



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Annotation: Rechtbank 's-Hertogenbosch 2004-10-13**

Graaf, T.J. de

### **Citation**

Graaf, T. J. de. (2005). Annotation: Rechtbank 's-Hertogenbosch 2004-10-13. *Computerrecht*, 4, 214-214. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47275>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47275>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

plaats wordt ingeruimd voor mediation al dan niet gekoppeld aan het in meer of mindere mate volgen een escalatieprocedure. Dat zal niet gemakkelijk zijn; de IT-sector wordt vanuit de sector zelf als een machocultuur beschreven. Geschillen lost men daar zelf op en als de klant niet wil luisteren, stapt

men naar de rechter. Voor softe oplossingen voelt men niets. Die misvatting over mediation – dat het een softe benadering is van geschillen(oplossing) – bestaat nog steeds. Dat misverstand moet worden weggenomen: ‘the proof of the pudding is in the eating’.

## Uw opinie

L. de Gier\*

### Reactie op noot van T.J. de Graaf bij vonnis Rb. 's-Hertogenbosch 13 oktober 2004 (Inducom/Effi/Exact)

34

Tycho de Graaf geeft in zijn noot – onder andere – commentaar op de rol en invloed van de deskundige. Hoewel ik het eens ben met De Graaf dat de deskundige geen opmerkingen moet maken en conclusies moet trekken die niet relevant zijn voor de beantwoording van de gestelde vragen, behoeft het commentaar van De Graaf mijns inziens enige nuancering.

Zoals Tycho de Graaf ook stelt is de rol van een door de rechter benoemde deskundige uitermate belangrijk, omdat rechters het oordeel van een door henzelf benoemde deskundige vaak volgen. Het is mijns inziens daarom van groot belang dat de bevoegdheden van de deskundige bij het beantwoorden van de aan hem gestelde vragen zo duidelijk mogelijk bepaald zijn en dat wanneer er vragen gesteld worden zoals vraag vier: ‘Wenst de deskundige eigener beweging nog nadere opmerkingen te maken?’, dit gebeurt na overleg met partijen.

In de wet – de art. 194 tot en met 198 Rv – zijn bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de door de rechter benoemde deskundige. Deze bepalingen beperken de rechter niet in de wijze van het verstrekken van een opdracht aan de deskundige. In de praktijk blijkt dat de instructiebrieven van de rechterlijke instanties verschillen.<sup>1</sup> Ook staat het een rechter vrij om in een later tussenvonnis de door de deskundige te beantwoorden vragen opnieuw te formuleren<sup>2</sup> en is de rechter vrij om zelf de vragen vast te stellen zonder voorafgaand met partijen de strekking van de opdracht te bespreken en in onderling overleg de vragen te formuleren.<sup>3</sup> In de literatuur wordt over het gebruik van deskundigenberichten verschillend geoordeeld. Aan de ene kant wordt gesteld dat een deskundige gezien moet worden als een deskundige die adviezen verstrekt aan de rechter om de rechter te helpen bij zijn rechterlijke taken. Aan de andere kant wordt gesteld dat de deskundige er is om uitsluitend te verklaren over de feiten. De rol van de deskundige is, in die opvatting, die van een bewijsmiddel.<sup>4</sup>

In art. 24 Rv is vastgelegd dat de procespartijen de omvang van het geschil bepalen. De rechter mag geen feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die niet door partijen zijn aangevoerd. De vraag is in hoeverre art. 24 Rv van belang is voor de deskundige. Ik ben van mening dat dit artikel geen beperkingen oplegt aan de deskundige. Dit geldt zeker als je de deskundige ziet als een bewijsmiddel. De deskundige draagt bewijs aan door middel van zijn deskundigheid,

waarop de rechter moet beslissen. De deskundige wordt door de rechter ingeschakeld omwille van de waarheidsvinding. De rechter acht zich niet deskundig genoeg en heeft behoefte aan een deskundige om zijn oordeel te kunnen geven.

Tycho de Graaf stelt in zijn noot dat de deskundige bij beantwoording van vraag 1 conclusies trekt die niet relevant zijn, omdat gevraagd wordt naar de werking van de software en niet naar de zorg die een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Het probleem dat hier speelt is mijns inziens veel meer de vraagstelling en de interpretatie van de vragen van de rechtbank, dan dat de deskundige zijn boekje te buiten is gegaan. De eerste vraag luidt: ‘Bevat het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket fouten, zodanig dat de werking niet goed is?’

De deskundige interpreteert deze vraag als volgt: ‘De werking van het softwarepakket (...) acht ik goed, wanneer het softwarepakket, voor wat de functionaliteit betreft, aansluit bij hetgeen de gebruikershandleiding daaromtrent vermeldt en voldoet aan de daaraan te stellen redelijke eisen van beschikbaarheid, verwerkingssnelheid, foutloos opereren, beheersbaarheid en onderhoudbaarheid.’

De opmerkingen die de deskundige maakt over het onordelijk programmeren, het onvoldoende beheersen van de geprogrammeerde softwareprocessen, kunnen relevant zijn om de vraag of het softwarepakket aan de redelijke eisen van beschikbaarheid, verwerkingssnelheid, foutloos opereren en dergelijke, voldoet. De deskundige is naar mijn mening niet buiten de beantwoording van vraag 1 getreden, althans niet buiten de door de deskundige gebruikte definitie van gebrekkige software.

Daarnaast creëer je door het opnemen van vragen zoals vraag 4 voor de deskundige ruime mogelijkheden om opmerkingen te plaatsen en zijn mening te geven, mede gezien het feit dat de wet en de literatuur niet duidelijk zijn op dit punt.

Overigens ben ik wel van mening dat indien de vragen duidelijk geformuleerd zijn, de deskundige niet moet uitweiden over andere zaken die geen betrekking hebben op de vraag.

\* Mw. mr. L. de Gier is advocaat bij de Gier & Stam Advocaten te Utrecht.

1 B.W. Slijk, F.J.M. Ruiterman & J.J.M. Schers (red.) *De (automatiserings-)deskundige in de rechtspleging*, Shaker Publishing B.V. 2002, p. 51, 52.

2 HR 7 januari 1994, NJ 1994, 320.

3 G.R. Rutgers (*Burgerlijke rechtsvordering*), art. 194, aant. 5.

4 G.R. Rutgers (*Burgerlijke rechtsvordering*), Inleiding bewijsrecht, aant. 3.

## Conclusie

Mijn conclusie is dat het verstandig zou zijn als partijen zo veel mogelijk in overleg met de rechter en de deskundige, de vragen en de interpretaties die de deskundige aan de vragen wenst te geven, zo duidelijk mogelijk formuleren, waarbij de rechter ervoor moet waken dat er tijdrovende discussies ontstaan over de juiste interpretatie van de vragen door de deskundige. De deskundige wordt immers ingeschakeld omdat hij deskundig is op zijn gebied en moet dan ook in staat geacht worden de vraag te interpreteren als deze naar zijn mening onduidelijk is en, zoals in dit geval, een fout in de software te definiëren.

Mijns inziens zou het ook zo moeten zijn dat de instructiebrieven van de rechtbanken en de vraagstellingen per rechtbank niet dusdanig verschillen dat de mogelijkheden van de deskundige bij de ene rechtbank (rechter) veel beperkter zijn dan bij een andere rechtbank (rechter).

## Reactie

*T.J. de Graaf\**

Voorop staat dat het beginsel van partijautonomie meebrengt dat partijen vrij zij hun rechtsverhouding zelf te bepalen. In het materiële burgerlijk recht komt dit tot uitdrukking in het beginsel van contractsvrijheid (art. 6:248 BW), in het burgerlijk procesrecht in de lijdelijke positie van de rechter (art. 24 Rv).<sup>5</sup>

Louise de Gier is het met mij eens dat de deskundige geen opmerkingen mag maken en conclusies trekken die niet relevant zijn voor de beantwoording van de door de rechter gestelde vragen. Louise de Gier is het ook met mij eens dat de deskundige niet mag uitweiden over zaken die geen betrekking hebben op de vragen. Tegelijkertijd meent zij dat de deskundige – anders dan de rechter – niet lijdelijk behoeft te zijn, maar op zoek moet gaan naar de waarheid.

Dat de deskundige niet gebonden is aan art. 24 Rv, is formeel gezien juist. Toch poneer ik de bewust prikkelende stelling dat van art. 24 Rv voor de door de rechter benoemde des-

kundige een zekere reflexwerking uitgaat. Een rechter schakelt een deskundige in om hem – niet de partijen – voor te lichten over zaken ten aanzien waarvan de rechter geen deskundigheid bezit. Deze deskundige werkt als bewaker van zijn eigen onpartijdigheid en van een goede procesorde in het verlengde van de rechter.<sup>6</sup> Het zou merkwaardig zijn als de ‘toevallige omstandigheid’ dat een rechter op een bepaald gebied geen expertise bezit, zou bepalen of de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd zouden mogen worden overschreden. Ik geef toe dat als de deskundige die grenzen van de rechtsstrijd overschrijdt, de rechter uiteindelijk corrigerend zou kunnen optreden. Maar het kwaad is dan vaak al geschied en correctie (bijna) niet meer mogelijk. De kosten zijn al ten onrechte gemaakt. Belangrijker nog, een der partijen is mogelijk reeds al bevoordeeld doordat de deskundige bijvoorbeeld buiten het door de rechter bepaalde speelveld is gelokt en aldaar ten faveure van de ‘vals’ spelende partij feiten heeft geconstateerd en conclusies getrokken waarmee deze partij haar voordeel doet. Als de deskundige zich (via reflexwerking) aan art. 24 Rv zou hebben gehouden, dan zou de rechter niet eens over symptoombestrijding hoeven nadenken, maar zouden de problemen zich nooit hebben voorgedaan.

Verder meent Louise de Gier dat de deskundige in deze zaak niet buiten de beantwoording van vraag één is getreden. Ik blijft erbij dat hij dit wel heeft gedaan. De deskundige wordt gevraagd of de software fouten bevat, niet of hij aanwijzingen kan vinden voor onordelijk programmeren. De deskundige redeneert verkeerd om. Hij acht ‘het regelmatig voorkomen van fouten (...) een aanwijzing voor onordelijk programmeren’ en hij meent dat de bewuste fout ‘bevestigt (...) dat de programmeurs van Exact de geprogrammeerde processen onvoldoende beheersten en gebrek hebben aan overzicht daarover’ (8.1.9 rapport). Het gaat er niet om of uit fouten in de software andere feiten zijn af te leiden, het gaat erom uit de feiten af te leiden of de software fouten bevat. De deskundige doet het eerste, terwijl hij om het laatste wordt gevraagd.

\* T.J. de Graaf is advocaat te Amsterdam.

5 B. van den Berg, Deskundigheid in het geding, een vergelijkend onderzoek naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve en civiele rechter (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p.35.

6 T.A.W. Sterk, ‘Deskundige in rechte’, in: Vorm en wezen. Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerck, Lemma: Utrecht 1991, p. 305.