

Bewijs in letselschadezaken gezien vanuit de positie van de rechter

*Mr. R.A. Dozy**

1 Inleiding

De rechter komt pas in zicht als partijen er onderling niet uitkomen. Vaak zijn er dan al vele jaren verstreken na het incident¹ dat tot schade heeft geleid. En als dan een vordering wordt ingediend (door gelaedeerde) dan komt het aan op de onderbouwing met feiten (en omstandigheden) die de grondslag van de vordering kunnen dragen.² Het verloop van de tijd werkt in het nadeel van overigens beide partijen: stukken kunnen zijn zoekgeraakt, namen van andere betrokkenen zijn niet te achterhalen of getuigen weten niet meer zo goed wat er heeft plaatsgevonden. De kunst is natuurlijk voor partijen die zich nog in de voorfase van een gerechtelijke procedure bevinden de feiten en omstandigheden rondom het incident ‘veilig te stellen’ voor het geval zij er niet uit komen en zij zich – in de toekomst – tot de rechter moeten wenden. Los van de (informele) mogelijkheid dat partijen zelf schriftelijke verklaringen vragen van personen die bij het incident waren betrokken, biedt de wet ook mogelijkheden hiertoe zoals het voorlopig getuigenverhoor.³ Als er problemen worden voorzien ten aanzien van het causaal verband tussen het incident en de schade kan een voorlopig deskundigenbericht uitkomst bieden (naast natuurlijk de mogelijkheid dat de gelaedeerde zelf een medisch advies inwint⁴ dan wel dat partijen dat gezamenlijk doen). In bodemzaken zijn de letselschadedossiers vaak al vele, vele jaren oud, hetgeen de feitenvergaring bemoeilijkt als hierop niet goed is geanticipeerd. Voor partijen én de rechter die de zaak behandelt, is dat ook frustrerend want er moet recht worden gedaan en de rechter wil op basis van de werkelijke, vaststaande feiten een uitspraak kunnen doen. Alleen dan kan een rechtvaardige uitkomst worden bereikt, die door partijen wordt geaccepteerd. Daarom is het belangrijk dat zowel eiser als gedaagde die feiten goed kan presenteren: hoe

* Mr. R.A. (Renate) Dozy is senior raadsheer bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Dit artikel is een bewerking van een (korte) lezing over het bewijsrecht in letselschadezaken vanuit het gezichtspunt van de (feiten)rechter.

1 Een ongeval of een medische fout bijvoorbeeld.

2 Neergelegd in het stelsel van art. 149 en 150 Rv.

3 Bij verkeersongevallen is dat buitengewoon nuttig als er nog niet zoveel tijd is verstreken en getuigen hun geheugen nog goed kunnen aanspreken.

4 Zo’n ‘eenzijdig’ deskundigenadvies is zeker een instrument om enige objectivering te krijgen ten aanzien van het causaal verband, maar het levert in rechte vaak niet zoveel op, omdat de wederpartij zo’n eenzijdig advies eenvoudigweg kan pareren door bijvoorbeeld een vaak andersluidend advies van een medisch adviseur.

dichter bij de werkelijkheid ('de waarheid') hoe groter de kans op acceptatie van het (salomons)oordeel van de rechter.⁵

2 De feitenvergaring – hoe?

'*Da mihi facta da tibi ius*' – Geef mij de feiten dan geef ik u het recht.⁶ Het draait in civiele procedures allereerst om de feiten. Zonder feiten kan geen recht worden gedaan – en die feitenvergaring wordt idealiter in een zo vroeg mogelijk stadium gedaan, bijvoorbeeld door gebruik te maken van het voorlopig getuigenverhoor en/of het voorlopig deskundigenbericht. Deze wettelijke instrumenten zijn kort en eenvoudig geregeld in paragraaf 8, titel 2, afdeling 9 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) dat de titel 'bewijs' draagt. Naast de algemene bepalingen van bewijsrecht⁷ zijn er bepalingen over de getuigen,⁸ het voorlopig getuigenverhoor,⁹ de deskundigen¹⁰ en het voorlopig deskundigenbericht.¹¹

Het ligt in eerste instantie 'op het bordje' van partijen om de (juiste¹²) feiten aan te dragen die zij van belang achten voor een (goede, juiste) beoordeling door de rechter. De door partijen gepresenteerde feiten en omstandigheden vormen de grondslag voor hun vordering of verweer; zij bepalen daarmee de omvang van de rechtsstrijd.¹³ Binnen dat speelveld zal de rechter moeten oordelen.¹⁴ Te vaak komt het nog voor dat pas ter gelegenheid van de mondelinge behandeling door vragenstelling van de rechter de feiten (of stukken) boven tafel komen die van belang zijn voor de beslissing. En eigenlijk is dat 'te laat': in een ideaal procesdossier zijn alle feiten netjes gerangschikt met de onderbouwende stukken erbij en behoeft de rechter niet als een rechercheur/detective op zoek te gaan naar bijvoorbeeld de feitelijke gang van zaken ten tijde van het ongeval of het spreekuur. De rechter wil namelijk ook gewoon begrijpen wat er feitelijk is gebeurd en welke stukken (nog) voorhanden zijn om een beslissing te kunnen nemen. Hoe 'actiever' de advocaten van partijen,

5 Over het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure heeft R.H. de Bock een indrukwekkend proefschrift geschreven: *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg) (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XI), Deventer: Kluwer 2011. Zie ook G. de Groot, *Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht* (Preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2012.

6 Het Latijn is met de nu meer gangbare 'klare taal-uitspraken' uit den boze, maar ik ben er nog mee opgegroeid en als jurist mee opgevoed – maar dit terzijde.

7 Par. 1, art. 149-155 Rv.

8 Par. 4, art. 163-158 Rv.

9 Par. 5, art. 186-193 Rv.

10 Par. 6, art. 194-200 Rv.

11 Par. 8, art. 202-206 Rv.

12 Deze waarheidsverplichting is te lezen in art. 21 Rv: 'Partijen zijn verplicht de (...) feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. (...)' Zie hierover uitvoerig R. El Gamali & E. Tjong Tjin Tai, 'Waarheidsplicht en bewijslastverdeling', *TCR* 2019, nr. 2, p. 57-67.

13 De partijautonomie van art. 24 jo. art. 149 Rv.

14 Het daarmee optredende spanningsveld van aanvullen van rechtsgronden neergelegd in art. 25 Rv en de waarheidsvinding levert een bron van (her)bezinning op in de literatuur. Korte halve zij verwezen naar het eerdergenoemde preadvies van De Groot voor de NJV 2012.

hoe ‘lijdelijker’ de rechter kan zijn. Het burgerlijk procesrecht biedt daarvoor ook voldoende handvatten, al is enige modernisering wel op zijn plaats.¹⁵

Mijn advies (aan de advocaten) is dan ook om als het even kan een voorlopig getuigenverhoor te starten in zaken die zich daarvoor lenen (dat zijn er denk ik méér dan je zo op het eerste gezicht zou denken).¹⁶ Het geheugen van getuigen schijnt al niet zo betrouwbaar te zijn volgens deskundigen, dus hoe méér tijd er verstreken is, hoe minder betrouwbaar een getuige zal (kunnen) verklaren. Het is hoe dan ook raadzaam om getuigen dan in ieder geval een eigen verklaring op te laten schrijven van wat zij zich bijvoorbeeld herinneren van het ongeval, van het spreekuur, van de bespreking, enzovoort. Ik hecht persoonlijk altijd veel waarde aan verklaringen van getuigen /personen direct na het ongeval of na het (medisch) incident. Deze verklaringen zijn ‘vers’ en zijn in ieder geval nog niet ‘besmet’ met de standpunten die partijen in een procedure hebben ingenomen.

3 Het (voorlopig) getuigenverhoor en (voorlopig) deskundigenbericht

Zowel het ‘gewone’ getuigenverhoor en het ‘gewone’ deskundigenbericht als het voorlopig getuigenverhoor of voorlopig deskundigenbericht staan in de wet gerangschikt onder ‘bewijs’.

Artikel 166 lid 1 Rv

‘Indien bewijs door getuigen bij wet is toegelaten, *beveelt* de rechter een getuigenverhoor *zo vaak een der partijen het verzoekt* en de door haar te bewijzen aangeboden feiten betwist zijn en tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Hij kan dit *ook ambtshalve* doen.’

Artikel 194 lid 1 Rv

‘De rechter *kan op verzoek van een partij of ambtshalve* een bericht of verhoor van deskundigen bevelen.’

Tussen beide bepalingen zit een cruciaal verschil: een aanbod voor het leveren van – kort gezegd – getuigenbewijs mag de rechter niet zomaar passeren;¹⁷ artikel 166 lid 1 Rv geeft partijen in beginsel het recht op bewijs door het horen van getuigen. Een aanbod voor bewijs door middel van een deskundigenbericht dan wel een

15 De modernisering en vereenvoudiging van het burgerlijk bewijsrecht gaat het bestek van deze voordracht te buiten en staat al langere tijd op de politieke en wetenschappelijke agenda. Kortheidshalve zij verwezen naar een helder overzichtsartikel van W.D.H. Asser, ‘Bewijsrecht in het themanummer’, *RMThemis* 2020-6, p. 241-247. In deze opinie is ook een mooi overzicht gegeven van de ontwikkeling in denken hierover. Zo is de mondelinge behandeling en de regie van de rechter een steeds prominentere plaats gaan innemen in ons burgerlijk procesrecht.

16 Vgl. ook de opinie van C.J.M. Klaassen in haar bijdrage voor het LSA-symposium van 25 januari 2019, gepubliceerd in *Verkeersrecht* 2019, nr. 10.

17 Tenzij de rechter vindt/oordeelt dat de (eisende) partij niet heeft voldaan aan ‘de stelplicht’, een niet onbekend struikelblok dat niet alleen leidt tot het niet toelaten tot bewijs maar vaak ook leidt tot afwijzing van de vordering (en het instellen van hoger beroep).

verzoek aan de rechter om een deskundigenbericht te gelasten behoeft de rechter niet te honoreren. En sterker nog: de rechter hoeft ook niet te motiveren waarom hij geen deskundigenbericht zal gelasten als daar niet om is gevraagd. Als er wel om wordt gevraagd door partijen dan zal de rechter hierop mijn inziens wel moeten responderen, al is het maar om uit te leggen waarom er geen behoefte is aan bewijs door middel van een deskundigenbericht. Dit is een vreemd verschil en daarop wordt in de literatuur¹⁸ ook wel de nodige kritiek geuit.

Wat betreft de ‘voorlopige’ maatregelen:

Artikel 186 Rv lid 1 Rv

‘In gevallen waarin ... het bewijs door getuigen is toegelaten, kan, voordat een zaak aanhangig is, *op verzoek van* de belanghebbende onverwijld een voorlopig getuigenverhoor worden bevolen.’

Artikel 202 lid 1 Rv

‘Voordat een zaak aanhangig is, *kan* op verzoek van de belanghebbende een voorlopig bericht of verhoor van deskundigen (...) worden bevolen.’

Beide verzoeken kunnen worden gedaan hetzij (1) voor aanvang van een geding (inschatting proceskansen) of (2) in een reeds aanhangig geding (bijv. tussen rechtbank en hofprocedure).

Alhoewel de wettekst lijkt te suggereren dat een positieve respons op zo’n verzoek aan de discretionaire bevoegdheid is van de rechter, volgt uit de (vaste) rechtspraak dat dit niet zo is. Zo oordeelde de Hoge Raad op 30 maart 2018 dat aan de rechter die heeft te oordelen over het verzoek voorlopig deskundigenbericht géén discretionaire bevoegdheid toekomt.¹⁹ De rechter dient het onderzoek in beginsel te gelasten, mits het daartoe strekkende verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden. De gronden voor afwijzing van een verzoek zijn: misbruik van recht (art. 3:13 Burgerlijk Wetboek (BW)), in strijd met een goede procesorde,²⁰ in strijd met een ander zwaarwichtig bezwaar en onvoldoende belang (art. 3:303 BW).²¹

18 De Bock 2011, p. 303 (hfdst 7.4) met bronverwijzingen.

19 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:482.

20 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 23 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:793: een verzoek (van de WAM-verzekeraar) om een *tweede* voorlopig deskundigenbericht (verzekeringsgeneeskundige) omdat het eerste deskundigenbericht niet bruikbaar was vanwege zwaarwegende en steekhoudende argumenten, wordt afgewezen want in strijd met een goede procesorde.

21 Soms is sprake van een onwelwillende lezing van de rechter van het verzoek. In de zaak die uiteindelijk leidde tot HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:482 had het hof geoordeeld dat de vraagpunten niet ter zake dienend zouden zijn in het kader van de hoofdzaak. De Hoge Raad oordeelde dat het hof een niet begrijpelijke uitleg van de gedingstukken had gegeven, waarna de zaak naar een ander hof werd verwezen. Verzoeker was toen een paar jaar verder... Zie verder de lezenswaardige conclusie van de A-G over het kader en uitgangspunt van het voorlopig deskundigenbericht.

Hetzelfde uitgangspunt geldt wat betreft het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor: het verzoek dient te zien op feiten of rechten die verzoeker wil bewijzen die van belang zijn in een procedure voor de burgerlijke rechter.²² De gronden voor afwijzing van een verzoek zijn gelijk aan de hierboven genoemde gronden inzake een voorlopig deskundigenbericht.²³

Het verschil tussen de vrijheid van de rechter om een verzoek voorlopig deskundigenbericht en een verzoek in een (hoofd)procedure om het benoemen van een deskundige al dan niet af te wijzen kan worden verklaard doordat deze twee soorten deskundigenberichten verschillende functies hebben.

Een *voorlopig* deskundigenbericht dient vooral tot het vergaren en veiligstellen van bewijs, ten behoeve van een partij die een procedure overweegt of al is gestart.

Bij een *regulier* deskundigenbericht staat een andere functie op de voorgrond, namelijk die van voorlichting van de rechter.²⁴ Aan de rechter die de zaak behandelt, staat ter beoordeling of hij behoefte heeft aan inbreng van een deskundige.²⁵ Dit raakt direct aan hetgeen hierna wordt aangestipt.

4 Waarheidsvinding

In de civiele procedure zal de rechter op basis van de aangedragen feiten (en stellingen) zich een oordeel moeten vormen over de vordering, waarbij het verweer van de wederpartij natuurlijk een ander licht kan werpen op de gepresenteerde feiten van de zaak. De rechter zal op zoek gaan naar ‘de waarheid’, waarvoor hij²⁶ de door partijen aangedragen feiten nodig heeft om tot een beslissing te kunnen komen (art. 21 Rv).²⁷ Deze (waarheids)plicht ligt uitdrukkelijk op partijen om de

22 Als eerder gezegd: bij een incident (verkeersongeval of medische fout) kan het van groot belang zijn dat zo spoedig mogelijk getuigen worden gehoord over de feiten waarvan zij getuige waren.

23 Zie bijv. HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3938. Zie voor een toepassing Rb. Limburg 5 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:1837; hier werd een verzoek tot het horen van de deskundige in een voorlopig getuigenverhoor afgewezen. Volgens verzoeker kleeft aan het rapport een gebrek (schending hoor/wederhoor). Dit argument was niet voldoende voor het toelaten van een voorlopig getuigenverhoor: verzoeker had met de twee rapporten van de deskundige voldoende informatie om zijn proceskansen in te schatten.

24 Al kan je dat niet zo zwart-wit zeggen; ook een door de rechter gelast deskundigenbericht staat in het teken van bewijs. Je zou kunnen stellen dat het gerechtelijk deskundigenbericht een hybride karakter heeft (advies/voorlichting en bewijs).

25 Zie conclusie A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1410 bij HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:272 (beroepsfout cassatie advocaat) waarin het ging om de vraag of de (civiele!) rechter gehouden was een deskundige op het cassatierecht strafzaken te benoemen om te (kunnen) beoordelen of er bij een tijdig ingesteld cassatieberoep door de (cassatie)advocaat een reële kans op vernietiging van het strafarrest was geweest.

26 Lees ook steeds ‘zij’.

27 Met de waarheidsvinding in de civiele procedure wordt ook het ‘algemene maatschappelijke belang gediend dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling’, aldus vaker de Hoge Raad in verschillende uitspraken (voor vindplaatsen zij kortheidshalve verwezen naar het preadvies van De Groot (p. 49) voor de NJV-vergadering in 2012.