### **Aan te bevelen?**

Of een *joint statement* een aantrekkelijke route is, zal o.m. afhangen van:

- de sterkte van het eigen partijdeskundigenrapport;
- de deskundigheid, senioriteit en statuur van de eigen partijdeskundige; en
- diens overtuigingskracht en stamina.

## Joint statement of points of agreement and disagreement (6)

### **Mogelijkheid tot inpassing in het huidig Nederlands recht**

Er is volgens mij geen basis in het Nederlandse procesrecht op grond waarvan partijen (door de wederpartij of de rechter) kunnen worden gedwongen akkoord te gaan met het opstellen door partijdeskundigen van een *joint statement of points of agreement and disagreement* (in dezelfde zin: advies Modernisering burgerlijk bewijsrecht van de expertgroep Hammerstein, Asser en De Bock, p. 76-77).



## Joint statement of points of agreement and disagreement (7)

### **Mogelijkheid tot inpassing in het huidig Nederlands recht**

Een discussie tussen partijdeskundigen om punten van overeenstemming en verschil en de redenen voor meningsverschil te identificeren, is wel mogelijk. Immers, de rechter kan op verzoek van een partij partijdeskundigen horen (200 leden 1-3 Rv). Op dat verhoor zijn een aantal regels van het getuigenverhoor van toepassing (200 lid 5 Rv), maar is niet de regel van toepassing dat getuigen buiten tegenwoordigheid van nog niet gehoorde getuigen worden gehoord (179 lid 1 Rv). De regeling sluit dus niet uit dat partijdeskundigen tegelijkertijd worden gehoord, hetgeen de mogelijkheid biedt punten van overeenstemming en verschil tussen de partijdeskundigen en de redenen voor de meningsverschillen te identificeren. Deze kunnen dan in het proces-verbaal van het verhoor worden opgenomen (200 lid 5 jo. 180 Rv).

## Joint statement of points of agreement and disagreement (8)

### **Mogelijkheid tot inpassing in het huidig Nederlands recht**

Als partijen het met elkaar eens zijn dat zij de partijdeskundigen een *joint statement of points of agreement and disagreement* willen laten opstellen, kan de rechter dat toestaan. Partijen kunnen desgewenst zelfs overeenkomen dat zij zich bij voorbaat neer zullen leggen bij de inhoud van de *joint statement* (vaststellingsovereenkomst) (zie ook advies Modernisering burgerlijk bewijsrecht van de expertgroep Hammerstein, Asser en De Bock, p. 77).

## Cross-examination (1)

### **Wat is het?**

Het horen van een partijdeskundige door de advocaat van de wederpartij normaliter aan de hand van gesloten vragen, waarin de deskundige wordt aangevallen op o.m. zijn kwalificaties, de assumpties waarop het deskundigenoordeel is gebaseerd, de gehanteerde methodologie, de aanvaardbaarheid van de opinie in het licht van gezaghebbende literatuur en/of de mogelijkheid dat er een andere verklaring voor de relevante feiten is.

## Cross-examination (2)

### **Voordelen**

Het kruisverhoor kan zwakheden van de partijdeskundige van de wederpartij en/of diens rapport blootleggen en diens deskundigheid en/of rapport ondergraven.

### **Nadelen**

Zie de voordelen, maar dan toegepast op de eigen partijdeskundige.

### **Aan te bevelen?**

Bij de vraag of het kruisverhoor is aan te bevelen spelen dezelfde factoren een rol als bij de vraag of een *joint statement* is aan te bevelen (zie slide 15).

## Cross-examination (3)

### **Mogelijkheid tot inpassing in het huidig Nederlands recht**

Op zich is het onderwerpen van een partijdeskundige aan een kruisverhoor mogelijk. Immers, een partijdeskundige kan als getuige (163 Rv) of als partijdeskundige (200 leden 1-3 Rv) worden gehoord (o.m. Verkerk in Hesens c.s., Schadevaststelling en de rol van de deskundige, 2008, p. 175-176).

Wordt een partijdeskundige als getuige gehoord, dan geldt de regel dat diens getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen, voor zover die verklaring betrekking heeft op feiten die de getuige uit eigen waarneming kent (163 Rv). Dat kan beperkingen stellen aan ondervraging van de partijdeskundige als getuige over diens oordelen en analyses (zie Verkerk, t.a.p. en A-G Wuisman, conclusie voor HR 13 juli 2007, RvdW 2007/705 onder 2.7).

Die beperking geldt niet als een partijdeskundige in die hoedanigheid wordt verhoord (200 leden 1-3 Rv).

## Cross-examination (4)

### **Mogelijkheid tot inpassing in het huidig Nederlands recht**

Echter, de rechter begint met de ondervraging (179 lid 1 Rv), waarbij hij open vragen pleegt te stellen. Hij kan weigeren dat wat hij al aan de orde heeft gesteld, nog eens aan de orde te laten komen bij het verhoor door de advocaten. Bovendien laten rechters regelmatig geen gesloten vragen van de advocaten aan de getuige (i.c. partijdeskundige) toe. Tot slot maakt de rechter in zijn eigen woorden een proces-verbaal van het verhoor op. Dit proces-verbaal wordt aan de getuige (i.c. partijdeskundige) voorgelezen, die daarin de veranderingen en bijvoegingen kan maken die hem goeddunken ((200 jo.) 180 Rv). Deze praktijk maakt het lastig, zo niet onmogelijk, om een kruisverhoor effectief te doen.

Als partijen het met elkaar eens zijn over kruisverhoren van de partijdeskundigen, zal de rechter dat kunnen toestaan.

## Hot-tubbing (1)

### **Wat is het?**

Veel vrijheid van rechter bij invulling van de *hot-tub*. Hierna volgt het basismodel, beschreven in *Civil Justice Council, Concurrent expert evidence and 'hot-tubbing' in English litigation since the 'Jackson reforms'*, 25 July 2016, p. 14.

De partijdeskundigen worden ter terechtzitting tegelijkertijd gehoord.

De rechter vraagt deskundigen om beurten en per onderwerp naar hun visie. Nadat een deskundige zijn visie heeft gegeven, kan de rechter vervolgvragen stellen. De rechter mag de andere deskundige om commentaar vragen en/of de gelegenheid geven zelf vragen te stellen aan de eerstgenoemde deskundige.

## Hot-tubbing (2)

### **Wat is het?**

Als de ondervraging door de rechter en deskundigen over een onderwerp heeft plaatsgevonden voor alle deskundigen, mogen de advocaten van de partijen vragen stellen aan de deskundigen. Hetgeen al aan de orde is geweest, moeten de advocaten laten rusten. Een *full cross-examination* of *re-examination* zal veelal niet nodig zijn.

Nadat de ondervraging door de rechter, deskundigen zelf en de advocaten is afgerond, vat de rechter de verschillende posities van de deskundigen samen en vraagt hij de deskundigen om de samenvatting te bevestigen of corrigeren.

Daarna wordt doorgedaan met het volgende onderwerp conform het geschetste model (enz.).



## Hot-tubbing (3)

### **Voor- en nadelen**

De voor- en nadelen zijn dezelfde als die voor de *joint statement* (zie slides 13 en 14).

### **Aan te bevelen?**

Bij de vraag of *hot-tubbing* is aan te bevelen spelen dezelfde factoren een rol als bij de vraag of een *joint statement* is aan te bevelen (zie slide 15).

## Hot-tubbing (4)

### **Mogelijkheid tot inpassen in huidig Nederlands recht**

Inpassing in het Nederlandse recht is mogelijk op grond van artikel 200 Rv (zie slide 17).

## Hot-tubbing (5)

### **Gerechtelijk deskundige organiseert hot-tub**

De door Gunnar Niels beschreven *hot-tub* georganiseerd door de gerechtelijk deskundigen in de *Nestlé v Mars* zaak kan zonder meer. Dat valt binnen de vrijheid die gerechtelijk deskundigen hebben bij de inrichting van hun onderzoek.

Echter, tot meer begrip bij de rechter van het rapport van de gerechtelijk deskundige en tot een minder volgzame houding van de rechter ten aanzien van het rapport van de gerechtelijk deskundige zal de door de gerechtelijk deskundige georganiseerde *hot-tub* niet per se leiden.

## Afronding

### **De joint statement, cross examination en hot-tubbing kunnen gerechtelijk deskundigenbericht wellicht vermijden**

In de Engelse praktijk worden *joint statement of points of agreement and disagreement*, *cross-examination* en/of *hot-tubbing* toegepast bij partijdeskundigen, vaak in combinatie. Toepassing van deze instrumenten in Nederlandse procedures op partijdeskundigen zou bij de rechter tot meer begrip en handvatten voor oplossingen van de spelende vakinhoudelijke problematiek kunnen leiden en gerechtelijke deskundigenberichten overbodig kunnen maken. Dat zou de traditie van de wat slaafse navolging van die gerechtelijke deskundigenberichten kunnen doorbreken en bovendien tot tijds- en kostenbesparing kunnen leiden. Wat mij betreft wordt er met deze instrumenten geëxperimenteerd en ervaring opgedaan in Nederlandse procedures.

Facilitering van deze instrumenten bij de voorgenomen herziening van het civiele bewijsrecht verdient overweging.