

Van adviseur naar mede- beslisser: een bespreking van het voorstel om te experimenteren met de inzet van deskundigen in civiele zaken

O.J. TIJHUIS EN R.C. HARTEN-
DORP*

Op 2 juli 2020 is de Tijdelijke wet experimenten rechtspleging gepubliceerd. Deze wet maakt het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur tijdelijk af te wijken van de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering om zo experimenten mogelijk te maken. In de memorie van toelichting bij de Experimentenwet is een voorstel voor een experiment om een deskundig lid toe te voegen aan een enkelvoudig of meervoudig college uitgewerkt. Dit voorstel roept vragen op van zowel praktische als principiële aard waar wij in dit artikel bij stilstaan. De bestaande regeling voor een deskundigenonderzoek is geënt op het adviesmodel waarbij de deskundige de rechter adviseert. Het beslismodel ligt ten grondslag aan het voorstel, maar uit een kritische beschouwing van het voorgestelde experiment volgt dat een mengvorm van beide modellen, onder meer wegens een beperkt stemrecht voor het deskundig lid en het ontbreken van de mogelijkheid om hem of haar te wraken, een adequatere omschrijving is.

De belangrijkste voordelen van het voorgestelde experiment lijken vooral gelegen in de toegevoegde waarde van de aanwezigheid van de deskundige op zitting en in de raadkamer, hetgeen de kwaliteit van de beoordeling van een deskundigenbericht – en daarmee de kwaliteit van het rechterlijk oordeel – ten goede kan komen. Daarentegen ontstaan er bij het voorstel ook spanningen met de fundamentele beginselen van hoor en wederhoor en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de deskundige leden. Bij de verder uitwerking van de regeling voor het experiment zou naar ons idee meer aandacht gegeven moeten worden aan waarborgen om deze spanningen adequaat te kunnen ondervangen. Indien voor dit experiment wordt gekozen, dan zal bij de inrichting van dat experiment nog serieus aandacht besteed moeten worden aan het waarborgen van hoor en wederhoor en het creëren van randvoorwaarden voor de onafhankelijkheid van deskundigen.

* O.J. Tijhuis is student-stagiaire bij de rechtbank Den Haag en masterstudent Civiel Recht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. R.C. Hartendorp is senior rechter in de rechtbank Den Haag en bijzonder hoogleraar Maatschappelijke effectiviteit van de rechtspleging aan de Universiteit Leiden.

1. Inleiding

De inzet van deskundigen in de (civiele) rechtspraak is een geliefd onderwerp van wetenschappelijk debat en onderzoek. De afgelopen jaren is er veelvuldig over het deskundigenonderzoek gepubliceerd en zijn diverse voorstellen de revue gepasseerd om de kwaliteit en beoordeling van deskundigenberichten te verbeteren. De nieuwste loot aan deze stam is te vinden in de inmiddels aangenomen Tijdelijke wet experimenten rechtspleging (de Experimentenwet) die op 2 juli van dit jaar gepubliceerd is.¹ Deze wet maakt het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) tijdelijk af te wijken van de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) om zo experimenten mogelijk te maken. De Experimentenwet bevat ook een regeling om een deskundig lid toe te voegen aan een enkelvoudig of meervoudig college. In de memorie van toelichting bij deze wet is hiertoe ook een voorstel voor een experiment uitgewerkt.²

Dit voorstel bij de Experimentenwet voor een toegevoegd deskundig lid roept vragen op van zowel praktische als principiële aard. In dit artikel zullen wij deze vragen en knelpunten verkennen, en bespreken onder welke voorwaarden een dergelijk experiment nuttig kan zijn. Hiertoe zullen we eerst de bestaande praktijk kort bespreken (par. 2) en vervolgens het voorstel voor een toegevoegd deskundige (par. 3). Daarna zullen wij bespreken welke eisen voor een deskundigenonderzoek kunnen worden afgeleid uit de fundamentele beginselen voor een behoorlijke rechtspleging (par. 4) en zullen wij het voorstel vervolgens hieraan toetsen (par. 5). Dit artikel wordt afgesloten met een aantal conclusies en aanbevelingen (par. 6).

2. De bestaande praktijk: het adviesmodel en bijkomende problemen

In de literatuur worden twee modellen voor de inzet van deskundigen in (civiele) zaken onderscheiden. Enerzijds is er de deskundige als adviseur van de rechter (het adviesmodel) en anderzijds kan een deskundige als beslisser worden toegevoegd aan het rechterlijk college (het beslismodel).³ De bestaande regeling voor een deskundigenonderzoek is geënt op het adviesmodel. De deskundige wordt ingeschakeld op basis van de regels van het bewijsrecht (art. 194 e.v. Rv).⁴ Na het onderzoek te hebben uitgevoerd stelt de

deskundige een (concept)deskundigenbericht op en kan hij, als daaraan behoefte bestaat, tijdens een mondelinge behandeling vragen daarover beantwoorden.⁵ De deskundige heeft derhalve geen beslissende maar een adviserende rol.

De inschakeling van een deskundige op basis van het adviesmodel kan tot een aanzienlijke vertraging van de procedure leiden.⁶ Eshuis heeft berekend dat civiele zaken in eerste aanleg waarin een deskundigenbericht gelast is, meer dan twee keer zo lang duren in vergelijking met zaken waarin geen deskundigenonderzoek plaatsvindt.⁷ Dit komt met name omdat er bij het inschakelen van een deskundige extra procesverrichtingen moeten plaatsvinden. Zo moet de rechter voor de benoeming en het formuleren van een opdracht aan de deskundige vaak meer tussenvonnissen wijzen. Verder hebben partijen de gelegenheid om op een conceptversie van het deskundigenrapport te reageren en hebben zij het recht om na het verschijnen van een deskundigenbericht nog een conclusie te nemen.

Tevens brengt een deskundigenbenoeming kosten met zich mee. Deze kosten zien zowel op de vergoeding van de deskundige als op de (advocaat)kosten die samenhangen met de extra processtappen.⁸ Bovendien is er het probleem van de 'rituele drieslag', waarbij de ene partij eerst een partijdeskundige inschakelt en de wederpartij vervolgens hetzelfde doet. Dit doen partijen om te voorkomen dat de rechter hun vordering of verweer zonder onderbouwing van een partijdeskundige passeert. Vervolgens wordt een derde als deskundige door de rechtbank benoemd. In de praktijk komt het vaak voor dat beide partijen hun partijdeskundige ook nog eens de inhoud van het deskundigenbericht laten bestrijden. Daarnaast ontstaan er problemen door de zogenoemde deskundigenparadox. Dit houdt kort gezegd in dat een rechter belast wordt met een zeer ingewikkelde taak. Hij moet het rapport van de deskundige zo goed mogelijk duiden en beoordelen, terwijl de rechter die deskundige juist heeft benoemd omdat hij zelf niet over de vereiste deskundigheid beschikt.⁹ Kortom, de procedurele verwickelingen, kosten en extra tijd zijn drempels die in de weg staan aan de benoeming van een deskundige, terwijl de benoeming van een deskundige en de juiste beoordeling van het deskundigenrapport voor de waarheidsvinding wel van groot belang kan zijn.¹⁰

1. Stb. 2020, 223.

2. Kamerstukken II 2018/19, 35263, nr. 3, p. 25 e.v. Ten tijde van de afronding van de tekst was (ons) niet bekend of een AMvB in de maak is om dit voorstel voor een experiment ook daadwerkelijk uit te voeren.

3. Zie o.a. M. Malsch, 'De deskundige als rechter: Ondernemingskamer, Penitentiaire Kamer en Pachtkamer', *Recht der werkelijkheid* 2010, afl. 1, p. 28; G. de Groot, 'De rechter contracteert niet', *TCR* 2004, afl. 4, p. 84; W. Hugenholtz & W.H. Heemskerck, *Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Elsevier 2006, nr. 92.

4. Kamerstukken II 2018/19, 35263, nr. 3, p. 25; R.H. de Bock, 'Hoe maken we het deskundigenbericht weer aantrekkelijk?', *EeR* 2017, afl. 6, p. 241.

5. G. de Groot & N.A. Elbers, *Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008, p. 17.

6. De Bock 2017, p. 241. De Bock schat dat het opstellen van een deskundigenbericht kan leiden tot een vertraging van de procedure van zes tot twaalf maanden.

7. R.J.J. Eshuis, 'Versnellingsbeleid in de rechtspraak: resultaten en reflecties', *Rechtstreeks* 2005, afl. 2, p. 12.

8. De Bock 2017, p. 241; Kamerstukken II 2018/19, 35263, nr. 3, p. 25.

9. Zie voor een uitgebreide uitwerking van de deskundigenparadox: G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2008, p. 13-15.

10. De Bock 2017 2017, p. 241; Kamerstukken II 2018/19, 35263, nr. 3, p. 25.

Voor een goed begrip van de omvang van de hiervoor beschreven problematiek is het instructief om te kijken naar in wat voor soort zaken deskundigen worden ingeschakeld en hoe vaak. De typen deskundigen die het vaakst worden ingeschakeld in civiele zaken zijn de medisch deskundige, de financiële deskundige en de bouwdeskundige.¹¹ Slechts in een zeer beperkt deel van het totaal aantal civiele zaken wordt een deskundige ingeschakeld. Uit onderzoek van Eshuis volgt dat in 4% van de zaken een deskundigenonderzoek plaatsvindt.¹² Hoewel de problematiek (vertraging, processuele complicaties en extra kosten) die zich in deze zaken voordoet groot kan zijn, doet deze zich dus slechts bij een beperkt aantal zaken voor.

3. Het voorstel: een mengvorm van twee modellen?

In de memorie van toelichting bij de Experimentenwet is een voorstel voor een toegevoegd deskundige uitgewerkt. De Minister voor Rechtsbescherming (hierna: de minister) schrijft dat aan dit voorstel het beslismodel ten grondslag ligt. De deskundige als medebeslisser is geen nieuw verschijnsel in het civiele recht. De Ondernemingskamer, de Pachtkamers en de Kamer voor het kwekersrecht hebben deskundige leden en ook in ont-eigeningszaken wordt hiermee gewerkt.¹³ De deelname van deskundige leden als medebeslissers aan de rechtspraak kan zeer vruchtbaar zijn.¹⁴

Het voorstel wordt omschreven als een experiment dat erop gericht is om te onderzoeken of met name de problemen door procedurele verwikkelingen die spelen bij zaken waarin een deskundige wordt benoemd, kunnen worden opgelost door toevoeging van een deskundig lid aan een rechterlijk college. In tegenstelling tot de andere in de memorie van toelichting omschreven experimenten – die in een AMvB zullen worden uitgewerkt – is het voorstel voor een toegevoegde deskundige al deels uitgewerkt in artikel 5 Experimentenwet. Deze keuze volgt uit artikel 116 lid 3 en 4 Grondwet. Volgens deze bepaling kan alleen bij wet geregeld worden dat personen die niet behoren tot de rechterlijke macht deelnemen aan de rechtspraak. Voor een experiment met de inzet van een toegevoegd deskundige kan geen delegatie plaatsvinden naar een

AMvB.¹⁵ Om deze reden is een aantal elementen van het (mogelijke) experiment reeds vastgelegd in de Experimentenwet en hiervan kan niet op een later moment in een AMvB worden afgeweken.

In het voorgestelde experiment wordt in een vroeg stadium beslist om de zaak te behandelen in een deskundigenkamer met een toegevoegd deskundig lid, indien dit kan bijdragen aan een effectieve afwikkeling van het geschil.¹⁶ Hij of zij wordt toegevoegd aan de enkel- of meervoudige kamer in een concrete zaak en maakt dus deel uit van de rechtspraak als medebeslisser, zonder zelf rechterlijk ambtenaar te zijn.¹⁷ Om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de deskundigen te kunnen controleren zal elke rechtbank c.q. elk gerechtshof de namen van de deskundigen met hun nevenfuncties publiceren. Ten slotte zijn de toegevoegde deskundige leden, net als rechterlijke ambtenaren, aan een aantal verplichtingen uit de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) onderworpen.¹⁸

Indien een aparte kamer wordt ingericht voor deze vorm van rechtspraak heeft dit volgens de minister als voordelen dat er dan een permanente structuur bestaat om dit soort zaken te behandelen en wordt verwijzing naar deze kamer eenvoudig.¹⁹ Verder kunnen allerlei tussenvonnissen en andere tussenschakels vermeden worden, omdat de betrokkenheid van de deskundige gedurende de gehele procedure is gegarandeerd. Bovendien wordt het probleem van de 'rituele drieslag' voorkomen, omdat partijen zich minder genoodzaakt voelen om een eigen deskundige in te schakelen.²⁰

Hoewel het experiment in de memorie van toelichting wordt beschreven als een uitbreiding van het beslismodel, lijkt het voorstel eerder een mengvorm van het beslis- en adviesmodel te zijn. In de bestaande praktijk, waarin deskundigen op basis van het beslismodel worden ingezet (zoals bij de Pachtkamer of de Ondernemingskamer), maakt het deskundig lid deel uit van een meervoudige kamer met een oneven aantal leden waarbij ieder lid een gelijke stem heeft. In het voorstel is het toegevoegd deskundig lid bij enkelvoudige rechtspraak de tweede beslisser en bij meervoudige rechtspraak de vierde beslisser.²¹ In artikel 5 lid 1 Experimentenwet is geregeld dat in het geval de stemmen

11. De Groot & Elbers 2008, p. 86.

12. Uit verschillende onderzoeken komen verschillende percentages naar voren. Uit het onderzoek van Eshuis blijkt dat in ongeveer 4% van de civiele zaken deskundigen worden ingeschakeld, zie: R.J.J. Eshuis, 'Sneller procederen: empirisch onderzoek naar de afdoening van civiele bodemprocedures', *Rechtstreeks* 2005, afl. 2, p. 10. Volgens De Groot en Elbers gaat het om een percentage van 2,3%, zie: De Groot & Elbers 2008, p. 83.

13. De Groot & Elbers 2008, p. 19.

14. Een voorbeeld van het eigen perspectief van een deskundig lid: M.A. van Hoepen, 'Goede raad...', in: *De deskundige in rechte* (Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 25 e.v.

15. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 46-47.

16. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 25 en 47.

17. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 24.

18. Te weten: de algemene geheimhoudingsplicht (art. 13 Wet RO), de geheimhouding van het overleg in de raadkamer (art. 7 lid 3 Wet RO), de onpartijdigheid en onafhankelijkheid tegenover partijen en hun advocaten (art. 12 Wet RO) en wat betreft de procedure in geval van klachten over zijn optreden (art. 13a-13g Wet RO), zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 48.

19. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 26.

20. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 26.

21. Zie voor de pachtkamer: W.L. Valk, Mr. C. Assers *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7 Pacht deel III*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 114. Zie voor de Ondernemingskamer: Malsch 2010, p. 30. Zie voor de Kamer voor het kwekersrecht: art. 55a lid 2 en art. 70 Wet RO.

in de raadkamer staken, de stem van de rechterlijk ambtenaar of ambtenaren de doorslag geeft.²² Hoewel het zeer uitzonderlijk is dat in de raadkamer gestemd wordt, brengt deze stemverhouding in onze optiek tot uitdrukking dat het standpunt van de toegevoegd deskundige ondergeschikt is aan dat van de rechterlijke medebeslissers. Het standpunt van de deskundige zal het in de raadkamer immers uitsluitend 'winnen', wanneer zijn opvatting het ook zonder zijn stem zou hebben gehaald. Als adviseur in de raadkamer kan de deskundige natuurlijk een wezenlijke rol hebben, maar een volwaardige medebeslisser – zoals bestaat bij de eerder genoemde vormen van het beslismodel in de praktijk – lijkt hij op grond van de regeling van de Experimentenwet niet te kunnen worden.

Verder valt op dat de Experimentenwet – in weerwil van de wetgevingsadviezen van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en de Hoge Raad²³ – expliciet niet voorziet in een mogelijkheid om het toegevoegd deskundig lid te wraken,²⁴ in tegenstelling tot bijvoorbeeld in pachtzaken, waarin de deskundige leden wel degelijk kunnen worden gewraakt (art. 1019v Rv).²⁵ De mogelijkheid van wraking is van belang om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van hen als rechters te kunnen waarborgen en brengt de eigenstandige positie van de deskundige als medebeslisser tot uitdrukking.²⁶ Indien in voorkomende gevallen de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van het toegevoegd deskundig lid in het geding is, zal in het uiterste geval de rechter moeten beslissen over de positie van de deskundige. Ook daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat het toegevoegd deskundig lid een aan de rechters in het enkel- of meervoudig rechterlijk college ondergeschikte positie heeft.

4. Fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging

In artikel 1 lid 5 Experimentenwet is bepaald dat experimenten de fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging dienen te waarborgen. Deze grondbeginselen zijn onder meer verankerd in artikel 6 lid 1 Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).²⁷ Hoewel deze bepaling geen regels bevat die rechtstreeks gelden voor

deskundigen en het deskundigenonderzoek, zijn deze beginselen van een behoorlijke rechtspleging wel degelijk van toepassing op het deskundigenadvies. In vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) – en overigens ook in de nationale rechtspraak – wordt getoetst of de gehele procedure, dus inclusief (de totstandkoming van) het deskundigenonderzoek, eerlijk is als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM.²⁸

In onze bespreking zullen wij ons met name richten op de beginselen die betrekking hebben op de inzet van deskundigen: hoor en wederhoor, onpartijdigheid en ten slotte het beginsel dat een procedure binnen een redelijke termijn behandeld dient te worden.²⁹

4.1. Hoor en wederhoor

Hoor en wederhoor worden beschouwd als de meest fundamentele elementen die ten grondslag liggen aan eerlijke rechtspleging.³⁰ Het beginsel van hoor en wederhoor kent twee kanten. Aan de ene kant heeft een partij het recht dat de rechter kennisneemt van hetgeen een partij in de procedure naar voren wil brengen (het recht op een rechterlijk gehoor). Tegelijkertijd moet een partij in de gelegenheid gesteld worden commentaar te leveren op hetgeen door de wederpartij naar voren is gebracht (het recht op tegenspraak).³¹ Met andere woorden: partijen moeten een gelijke kans krijgen om de rechter – en de deskundige – van het eigen standpunt te overtuigen (*equality of arms*).³² Uit jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van het beginsel van hoor en wederhoor bij deskundigenbewijs volgt dat partijen adequaat moeten kunnen deelnemen aan de procedure bij de rechter en het deskundigenbewijs moeten kunnen aanvechten in de procedure.³³

De structuur van de huidige regeling voor het deskundigenonderzoek is ingericht langs de lijnen van het beginsel van hoor en wederhoor. Partijen moeten de gelegenheid krijgen zich uit te laten over de verschillende stappen in een deskundigenonderzoek. Dit betekent onder meer dat partijen zich mogen uitlaten over de persoon van de deskundige en de vraagstelling die aan het deskundigenonderzoek ten grondslag ligt. Verder hebben partijen het recht om aanwezig te zijn bij het onderzoek van de deskundige en moeten zij de

22. Kamerstukken II 2018/19, 35263, nr. 3, p. 25.

23. Advies Hoge Raad 2018, bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 35263, nr. 3, p. 6; Advies NOvA, bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 35263, nr. 3, p. 14.

24. Blijkens art. 1 lid 1 onder a Experimentenwet is afwijking van art. 36 t/m 41 Rv (wraking en verschoning van rechters) mogelijk.

25. De Groot & Elbers 2008, p. 33.

26. Onder meer de NOvA en de Hoge Raad wezen in hun reacties op het consultatievoorstel op het belang van het kunnen wraken van de deskundige leden. Zie Advies NOvA 2018, p. 14; Advies Hoge Raad 2018, p. 6.

27. In art. 6 lid 1 EVRM is het volgende bepaald: '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.'

28. Zie o.m. EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, ECLI:NL:XX:1997:AD4449, NJ 1998/278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*) en EHRM 8 augustus 2006, nr. 43803/98, NJCM-Bulletin 2007, p. 697-706, m.nt. PvD (*Eskelinen e.a./Finland*).

29. De andere beginselen die vermeld zijn in art. 1 lid 5 Experimentenwet (toegang tot de rechter en openbaarheid van rechtspraak) zullen wij in dit artikel verder onbesproken laten nu het voorstel voor een toegevoegd deskundig lid geen of een beperkt effect heeft op deze beginselen.

30. W.D.H. Asser, *Fair, redelijk en billijk. Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2000.

31. H.J. Snijders, C.J.M. Klaasen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 32.

32. De Groot 2008, p. 41.

33. Zie bijvoorbeeld: EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, ECLI:NL:XX:1997:AD4449, NJ 1998/278, m.nt. HJS (*Mantovanelli/Frankrijk*); EHRM 5 juli 2007, ECLI:NL:XX:2007:BB5086 (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*).

deskundige van informatie kunnen voorzien.³⁴ De huidige procedure voorziet tevens in de mogelijkheid voor partijen om commentaar te geven op het concept-rapport van de deskundige, waarbij de deskundige in zijn eindrapport hierop dient in te gaan. Ten slotte moeten partijen zich na het verschijnen van het eindrapport van de deskundige nog kunnen uitlaten over het onderzoek en de bevindingen van de deskundige.³⁵

4.2. Onpartijdige rechtspraak

Onpartijdigheid is een randvoorwaarde voor gezaghebbende, legitieme rechtspraak.³⁶ Van de rechter wordt verwacht dat hij zich een onafhankelijk en onpartijdig oordeel vormt over de hem voorgelegde zaak.³⁷ Ook een deskundige dient onpartijdig te zijn. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet echter niet in een verschonings- en wrakingsprocedure voor deskundigen. Het is aan de rechter om erop toe te zien dat een onpartijdige deskundige wordt benoemd en te beslissen over de positie van een deskundige indien tijdens de uitvoering van het onderzoek de onpartijdigheid in het geding is.

4.3. Redelijke termijn

Het laatste beginsel dat ziet op het deskundigenonderzoek betreft de behandeling en uitspraak binnen een redelijke termijn. Een procedure dient zo te zijn ingericht dat binnen een behoorlijke termijn uitspraak wordt gedaan. In het hedendaagse procesrecht heeft de civiele rechter onmiskenbaar een verantwoordelijkheid voor de voortgang van de procedure en termijnbewaking, zo ook op het terrein van het deskundigenonderzoek. Het EVRM kent ruime marges en een schending van een redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM zal dan ook niet snel aan de orde zijn. Dat neemt niet weg dat de lange doorlooptijden van civiele zaken velen een doorn in het oog zijn, en een deskundigenonderzoek leidt in de praktijk in de regel tot een aanzienlijke vertraging, zoals wij hiervoor al bespraken.

5. Toetsing aan de fundamentele beginselen

Hieronder zullen wij het voorstel van een toegevoegd deskundige toetsen aan de fundamentele beginselen. In aanvulling daarop is het goed om nog kort stil te staan bij de positionering van het deskundigenonderzoek in de huidige civiele procedure.³⁸ Uitgangspunt is dat partijen de grenzen van de rechtsstrijd bepalen waaraan de rechter bij de formulering van een opdracht aan een deskundige gebonden is.³⁹ Ook de deskundige dient, of hij ingeschakeld wordt op basis van het advies-

model of op basis van het beslismodel, bij de uitvoering van het onderzoek de grenzen van de rechtsstrijd te respecteren. Daarmee wordt de partijautonomie tot uitdrukking gebracht.

Ondanks de omstandigheid dat het deskundigenonderzoek betrekking heeft op het feitenonderzoek, dat bij uitstek tot het domein van partijen gerekend moet worden, is de partijautonomie ten aanzien van het deskundigenonderzoek toch beperkt. Zo geldt binnen de bestaande regeling dat de rechter, na partijen te hebben gehoord, de deskundige benoemt. Daarbij is de rechter niet gebonden aan een (eenparig) voorstel van partijen, hoewel het wel gebruikelijk is dat rechters een eenparig voorstel van partijen voor de benoeming van een specifieke deskundige volgen. Bovendien hoeft de keuze voor een deskundige niet gemotiveerd te worden en staat tegen een benoeming geen hogere voorziening open.

Ook als het gaat om de formulering van de vraagstelling aan de deskundige is de invloed van partijen beperkt. Partijen worden gehoord, maar het is uiteindelijk de rechter die beslist welke vragen aan de deskundige worden gesteld. De deskundige voert het onderzoek vervolgens uit op basis van de opdracht die de rechter geformuleerd heeft. De deskundige is aan deze opdracht gebonden en partijen hebben geen mogelijkheden deze opdracht lopende het onderzoek te (laten) wijzigen of aanvullen. Weliswaar wordt de opdracht binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen geformuleerd, het is uiteindelijk aan de deskundige welke feiten hij of zij uit het procesdossier afleidt en betreft in het onderzoek. Partijen hebben echter geen zeggenschap over de feiten die de deskundige in het onderzoek betreft en op welke wijze de deskundige het onderzoek uitvoert.⁴⁰

Veel van de problematiek met betrekking tot de inzet van deskundigen is te herleiden tot voormelde vraagstukken. Niet langer zijn partijen zelf verantwoordelijk voor het feitenonderzoek, maar een door de rechter aangewezen deskundige. Het voorstel voor een toegevoegd deskundige vergroot deze spanning, nu door de toevoeging van de deskundige aan het rechterlijk college het deskundigenonderzoek volledig in het rechterlijke domein getrokken wordt. Dit roept met name spanning op met het beginsel van hoor en wederhoor, zoals wij hierna zullen toelichten.

34. G. de Groot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', TCR 2007, afl. 2, p. 37.

35. Zie hierover o.a.: G.R. Rutgers & H.B. Krans, Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 7, Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 143-146; HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:ZC0790, r.o. 3.9 en HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2141 (*Halcion II*), r.o. 3.1-3.4.

36. M. Shapiro, *Courts. A Comparative Analysis*, Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1981, p. 2.

37. Zie hierover uitgebreid: M.L. van Emmerik, J.P. Loof & Y.E. Schuurmans, *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2014.

38. Dit thema is te omvangrijk om binnen de beperkte reikwijdte van dit artikel uitputtend te bespreken. De geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar De Groot 2008, p. 41 e.v. voor een uitvoeriger beschouwing.

39. Het beginsel van partijautonomie kent ook een processuele kant. Op dat terrein heeft de partijautonomie in de loop der jaren aan gewicht verloren ten gunste van een actievare, regisserende civiele rechter. De regievoering wordt verder besproken in de context van rechtspraak binnen een redelijke termijn.

40. De Groot 2008, p. 464-465.

5.1. Hoor en wederhoor

Voor de binnen het adviesmodel bestaande waarborgen ten behoeve van het beginsel van hoor en wederhoor – waarmee partijen tot op zekere hoogte gecompenseerd worden voor de beperking van hun partijautonomie ten aanzien van het deskundigenadvies – lijkt binnen het voorstel weinig aandacht te zijn. Een nog bestaande waarborg die in de memorie van toelichting bij de Experimentenwet genoemd wordt, is dat het deskundig lid – net als de rechter – ingevolge artikel 24 Rv gebonden is aan de rechtsstrijd van partijen. Het respecteren van de grenzen van de rechtsstrijd valt echter niet zonder meer samen met het beginsel van hoor en wederhoor. Daarnaast is in de memorie van toelichting uitgewerkt dat het deskundig lid de voor de beslissing van de zaak relevante deskundige inzichten op de zitting naar voren moet brengen. De deskundige mag dus niet zijn relevante inzichten pas delen in de raadkamer met de rechter.⁴¹ Desalniettemin rijst de vraag of met deze overwegingen het fundamentele recht op hoor en wederhoor binnen het voorgestelde experiment voldoende geëffectueerd kan worden.

Het is maar zeer de vraag of, zoals ook in de memorie van toelichting naar voren wordt gebracht, het deskundig lid tijdens een mondelinge behandeling alle relevante deskundige inzichten naar voren kan brengen en hierover een productief debat met partijen kan worden gevoerd. In zaken van eenvoudige aard is dit naar alle waarschijnlijkheid nog mogelijk tijdens een mondelinge behandeling. De pilot bouwrechter bij de Rechtbank Noord-Holland is een mooi voorbeeld hiervan. De bouwrechter biedt een kortgedingprocedure voor ‘warme’ bouwzaken tussen particuliere opdrachtgevers en aannemers. In deze procedure gaat de rechter met een bouwkundige op locatie kijken waarbij de bouwkundige gelijk ook zijn deskundig oordeel met partijen en de rechter deelt.⁴² Op deze manier kan de deskundige ook een bijdrage leveren aan een minnelijke regeling tussen partijen.

In complexere geschillen – en dat zijn juist de zaken waarin veelal een deskundigenonderzoek wordt gelast – is het niet goed voorstelbaar dat partijen pas voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling kennisnemen van de inzichten van de deskundige. In een zorgvuldige rechtspleging kan van partijen – en de deskundige – redelijkerwijze niet worden verwacht dat zij zonder enige voorbereiding, en eventuele voorafgaande ruggenspraak met een eigen partijdeskundige, tijdens een mondelinge behandeling een debat voeren over (de contouren van) de bevindingen van de deskundige. Dit probleem kan worden ondervangen door de schriftelijke conceptbevindingen van de deskundige voorafgaand aan de mondelinge behandeling met partijen te delen en partijen daarop vervolgens mondeling te laten reageren.⁴³ Maar als voor die werkwijze

wordt gekozen, is de vraag in hoeverre het voorstel de beoogde effecten (versnelling en vereenvoudiging van de procedure) kan bereiken. Op basis van de huidige regeling stelt een deskundige immers al een schriftelijk (concept)rapport op waarop partijen vervolgens kunnen reageren. En het huidige recht biedt ook de mogelijkheid om een deskundige op een mondelinge behandeling te horen.

De belangrijkste toegevoegde waarde van het toegevoegd deskundig lid is dan ook zijn of haar aanwezigheid in de raadkamer, waarin hij vrijelijk van gedachten kan wisselen met de rechterlijke leden. Tegelijkertijd geldt dat dit vrije debat in raadkamer een spanning oproept met het beginsel van hoor en wederhoor. De totstandkoming van het deskundigenadvies wordt immers in het voorgestelde experiment grotendeels aan het zicht van partijen onttrokken, terwijl de waarborgen voor het beginsel van hoor en wederhoor, zoals gezegd, onzes inziens beperkt zijn. Het toegevoegd deskundig lid geeft – omdat er bij het voorstel zoals reeds besproken sprake is van een ‘beperkt stemrecht’ en het ingewikkeld is om de deskundige inzichten met partijen te delen op zitting – feitelijk gezien als deskundige een advies in de raadkamer, op welk deskundig oordeel partijen niet kunnen reageren, terwijl de inbreng van een deskundige in veel zaken – mede dankzij het effect van de deskundigenparadox – van doorslaggevende betekenis kan zijn voor de uitkomst van de zaak. Binnen het voorgestelde experiment zal de invloed van de met rechtspraak belaste deskundige op de beslissing pas kenbaar zijn uit de beslissing, omdat de deskundige zijn advies grotendeels zal geven in de raadkamer. In de huidige regeling is de invloed van de deskundige die de rechter adviseert reeds voordien toetsbaar en daarmee wordt voldaan aan de ratio achter het beginsel van hoor en wederhoor; procespartijen krijgen voldoende gelegenheid om te reageren op alle aspecten in het deskundigenonderzoek die voor de beslissing van hun zaak van belang zijn.

Bovenstaande problematiek speelt ook bij de bestaande vormen van het beslismodel in de Ondernemingskamer en Pachtkamer.⁴⁴ Bij die kamers geven deskundige leden hun oordeel niet tijdens een mondelinge behandeling, maar nemen zij op gelijke wijze deel aan een mondelinge behandeling als de rechterlijke ambtenaren. Hoewel de aanwezigheid van de deskundige leden op zitting en in de raadkamer als toegevoegde waarde wordt gezien, bestaan er hier ook zorgen over het waarborgen van het beginsel van hoor en wederhoor.⁴⁵

5.2. Onafhankelijkheid

Ook ten aanzien van de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid roept het voorstel voor een toege-

41. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 27.

42. ‘De bouwrechter’ op rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Noord-Holland/Regels-en-procedures/Paginas/de-bouwrechter.aspx.

43. Zie hierover ook kritisch De Groot & Elbers 2008, p. 113 en 170.

44. Zie over de ervaringen bij de Pachtkamer en Ondernemingskamer: Malsch 2010, p. 32, 40 en 41.

45. Eerder heeft hierover ook bij de Pachtkamers en de Ondernemingskamer twijfel bestaan, zie De Groot & Elbers 2008, p. 160-161.

voegd deskundig vragen op.⁴⁶ Dit hangt allereerst samen met de zojuist beschreven beperkte controleerbaarheid op de inzet van de deskundige door partijen. Partijen hebben in het voorstel geen invloed op de keuze voor de deskundige en de advisering van de deskundige in raadkamer onttrekt zich wegens bovengenoemde redenen grotendeels aan het zicht van partijen.⁴⁷ In onze optiek worden deze beperkte controlemogelijkheden slechts gedeeltelijk gecompenseerd door publicatie van een lijst van deskundigen met hun nevenfuncties, zoals in het voorstel is opgenomen.⁴⁸

Verder wordt het moeilijker om de onpartijdigheid van de toegevoegd deskundige – en daarmee het rechterlijk college – te bewaken in zaken waarin zeer specialistische kennis vereist is. Indien deskundigen incidenteel als adviseur worden ingezet zijn in beginsel meer deskundigen beschikbaar dan in het geval een beperkt aantal deskundigen (bijvoorbeeld artsen) als leden van een rechterlijk college wordt aangewezen. De kans op banden met partijen is groter.⁴⁹ Juist dit zijn de zaken waarin het beslismodel onzes inziens een deel van de problemen die spelen bij deskundigenbewijs zou kunnen oplossen.

Daarnaast zijn deskundige leden dankzij het feit dat zij, in tegenstelling tot rechterlijke ambtenaren, niet voor het leven worden benoemd kwetsbaarder ten aanzien van de vraag of zij onpartijdig zijn. Het deskundig lid verricht naast zijn werkzaamheden als deskundige immers ook nog allerlei andere werkzaamheden waardoor telkens per zaak – en mogelijk ook nog gedurende het verloop van de zaak – beoordeeld zal moeten worden of de onpartijdigheid van het deskundig lid nog voldoende gewaarborgd kan worden.

Ten slotte kan hierbij de fundamentele vraag worden gesteld in hoeverre de kwaliteit van de rechtspraak nog voldoende gewaarborgd kan worden indien toegevoegde deskundige leden hieraan deelnemen. Nederland kent voor rechters een strenge selectieprocedure en een opleiding van vijftien maanden tot vier jaren, afhankelijk van de voorervaring.⁵⁰ In het voorstel wordt een niet als rechter opgeleide deskundige, waarbij bovendien relevante juridische voorervaring ontbreekt, medeverantwoordelijk voor de uitkomst van de zaak, ook voor de juridische beoordeling. Is daar een rechtvaardiging voor? Wij achten het van belang dat er bij het experiment voldoende aandacht komt voor de selectie van de deskundige leden en hun opleiding. Een mogelijk nadeel hiervan is dat dit de haalbaarheid van het experiment niet ten goede komt. Het is de vraag hoeveel geschikte deskundigen overblijven na de selec-

tie en hoeveel deskundigen ook daadwerkelijk bereid zijn om de verantwoordelijkheid voor de beslissing te dragen voor de in het voorstel genoemde – relatief beperkte – vergoeding van een rechter-plaatsvervanger.⁵¹

5.3. Redelijke termijn

De minister verwacht dat met een toegevoegd deskundige de rechtsgang van zaken waarin een deskundigenbericht nodig is versneld kan worden. Deze verwachting is gerechtvaardigd omdat het voorstel voorziet in een beperking van het aantal processtappen. Wel dienen hierbij twee kanttekeningen geplaatst te worden. Indien ruimhartiger toepassing gegeven wordt aan het beginsel van hoor en wederhoor, zoals wij hiervoor hebben bepleit, zullen partijen in ieder geval de gelegenheid moeten krijgen om kennis te nemen van het conceptrapport van de deskundige en hierop tijdens een mondelinge behandeling of schriftelijk moeten kunnen reageren. Deze tussenstappen leiden onvermijdelijk tot een vertraging van de procedure. In de tweede plaats wordt in de memorie van toelichting niet gekwantificeerd hoe groot de te realiseren versnelling is en in hoeveel zaken dat mogelijk is. Een experiment kan hierover meer duidelijkheid geven. Dat neemt niet weg dat, gezien het beperkte aantal zaken waarin een deskundigenbericht gelast wordt, het effect op de doorlooptijd van alle civiele zaken beperkt zal zijn.

6. Conclusie: voldoende aandacht voor het waarborgen van de fundamentele beginselen

De Experimentenwet maakt het mogelijk om in civiele zaken een deskundige als adviseur toe te voegen aan een enkel- of meervoudig college. Deze toegevoegde deskundige kan in de raadkamer – en in minder complexe zaken ook tijdens een mondelinge behandeling met partijen – met de rechter(s) vrijelijk van gedachten wisselen over het deskundigenadvies en dat kan de kwaliteit van de beoordeling van een deskundigenbericht – en daarmee de kwaliteit van het rechterlijk oordeel – ten goede komen. Door een deskundige aan een rechterlijk college toe te voegen kan de hiervoor besproken deskundigenparadox voor een deel ondergaan worden. De Experimentenwet biedt dan ook ruimte voor experimenten om de problematiek met deskundigenonderzoeken, waarmee de rechtspraktijk al jaren worstelt, aan te pakken.

In deze bijdrage hebben wij laten zien dat het voorstel voor een toegevoegd deskundige ook spanningen met het beginsel van hoor en wederhoor en de (rechterlijke) onafhankelijkheid oplevert. In de memorie van toelichting bij de Experimentenwet zijn deze spanningsvelden

46. In de memorie van antwoord wordt kort aandacht besteed aan deze problematiek, waarbij twee voorbeelden worden uitgewerkt. Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 35263, C, p. 7.

47. Zie hierover ook: De Groot & Elbers 2008, p. 153; Advies Hoge Raad 2018, p. 5; Advies NOvA, p. 14; Adviescommissie BPR 2018, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 5.

48. *Kamerstukken II* 2018/19, 35263, nr. 3, p. 26.

49. Neem bijvoorbeeld de medische beroepsgroep. Dit is in Nederland een kleine wereld waarin velen elkaar kennen. In de huidige praktijk is het vaak al moeilijk om een onpartijdige deskundige te vinden die een advies kan uitbrengen in een medische aansprakelijkheidszaak. Zie hierover De Groot & Elbers 2008, p. 154.

50. H.F.M. Hofhuis, 'De selectie voor rechters geanalyseerd', *NJB* 2018/999, afl. 20, p. 1431.

51. Over deze bereidheid van deskundigen om als rechter op te treden wordt in de praktijk getwijfeld. Zie hierover De Groot & Elbers 2008, p. 166.

in onze optiek nog onvoldoende onderkend. Indien gekozen wordt voor een experiment met een toegevoegd deskundige, dan zal bij de inrichting van dat experiment nog serieus aandacht besteed moeten worden aan het waarborgen van hoor en wederhoor en het creëren van randvoorwaarden voor de onafhankelijkheid van deskundigen. Dit kan geregeld worden in de AMvB die het experiment mogelijk maakt, maar kan ook geregeld worden in het experiment zelf en getoetst worden door de rechter(s) die aan het experiment deelneemt/deelnemen. De kwaliteit van een deskundigenoordeel dient ten slotte niet alleen aan de hand van inhoudelijke maatstaven beoordeeld te worden, maar wordt mede bepaald door de mate waarin de fundamentele beginselen van een behoorlijk proces in acht genomen worden.