

Werken aan waarheidsvinding

Mr. dr. R. R. Verkerk *

Boekbespreking van: R.W.M. Giard, Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Inleiding

In 2016 verscheen het achtste (en vooralsnog laatste) deel in de serie 'Civilogie'. Het boek is getiteld *Werken aan waarheidsvinding* en geschreven door R.W.M. (Raimond) Giard. Giard studeerde geneeskunde en werkte tot 2015 als klinisch patholoog bij het Maasstad Ziekenhuis in Rotterdam. Giard was daarnaast (tot aan zijn emeritaat) als hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Op het terrein van waarheidsvinding is de juridische literatuur rijkelijk beschikbaar. De laatste tien jaar zijn meerdere proefschriften,¹ monografieën² en handboeken³ verschenen. De wettelijke regelingen inzake de verdeling van de bewijslast,⁴ het horen van getuigen of het deskundigenbewijs zijn door meerdere auteurs tot in detail beschreven. Hetzelfde geldt voor de meer principiële vragen over het belang van de waarheidsvinding en de vraag wie daarvoor (primair) verantwoordelijk is.⁵

Het boek *Werken aan waarheidsvinding* heeft in beperkte mate oog voor de juridische aspecten van een civiele procedure. Het boek beoogt op dit punt ook niet volledig te zijn. Het onderscheidt zich van de gangbare juridische literatuur over waarheidsvinding doordat het vooral de aandacht richt op gedragswetenschappelijke, psychologische, epistemologische en methodische finesses van waarheidsvinding. De kerngedachte van het boek is dat de rechtswetenschap een 'kruispuntdiscipline' is, althans zou moeten zijn. Daarmee wordt bedoeld dat ruimte moet worden geboden voor inzichten uit andere disciplines. De civiele procedure wordt volgens Giard

beheerst door een dubbele normativiteit. Naast de procesrechtelijke logica die is ingegeven vanuit de wens een eerlijk en ordelijk debat te voeren (art. 19, 24, enzovoort van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)), dient het civiele proces ook vanuit een empirisch en/of kentheoretisch perspectief aanvaardbaar te zijn.

Het boek heeft een academische insteek. Giard schakelt moeiteloos over van wetenschapsfilosofische verfijningen, methodologische overdenkingen en grote ethische vragen naar meer precieze wetenschappelijke vragen. De beperking van het boek lijkt (alleen) daarin te zijn gelegen dat het zich toespitst op het aansprakelijkheidsrecht. Ondanks de academische, theoretische en algemene insteek sluit het boek door de vele voorbeelden aan bij de praktijk van rechters en advocaten die het civiele proces van waarheidsvinding dagelijks vormgeven. Voor rechters en advocaten die vanuit een ander perspectief kritisch willen reflecteren op het civiele proces is dit boek dan ook een aanrader.

Het begin van de procedure: een calamiteit en het verwijt⁶

De proloog van de aansprakelijkheidsprocedure is een onheilspellende gebeurtenis, zoals een medische complicatie, een tegenvallend beleggingsrendement, een faillissement of een verkeersongeval. Giard benadrukt dat een dergelijke calamiteit emotionele reacties oproept en aanleiding geeft tot het maken van (morele) verwijten.

Een slachtoffer zal in de regel geneigd zijn te denken dat een calamiteit niet het resultaat is van toevallige omstandigheden, maar het gevolg is van iemands handelen (attributiefout). Hij of zij zal (te snel) geneigd zijn een calamiteit *ex post* aan het handelen van een bepaalde persoon toe te schrijven. Het slachtoffer zal op zoek gaan naar oorzaken en geneigd zijn te zoeken naar een beslissend moment waarop de calamiteit zou kunnen zijn voorkomen door anders te handelen (contrafeitelijk denken).

Aan het begin van het derde hoofdstuk bespreekt Giard een aan de rechtspraak ontleende casus van een vrouw die zich met pijn in haar linkerarm, schouder en elleboog bij de huisarts meldde. Enkele weken later wordt in het ziekenhuis de diagnose gesteld dat sprake was geweest van een hartinfarct. Inmiddels was blijvende gezondheidsschade ontstaan. De vrouw vordert schadevergoeding. De gezondheidsschade is volgens haar de fout van de huisarts (attributie) en had kunnen worden voorkomen als de huisarts eerder de juiste diagnose had gesteld (contrafeitelijk denken).

* Mr. dr. R.R. Verkerk is advocaat bij Houthoff Buruma in Rotterdam.

1. Zie bijv. R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011. E.F. Groot, *Het voorlopig getuigenverhoor*, Deventer: Wolters Kluwer 2015. Sommige daarvan zien op specifieke rechtsgebieden, zoals H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
2. Zie bijv. G. de Groot, *Civiel deskundigenbewijs* (Monografieën Burgerlijk Procesrecht, deel 5), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012 en G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
3. Zie o.m. H.W.B. thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Apeldoorn: Maklu 2011, Asser Procesrecht/Asser 3 (Bewijs) en G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014.
4. Zie bijv. W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.
5. Zie bijv. Asser Procesrecht/Giesen I, hoofdstuk 3.3 en de aldaar besproken literatuur. Zie ook A. Hammerstein, W.D.H. Asser & R.H. de Bock, *Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht*, april 2017.

6. Zie m.n. hoofdstuk 1 en 2.

Uit psychologisch onderzoek blijkt dat de perceptie van de feitelijke gebeurtenissen vaak (onbewust) vertekend is. De feitelijke waardering wordt gekleurd door de bekende slechte afloop. Men spreekt in dit verband wel van vooringenomenheid of bias. Dit proces wordt versterkt door de wijze waarop een civiele procedure aanvangt. Het opstellen van een dagvaarding nodigt uit tot attributie: de calamiteit is de schuld van de gedaagde. Zo bezien vormt de proloog van de procedure geen goed begin van een proces van waarheidsvinding.

Het belang van een werkplan en onderzoeksvragen

Giard bepleit dat de civiele rechter een werkplan moet maken bestaande uit meerdere stappen. Daarbij moeten de juiste onderzoeksvragen duidelijk worden geformuleerd en vervolgens de methoden worden vastgesteld.⁷ De rechter zou open onderzoeksvragen moeten formuleren. In het voorbeeld waarbij niet tijdig de diagnose hartinfarct was gesteld, gaat het om vragen als: Waarom werd de diagnose hier gemist? Gebeurt het miskennen van een diagnose vaker? En zo ja, waarom wordt een hartinfarct dan niet herkend? Dit zijn vragen waarover de nodige literatuur beschikbaar is. Uit empirisch onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat de diagnose hartinfarct bij jongere vrouwen vaak gemist wordt. Daarbij speelt een rol dat een hartinfarct niet typisch is voor vrouwen onder de 55.⁸

In zekere zin bepleit Giard een benadering die in de procespraktijk veelvuldig wordt gevolgd. In het bijzonder bij de benoeming van een deskundige is het zeer gebruikelijk dat de rechter – na een eerste voorzet door partijen – de feitelijke onderzoeksvragen formuleert. Als de rechter een bewijsopdracht geeft, is het ook gebruikelijk dat het probandum nader wordt omschreven, zij het dat een formulering van precieze deelvragen daarbij wel eens achterwege wordt gelaten.

Giard acht de bestaande wettelijke regeling en/of procespraktijk kennelijk onvoldoende en stelt voor art. 24 Rv aan te passen en daarin expliciet op te nemen dat de rechter rechtsvragen en onderzoeksvragen moet formuleren.⁹ De rechter zou dan over de rechtsvragen moeten beslissen aan de hand van de uitkomsten van het onderzoek. Giard gaat (helaas) niet nader in op de wijze waarop dit binnen het bestaande procedurele kader moet worden ingepast. Het procesmodel dat Giard voor ogen heeft, is kennelijk dat de rechter altijd, althans vaker, een (tussen)uitspraak wijst waarin onderzoeksvragen worden geformuleerd en dat eerst na een nader (feitelijk) onderzoek een einduitspraak wordt gewezen.

Men kan de vraag stellen of de door Giard bepleite wetswijziging wenselijk is. Daarbij moet worden bedacht dat art. 24 Rv een algemene bepaling is die ziet op alle civiele procedures. Het gaat daarbij niet alleen om (feitelijk) complexe aansprakelijkheidsvragen, maar ook om talloze andere procedures, waarbij andere afwegingen denkbaar zijn. Denk daarbij aan eenvoudige incassoprocedures, procedures tot faillietverklaring of procedures omtrent voogdij. De door Giard bepleite wetswijziging vergt in al dergelijke zaken veel meer sturing,

meer tussenuitspraken en daardoor meer tijd van de rechter. Hoewel de door Giard bepleite oplossingsrichting zinvol is, is het de vraag of de door hem voorgestelde algemene verplichting tot het formuleren van onderzoeksvragen in alle zaken wenselijk is.

Het voorkomen van denkfouten

Giard bespreekt – veel uitgebreider dan in de bestaande juridische literatuur¹⁰ – veelvoorkomende denkfouten en de wijze waarop zij kunnen worden voorkomen.¹¹ Daarbij doelt hij met name op het feit dat de rechter bekend is met de (slechte) afloop. Een rechter moet oordelen over de calamiteit, zoals kortsluiting, een medische complicatie of een faillissement. Men spreekt in dit verband wel van de *curse of outcome knowledge*. Psychologisch onderzoek laat zien dat ook rechters onderhevig zijn aan allerlei vormen van intuïtieve vooringenomenheid (*bias*). Zij zijn bijvoorbeeld geneigd om met ‘wijsheid achteraf’ te oordelen. Ook goed opgeleide rechters, die zich bewust zijn van deze psychologische eigenaardigheden van het menselijk brein, zijn daarvan niet gevrijwaard. Uit onderzoek blijkt dat ook die rechters hun eigen vooringenomenheden niet herkennen.

Giard gaat ook uitgebreid in op het causaal verband, dat een sleutelrol vervult binnen het aansprakelijkheidsrecht.¹² Hij benadrukt dat zonder heldere onderzoeksvragen (en het daarop volgende onderzoek) het risico bestaat dat de perceptie die gekleurd is door de bekende slechte afloop, verwijten en sociale normen ook de causale vragen dirigeren. Bij wijze van voorbeeld noemt Giard het zogenoemde *Skeeler*-arrest,¹³ waarbij een sportschool aansprakelijk werd gehouden voor een ongelukkige val met een dodelijke afloop. De sportschool had – aldus de Hoge Raad – het slachtoffer ertoe moeten aanzetten een helm te dragen. Aan het oordeel ligt de premisse ten grondslag dat het slachtoffer de val wel zou hebben overleefd als zij een helm had gedragen. Giard is kritisch over de wijze waarop de Hoge Raad tot zijn oordeel komt. Hij wijst erop dat op basis van empirisch onderzoek gerede twijfels over de juistheid van de voornoemde premisse mogelijk zijn.¹⁴

Volgens Giard is het toepassen van de juiste methoden steeds maatwerk¹⁵ en vraagt waarheidsvinding steeds een waaier van gezichtspunten.¹⁶ Waarheidsvinding is daarmee sterk contextgebonden. Het voorkomen van denkfouten en het kiezen van de juiste methode zijn als gevolg daarvan niet eenvoudig. Dat vergt van geval tot geval een kritische analyse.

Concrete voorstellen tot verbetering

In het boek treft men een enkele uitgewerkte en praktisch eenvoudig te implementeren ‘tip’ aan. De naar mijn oordeel meest

7. Zie m.n. hoofdstuk 3.

8. Zie p. 53.

9. Zie m.n. p. 150.

10. Terecht wordt in de juridische literatuur gewezen op psychologische inzichten inzake de rechterlijke besluitvorming. Zie bijv. Asser Procesrecht/Giesen I, hoofdstuk 10.5.

11. Zie m.n. hoofdstuk 4 en 5.

12. Zie hoofdstuk 6.

13. HR 11 november 2005, NJ 2007/141.

14. Zie o.m. p. 62.

15. Zie bijv. p. 155.

16. Zie par. 9.6.

waardevolle suggestie ziet op de wijze waarop een deskundige van informatie wordt voorzien. In de huidige procespraktijk komt het vaak voor dat de deskundige kennisneemt van processtukken en daarmee ook kennisneemt van de calamiteit. Giard adviseert om waar mogelijk de deskundige niet te voorzien van dergelijke informatie. Kennis van een ongelukkige afloop moet daar waar mogelijk worden onthouden.¹⁷

Giard beschrijft als voorbeeld de casus van een 53-jarige vrouw die deelnam aan een bevolkingsonderzoek naar borstkanker. Bij de beoordeling van de röntgenfoto's zijn geen afwijkingen geconstateerd. De vrouw veronderstelde dat zij dus geen borstkanker had. Een halfjaar later werd desondanks vastgesteld dat sprake was van borstkanker. De vrouw stelde zich op het standpunt dat de arts die bij het bevolkingsonderzoek de mammografie beoordeelde een fout had gemaakt.

In dergelijke gevallen zou men een deskundige in een civiele procedure kunnen voorzien van de processtukken en de destijds gemaakte mammografie. Men zou de deskundige dan de vraag kunnen voorleggen: is op de foto te zien dat mevrouw borstkanker heeft? Giard acht dit een slechte methode: de deskundige zal dan (onbewust) geneigd zijn naar de hem bekende uitkomst toe te redeneren.

Giard bepleit dat in dit soort gevallen de deskundige een groter aantal mammografieën krijgt voorgelegd. Deze moet de deskundige dan blind beoordelen, dat wil zeggen: zonder dat de deskundige weet of in één of meer van de voorgelegde gevallen (en zo ja, welke) later borstkanker zou worden vastgesteld. Kortom: Giard bepleit een soort variant op de bekende osloconfrontatie, die in het strafrecht veel wordt toegepast. De achtergrond is dat het proefondervindelijk is bewezen dat het al of niet blinderen verschil uitmaakt bij de herbeoordeling van mammografieën.

Geheel in lijn met de oproep van Giard om gezamenlijk het proces van waarheidsvinding te verbeteren zijn ook andere concrete suggesties denkbaar om meer nadruk te leggen op het hanteren van de juiste onderzoeksmethoden. Een eerste stap zou kunnen zijn dat een deskundige expliciet in het rapport aangeeft waarom hij of zij deskundig is. Waar mogelijk is het ook wenselijk als een deskundige in het rapport de gehanteerde methoden beschrijft en rekenschap geeft van de mate waarin deze methoden in wetenschappelijke kringen aanvaardbaar worden geacht.¹⁸ Indien eigen deskundigen en door de rechter benoemde deskundigen heel duidelijk aangeven welke (al dan niet onderling verschillende¹⁹) methoden zijn gebruikt, kan dit een rechter en partijen helpen de methoden en de op basis daarvan gekregen onderzoeksresultaten inhoudelijk te beoordelen. Het formuleren van nadere wettelijke regels lijkt daarvoor geen vereiste en staat ook overigens op gespannen voet

met de vrije bewijsleer. Wel kan worden overwogen om de richtlijnen die zijn vervat in de Leidraad deskundigen in civiele zaken aan te vullen. Deze richtlijnen omschrijven al dat een deskundige zijn bevindingen moet motiveren. Deze motiveringsplicht zal nader kunnen worden ingevuld door te specificeren dat de motivering van het rapport onder andere zou kunnen bestaan uit een nadere uiteenzetting van de gehanteerde methoden en de mate waarin deze in het betreffende vakgebied worden gedragen en gehanteerd.

In lijn met het voorgaande zou een rechter bij de bewijswaardering en de motivering van zijn uitspraak meer aandacht kunnen besteden aan de methoden die door deskundigen zijn gehanteerd. Bijvoorbeeld door een antwoord te formuleren op de in het Nederlands strafrecht ontwikkelde methodische vragen:

1. Strekt de deskundigheid van de deskundige zich mede uit tot het onderzoek?
2. Volgens welke methode is het onderzoek uitgevoerd?
3. Waarom acht de deskundige deze methode betrouwbaar?
4. In hoeverre is de deskundige in staat de methode vakkundig toe te passen?²⁰

Slotbeschouwing

De rode draad in het werk van Giard betreft een pleidooi waarbij het bredere wetenschappelijk perspectief en het toepassen van de juiste (empirische) methoden vooropstaan. Van de vele onderwerpen, gezichtspunten en perspectieven die in het boek aan de orde komen, zijn in deze korte bijdrage slechts enkele besproken. Voor advocaten of rechters die zich dagelijks met het civiele proces bezighouden, bieden de vele voorbeelden en inzichten vanuit andere disciplines de nodige verdieping.

Giard gaat niet nader in op de huidige tendens in de civiele procespraktijk, waarbij de sterk gevoelde noodzaak om kosten en tijd uit te sparen lijkt te hebben geleid tot het strakker stroomlijnen van de procedure. Binnen de rechterlijke macht wordt de werkdruk als (te) hoog ervaren en hebben rechters de indruk dat zij te veel zaken moeten behandelen en daarvoor te weinig tijd hebben. Waar mogelijk wordt volstaan met één schriftelijke ronde en één zitting, gevolgd door één inhoudelijke (eind)uitspraak. Veel zaken worden afgedaan op de 'stelplicht', als gevolg waarvan nadere bewijslevering vaak achterwege blijft.²¹ In de rechtspraak treft men met regelmaat voor-

17. Zie o.m. p. 83 en 136-138.

18. Vgl. de zogenoemde *expert disclosures* die in Anglo-Amerikaanse jurisdicties gebruikelijk zijn. Zie bijv. voor de Verenigde Staten FRCP Rule 26(a), vgl. ook FRE Rule 702.

19. Juist als verschillende methoden zijn gebruikt, kan dat aanleiding zijn door te vragen of om de deskundigen te verzoeken gezamenlijk te bezien over welke vragen zij het eens zijn. Zo is recent nog bepleit dat een joint statement van deskundigen in het algemeen wenselijk is. Zie Hammerstein, Asser & De Bock 2017.

20. Vgl. in dit verband de vier vereisten die voortvloeien uit HR 27 januari 1998, NJ 1998/404 (*Schoenmakersarrest*): '(...) dat het Hof heeft onderzocht of die deskundigheid zich mede uitstrekt tot het onderzoek aan en de analyse van schoensporen, en zo ja volgens welke methode hij het onderzoek heeft uitgevoerd en waarom hij deze methode betrouwbaar acht alsmede in hoeverre hij in staat is deze methode vakkundig toe te passen.' Zie art. 511 Sv. Deze benadering lijkt te zijn geïnspireerd op de Amerikaanse Daubert-maatstaf.

21. Zie bijv. M.J.A.M. Ahsmann, 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar "stellen"', in: M.J.A.M. Ahsmann e.a., *Bewijsrecht* (NVvP 23), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27.

beelden aan van feitenrechters die direct een einduitspraak wijzen en (ten onrechte) afzien van het horen van getuigen.²²

Juist nu (ook met de invoering van het KEI-regime) de nadruk zo sterk ligt op een doelmatig en snel civiel proces is het boek van Giard actueel en relevant. Het boek spoort aan tot een benadering waarbij juist meer tijd en meer aandacht beschikbaar zouden moeten zijn voor een gedegen methodisch feitenonderzoek. Men kan met recht de vraag stellen of het realistisch en haalbaar is voor individuele rechters om meer tijd in te ruimen voor een gedegen feitelijk onderzoek. Het boek laat evenwel zien dat een gebrek aan methoden en het achterwege laten van een nader (helder omljnd) onderzoek de kans vergroten dat (denk)fouten worden gemaakt en onaanvaardbare uitspraken worden gewezen. Het boek maakt duidelijk dat het huidige procesmodel van (in beginsel) één schriftelijke ronde gevolgd door één zitting en één inhoudelijke uitspraak in veel aansprakelijkheidszaken tekortschiet. Het biedt onvoldoende ruimte voor het onderzoek dat benodigd is voor een gedegen beantwoording van feitelijke vragen. Als zodanig vormt dit boek een waardevolle bijdrage aan het debat.

22. Zie voor enkele recente voorbeelden: HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3009, HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65 en HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047.