

mr.drs. G. de Groot

Transparantie tussen rechter, partijen en deskundige

Aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter
benoemde deskundigen

Voorwoord

De civiele rechter wil een deskundige benoemen. De persoon die de rechter op het oog heeft, wil de benoeming alleen aanvaarden als hij op voorhand zijn eventuele aansprakelijkheid kan beperken. Kan dat? Het was een vraag die in de praktijk herhaaldelijk rees en daarom haast vanzelf aan de orde kwam in de landelijke overlegorganen van voorzitters van de sectoren civiel van de rechtbanken (LOVC) en van de gerechtshoven (LOVC-hoven). Beide vergaderingen hebben de vraag gezamenlijk voorgelegd aan de Raad voor de rechtspraak en de wens geuit dat gericht onderzoek zou worden gedaan. De kwestie raakt ook andere rechters die op grond van de art. 194-199 of 202-207 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een deskundige benoemen, zoals rechters werkzaam in het familierecht of in een sector kanton.

De Raad voor de rechtspraak heeft gesignaleerd dat de kwestie samenhangt met een vraag van maatschappelijk belang, namelijk de vraag op welke wijze de rechter zijn regisserende rol in de civiele procedure invult. Het gaat dan niet alleen om de rol van de rechter in zijn verhouding tot de procespartijen. Ook de verhouding van de rechter en van de procespartijen tot de vaak benodigde externe deskundigen is aan de orde. Het maatschappelijk belang van goede civiele rechtspraak veronderstelt dat de Rechtspraak zich waar nodig ook extern wil oriënteren op het belang van een passende rechtspositie van deze deskundigen.

De Raad voor de rechtspraak heeft in dit kader gaarne voldaan aan het verzoek van de overlegorganen van sectorvoorzitters en heeft opdracht gegeven tot het verrichten van onderzoek naar de volgende vraag:

Is de civiele rechter die een deskundige benoemt op grond van de art. 194-199 of 202-207 Rv naar huidig recht bevoegd erin te bewilligen of te dulden dat de door hem benoemde deskundige zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de procespartijen op voorhand beperkt of uitsluit?

Zo nee, waarom niet; zo ja, langs welke weg kan naar huidig recht aan de wens van de deskundige gevolg worden gegeven?

Het hierna volgende verslag van het onderzoek laat zien dat het antwoord op de eerste vraag positief luidt. Via het stellen van een voorwaarde aan de aanvaarding van zijn benoeming kan de deskundige naar huidig recht bewerkstelligen dat zijn eventuele aansprakelijkheid jegens de procespartijen op voorhand kan worden beperkt. Uit het onderzoek komt verder naar voren dat de rechter waar nodig de regie heeft om het de betrokken procespartijen en de deskundige mogelijk te maken over de onderlinge rechtsverhouding die ontstaat als de deskundige de benoeming aanvaardt, op voorhand transparant en helder te communiceren. In dit verband is tevens onderzocht welke gevolgen denkbaar zijn als de voorwaarde van de deskundige door procespartijen niet wordt aanvaard.

mr.dr.s. G. de Groot

Inhoudsopgave

| | | |
|----------|---|----|
| 1. | Inleiding | 5 |
| 1.1 | Inleiding tot de onderzoeksvraag | 5 |
| 1.2 | Onderzoeksvraag | 5 |
| 1.3 | Werkwijze | 6 |
| 1.4 | Opzet van het rapport | 6 |
| 2. | De rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige | 8 |
| 2.1 | Inleiding | 8 |
| 2.2 | Een blik op het Nederlandse strafprocesrecht en het Duitse burgerlijk procesrecht | 8 |
| 2.3 | Het staat de rechter niet vrij een overeenkomst met de deskundige aan te gaan | 10 |
| 2.4 | Waarom geen overeenkomst met de deskundige tot stand komt | 11 |
| 2.5 | Een overeenkomst van opdracht biedt de deskundige onvoldoende zekerheid dat hij zijn aansprakelijkheid rechtsgeldig heeft beperkt | 12 |
| 2.6 | Publiekrechtelijk karakter van de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige | 13 |
| 3. | De procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter en de wens van de deskundige tot aansprakelijkheidsbeperking | 16 |
| 3.1 | Aansprakelijkheidsbeperking via aanvaarding van de benoeming | 16 |
| 3.2 | Privaatrechtelijke kwalificatie van de voorwaarde | 17 |
| 3.3 | Geen aansprakelijkheidsbeperking in strijd met de openbare orde of de goede zeden | 17 |
| 3.4 | Geen aansprakelijkheidsbeperking indien het wettelijk exoneratieverbod van art. 7:463 BW van toepassing is | 18 |
| 3.5 | De eisen van de goede procesorde en de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde | 21 |
| 3.6 | Conclusie | 22 |
| 3.7 | Eventuele Europeesrechtelijke aspecten | 22 |
| 3.8 | De betekenis voor procespartijen van de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van de deskundige | 23 |
| 3.9 | De dagelijkse praktijk en de taak van de rechter | 24 |
| 3.10 | Gevolgen van een weigering van een partij | 26 |
| 3.10.1 | Gevolgen van een weigering bij een deskundigenbericht ter voorlichting van de rechter | 26 |
| 3.10.2 | Gevolgen van een weigering bij een deskundigenbericht dat bewijsmiddel is | 27 |
| 3.10.2.1 | Vervanging van de deskundige | 27 |
| 3.10.2.2 | Geen vervanging van de deskundige | 28 |
| 3.10.3 | Gevolgen van een weigering bij een deskundigenbericht dat voorlichting van de rechter en bewijsmiddel combineert | 29 |
| 4. | Aanbevelingen | 31 |
| | Gebruikte afkortingen | 34 |



Inleiding

1.1 Inleiding tot de onderzoeksvraag

Soms wenst een door de civiele rechter ingeschakelde deskundige vóór aanvang van het deskundigenonderzoek zijn aansprakelijkheid te beperken of uit te sluiten. Een enkele keer maakt de deskundige deze wens op voorhand expliciet kenbaar. Het komt ook voor dat de griffie bij de afwikkeling van een deskundigenbenoeming wordt geconfronteerd met een brief van een deskundige, waarin is vermeld 'dat zijn algemene voorwaarden van toepassing zijn'. In de algemene voorwaarden, die niet steeds bij zo'n brief worden overgelegd, staat in de regel een beding waarin de aansprakelijkheid van de deskundige op voorhand wordt beperkt of uitgesloten. Rechters vragen zich af of zij, gezien hun taak en hun verantwoordelijkheid jegens partijen en de deskundige, hiermee akkoord mogen en/of moeten gaan. Zouden procespartijen zelf een deskundige inschakelen, dan zal de deskundige geregeld op voorhand een aansprakelijkheidsbeperking bedingen.¹ De vraag is of partijen in een procedure recht hebben op een andere behandeling dan buiten rechte en of de deskundige verplicht is met die andere behandeling genoegen te nemen. Het lijkt niet zonder meer redelijk dat de deskundige niet zou mogen werken op voor hem in de uitoefening van zijn beroep gebruikelijke voorwaarden, tenzij daarvoor een deugdelijke reden zou bestaan. Sommige rechters volgen als gedragslijn dat zij, na partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich uit te laten over de wens van de deskundige tot aansprakelijkheidsbeperking, erin bewilligen dat partijen met de deskundige een gebruikelijk geachte exoneratie overeenkomen. Zij realiseren zich dan meestal dat er veel onduidelijkheden over deze kwestie zijn en

dat zij, mede doordat er geen regel of eenvormige gedragslijn voor is, niet steeds kunnen beoordelen wat een gebruikelijk exoneratiebeding voor een deskundige is. De vraag rijst ook of langs deze incidenteel gevolgde weg aan de deskundige voldoende zekerheid wordt verstrekt dat hij zich in een eventuele latere procedure van een procespartij tegen de deskundige zo nodig met succes op het beding zal kunnen beroepen. Onduidelijk is of de deskundige op dit laatste aspect steeds wordt gewezen. Deze en hiermee verband houdende kwesties zijn door rechters onder de aandacht van het landelijk overleg van voorzitters van de sectoren civiel van de rechtbanken (LOVC) gebracht. Zij zijn ook aan de orde geweest in het landelijk overleg van voorzitters van de sectoren civiel van de hoven. Beide vergaderingen hebben besloten het probleem gezamenlijk voor te leggen aan de Raad voor de rechtspraak. De kwestie raakt ook andere rechters die op grond van de art. 194-199 of 202-207 Rv een deskundige benoemen, zoals rechters werkzaam in het familierecht of in een sector kanton. De Raad voor de rechtspraak heeft vervolgens de opdracht gegeven tot het onderzoek waarvan hier verslag wordt gedaan.

1.2 Onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag is:

Is de civiele rechter die een deskundige benoemt op grond van de art. 194-199 of 202-207 Rv naar huidig recht bevoegd erin te bewilligen of te dulden dat de door hem benoemde deskundige zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de procespartijen op voorhand beperkt of uitsluit? Zo nee, waarom niet; zo ja, langs welke weg kan naar huidig recht aan de wens van de deskundige gevolg worden gegeven?

1.3 Werkwijze

Het onderzoek is verricht tussen november 2003 en juli 2004. Uitgangspunt daarbij waren wetgeving, rechtspraak en literatuur met betrekking tot het geldende Nederlandse burgerlijk (proces)recht. Rechtsvergelijking heeft plaatsgevonden met het Nederlandse strafprocesrecht, het Nederlandse bestuursprocesrecht en het Duitse burgerlijk procesrecht. Tijdens het onderzoek zijn schriftelijk vragen gesteld over aansprakelijkheidsbeperking en verzekering van beroepsaansprakelijkheid aan (werkgevers van) personen uit diverse disciplines die geregeld als deskundige door de civiele rechter worden benoemd. De reacties hierop zijn in het onderzoek betrokken.

Het onderzoek heeft slechts betrekking gehad op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van deskundigen. Tuchtrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheid laten zich immers naar hun aard niet door de deskundige beperken. In verband met de opdracht van de Raad voor de rechtspraak is in het onderzoek verder geen aandacht besteed aan de deskundige die in opdracht van een ander dan een rechter werkzaamheden als deskundige verricht.

De resultaten van het onderzoek zijn besproken met de leden van de begeleidingscommissie. Hun waardevolle opmerkingen en de vruchtbare discussies hebben eraan bijgedragen dat een deugdelijke en praktische oplossing lijkt te zijn gevonden voor het probleem dat de aansprakelijkheidsbeperking van deskundigen in de praktijk voor de civiele rechter leek te worden.

1.4 Opzet van het rapport

Eerst zal uiteen worden gezet wat de aard is van de rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige. Het antwoord op deze vraag

bepaalt immers aan de hand van welke regels naar een maatstaf moet worden gezocht voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Is uitgangspunt daarin de procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter om in een geschil een deskundige in te schakelen? Of is uitgangspunt dat tussen rechter en deskundige een overeenkomst met een privaatrechtelijk karakter tot stand komt? Het laatste is betoogd door Klaassen, die aanneemt dat, als de rechter een deskundige benoemt, de rechter namens de Staat een overeenkomst van opdracht sluit met (de werkgever van) de deskundige.² Ik zal toelichten waarom ik, evenals Kortmann,³ deze opvatting niet houdbaar acht indien de rechter een deskundige benoemt op grond van de art. 194-199 of 202-207 Rv. De rechtsverhouding tussen rechter en deskundige moet m.i. als publiekrechtelijk worden aangemerkt. Vanuit de publiekrechtelijke rechtsverhouding zal de vraag of de deskundige zijn aansprakelijkheid op voorhand kan beperken, in beginsel positief blijken te kunnen worden beantwoord. De deskundige kan namelijk aan de aanvaarding van de benoeming de voorwaarde verbinden dat de procespartijen bewilligen in beperking van zijn aansprakelijkheid op voorhand. In het materiële recht bestaat hiervoor in sommige gevallen wel een beletsel. Deze beletselen worden besproken. Vervolgens wordt uiteengezet dat de deskundige uit het oogpunt van de goede procesorde in beginsel zijn aansprakelijkheid kan beperken. Daarna komen de rechten en verplichtingen van de procespartijen aan de orde en de taak van de civiele rechter als de deskundige te kennen geeft dat hij een aansprakelijkheidsbeperking op voorhand wenst. Van betekenis is dat een aansprakelijkheidsbeperking van de deskundige niet zonder de medewerking van partijen tot stand kan komen. Daarom wordt aansluitend aandacht besteed aan de processuele situatie waarin die medewerking uitblijft. Afgesloten wordt met enkele aanbevelingen voor de dagelijkse praktijk.

¹ Met uitzondering van de deskundige voor wie het wettelijk exoneratieverbod van art. 7:463 BW geldt. Zie 3.4.

² C.J.M. Klaassen, De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht, Tijdschrift voor civiele rechtspleging 2002, nr. 4, p. 93-102.

³ S.C.J.J. Kortmann, Het professioneel juridisch advies, in: Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2004, blz. 209.

02

De rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige

2.1 Inleiding

In het Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging heeft Klaassen in 2002 betoogd dat een door de rechter benoemde deskundige werkzaamheden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht die de rechter namens de Staat met (de werkgever van) de deskundige aangaat.⁴ Dit roept de vraag op of in de rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige sprake kan zijn van een overeenkomst met een privaatrechtelijk karakter. Deze vraag is eerst beschouwd door de blik te verbreden. Bezien is hoe in het Nederlandse strafprocesrecht de rechtsverhouding is tussen rechter en deskundige en hoe in het Duitse civiele procesrecht de verhouding tussen rechter en deskundige wordt gekwalificeerd. De uitkomsten zijn als volgt samen te vatten.

2.2. Een blik op het Nederlandse strafprocesrecht en het Duitse burgerlijk procesrecht

In het strafprocesrecht is de deskundige verplicht de benoeming te aanvaarden en de opgedragen werkzaamheden te verrichten.⁵ Dit wijkt af van het burgerlijk procesrecht, waar slechts de deskundige die de benoeming heeft aanvaard, verplicht is zijn taak als deskundige te verrichten.⁶ In het handboek van Corstens⁷ over het strafprocesrecht en in het losbladig commentaar op het WvSv⁸ wordt geen aandacht besteed aan de achtergrond of de herkomst van de medewerkingsplicht van de deskundige in het strafprocesrecht. In de Memorie van Toelichting op thans art. 227 lid 4 WvSv is slechts te vinden dat deze bepaling

uitdrukkelijk de verplichting omschrijft om de door de rechter-commissaris gevraagde diensten te verlenen.⁹ Abma signaleert dat in het WvSv de verplichting van de deskundige tot voorlichting van de rechter veel positiever is geformuleerd dan in Rv. Hij meent dat een goede rechtsgang en de openbare orde inherent aan elkaar zijn. Volgens hem behoort iedere burger, voor zover dat in zijn vermogen ligt, een goede rechtsgang te bevorderen, zeker wanneer de overheid daartoe een beroep op hem doet, en doet de overheid een zodanig beroep op de burger wanneer hij een deskundige ambtshalve beveelt een onderzoek in te stellen. Het genoemde verschil tussen het burgerlijk procesrecht en het strafprocesrecht acht hij begrijpelijk, omdat de openbare orde meer in het geding is in strafzaken dan in civiele zaken.¹⁰

Het feit dat de deskundige in het strafprocesrecht een wettelijke verplichting tot medewerking heeft, duidt er niet op dat tussen de strafrechter en de te benoemen deskundige een privaatrechtelijke overeenkomst tot stand zou kunnen komen. Ook het feit dat de wet de terminologie bezigt dat de rechter de medewerking van de deskundige vordert, is daarvoor bepaald geen indicatie. In ieder geval biedt het strafprocesrecht geen aanwijzingen voor de veronderstelling dat tussen de rechter en de deskundige op enig onderdeel contractvrijheid zou bestaan. Het ligt niet erg

voor de hand dat tussen de strafrechter en de deskundige geen overeenkomst zou kunnen bestaan, maar tussen de burgerlijke rechter en de deskundige wel. De taak van de deskundige in het straf(proces)recht verschilt immers niet wezenlijk van zijn taak in het burgerlijk (proces)recht. In beide rechtsgebieden kan een deskundige worden ingeschakeld indien de eigen kennis van de rechter of één van de andere procesdeelnemers te kort schiet of indien de rechter onderzoek nodig oordeelt dat hij zelf niet kan of wil verrichten.¹¹ Het zou bovendien weinig aantrekkelijk zijn aan de deskundige uit te moeten leggen dat zijn rechtspositie zo fundamenteel zou verschillen al naar gelang hij in een civiele zaak of in een strafzaak wordt benoemd. Het belang van duurzame beschikbaarheid van voldoende deskundigen voor de rechtspraak wordt daarmee niet gediend.

In het Duitse burgerlijk procesrecht¹² is de deskundige in veel gevallen verplicht aan de benoeming gevolg te geven.¹³ Deze verplichting is 'öfentlich-rechtlich'¹⁴: de Staat legt de verplichting op aan zijn burgers omdat zij als burger deel uitmaken van de Staat en over bijzondere deskundigheid beschikken. Het Bundesverfassungsgericht heeft in 1972 beslist dat door de verplichting tot medewerking van een deskundige inbreuk wordt gemaakt op diens grondwettelijke vrijheid van beroepsuitoefening en door benoeming

⁴ Zie noot 2. De gedachte dat de rechter namens de Staat een overeenkomst kan aangaan, veronderstelt wellicht het volgende. De rechter kan als natuurlijk persoon uit hoofde van zijn ambt geen overeenkomst aangaan voor zichzelf of namens het gerecht, maar wel namens de Staat. Artikel 1:1 lid 1 BW, waarin is bepaald dat allen die zich in Nederland bevinden, vrij en bevoegd zijn tot het genot van de burgerlijke rechten, strekt zich immers niet uit tot het ambt van de rechter. Daarnaast bezitten de gerechten geen rechtspersoonlijkheid. Rechtspersoonlijkheid wordt aan de gerechten immers niet verleend door art. 2:1 lid 1 BW en evenmin door een andere bepaling bij of krachtens de wet overeenkomstig artikel 2:1 lid 2 BW, in het bijzonder niet door de Wet RO. Een gerecht is dus, anders dan een overheidslichaam met rechtspersoonlijkheid, niet door de gelijkschakeling van de rechtspersoon aan een natuurlijk persoon vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten. Dit betekent dat, indien de rechter een privaatrechtelijke overeenkomst in de uitoefening van zijn geschilbeslechtende taak met een deskundige zou kunnen aangaan, hij niet zichzelf bindt, maar een overeenkomst zou sluiten als middellijk vertegenwoordiger van de Staat en de rechten en verplichtingen uit die overeenkomst komen te rusten op de Staat.

⁵ Art. 227 lid 4 WvSv tijdens het gerechtelijk vooronderzoek. Art. 299 lid 3 WvSv tijdens het onderzoek ter zitting in eerste aanleg en, via art. 415 WvSv, in hoger beroep.

⁶ K. Abma, Deskundigen, N.V. Gebr. Zomer & Keunings Uitgeverij, Wageningen 1957, blz. 33; mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel V, Van bewijs, 5e druk, bewerkt door A. Anema, m.m.v. P.J. Verdam, Zwolle 1953, blz. 500; R. van Boneval Faure, Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht, 2e druk, Leiden 1896, deel IV-1, blz 88; Burgerlijke Rechtsvordering, E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas en M. Ynzonides (red.), Losbladig commentaar Bewaarband boek 1 (oud), art. 222, aant. 2; Pitlo, Bewijs, door T.R. Hidma en G.R. Rutgers, 8e druk, Deventer 2004, nr. 106; Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door R.P. Cleveringa, 4e druk, Zwolle 1972, deel I art. 222 aant. 5, blz. 676; P. Zonderland, R.C. Schlingemann en W.G. Dolman, Grondtrekken van het Nederlands burgerlijk procesrecht, 9e druk, Zwolle 1980, blz. 103.

⁷ G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, Deventer 2002.

⁸ M.S. Groenhuijsen, Th.A. de Roos, A.H.J. Swart, F.G.H. Kristen (red.), Het Wetboek van strafvordering, Losbladig commentaar, Deventer.

⁹ Kamerstukken II 1913/1914, 286, nr. 3, blz. 110.

¹⁰ Abma (zie noot 6), blz. 32-33.

¹¹ Zie over de taak van de deskundige in het strafrecht: Corstens (zie noot 7), blz. 320-321; Melai, Wetboek van strafvordering (zie noot 8), art. 227-236, aant. 5.3 en 6, art. 227 aant. 3 en art. 343 aant. 7, blz. 16, met verwijzing naar HR 24 juli 1928, NJ 1929, blz. 150.

¹² De rol van de deskundige in de civiele procedure is in het Duitse recht geregeld in § 402-413 ZPO.

¹³ § 407 ZPO.

¹⁴ Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 1, Zivilprozeßordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, begründet von A. Baumbach, fortgeführt von W. Lauterbach, nunmehr verfaßt von J. Albers und P. Hartmann, 50e druk, München 1992, § 402, aant. 3 onder A en Baumbach/Lautermann/Albers/Hartmann 2003 (61e druk) § 407 aant. 3-6; O. Jauernig, Zivilprozessrecht, 28e druk, München 2003, blz. 225, die vermeldt dat hetzelfde geldt voor de plicht van de getuige om te verschijnen, de eed af te leggen en te verklaren, blz. 220; M. Klein, Die Rechtsstellung und die Haftung des im Zivilprozess bestellten Sachverständigen, Mainz 1994, blz. 4 en 15; Praxishandbuch Sachverständigenrecht, red. W. Bayerlein, München 2002, § 11 nr. 54 (Bayerlein) en § 34 nr. 3 (Wessel).

van een deskundige aan een particulier een taak van openbare aard wordt opgelegd.¹⁵ De deskundige heeft in verband met deze verplichting hetzelfde verschoningsrecht als de getuige.¹⁶ Het verschoningsrecht is nodig in de gevallen waarin de deskundige verplicht is de benoeming te aanvaarden, maar hij niet vrijstaat ten opzichte van partijen.¹⁷

2.3 Het staat de rechter niet vrij een overeenkomst met de deskundige aan te gaan

In het onderzoek is aandacht besteed aan de invloed van art. 6 EVRM op de vraag of de burgerlijke rechter met de deskundige een overeenkomst kan aangaan. Het deskundigenbericht wordt uitgebracht in een procedure waarin de burgerlijke rechter art. 6 EVRM in acht moet nemen.¹⁸ Als aan de rechter een geschil wordt voorgelegd, heeft hij mede tot taak tijdens de behandeling

daarvan steeds in het oog te houden dat hij in staat moet blijven het geschil te beslechten. De rechter moet ervoor zorgen dat, indien een partij een geschil ter beslechting aan hem voorlegt, de door de (grond)wetgever opengestelde rechtsingang steeds kan leiden naar een 'rechtsuitgang': de einduitspraak, waarbij aan (één van) partijen een recht of titel wordt verschafte of ontzegd¹⁹ op gronden die zijn beslissing kunnen dragen. Deze taak kan de rechter slechts vervullen indien hij zijn rechtsprekende bevoegdheid uitoefent binnen de regels die voor haar gelden en de doelen die aan haar zijn gesteld. De rechter die een deskundigenbericht gelast moet daartoe onder alle omstandigheden ook de mogelijkheid openhouden met inachtneming van de eisen van behoorlijke rechtspleging te beslissen in een deelgeschil tussen partijen onderling of tussen (één van) partijen en de deskundige rondom de totstandkoming van

het deskundigenbericht. De rechter die, in de uitoefening van zijn wettelijke bevoegdheid een deskundigenbericht te gelasten, met (één van) partijen en/of de deskundige geheel of ten dele een overeenkomst aangaat, geeft die beslissingsvrijheid en daarmee zijn positie als onafhankelijke rechter prijs. Hij heeft zich immers tegenover één van de procesdeelnemers gebonden en zich daardoor deels afhankelijk gemaakt van andere procesdeelnemers. Dat is hem bij uitstek niet toegestaan volgens mede aan artikel 6 EVRM ontleende fundamentele beginselen van procesrecht, die meebrengen dat partijen steeds recht hebben op behandeling van hun geschil door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.²⁰ Door ervan uit te gaan dat het mogelijk is een overeenkomst te sluiten met een rechter die als procesdeelnemer werkzaam is in de uitoefening van zijn rechtsprekende bevoegdheid, wordt bovendien ten onrechte bij andere procesdeelnemers de schijn gewekt dat zij - in afwijking van het procesrecht - ten opzichte van de rechter onderhandelingsvrijheid hebben. De rechter moet partijen horen alvorens te beslissen²¹ en zij hebben recht op een gemotiveerde

beslissing,²² maar het staat de rechter, binnen de grenzen van het geschil van partijen en van zijn bevoegdheid, in beginsel vrij in zijn beslissingen terzake van de totstandkoming van een deskundigenbericht af te wijken van de wensen van (één van) partijen en van de deskundige.²³ Daarover behoort geen misverstand te zijn, omdat anders het gevaar bestaat dat wordt getornd aan de continuïteit van de plaats van rechtspraak door de overheidsrechter in de Nederlandse rechtsorde. De onafhankelijkheid van de rechter is, naast de afdwingbaarheid van zijn beslissing, immers een belangrijk middel ter vestiging van het gezag van zijn beslissing. Het gezag van zijn beslissing is een essentiële waarborg voor de legitimiteit en het voortbestaan van overheidsrechtspraak. De rechter behoort, gelet op het belang van continuïteit van overheidsrechtspraak, bij de vervulling van zijn ambt oog te hebben voor het behoud van de rechterlijke functie in het staatsbestel.²⁴ Vanuit dit perspectief behoort de rechter zelfs niet de indruk te wekken dat ten opzichte van hem in een geschil waarvan hij kennisneemt contractvrijheid zou bestaan, aangezien anders zijn onafhankelijkheid in

¹⁵ Klein (zie noot 14), blz. 15, die verwijst naar de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 27 juni 1972, BverfGE 33, blz. 240-247. Sinds 1949 is in Duitsland de vrijheid van beroep in de grondwet te vinden (art. 12 lid 1 GG). Zie: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Josef Isensee u. Paul Kirchhof, Heidelberg 1989, Band VI, § 147, blz. 877 e.v., Freiheit des Berufs (Rüdiger Breuer). In Nederland is dat niet het geval. In de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 17 maart 1798 was voor het eerst het recht op vrijheid van beroep en bedrijf opgenomen. Daarmee werd ondersteuning van het streven naar afschaffing van de gilden beoogd. In de daaropvolgende Franse tijd en in de Grondwet van 1815 haalde de vrijheid van beroep en bedrijf de (Grond)wet niet. Koning Willem I schijnt zich wel, na aanvankelijke aarzeling en na maatschappelijk verzet tegen beslissingen die marktbelemmerend en gildenbevorderend werkten, in 1818 eens en voor al voor de vrijheid van beroep en bedrijf te hebben uitgesproken. Het is niet ondenkbaar dat deze keuze, naast het feit dat de openbare orde en staatsveiligheid in beginsel in veel geringere mate in het geding zijn dan bij de berechting van strafbare feiten, een belangrijke rol heeft gespeeld in de latere beslissing om de deskundige in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarvan de tekst in 1828 tot wet is verheven (Wet van 29 maart 1828, Stb. 1828, 19, in werking getreden op 1 oktober 1838, Stb. 1838, 12), vrij te laten de benoeming te aanvaarden. Zie: W.K.J.J. van Ommen Kloeke, De vrijheid van beroep en bedrijf, Groningen 1945, blz. 52-123; J.Ph. de Monté ver Loren, Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling, 7e herziene druk, bewerkt door J.E. Spruit, Deventer 2000, blz. 324.

¹⁶ § 408 jo § 383-385 ZPO.

¹⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 2003 (zie noot 14), § 408, aant. 1.

¹⁸ In de zaak Mantovanelli/Frankrijk, EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278, m.nt. HJS, heeft het EHRM beslist dat art. 6 EVRM niet rechtstreeks van toepassing is in een deskundigenonderzoek, maar wel kan zijn geschonden indien de procedure waarin het deskundigenbericht is uitgebracht in zijn geheel, daaronder begrepen de wijze waarop de bewijslevering heeft plaatsgevonden, niet voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM. In de zaak Mantovanelli/Frankrijk was van een dergelijke schending sprake, mede omdat de Franse rechter aan één van partijen geen mogelijkheid had geboden tot herstel van gebreken in de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor tijdens de totstandkoming van het deskundigenbericht.

¹⁹ Zie: W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag 2003, par. 4.2 en par. 4.5; W.H. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag 2002, nr. 1; H.J. Snijders, M. Ynzonides, G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer 2002, nr. 9-10; C.W. Star Busmann, Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten met medewerking van W.H. Ariëns, 3e druk, Haarlem 1972, nr. 8.

²⁰ Zie bijv. HR 30 juni 2000, NJ 2001, 316, m.nt. JBMV (Sanders/TNO en ANWB), en de in de conclusie A-G onder 2.13 aangehaalde rechtspraak van het EHRM.

²¹ Art. 19 Rv.

²² Volgens artikel 121 GW houden vonnissen de gronden in waarop zij rusten. Artikel 5 Wet RO bepaalt hetzelfde en stelt nietigheid als sanctie op het ontbreken van de gronden. Ook in artikel 30 Rv is het motiveringsbeginsel uitgedrukt. Volgens artikel 230 lid 1 aanhef en onder e Rv, van toepassing in de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg, vermeldt het vonnis de gronden van de beslissing, waaronder begrepen de feiten waarop de beslissing rust. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing in de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg (artikel 287 lid 1 Rv), in de dagvaardingsprocedure in hoger beroep (artikel 353 lid 1 Rv), in de verzoekschriftprocedure in hoger beroep (artikel 362 Rv jo artikel 287 lid 1 Rv) en in cassatie (artikel 418a Rv). Vgl. mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, algemeen deel, Zwolle 1995 (Asser-Vranken), nrs. 217-218; Hugenholtz/Heemskerk (zie noot 19), nr. 5; Snijders, Ynzonides en Meijer (zie noot 19), nr. 40. De Hoge Raad verlangt dat de rechter zijn oordeel van een zodanige motivering voorziet, dat de rechterlijke uitspraak voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken, zie bijv. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74, JBPr 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (Nieuw Vredenburg/NHL). In gelijke zin het EHRM, bijv. EHRM 19 april 1994, NJ 1995, 462 (Van den Hurk) en EHRM 9 december 1994, NJ 1997, 20 (Balani).

²³ Aldus reeds A. de Pinto, Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, Den Haag 1845, blz. 333. Zie ook G.R. Rutgers, R.J.C. Flach en G.J. Boon, Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, Deventer 1988, blz. 334. Het is vaste rechtspraak dat het aan de rechter is die over de feiten oordeelt te bepalen of hij behoefte heeft aan (nadere) deskundige voorlichting. Zie bijv. HR 31 maart 1995, NJ 1995, 597, m.nt. HER (erven Meiberg/Vendex) of HR 6 december 2002, NJ 2003, 63 (Goedèl/Arts).

²⁴ C.W. van der Pot/A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, 14e druk, Deventer 2001, blz. 670-671.

het geding kan komen en het gezag van zijn beslissing kan worden ondermijnd.

2.4 Waarom geen overeenkomst met de deskundige tot stand komt

Aan de hand van diverse voorbeelden is met gebruik van begrippen als de contractvrijheid en de verbintenis in het onderzoek vastgesteld dat in de verhouding tussen de rechter en de deskundige geen sprake is van een obligatoire overeenkomst. Dat er geen contractvrijheid tussen hen is, blijkt bijvoorbeeld doordat rechter en deskundige de kosten van het onderzoek niet onderling overeen kunnen komen. In Rv is een regeling gegeven voor de kosten, die de rechter ertoe verplicht de kosten, na opgave van de deskundige en gehoord partijen,²⁵ te begroten. Verder ontbreekt tussen rechter en deskundige een (afdwingbare) verbintenis. Het recht uit een verbintenis is een persoonlijk recht en is gericht op een persoon, waartegenover de gebondenheid van een andere persoon staat.²⁶

De rechter krijgt echter, indien een door hem benoemde deskundige de benoeming aanvaardt, niet een persoonlijk recht op een deskundigenbericht van die deskundige. De deskundige is gehouden het deskundigenbericht te deponeren ter griffie van het gerecht waaraan de rechter is verbonden.²⁷ Beëindigt de rechter zijn werkzaamheden aan de behandeling van de zaak voordat het deskundigenbericht ter griffie is ingeleverd, dan eindigt de verplichting van de deskundige niet. Als de rechter elders als rechter gaat werken, volgt de deskundige hem daarheen niet. Een andere rechter, werkzaam in hetzelfde gerecht als de rechter die de deskundige heeft benoemd, neemt de behandeling van de zaak over. De verplichting van de deskundige bestaat dus niet jegens de

rechter in persoon, maar jegens het ambt van de rechter.

Tegenover de verplichting van de deskundige tot het uitbrengen van een deskundigenbericht staat ook geen daarmee corresponderend recht dat een bestanddeel is van het vermogen van de rechter of van de Staat. Nu zou, bezien vanuit de veronderstelling dat de rechtsverhouding tussen (de rechter namens) de Staat en de deskundige van contractuele aard zou zijn, van dit alles wellicht nog kunnen worden gezegd dat slechts relevant is of de Staat contractvrijheid heeft en of de Staat de verplichting van de deskundige kan afdwingen. De omgekeerde situatie past echter hoe dan ook niet in een contractuele relatie. Omgekeerd namelijk leent zich de verplichting tot het uitbrengen van een deskundigenbericht, anders dan een verbintenis, naar haar aard niet voor overdracht door de deskundige. Het staat de deskundige immers niet vrij er naar eigen inzicht voor te kiezen zijn onderzoek en het verslag daarvan in het deskundigenbericht geheel te laten verrichten door een derde, zonder er zelf nog bemoeienis mee te hebben. Daarmee zou de deskundige de grenzen overschrijden van zijn wettelijke verplichting om zijn taak onpartijdig en naar beste weten te vervullen.²⁸ Voor schuldovertrekking is een nadere rechterlijke beslissing vereist waarin de deskundige wordt vervangen door een andere persoon. In de vervanging heeft de aanvankelijk benoemde deskundige volgens Rv geen stem, zoals hij die wel zou hebben in de overgang van zijn vordering of schuld.

2.5 Een overeenkomst van opdracht biedt de deskundige onvoldoende zekerheid dat hij zijn aansprakelijkheid rechtsgeldig heeft beperkt

Ook als er wel een overeenkomst zou zijn

tussen de rechter en de deskundige, zijn partijen aan een exoneratiebeding van de deskundige nog niet gebonden. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat er, nadat de deskundige de benoeming heeft aanvaard, geen overeenkomst is in de verhouding tussen de deskundige en partijen.²⁹ Dit spreekt in feite voor zich. Partijen hebben immers niet de vrijheid om met de deskundige de prijs van het deskundigenbericht overeen te komen of de vragen te formuleren die aan de deskundige zullen worden gesteld, maar kunnen in al dit soort kwesties hun wensen en opvattingen aan de rechter kenbaar maken. Van de beslissing van de rechter hangt af of zij in hun wensen en opvattingen worden gevolgd. Een overeenkomst bindt in beginsel slechts degenen die partij zijn bij de overeenkomst. Het ontbreken van een overeenkomst in de verhouding tussen de deskundige en partijen heeft een belangrijk gevolg in de situatie waarin tussen rechter en deskundige wel een overeenkomst zou bestaan. Het betekent namelijk dat de deskundige zijn eventuele aansprakelijkheid in zijn verhouding tot partijen slechts zou kunnen beperken via doorwerking van het exoneratiebeding dat hij met de rechter overeen zou komen. Dat zou wellicht volgens art. 6:253 e.v. BW kunnen³⁰ indien partijen het exoneratiebeding aanvaardden. Weigeren partijen het exoneratiebeding te aanvaardden, dan is doorwerking daarvan in beginsel nog mogelijk op grond van de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad is echter terughoudend in de aanvaarding van doorwerking van een exoneratiebeding in de rechtsverhouding met een derde. Voor doorwerking van een tussen twee partijen overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking in de verhouding met een derde moet voldoende rechtvaardiging kunnen worden

gevonden in de omstandigheden van het geval, rekening houdend met het stelsel van de in het concrete geval toepasselijke wet.³¹ Dat zouden in dit geval, de opvatting van Klaassen volgend, de wettelijke bepalingen zijn omtrent de overeenkomst van opdracht. Een casuïstische toetsing achteraf dus, waarmee de deskundige die een exoneratie bij de rechter bedingt, pas zekerheid krijgt over de doorwerking daarvan in zijn rechtsverhouding met partijen in een eventuele latere procedure van een procespartij tegen de deskundige. De kwalificatie van de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige als een overeenkomst van opdracht lost zodoende het probleem niet werkelijk op dat de deskundige, voordat hij zijn deskundigenonderzoek verricht, wenst dat de procespartijen aan zijn exoneratie zijn gebonden.

2.6 Publiekrechtelijk karakter van de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige

De verplichting van de deskundige om na aanvaarding van de benoeming aan de rechter een deskundigenbericht uit te brengen, is naar mijn opvatting van publiekrechtelijke aard. De wetgever heeft de rechter de bevoegdheid gegeven een hulppersoon in te schakelen indien de rechter kennis ontbeert die voor de beslissing van het geschil noodzakelijk is of indien een onderzoek moet worden verricht dat de rechter niet zelf kan of wil verrichten. Aan de hulppersoon is niet een deel van de geschilbeslechtende taak overgedragen, want de rechter beslist zelf over de (bewijs)waardering van het deskundigenbericht en is aan de inhoud ervan niet gebonden.³² De deskundige is geen verlengde arm van de rechter, maar

²⁵ HR 5 maart 1999, NJ 1999, 382 (Zingstra/Telersvereniging).

²⁶ Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 4-I, De verbintenis in het algemeen, 12e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, m.m.v. C.H. Sieburgh, Deventer 2004, nr. 6.

²⁷ Art. 197 lid 2 Rv.

²⁸ Art. 198 lid 1 Rv.

²⁹ Burg. Rv. Bewaarband boek 1 (oud) (zie noot 6) art. 222 Rv (oud), aant. 2 en aant. 5; H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, Bewijsrecht in civiele procedures, Kluwer 1998, blz. 99; J.L. de Hoop, Het voorlopig getuigenverhoor (nog even), het voorlopig deskundigenbericht en het deskundigenbericht, WPNR 1989, jr 20 (5938), blz. 718; Klaassen (zie noot 2), blz. 95; Kortmann (zie noot 3), blz. 209; Pitlo-Hidma-Rutgers (zie noot 6), nr. 106; S. Slabbers en N.M. Mulder, Het deskundigenbericht in de civiele procedure: wet en praktijk, Tijdschrift voor gezondheidsrecht 2001, afl. 4, blz. 232.

³⁰ Ik laat hier de vraag rusten of een derdenbeding ex art. 253 e.v. BW er wel toe kan strekken aan de derde een verplichting op te leggen in plaats van de derde aanspraak te geven op een recht.

³¹ Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 4-II, Algemene leer der overeenkomsten, 11e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer 2001, nr. 386 en de daar genoemde vindplaatsen.

³² Art. 152 lid 2 Rv en vaste rechtspraak. Zie bijv. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74, JBPr 2004, 29, m.nt. R. Schellaars (Nieuw Vredenburg/NHL).

wordt te hulp geroepen door de rechter in diens uitoefening van de publiekrechtelijke taak die overheidsrechtspraak is. Uit het Nederlandse procesrecht vloeit dus voort dat naar Nederlands recht, evenzeer als naar Duits recht, de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige van publiekrechtelijke aard is.

Benadering van dezelfde kwestie vanuit het materiële privaatrecht leidt m.i. niet tot een wezenlijk ander resultaat. De aanvaarding van de deskundigenbenoeming is privaatrechtelijk te beschouwen als de voldoening aan een algemene rechtsplicht. Deze komt voort uit het feit dat de deskundige als burger deel uitmaakt van de samenleving en daarin aan het maatschappelijk verkeer deelneemt op het terrein van zijn deskundigheid.³³ Van Boneval Faure vermeldt:

Waarom zijn de deskundigen niet – evenals getuigen verplicht zijn om daartoe geroepen, getuigenis in rechte af te leggen – tot het aannemen van en voldoen aan een hun gedane opdracht gehouden? Er is geen andere reden voor te geven dan dat een deskundige zich zelf in het bepaalde geval tot oordeelen in staat moet achten. Doch wanneer in het Wetboek van Strafv. bepaald wordt dat in strafzaken ieder die als deskundige daartoe wordt opgeroepen verplicht is zijne diensten aan de justitie te leenen (art. 52) dan mag men vragen, of zij ook in het burgerlijk geding niet geroepen worden aan de justitie, dus aan de gemeenschap, hunne diensten te leenen. Al loopt dat geding over een bijzonder belang, al hebben daarom de gedingvoerende partijen invloed op de benoeming, het is de rechter die om goed recht te spreken - en dit zal toch wel een belang der gemeenschap zijn – de hulp van deskundigen inroept. Is niemand daartoe bereid – want wat aan een vrijstaat, staat

aan allen vrij – dan wordt de rechtspraak onmogelijk gemaakt.³⁴

De opvatting van Van Boneval Faure, dat met inschakeling van deskundigen een maatschappelijk belang is gemoeid, vindt ook vandaag de dag nog steun in de samenleving. In verband met het onderzoek heb ik, zoals in de inleiding vermeld, vragen gesteld aan diverse personen en instellingen die (hun werknemers) als deskundigen (laten) optreden. Sommige reacties zijn in dit verband frappant. Accountants die als deskundige door rechters plegen te worden benoemd, menen nogal eens dat hun taak als gerechtelijk deskundige in het gedrang komt omdat zij in toenemende mate worden geconfronteerd met tuchtrechtelijke en civielrechtelijke klachten na afloop van hun werkzaamheden als deskundige. Zij denken dat hun maatschappelijke verantwoordelijkheid - om als accountant ook in de rechtspraak een functie te vervullen wanneer zij daartoe worden geroepen - in het geding is, indien zij zouden besluiten geen benoeming als gerechtelijk deskundige meer te aanvaarden. In contacten met academische medische centra bleek mij dat sommige van hen medewerking van hun artsen aan gerechtelijke benoemingen als deskundige expliciet benoemen als een maatschappelijke taak van een academisch ziekenhuis. Kennelijk wordt door (sommige) artsen en accountants een algemene, maatschappelijke verplichting ervaren om in beginsel bereid te zijn een benoeming als deskundige te aanvaarden. Dat sluit nauw aan bij de gedachte dat zij aan een algemene rechtsplicht voldoen indien zij een benoeming als deskundige aanvaarden.

Het procesrecht en privaatrecht laten eveneens in onderling verband zien dat aanvaarding van een deskundigenbenoeming is te beschouwen als de voldoening aan een algemene rechtsplicht. Art. 198 lid 1 Rv, waarin is bepaald dat de deskundige zijn taak onpartijdig en naar

beste weten moet vervullen, kan aanleiding geven tot een actie uit onrechtmatige daad. Dit past bij de gedachte dat de deskundige die de benoeming aanvaardt, voldoet aan een algemene rechtsplicht. Schending van een algemene rechtsplicht doet immers niet automatisch verbintenissen ontstaan. Dat is pas anders als er schade ontstaat. Hartkamp geeft het voorbeeld van een automobilist die links rijdt in plaats van rechts. Weet de tegenligger handig uit te wijken en is er geen schade, dan blijft het links rijden van de automobilist zonder civielrechtelijk gevolg. Als door schending van de rechtsplicht om rechts te rijden schade ontstaat of dreigt, treedt artikel 6:162 BW in werking.³⁵ Handelen in strijd met de verplichting tot het uitbrengen van het deskundigenbericht leidt in de verhouding tussen de rechter, de deskundige en partijen op zichzelf niet tot het ontstaan van verbintenissen. Pas indien daardoor schade ontstaat, kan op de deskundige een verbintenis tot schadevergoeding komen te rusten.

In de wetsgeschiedenis van het bewijsrecht dat op 1 april 1988 is ingevoerd, is eveneens steun te vinden voor de opvatting dat de deskundige die de benoeming heeft aanvaard, aan een algemene rechtsplicht voldoet. De minister van Justitie wenste daarin een bepaling op te nemen waaruit blijkt dat de deskundige die de benoeming heeft aanvaard, verplicht is zijn taak onpartijdig en naar beste weten te vervullen (thans art. 198 lid 1 Rv). Hij achtte die noodzakelijk om tot uitdrukking te brengen dat de partij die als gevolg van een onrechtmatige daad van een deskundige schade lijdt, de deskundige aansprakelijk moet kunnen stellen. Daartoe moet, aldus de minister, in beginsel

vaststaan dat de deskundige na aanvaarding van de benoeming verplicht is zijn taak te vervullen.³⁶ Dit is een aanwijzing dat de wetgever de verplichting van de deskundige beschouwde als een algemene rechtsplicht, uit schending waarvan een verplichting tot schadevergoeding kan ontstaan.

Het maakt voor dit alles geen wezenlijk verschil dat op de deskundige eerst verplichtingen komen te rusten bij aanvaarding van de benoeming. Noch in het burgerlijk procesrecht, noch in het strafprocesrecht, noch in het bestuursprocesrecht³⁷ wordt heden ten dage de noodzaak gevoeld de algemene rechtsplicht van de deskundige zo ver te laten strekken dat hij in absolute zin verplicht zou zijn de benoeming te aanvaarden. Zelfs in het strafprocesrecht, waar de verplichting tot medewerking nog steeds in de wet staat, is daaraan niet een sanctie verbonden die bedoeld is om de deskundige ertoe te dwingen alsnog de benoeming te aanvaarden en zijn taak als deskundige te volbrengen. Dat is wel het geval voor de weigerachtige getuige. Zo nodig kan met een bevel medebrenging en zelfs door gijzeling worden getracht de weigerachtige getuige tot het afleggen van een verklaring te bewegen. Voor de weigerachtige deskundige heeft de wetgever echter dergelijke instrumenten niet aangereikt.³⁸ De sanctie voor de weigerachtige deskundige is niet in het strafprocesrecht geregeld, maar in het strafrecht.³⁹ De repressieve aard van de sanctie brengt mee dat de deskundige jegens wie de sanctie wordt toegepast, er niet (meer) door zal worden bewogen tot aanvaarding van de benoeming in kwestie.

³³ Vgl. Abma (zie noot 6), blz. 32-33.

³⁴ Van Boneval Faure (zie noot 6) blz. 88.

³⁵ Asser-Hartkamp 4-1 (zie noot 26), nr. 10.³⁶ Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht (zie noot 23) (MvA TK (1981), blz. 334-335.

³⁷ In het bestuursprocesrecht is de deskundige niet verplicht de benoeming te aanvaarden. Zie Bestuursprocesrecht, D. Allewijn e.a. (red.), Deventer 1999, blz. 562 e.v.; M. Schreuder-Vlasblom, De Awb: het bestuursprocesrecht, Deventer 2001, blz. 164.

³⁸ Art. 227 lid 3 WvSv voor de deskundige die medewerking weigert tijdens het gerechtelijk vooronderzoek en art. 299 lid 1 aanhef en onder 3 WvSv tijdens het onderzoek ter terechtzitting.

³⁹ Volgens artikel 192 WvSr is het een misdrijf om opzettelijk als door de rechter benoemde deskundige niet te voldoen aan enige wettelijke verplichting om de door de rechter verlangde diensten te bewijzen. Artikel 444 WvSr stelt hetzelfde feit, gepleegd zonder opzet, strafbaar als overtreding.



De procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter en de wens van de deskundige tot aansprakelijkheidsbeperking

3.1 Aansprakelijkheidsbeperking via aanvaarding van de benoeming

Uitgangspunt bij de verdere beantwoording van de onderzoeksvraag is dus, dat de deskundige tot de rechter in een publiekrechtelijke verhouding staat en dat hij niet langs contractuele weg zijn aansprakelijkheid jegens de procespartijen rechtsgeldig kan beperken. De publiekrechtelijke rechtsverhouding tussen rechter en deskundige biedt een alternatief om de deskundige desgewenst hierin tegemoet te komen. Dit alternatief houdt niet alleen rekening met de noodzaak de onafhankelijke en onpartijdige positie van de rechter te waarborgen. Het laat ook ruimte aan partijen en de deskundige kwesties als deze transparant en tijdig af te stemmen, waar nodig onder regie van de rechter.

Het alternatief houdt in dat de deskundige aan de aanvaarding van de benoeming de voorwaarde kan verbinden dat de procespartijen bewilligen in beperking van zijn aansprakelijkheid op voorhand. De vraag of de deskundige langs andere weg dan door een overeenkomst met de rechter zijn aansprakelijkheid jegens procespartijen op voorhand kan beperken, is onderzocht aan de hand van een beschouwing over het voorschot van de deskundige. Het voorschot had tot 1 april 1988 geen wettelijke basis. Voordien was het wel gebruikelijk dat door de rechter, ambtshalve of op verzoek van de benoemde deskundige, een voorschot werd bepaald alvorens een deskundigenonderzoek werd verricht. In het onderzoek is vastgesteld dat in die tot 1 april 1988 bestaande situatie

aanknopingspunten zijn te vinden voor de beantwoording van de onderzoeksvraag, omdat noch door de rechter,⁴⁰ noch door de wetgever⁴¹ beletselen van juridische aard aanwezig zijn geacht indien een deskundige aan de aanvaarding van zijn benoeming de voorwaarde verbond dat een voorschot werd voldaan. Uit de onderzochte rechtspraak en wetsgeschiedenis is af te leiden dat tot 1 april 1988 de goede procesorde maatgevend was voor de beslissing dat een partij een voorschot moest voldoen alvorens met het deskundigenonderzoek werd begonnen. Het werd redelijk geacht dat een deskundige, die de rechter of partijen te hulp komt in een geschil van partijen, niet degene is die in plaats van de procespartijen met het verhaalsrisico wordt belast. In een wettelijk systeem dat geen verplichting kent de benoeming te aanvaarden, wordt met begroting van een voorschot het belang van een goede procesorde gediend. Deskundigen die geen onnodig verhaalsrisico lopen, zullen immers in de betalingsperikelen geen aanleiding vinden niet (langer) bereid te zijn als deskundige op te treden.

De voorschotkwestie werpt licht op de kwestie van de aansprakelijkheidsbeperking: er is geen goede grond het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag als een aanwijzing te zien dat de rechter die een deskundigenbericht gelast, niet bevoegd zou zijn te dulden dat de deskundige zijn aansprakelijkheid jegens partijen op voorhand beperkt, indien die aansprakelijkheidsbeperking de goede procesorde dient. Dat blijkt echter niet uitsluitend uit het feit dat het tot 1 april 1988 zonder wettelijke grondslag uit het oogpunt

van de goede procesorde mogelijk werd geacht dat de deskundige aan de aanvaarding van de benoeming de voorwaarde verbond dat een voorschot werd begroot en betaald. Er zijn namelijk ook positieve aanwijzingen dat de wetgever de rechter bevoegd acht te zoeken naar passende wegen indien de goede procesorde meebrengt dat deskundigen voorwaarden stellen aan de aanvaarding van hun benoeming. Die aanwijzingen zijn dat de wetgever aanleiding heeft gezien om de deskundige niet te verplichten tot aanvaarding van de benoeming en om de wettelijke bepalingen inzake het deskundigenbericht summier te houden teneinde de rechter in de beslissing van geschillen niet onnodig voor de voeten te lopen.⁴²

3.2 Privaatrechtelijke kwalificatie van de voorwaarde

Hoe is de voorwaarde van de deskundige en voldoening daaraan door partijen bij gebreke van een wettelijke regeling naar huidig recht te duiden? De deskundige die de benoeming aanvaardt, verricht een rechtshandeling. Aanvaarding van de benoeming door de deskundige is immers een handeling die is gericht op het rechtsgevolg dat volgens opdracht van de rechter een deskundigenbericht wordt uitgebracht. Voor de rechtshandeling waarbij de benoeming wordt aanvaard, is vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.⁴³ Tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een voorwaarde worden verricht.⁴⁴ Zoals is af te leiden uit de voorschotkwestie, biedt de wettelijke regeling van het deskundigenbericht geen aanleiding om te veronderstellen dat in dit geval uit de wet zou voortvloeien dat de deskundige de benoeming niet zou kunnen aanvaarden

onder de voorwaarde dat partijen instemmen met beperking van zijn aansprakelijkheid jegens hen op voorhand. Ook de aard van de rechtshandeling verzet zich daartegen niet.

Het wilsmoment bij de deskundige, de aanvaarding van de benoeming onder voorwaarde, veronderstelt dat hij de benoeming slechts aanvaardt indien partijen aan zijn voorwaarde voldoen. Bij partijen doet zich dus evenzeer een wilsmoment voor. Voldoen partijen aan de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van de deskundige, dan doen zij afstand van (een deel van) hun recht ex artikel 6:162 BW de deskundige te zijner tijd aansprakelijk te houden voor eventuele onrechtmatigheden in (de totstandkoming van) het deskundigenbericht. Partijen verrichten hiermee eveneens een rechtshandeling. Hun handeling bestaat immers uit het doen van afstand van een recht dat volgens de wet aan hen toekomt. Als de voorwaarde van de deskundige wordt vervuld, zal de wil van partijen erop zijn gericht dat de deskundige die de voorwaarde stelt, degene is die in hun procedure een deskundigenbericht zal uitbrengen.

3.3 Geen aansprakelijkheidsbeperking in strijd met de openbare orde of de goede zeden

De voorwaarde van de deskundige zal zich moeten bevinden binnen de grenzen van de openbare orde en de goede zeden, omdat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, nietig is.⁴⁵ Het ligt in de rede aan te nemen dat de voorwaarde die aansprakelijkheid uitsluit voor schade die is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid in het algemeen nietig zal zijn, behoudens bijzondere omstandigheden. Ook hier is immers geen goede reden de deskundige

⁴⁰ Zie HR 28 juni 1963, NJ 1963, 507 (X/Y); Hof Den Haag 14 december 1984, NJ 1986, 372 (De Bruyn/Stofbergen); Hof Amsterdam 1 december 1988, NJ 1990, 355 (Schijf/Metselaar).

⁴¹ In de Memorie van Toelichting op het nieuwe bewijsrecht heeft de minister van Justitie omtrent de toen nog toekomstige wettelijke regeling van het voorschot vermeld dat het in de praktijk reeds voorkwam dat een partij een voorschot voor de kosten van het deskundigenonderzoek moest betalen, zonder aandacht te besteden aan het feit dat een wettelijke basis daarvoor toen nog ontbrak, Kamerstukken II 1969/1970, 10 377, nr. 3, art. 219, blz. 20-21.

⁴² In de Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht (zie noot 23) is op diverse plaatsen de opvatting van de minister te vinden dat de wettelijke bepalingen inzake het deskundigenbericht de rechter de noodzakelijke vrijheid moeten laten om naar bevind van zaken zo te handelen als hem gezien de omstandigheden het beste voorkomt, bijv. op blz. 318, 320, 326, 330.

⁴³ Art. 3:33 BW.

⁴⁴ Art. 3:38 lid 1 BW.

⁴⁵ Art. 3:40 lid 1 BW.

en partijen in rechte anders te behandelen dan wanneer zij buiten rechte met elkaar zaken zouden doen. Buiten rechte zou een exoneratiebeding tussen hen buiten toepassing worden gelaten voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, hetgeen in het algemeen het geval zal zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekoeloesheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen.⁴⁶

3.4 Geen aansprakelijkheidsbeperking indien het wettelijk exoneratieverbod van art. 7:463 BW van toepassing is

Als een medisch deskundigenbericht wordt uitgebracht, kan aan een eventuele wens van de deskundige tot aansprakelijkheidsbeperking op voorhand niet tegemoet worden gekomen. Art. 7:463 BW bepaalt:

De aansprakelijkheid van een hulpverlener of, in het geval bedoeld in art. 7:462 BW, van het ziekenhuis, kan niet worden beperkt of uitgesloten.

Deze bepaling is van toepassing op de arts en op iedere andere hulpverlener die voldoet aan de vertaling van de definitie van hulpverlener in art. 7:446 lid 1 BW naar de situatie van het deskundigenbericht. Hulpverlener is in dit geval de natuurlijke of rechtspersoon die zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover de rechter verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, die rechtstreeks betrekking hebben op de persoon van een procespartij of een belanghebbende derde. Laatstgenoemde kan bijvoorbeeld de materiële procespartij zijn indien een rechtsregel eraan in de weg staat dat deze zelfstandig als procespartij

optreedt. Het exoneratieverbod geldt ook voor het ziekenhuis waarin met het oog op de totstandkoming van het deskundigenbericht verrichtingen plaatsvinden.⁴⁷

Het exoneratieverbod is geplaatst tussen bepalingen over de geneeskundige behandelingsovereenkomst. In de relatie tussen rechter, deskundige en partijen ontbreekt, zoals hiervoor uiteengezet, een contractuele relatie. Toch ziet het er bepaald niet naar uit dat het exoneratieverbod niet zou gelden voor de situatie waarin de hulpverlener in de hoedanigheid van door de rechter benoemde deskundige optreedt. Het stellen van een aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde aan de benoeming leidt materieel tot hetzelfde resultaat als de exoneratie die deze bepaling verbiedt. Daarom zal een hulpverlener niet aan het exoneratieverbod kunnen ontkomen door het enkele feit dat de deskundige niet contracteert met procespartijen, maar zij aan een door hem gestelde voorwaarde voldoen. In dit verband verdient de achtergrond van het verbod nadere beschouwing. Hierover houdt de Memorie van Toelichting op art. 7:463 BW⁴⁸ in, voor zover hier van belang:

(..) Ook naar huidig recht moet worden aangenomen dat in de meeste gevallen geen beroep op een in het kader van een geneeskundige behandeling overeengekomen exoneratie-clausule kan worden gedaan. (..) In het enige arrest van de Hoge Raad dat specifiek op de medische exoneratie betrekking had, het zgn. Röntgenarrest (HR 14 april 1950, NJ 1951, 17, m.nt. Ph.A.N.H.), werd de aansprakelijkheidsuitsluiting door een röntgenoloog tegenover een 20-jarige werkneemster voor de gevolgen van een onevenredig gevaarlijke röntgenbehandeling tegen overtollige gezichtsbehandeling als in strijd met de goede zeden krachteloos geoordeeld.

In de meer recente rechtspraak is – in het algemeen – de weg gekozen dat, afhankelijk van de omstandigheden, een beroep op een exoneratiebeding in strijd kan zijn met de goede trouw. Als omstandigheden die hier onder andere in aanmerking komen, worden in het HBU-arrest (HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, m.nt. GJS, AA 1967, blz. 214, m.nt. P.A.S.) genoemd: 'de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van de partijen, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest'.

De belangen van leven en gezondheid die bij geneeskundige verrichtingen betrokken zijn en de overwichtspositie die medische beroepsbeoefenaren en ziekenhuis als regel innemen, maken, nog afgezien van de mate van schuld, dat een geldig beroep op een in het kader van de behandelingsovereenkomst bedongen aansprakelijkheidsuitsluiting niet spoedig zal worden aanvaard. Voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek moet hetzelfde worden aangenomen. (..)

In het licht van deze ratio moeten de relevante wetsbepalingen worden bezien. Het exoneratieverbod kent in artikel 7:463 BW geen beperkingen. In de literatuur is wel betoogd dat het exoneratieverbod te ver ging, maar de wetgever heeft desalniettemin geen beperkingen aangebracht.⁴⁹ Op grond van art. 7:468 BW mag er niet van worden afgeweken ten nadele van degene op wie een onderzoek betrekking heeft. De handelingen van de arts in het kader van de totstandkoming van het deskundigenbericht vallen onder de ruime omschrijving van handelingen op het gebied

van de geneeskunst in art. 446 lid 2 BW en zijn ook aan te merken als handelingen in de zin van art. 6:446 lid 5 BW.⁵⁰ Blijkens art. 7:464 lid 1 BW geldt het exoneratieverbod eveneens indien in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf anders dan krachtens een geneeskundige behandelingsovereenkomst handelingen op het gebied van de geneeskunst worden verricht, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Gevers vermeldt omtrent de overeenkomstige toepassing op handelingen buiten overeenkomst dat de wetgever heeft willen waarborgen dat ook in bijvoorbeeld medische keuringen de rechten van de betrokkene worden beschermd. Hij acht dat terecht, temeer omdat in keuringachtige situaties eerder sprake zal zijn van een zekere drang of zelfs dwang om zich aan medisch handelen te onderwerpen en bij dat medisch handelen in veel gevallen ook de belangen van anderen dan de betrokkene, bijvoorbeeld een verzekeraar, een rol zullen spelen.⁵¹

De meningen kunnen verschillen over de vraag of de aard van de rechtsbetrekking tussen de rechter en de arts die door de rechter als deskundige wordt benoemd, zich tegen overeenkomstige toepassing van het exoneratieverbod verzet. Ik zie in de publiekrechtelijke rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige geen goede grond die tegen overeenkomstige toepassing pleit. De rechter schakelt de arts in omdat de rechter zelf de kennis of ervaring ontbeert die nodig is voor de beslissing van een geschil. De arts draagt dan voor zijn eigen handelen dat de gezondheidstoestand van de betrokkene raakt, als beroepsbeoefenaar volledige verantwoordelijkheid. De rechter neemt door de benoeming van de arts als deskundige niet een gedeelte van die professionele verantwoordelijkheid van de arts over, ook niet als het onderzoek onder leiding

⁴⁶ Zie recent HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585, met een overzicht van de stand van zaken in rechtspraak en literatuur in de conclusie van A-G Verkade onder 4.8. Ook hier zal gelden: behoudens bijzondere omstandigheden. Zie A. Pinna, *The obligations to inform and to advise*, diss. Tilburg 2003, en de daar op blz. 145 aangehaalde Engelse uitspraak, *House of Lords, Smith v. Eric S. Bush*, 1990, A.C., blz. 831-876, waarin Lord Griffiths op blz. 856-860 omstandigheden vermeldt waaronder algehele uitsluiting van aansprakelijkheid redelijk kan zijn, bijvoorbeeld in verband met de omvang en de verzekeraarbaarheid van het risico dat een verkeerd advies wordt uitgebracht.

⁴⁷ Art. 7:463 jo 7:462 BW.

⁴⁸ Kamerstukken II 21 561 (1989-1990), nr. 3, blz. 45-46.

⁴⁹ B. Sluyters, *De WGBO, onderdeel van het burgerlijk recht*, Tijdschrift voor gezondheidsrecht, 1996, afl. 1, blz 7; C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer 1988, blz. 165-166.

⁵⁰ In deze zin HR 26 maart 2004 onder 4.4, LJN AO1330, RvdW 2004, 54, JBPr 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen (B./Levob).

⁵¹ J.K.M. Gevers, *De toepassing van de WGBO in a-typische situaties*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1996, afl. 1, blz. 12-13.

van de rechter wordt verricht.⁵² Afgezien van de zojuist vermelde wetssystematische argumenten, is hier van betekenis dat in een onderzoek door een medisch deskundige in beginsel steeds de in de Memorie van Toelichting genoemde belangen van leven en gezondheid kunnen zijn betrokken. De arts zal in het kader van een deskundigenonderzoek mede handelingen kunnen plegen die zijn aan te merken als handelingen in de uitoefening van zijn geneeskundige bevoegdheid. Soms doet een arts als deskundige medisch onderzoek bij een betrokkene op dezelfde wijze als bij een patiënt in het kader van een behandelingsovereenkomst medisch onderzoek wordt gedaan. Dat onderzoek kan de belangen van leven en gezondheid van de betrokkene direct raken, bijvoorbeeld indien de betrokkene onverhoopt schade lijdt als gevolg van op onrechtmatige wijze verricht lichamenlijk onderzoek. Ook indien geen lichamenlijk onderzoek plaatsvindt, zal de arts door de verslaglegging van zijn onderzoek in de regel mede handelen in de uitoefening van de geneeskunst en kan zijn handelen in beginsel de (geestelijke) gezondheid van de betrokkene beïnvloeden. Illustratief is dat artsen in beginsel tuchtrechtelijk ter verantwoording kunnen worden geroepen indien zij in strijd met art. 47 lid 1 onder b van de Wet BIG⁵³ een deskundigenbericht uitbrengen op een wijze die het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg schaadt.⁵⁴ Juist omdat de handelingen van de arts die door de rechter als deskundige is benoemd zich (mede) geheel of ten dele direct op het terrein van de geneeskunst kunnen bevinden, is er, bezien vanuit de door de wetgever als ratio van het exoneratieverbod genoemde belangen van leven en gezondheid van de betrokkene, naar huidig recht geen reden te veronderstellen dat de arts zijn aansprakelijkheid als deskundige

ondanks het bepaalde in art. 7:463 BW geldig kan beperken.

Waar art. 7:463 BW zo'n vergaande betekenis lijkt te hebben, is vermeldenswaard dat het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg een klacht over het handelen van een arts niet ontvankelijk acht, indien een arts in een civielrechtelijke procedure als deskundige niet is verzocht in verband met de individuele gezondheidszorg een oordeel te geven dat de gezondheidstoestand van de betrokkene raakt. In een uitspraak van 8 april 2004⁵⁵ ging het om een arts die door de civiele rechter was gevraagd aan de hand van medische gegevens uit een bepaalde periode te onderzoeken of naar in die periode geldende medische inzichten kon worden geoordeeld dat dwangopname van de klager noodzakelijk was. Verder was de arts gevraagd naar zijn opinie over het handelen van artsen die destijds de rechter hadden geadviseerd tot dwangverpleging. Deze opvatting van het Centraal Tuchtcollege hangt samen met het feit dat de werkingssfeer van het tuchtrecht van de Wet BIG is beperkt tot handelen in verband met de individuele gezondheidszorg.⁵⁶ Het ligt niet in de lijn der verwachting dat het Centraal Tuchtcollege een zelfde oordeel zou geven indien in de klacht het standpunt zou zijn ingenomen dat de betrokkene gezondheidsschade heeft opgelopen door de handelwijze van een arts in zijn hoedanigheid van deskundige. In dit geval was slechts de juistheid van de inhoud van het deskundigenbericht bij de tuchtrechter bestreden. Gelet op een en ander meen ik dat deze uitspraak niet afdoet aan de conclusie dat de wetgever het exoneratieverbod, gezien de voornoemde wetssystematische argumenten en de ratio ervan, ook voor de hulpverlener heeft bedoeld die een gerechtelijke benoeming als deskundige heeft aanvaard.

3.5 De eisen van de goede procesorde en de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde

Onder 3.3 en 3.4 zijn twee privaatrechtelijke beletselen besproken die deskundigen op hun weg kunnen vinden als zij hun aansprakelijkheid op voorhand willen beperken. Zonder die beletselen is het aan de rechter, die in de uitoefening van zijn procesrechtelijke bevoegdheid tot benoeming van een deskundige met deze wens van een deskundige wordt geconfronteerd, om bij gebreke van een wettelijke regeling te beoordelen of de goede procesorde vereist dat een deskundige desgewenst een aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde aan zijn benoeming kan verbinden. In deze afweging zullen de volgende aandachtspunten van betekenis kunnen zijn.

Bezien vanuit degene ten behoeve van wie een (voorlopig) deskundigenbericht wordt uitgebracht, vereist de goede procesorde dat er voldoende deskundigen beschikbaar zijn om een reële kans te hebben dat er een geschikte deskundige bereid wordt gevonden de benoeming te aanvaarden en er een deskundigenbericht wordt verkregen ten behoeve van de verdere opheldering of beslissing van een geschil. Tegelijk is de deskundige niet verplicht zijn benoeming door de rechter te aanvaarden. Een maatschappelijk evenwicht houdt rekening met beide aspecten: zowel met de noden in de rechtspleging van degene die in een gerechtelijke procedure niet zonder deskundigenbericht kan beslissen of bewijzen als met de vrijheid van de deskundige om de benoeming al dan niet te aanvaarden. De wetgever heeft vastgelegd dat de rechter bevoegd is een deskundigenbericht te gelasten en dat het deskundigenbericht partijen tot bewijs kan strekken. De wetgever zal dan eveneens oog moeten hebben voor het belang dat het deskundigenbericht in redelijkheid verkrijgbaar blijft.

Verder is van belang dat menselijkerwijs aan-nemelijk is dat de bereidheid van deskundigen tot aanvaarding van een benoeming zal afnemen, indien van hen wordt verlangd hun werkzaamheden onder omstandigheden te verrichten die zij niet redelijk achten. In Nederland zullen deskundigen zich in de vraag welke omstandigheden zij niet meer redelijk achten, normaliter laten leiden door normen, ontwikkeld in hun beroepsorganisatie, die haar oor te luisteren legt in de samenleving. Deskundigen zijn in het algemeen graag bereid hun kennis en kunde ten dienste van de rechtspraak te stellen en hebben geen belang bij verdergaande aansprakelijkheidsbeperking dan nuttig is om te verhinderen dat zij na afloop van hun werkzaamheden worden betrokken in tijdrovende en kostbare, maar kansloze klachten en aansprakelijkstellingen. Aansprakelijkheidsbeperking ook in geval van opzet of grove schuld bijvoorbeeld zullen zij niet snel bedingen, omdat juist personen die op hun vakgebied als deskundig bekend staan, in de regel oog hebben voor het aanzien van de beroepsgroep.

Kortom, mede onder invloed van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is uit het oogpunt van de goede procesorde wenselijk dat de deskundige in beginsel zijn aansprakelijkheid op voorhand kan beperken. Volgens dezelfde maatstaf moet in het algemeen de inhoud van de wensen van de deskundige worden bezien. De grens wordt bereikt als het subjectieve oordeel van deskundigen over de redelijkheid van de omstandigheden waaronder zij hun werkzaamheden moeten verrichten, naar objectieve maatstaven⁵⁷ onredelijk en maatschappelijk niet aanvaardbaar is. Dan zal uiteindelijk de wetgever moeten ingrijpen in de vrijheid van de deskundige om de benoeming te aanvaarden, wil de bevoegdheid van de rechter om een deskundigenbericht te gelasten geen dode letter worden. Anders is het als

⁵² Art. 198 lid 2 Rv.

⁵³ Wet van 11 november 1993, houdende regelen inzake beroepen op het gebied van de individuele gezondheidszorg, Stb. 1993, 655, in werking getreden op 1 januari 1994, Stb. 1994, 16.

⁵⁴ CTG 20 maart 2001, Rechtspraak Tuchtrecht in de Gezondheidszorg 2001, Lelystad 2002, nr. 31. Deze uitspraak betrof een buitengerechtelijk rapport, maar het CTG overwoog in algemene zin dat rapporten van beroepsbeoefenaren in de individuele gezondheidszorg het algemeen belang, gelegen in een goede uitoefening van die zorg, kunnen raken. Zie ook: A.J. Van, De schaduwzijde van de verantwoordelijkheid, Medisch Contact 14 mei 2004, nr. 20, blz. 816-819.

⁵⁵ CTG 8 april 2004, nr. 2003.155 op www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl.

⁵⁶ Art. 47 Wet BIG.

⁵⁷ Wat die inhouden, zal in individuele gevallen wel nadere uitwerking behoeven. Opvattingen in de beroepsgroep en in de samenleving zullen daarin als verkeersopvattingen in ieder geval een belangrijke rol kunnen spelen.

er geen aanleiding is het subjectieve oordeel van een deskundige over de omstandigheden waaronder hij zijn werkzaamheden moet verrichten naar objectieve maatstaven onredelijk en onaanvaardbaar te achten. Dan zal in het belang van de voortdurende beschikbaarheid van het deskundigenbericht en daarmee van de goede procesorde een oplossing kunnen worden gezocht waarmee tegemoet wordt gekomen aan de verlangens van de deskundige. Dit doet zich bij uitstek voor in de situatie waarin de niet door de rechter benoemde, maar in opdracht van een partij werkzame deskundige zijn aansprakelijkheid naar geldend recht wel kan beperken, maar de door de rechter benoemde deskundige steeds genoeg zou moeten nemen met volledige aansprakelijkheid. Voor dit verschil laat zich een redelijke grond niet eenvoudig bedenken.

3.6 Conclusie

De conclusie van het voorgaande is: naar huidig recht kan een door de rechter benoemde deskundige, voor wie geen privaatrechtelijk beletsel geldt, in het belang van de goede procesorde in beginsel aan de aanvaarding van zijn benoeming de voorwaarde van een voor hem gebruikelijke aansprakelijkheidsbeperking verbinden.

3.7 Eventuele Europeesrechtelijke aspecten

Mijn betoog strekt ertoe dat het Nederlandse recht zich er in beginsel niet tegen verzet dat de deskundige als voorwaarde aan zijn aanvaarding van de benoeming verbindt dat partijen op voorhand instemmen met beperking van zijn aansprakelijkheid. Daarom werk ik hier de vraag niet verder uit of het Europese recht aan het tegendeel in de

weg staat. Voor het geval namelijk ervan zou worden uitgegaan dat naar huidig recht aansprakelijkheidsbeperking door deskundigen niet mogelijk zou zijn, verdient wel nader onderzoek of deskundigen aan het Europese recht onder omstandigheden het recht op aansprakelijkheidsbeperking kunnen ontlenuen. Dit zou zich wellicht kunnen voordoen indien in een zaak een deskundige wordt benoemd overeenkomstig de Bewijsverordening (BewVo)⁵⁸ en in andere landen van de Europese Unie de door de rechter benoemde deskundige zijn aansprakelijkheid volgens zijn nationale recht wel op voorhand mag beperken. In Duitsland bijvoorbeeld is de aansprakelijkheid van deskundigen wettelijk beperkt.⁵⁹ Als dus aansprakelijkheidsbeperking van door de rechter benoemde deskundigen naar Nederlands recht als ongewenst zou worden gezien, zou nader onderzoek verdienen hoe in het recht van andere landen waarin de BewijsVo van kracht is, wordt omgegaan met de wens tot aansprakelijkheidsbeperking van door de rechter benoemde deskundigen.

3.8 De betekenis voor procespartijen van de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van de deskundige

De voorwaarde van de deskundige is normaliter gericht tot de procespartijen. De wens van de deskundige tot aansprakelijkheidsbeperking is immers in de regel ingegeven door de vrees dat de verliezende procespartij zal proberen zijn ongenoegen over de verloren procedure neer te leggen bij de deskundige door middel van een tuchtrechtelijke klacht en een civielrechtelijke aansprakelijkstelling. De deskundige verlangt van de procespartijen dat zij op voorhand geheel of ten dele afstand doen van hun recht de deskundige te zijner tijd aansprakelijk te stellen voor hun eventuele schade als gevolg

van een eventuele onrechtmatige daad van de deskundige. De voorwaarde van de deskundige wordt in ieder geval vervuld als partijen met de voorwaarde instemmen. Ter voorkoming van misverstanden verdient het aanbeveling dat dit zoveel mogelijk schriftelijk geschiedt. Van betekenis zijn hier de eisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM, aangezien het deskundigenbericht wordt uitgebracht in of met het oog op een (eventuele) procedure waarin art. 6 EVRM geldt.⁶⁰ Het lijkt daarom verstandig ervan uit te gaan dat een procespartij afstand van het recht op aansprakelijkstelling van de deskundige hetzij uitdrukkelijk kan doen, hetzij stilzwijgend mits dat geschiedt op ondubbelzinnig wijze en geen strijd oplevert met enig openbaar belang.⁶¹

Doen partijen geen afstand van recht, dan werken zij niet mee aan de totstandkoming van het deskundigenbericht en handelen zij in strijd met de verplichting dat wel te doen, waaruit de rechter de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.⁶² Indien immers wordt aangenomen, zoals in feite ook is geschied in de reeds besproken voorschotkwestie vóór 1 april 1988, dat in het algemeen in de goede procesorde past dat de deskundige gelegenheid heeft tot het stellen van een aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde aan de aanvaarding van zijn benoeming, zal de partij die weigert aan een dergelijke voorwaarde te voldoen, steeds handelen in strijd met de verplichting om mee te werken aan het bevolen deskundigenonderzoek. Hiervoor is steun te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 26 maart 2004⁶³ over het inzage- en blokkeringsrecht van een persoon die wordt onderworpen aan een deskundigenonderzoek dat wordt uitgevoerd door een arts. In deze zaak ging het, voor zover hier van belang, om de vraag of iemand over wie een arts een voorlopig deskundigenbericht zal uitbrengen, op grond van het bepaalde in artikel 7:464

lid 2 aanhef en onder b BW recht heeft op inzage in het voorlopig deskundigenbericht voordat de wederpartij en de rechter daarin inzage krijgen en of die persoon het recht toekomt te verhinderen dat de als deskundige benoemde arts het deskundigenbericht doet toekomen aan de rechter en de wederpartij. De Hoge Raad heeft beide vragen bevestigend beantwoord en heeft daaraan toegevoegd dat de partij, die met een beroep op dit blokkeringsrecht verhindert dat van het deskundigenbericht mededeling wordt gedaan aan de wederpartij en de rechter, niet voldoet aan de verplichting mee te werken aan een door de rechter gelast deskundigenonderzoek. De vraag of sprake is van een weigering tot medewerking, is dus in de opvatting van de Hoge Raad niet afhankelijk van de omstandigheden waaronder gebruik wordt gemaakt van het blokkeringsrecht. Dit zal niet anders zijn als de weigering tot medewerking betrekking heeft op het niet willen voldoen aan de voorwaarde van de deskundige tot aansprakelijkheidsbeperking. Voordat het tot een weigering komt, ligt er een taak voor de rechter in de communicatie met de procespartijen en de deskundige. Daarop wordt nu ingegaan.

3.9 De dagelijkse praktijk en de taak van de rechter

Als de deskundige aan de rechter kenbaar maakt dat hij wil dat een exoneratiebeding of zijn algemene voorwaarden van toepassing zijn, wat is dan in de dagelijkse praktijk de taak van de rechter? Dan dient de rechter dit m.i. op te vatten als de wens van de deskundige om zijn aansprakelijkheid jegens partijen op voorhand te beperken. De wens van de deskundige is er immers, zoals gezegd, in de regel op gericht dat de procespartijen op voorhand geheel of ten dele afstand doen van hun recht

⁵⁸ Verordening (EG) Nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, Pb. L 174/1.

⁵⁹ In § 839a BGB, op grond waarvan de door de rechter benoemde deskundige slechts aansprakelijk is als aan de deskundige opzet of grove schuld valt te verwijten.

⁶⁰ Zie noot 18.

⁶¹ EHRM 21 febr. 1990, Serie A no. 171, § 66, Håkansson en Stuesson tegen Zweden. Zie ook de toepassing van laatstgenoemd arrest in een medische tuchtzaak, waar het ging om afstand van het recht op een openbare behandeling, HR 15 november 1996, NJ 1997, 275, m.nt. prof.mr. F.C.B. van Wijmen (B./S. en J.S.).

⁶² Art. 198 lid 3 Rv.

⁶³ HR 26 maart 2004, LJN AO1330, RvdW 2004, 54, JBPr 2004, 37, m.nt. C.J.M. Klaassen (B./Levob).

de deskundige te zijner tijd aansprakelijk te stellen voor hun eventuele schade als gevolg van een eventuele onrechtmatige daad van de deskundige. De rechter kan daarnaast desgewenst in de algemene informatie die het gerecht aan de benoemde deskundige toezendt of in de uitspraak waarin de deskundige wordt benoemd, (doen) vermelden dat de deskundige in beginsel, overeenkomstig hetgeen voor de deskundige in zijn dagelijkse beroepsuitoefening gebruikelijk is, aan de aanvaarding van de benoeming de voorwaarde kan verbinden dat partijen afstand doen van (een deel van) hun recht de deskundige aansprakelijk te houden voor een eventuele onrechtmatige daad.

Het feit dat enerzijds de rechter redelijk acht dat de deskundige wordt ingeschakeld onder voor de deskundige gebruikelijke aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarden en anderzijds partijen daardoor in de weigeringsituatie van art. 198 lid 3 Rv kunnen belanden, met alle gevolgen van dien, moet betekenis hebben in de taakopvatting van de rechter. De rechter zal partijen en de deskundige waar nodig en tijdig moeten (bij)sturen om hen in staat te stellen een evenwicht te vinden in ieders belangen. Daartoe heeft de rechter de procesrechtelijke bevoegdheid. Hij kan immers, als degene die de regie over de procedure heeft, in het overleg van art. 194 lid 2 Rv met partijen en de deskundige aandacht besteden aan de vraag of aansprakelijkheidsbeperking een voorwaarde is van de deskundige en daarover overleg plegen met partijen en de deskundige indien zij er onderling niet uit komen. Er zullen gevallen zijn waarin de rechter kan volstaan met partijen gelegenheid te geven zich niet alleen uit te laten over de persoon van de deskundige en de te stellen vragen, maar tevens over de eventuele voorwaarden die de deskundige aan de aanvaarding van de benoeming wenst te verbinden. Denkbaar is immers dat partijen zelf aan de deskundige laten weten dat wat

hen betreft de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van de deskundige in vervulling gaat.

Er zullen ook gevallen zijn waarin partijen het niet eens zijn met de voorwaarde van de deskundige. Voordat het in zulke gevallen tot een weigering komt, kan de rechter in het kader van het overleg van art. 194 lid 2 Rv met partijen en de deskundige van gedachten wisselen over de inhoud van de door de deskundige gestelde voorwaarde en vervolgens aan hen laten weten of een weigering van partijen te voldoen aan de voorwaarde van de deskundige in strijd zal zijn met de eisen van een goede procesorde. Dit zal hij moeten beoordelen aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder de door partijen gestelde belangen bij volledige aansprakelijkheid van een deskundige, de exoneratie die de deskundige buiten rechte normaliter bedingt, de verzekerbaarheid van het risico van beroepsaansprakelijkheid van de deskundige, en dergelijke. Vindt de rechter dat partijen, bezien vanuit de goede procesorde, terecht niet wensen in te stemmen met de voorwaarde van de deskundige, dan zal, indien de deskundige voet bij stuk houdt, een andere deskundige moeten worden gezocht. Een weigering van partijen tot medewerking is in dat geval niet aan de orde. Acht de rechter het in strijd met de goede procesorde indien partijen niet wensen in te stemmen met de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van de deskundige, dan zal hij dat aan partijen kunnen melden. Hij zal partijen er daarbij tevens op behoren te wijzen dat het feit dat de voorwaarde van de deskundige niet wordt vervuld, in dat geval zal worden aangemerkt als een weigering van partijen om mee te werken aan de totstandkoming van het deskundigenbericht, waaraan de rechter de gevolgen kan verbinden die hem geraden voorkomen. Partijen kunnen daarop reageren,

alvorens wordt beslist. Deze handelwijze heeft als belangrijk voordeel dat, voordat het deskundigenonderzoek wordt gestart, voor partijen en de deskundige transparant is welke keuzemogelijkheden er zijn, met welke eventuele gevolgen.

Het voeren van het overleg over de voorwaarde met partijen en de deskundige veronderstelt dat de persoon van de deskundige dan al bekend is. In de praktijk wordt echter veelal pas bekend wie de rechter wenst te benoemen, nadat partijen gelegenheid hebben gehad zich uit te laten over de voorgenomen deskundigenbenoeming. Het zou in veel gevallen omslachtig zijn het overleg steeds dubbel te voeren. Dit laat zich wel praktisch oplossen. In de tussenuitspraak, waarin wordt overwogen dat een deskundige zal worden benoemd, kan een standaardoverweging worden opgenomen. Daarin kan de gang van zaken uiteen worden gezet, bijvoorbeeld:

- de rechter zal (in de standaardinstructies) aan de te benoemen deskundige meedelen dat in beginsel de mogelijkheid bestaat een buiten rechte voor de deskundige gebruikelijke aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde te verbinden aan de aanvaarding van de benoeming en dat het raadzaam is, indien de deskundige hiervan gebruik wenst te maken en de voorwaarde wordt vervuld, dit schriftelijk vast te leggen voordat het onderzoek wordt gestart;
- de rechter gaat ervan uit dat de deskundige en partijen zich na de benoeming met elkaar over deze kwestie verstaan: wensen partijen aan een eventuele voorwaarde van de deskundige te voldoen, dan behoeft de rechter omtrent deze kwestie niet te worden ingeschakeld; wensen partijen niet te voldoen aan de voorwaarde van de deskundige, dan dient de deskundige niet met het onderzoek te beginnen, maar moet hij zijn voorwaarde en partijen hun

bezwaren schriftelijk aan de rechter kenbaar maken, waarna de rechter met partijen en de deskundige nader overleg zal moeten plegen over de kwestie.

De praktijk van alledag is gebaat met duidelijkheid over de wijze waarop de deskundige zijn aansprakelijkheid kan beperken. Het verdient dan ook aanbeveling dat de rechter niet alleen aan partijen en de te benoemen deskundige schriftelijk laat weten dat de te benoemen deskundige zich rechtstreeks schriftelijk tot (de advocaten van) partijen kan richten en kan verklaren onder welke voorwaarden hij of zij de taak als deskundige zal uitvoeren, waartoe kan behoren dat hij of zij beperking van aansprakelijkheid wenst. Ook is van belang dat de rechter daarbij vermeldt dat het ter vermindering van misverstanden gewenst is dat de deskundige die de taak slechts onder eigen voorwaarden wil vervullen, verlangt dat partijen schriftelijk instemmen met de voorwaarden die de deskundige aan de aanvaarding van de benoeming wil verbinden. Komen partijen en de te benoemen deskundige er onderling niet uit en moet nader overleg plaatsvinden onder regie van de rechter, dan kan dat schriftelijk plaatsvinden of tijdens een te gelasten comparitie. Deze keuze zal mede afhankelijk zijn van het belang van de zaak en andere relevante omstandigheden van het geval.

Bij het voorgaande is het goed te bedenken dat in alle gevallen waarin de rechter zelf al een deskundige op het oog heeft en bereid is deze naam in dezelfde tussenuitspraak te noemen,⁶⁴ de uitkomst van het overleg over de aansprakelijkheidsbeperking desgewenst reeds door partijen aan de rechter kan worden gemeld op het moment waarop zij zich bij de rechter uitlaten over de voorgenomen deskundigenbenoeming.

⁶⁴ Waarbij weer moet worden bedacht dat de verdeeldheid tussen verzekeraars en slachtoffers over te benoemen artsen en daarmee de discussie over de wenselijkheid om een naam te noemen zonder die persoon tegelijk te benoemen, hier geen rol speelt. De arts mag immers wettelijk zijn aansprakelijkheid niet beperken.

3.10 Gevolgen van een weigering van een partij

De rechter die waar nodig met partijen en de deskundige van gedachten wisselt over de inhoud van de voorwaarde die de deskundige wenst, moet helder voor ogen hebben en zo nodig aan partijen uiteen zetten welke gevolgen hij geraden kan achten indien hij constateert dat een of meer partijen weigeren mee te werken aan een deskundigenonderzoek. Zoals gezegd is van een weigering sprake indien een partij ook na overleg in strijd met de eisen van de goede procesorde niet meewerkt aan de vervulling van de voorwaarde van de deskundige van aan sprakelijkheidsbeperking op voorhand. Hierna wordt aandacht besteed aan de potentiële procesrechtelijke gevolgen van een weigering.

De rechter zal partijen gelegenheid moeten geven zich uit te laten over zijn voornemen om aan de weigering van een procespartij tot medewerking aan de totstandkoming van het deskundigenbericht de gevolgen te verbinden die hij geraden acht.⁶⁵ Partijen kunnen (ook) bij deze gelegenheid desgewenst bepleiten dat en waarom in plaats van de benoemde deskundige een andere deskundige moet worden benoemd, bijvoorbeeld omdat de voorwaarde van de deskundige volgens hen disproportioneel was. Verder kan, indien de weigering afkomstig is van de ene partij, de andere partij de rechter gemotiveerd verzoeken geen andere deskundige te benoemen, maar te oordelen dat de gevolgen van die weigering ten laste van de ene partij worden gebracht. De partij die heeft geweigerd aan de voorwaarde van de deskundige te voldoen, kan aan de rechter haar beweegredenen uiteenzetten en trachten te verhinderen dat de negatieve gevolgen van haar processuele houding geheel op haar worden afgewenteld.

De gevolgen die de rechter verbindt aan een weigering van een procespartij om mee te werken aan de vervulling van de voorwaarde van de deskundige, zullen kunnen verschillen al naar gelang het deskundigenbericht louter wordt uitgebracht ter voorlichting van de rechter, om (een) partij(en) in staat te stellen bewijs te leveren van een stelling waarvan de bewijslast op die partij(en) rust of als combinatie van voorlichting en bewijsmiddel. Daarnaast maakt het verschil of de voorwaarde van de deskundige niet wordt vervuld doordat slechts één partij geen medewerking verleent, dan wel alle procespartijen dat weigeren. Deze situaties komen hierna achtereenvolgens aan de orde.

3.10.1 Gevolgen van een weigering bij een deskundigenbericht ter voorlichting van de rechter

Het deskundigenbericht dat louter dient ter voorlichting van de rechter is een zeldzaam verschijnsel. Het doet zich bijvoorbeeld voor indien de rechter wenst te worden voorgelicht over een onderdeel van het Nederlandse recht. Wordt het deskundigenbericht niet uitgebracht, dan zal de rechter, om (de indruk van) rechtsweigering te vermijden, het geschilpunt van partijen toch zelf moeten beoordelen. Er is in dat geval geen aanleiding om te veronderstellen dat één van partijen zonder nadere, eigen beoordeling van de rechter, de negatieve gevolgen moet dragen van de impasse waarin de rechter is komen te verkeren als gevolg van het uitblijven van het deskundigenbericht. Weliswaar kan de rechter, indien het deskundigenbericht niet wordt uitgebracht, daaraan desgewenst het gevolg verbinden dat hij de door de weigerende partij voorgestane uitleg van het punt waarover een deskundigenbericht nodig werd geacht, niet volgt. Dat laat echter onverlet dat de wel

gekozen weg voorzien zal moeten zijn van een motivering die het oordeel kan dragen.⁶⁶

3.10.2 Gevolgen van een weigering bij een deskundigenbericht dat bewijsmiddel is

Dient het deskundigenbericht om een partij een bewijsmiddel te verschaffen, dan ontbreekt dat bewijsmiddel, indien het deskundigenbericht niet tot stand komt door de weigering van een procespartij te voldoen aan de aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van de deskundige. De rechter zal zich na kennisneming van de weigering steeds moeten afvragen of er gronden zijn om een andere deskundige te benoemen. Uitgangspunt voor het gebruik van zijn processuele bevoegdheid tot benoeming van de deskundige was immers dat de rechter een deskundigenbericht nodig heeft geacht, of, indien het een voorlopig deskundigenbericht betreft, dat hij het verzoek daartoe toewijsbaar heeft geacht. De weigering tot medewerking van een partij is op zichzelf geen reden om deze eerdere beslissing te herzien.

3.10.2.1 Vervanging van de deskundige

De rechter zal aanleiding zien een andere deskundige te zoeken, indien hij, na partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich over de aan de weigering te verbinden gevolgen uit te laten, de weigering en de daarmee samenhangende processuele houding van de weigerende partij niet in strijd acht met de goede procesorde. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien, anders dan tijdens het overleg met partijen het geval leek, uit nadere feiten of omstandigheden blijkt dat de voorwaarde door de deskundige is gesteld in strijd met een voor de deskundige geldend wettelijk exonatieverbod of indien

de voorwaarde aanzienlijk verder gaat dan gebruikelijk is in de beroepsgroep van de deskundige en een rechtvaardiging daarvoor ontbreekt. De rechter zal in zijn afwegingen mogen betrekken of voorzienbaar is dat een andere deskundige dezelfde voorwaarde zal willen bedingen, omdat hij tevens verantwoordelijkheid draagt voor de voortgang van de procedure. De rechter zal, ook indien hij wel een andere deskundige zou willen benoemen, maar voorziet dat die zonder dezelfde voorwaarde niet is te vinden, op de voet van art. 194 lid 2 Rv, partijen gelegenheid moeten geven zich uit te laten over de persoon van een vervangende deskundige. Hij acht benoeming van een deskundige in dat geval immers nog steeds geboden en is daarom tot overleg met partijen gehouden, terwijl bovendien partijen wellicht in staat zijn nog wel een deskundige bereid te vinden de benoeming te aanvaarden.

De vervangingskwestie, bezien in samenhang met de vrijheid van deskundigen een benoeming al dan niet te aanvaarden, roept de vraag op of de rechter en partijen hier op de grenzen van de vrije markt zullen stuiten: als deskundigen uit een bepaalde beroepsgroep op grote schaal algehele uitsluiting van aansprakelijkheid zouden bedingen, is het effect gering van het oordeel, dat de weigering van een partij om die voorwaarde in vervulling te doen gaan niet in strijd is met de goede procesorde. De rechter zal immers geen andere deskundige bereid vinden die de benoeming zonder algehele uitsluiting van aansprakelijkheid wenst te aanvaarden. De keerzijde hiervan is echter dat, totdat het zover is gekomen, vrije beroepsbeoefenaren niet spoedig zullen willen worden uitgesloten van de vrije markt waarin deskundigen door rechters worden gevonden. Bovendien biedt de eis dat een voorwaarde voor de deskundige gebruikelijk moet zijn hier soelaas.

⁶⁵ Art. 19 Rv.

⁶⁶ Zie noot 22.

Het valt niet spoedig te verwachten dat deskundigen uit een bepaalde beroepsgroep, wanneer zij niet als deskundige optreden maar werkzaam zijn in hun gewone dagelijkse beroepsuitoefening, er op grote schaal in zullen slagen, zonder te handelen in strijd met een mededingingsverbod, algehele uitsluiting van aansprakelijkheid met cliënten overeen te komen.

3.10.2.2 Geen vervanging van de deskundige

De rechter zal, nadat partijen zich over de gevolgen van de weigering tot medewerking aan het deskundigenbericht hebben kunnen uitlaten, geen aanleiding zien een andere deskundige te zoeken, indien hij de weigering om in te stemmen met de voorwaarde van de deskundige wel in strijd acht met de goede procesorde. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien de procespartij tijdens het overleg het uitblijven van instemming desgevraagd niet toelicht. Vooral zal er geen aanleiding zijn een andere deskundige te zoeken, indien de rechter ondanks de toelichting van een procespartij meent dat die procespartij handelt in strijd met de goede procesorde, bijvoorbeeld omdat de voorwaarde van de deskundige niet disproportioneel en niet ongebruikelijk was en andere omstandigheden ontbreken op grond waarvan een partij haar instemming aan de voorwaarde kon onthouden.

Het maakt vervolgens in een dagvaardingsprocedure verschil of het deskundigenbericht ertoe strekte het standpunt van de weigerende partij of van de wederpartij toe te lichten en/of te staven.

Was het deskundigenbericht gelast als potentieel bewijsmiddel voor de weigerende partij, dan zal de rechter in de regel oordelen

dat het bewijs niet door deskundigen is geleverd. Ligt er nog een gespecificeerd aanbod het bewijs door middel van getuigen te leveren of is na de benoeming van de deskundige nieuw schriftelijk bewijsmateriaal overgelegd, dan hangt mede van de beoordeling van het bewijsaanbod en de waardering van het beschikbare schriftelijk bewijs af, of de weigerende procespartij de procedure verliest als gevolg van de weigering. Denkbaar is dat, afhankelijk van de te bewijzen feiten, het aanbod tot het leveren van bewijs door middel van getuigen gespecificeerder zal moeten zijn dan zonder de weigering mee te werken aan het deskundigenbericht. Was het deskundigenbericht gelast om een partij in staat te stellen tegenbewijs te leveren door hetgeen is bewezen door de wederpartij te ontzenuwen, dan mag normaliter aan het aanbod bewijs te leveren door middel van getuigen niet de eis worden gesteld dat het is gespecificeerd.⁶⁷ Het zou overweging verdienen of aan een aanbod tot tegenbewijs na een weigering mee te werken aan een deskundigenbericht niet tenminste de eis zou mogen worden gesteld dat is toegelicht dat getuigenbewijs in het specifieke geval in beginsel kan dienen tot bewijslevering. In veel gevallen zal immers naar het middel van het deskundigenbericht zijn gegrepen, omdat bewijslevering door getuigen niet in de rede lag.

Heeft niet de weigerende partij de bewijslast, maar de wederpartij, dan zal de rechter het er in de regel voor houden dat het bewijs is geleverd, behoudens indien het gestelde tegendeel aannemelijk wordt gemaakt door ontkrachting van het voorhanden bewijs.

Had de rechter nog geen bindende eindbeslissing genomen over de verdeling van de bewijslast toen hij het deskundigenbericht gelastte, dan kan hij aan de weigering van

een procespartij mee te werken aan het deskundigenbericht ook nog het gevolg verbinden dat de bewijslast komt te rusten op de weigerende partij. Dat voegt echter niet veel toe, omdat daarna evenzeer langs de hiervoor uiteengezette lijnen moet worden beoordeeld of het bewijs is geleverd en of nog bewijslevering wordt toegestaan.

Wordt als gevolg van de weigering een voorlopig deskundigenbericht niet uitgebracht, dan zal, indien een bodemprocedure volgt en de rechter van oordeel is dat benoeming van een deskundige niet nodig is wegens de eerdere weigering, het gevolg van de weigering mede afhangen van het doel waarvoor het voorlopig deskundigenbericht was verzocht. De weigerende partij die in de bodemprocedure eiser is, kan wellicht niet aan de stelplicht voldoen, omdat zij het voorlopig deskundigenbericht nodig had ter opheldering van in geschil zijnde feiten die zij na de weigering onvoldoende kan toelichten. De weigerende partij die in de bodemprocedure gedaagde is, kan wellicht het verweer onvoldoende substantiëren. Ook is denkbaar, dat de gevolgen zich afspelen in de bewijslevering, op de wijze zoals hiervoor is uiteengezet voor de dagvaardingsprocedure.

3.10.3 Gevolgen van een weigering bij een deskundigenbericht dat voorlichting van de rechter en bewijsmiddel combineert

In veel gevallen dient een deskundigenbericht deels ter voorlichting van de rechter en deels als bewijsmiddel voor een procespartij. Soms dient het zelfs als bewijsmiddel voor beide partijen. Als voorbeeld kan dienen een zaak waarin een accountant aansprakelijk wordt gesteld door een voormalige cliënt, die stelt dat de accountant een beroepsfout heeft gemaakt tijdens de samenstelling van de

jaarrekening van de cliënt. Een deskundige kan nodig zijn omdat de rechter niet weet hoe hij de feiten, die hij uit de wederzijdse stellingen van partijen vaststelt, naar accountantsmaatstaven moet duiden, of de accountant in het licht van die duiding van de feiten een fout heeft gemaakt en zo ja, of de cliënt als gevolg daarvan schade heeft geleden. De kennis van de rechter van de regels die voor accountants gelden bij de samenstelling van een jaarrekening schiet te kort om zelf vast te stellen welke betekenis de vaststaande feiten hebben. Daarover heeft hij voorlichting nodig van de deskundige. De eisende partij, die zich op het rechtsgevolg van de gestelde fout beroept, heeft in de meeste gevallen de bewijslast van de fout en, als vervolgens de omkeringsregel⁶⁸ van toepassing zou zijn, mag de gedaagde partij aannemelijk maken dat het causaal verband tussen fout en schade ontbreekt. Er zijn zaken waarin één deskundige desgevraagd over al deze elementen in één rapport verslag uitbrengt.

Het gemengde karakter van zo'n deskundigenbericht brengt niet mee dat de gevolgen die de rechter zal verbinden aan de weigering van een partij om mee te werken aan een deskundigenbericht, minder voorspelbaar zijn. Doorslaggevend voor de rechter, die de deskundige heeft benoemd op grond van zijn procesrechtelijke bevoegdheid om ter beslissing van een geschil een deskundige te benoemen, zal immers zijn dat het deskundigenbericht in ieder geval deels de functie van bewijsmiddel heeft. In veel gevallen zal hij daardoor voorbij kunnen gaan aan het feit dat hij ook de gewenste voorlichting niet ontvangt. Weigert in het gegeven voorbeeld de eisende partij medewerking, dan zal de rechter daaraan het gevolg kunnen verbinden dat het rechtsgevolg waarop de eiser zich beroept, niet intreedt en de vordering daarom niet toewijsbaar is. Weigert de gedaagde

⁶⁷ Vaste rechtspraak, gebaseerd op art. 151 lid 2 Rv. Zie bijv.: HR 9 januari 1998, NJ 1999, 413, m.nt. HJS, (U./gemeente Utrecht); HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 899, (K./gemeente A.); HR 10 december 1999, NJ 2000, 637, (M.B./ABN AMRO); HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 (m.nt. HJS onder HR 20 april 2001, NJ 2002, 384), (Vellekoop/Wilton Feijenoord). Nuances op de regel dat een aanbod tot tegenbewijs niet gespecificeerd behoeft te worden, zijn aangebracht in HR 12 september 2003, RvdW 2003, 144 (T. Import-Export/Nationale Nederlanden) en HR 14 november 2003, RvdW 2003, 178 (Valent c.s./Beukers).

⁶⁸ Zie voor de huidige betekenis van de omkeringsregel HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (TVP/NS) en HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, m.nt. DA (Kastelijns/Achtkarspelen).

partij in hetzelfde voorbeeld medewerking, dan zal de rechter daaraan meestal het gevolg verbinden dat de door de eisende partij gestelde schade aan de gedaagde is toe te rekenen. Of gedaagde, alvorens de rechter tot deze gevolgtrekking komt, anderszins nog tegenbewijs mag leveren, zal niet anders worden beoordeeld dan volgens de lijnen die hiervoor op dat punt zijn genoemd.



Aanbevelingen

Aan de rechter die in de dagelijkse praktijk een deskundige benoemt, kunnen op grond van het voorgaande de volgende aanbevelingen worden gedaan.

1. De civiele rechter kan naar huidig recht tot uitgangspunt nemen dat een te benoemen deskundige zijn eventuele aansprakelijkheid jegens de procespartijen op voorhand kan beperken. De deskundige kan daartoe aan de aanvaarding van de benoeming een voorwaarde van aansprakelijkheidsbeperking verbinden. Voldoen de procespartijen aan de voorwaarde van de deskundige, dan doen zij geheel of gedeeltelijk afstand van hun recht de deskundige te zijner tijd aansprakelijk te stellen uit onrechtmatige daad. Een en ander is slechts anders indien voor de deskundige een wettelijk exoneratieverbod geldt.
2. De rechter kan in het overleg met partijen over de benoeming van een deskundige, voor wie het wettelijk exoneratieverbod niet geldt, de vraag betrekken of de deskundige aan de aanvaarding van zijn benoeming een voor hem in zijn normale beroepsuitoefening gebruikelijke aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde wenst te verbinden. Dit kan reeds geschieden als de rechter het voornemen uit een deskundige te benoemen.
3. De rechter kan onder de aandacht van de deskundige brengen, bijvoorbeeld in de standaardinstructies die aan een benoemde deskundige worden verstrekt, dat het verstandig is een eventuele aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde en de voldoening eraan door de procespartijen schriftelijk vast te leggen.
4. De rechter kan aan de procespartijen en de deskundige kenbaar maken dat hij hen in beginsel zelf laat overleggen over een door de deskundige gewenste aansprakelijkheidsbeperking. De rechter behoort de regie in dit overleg te nemen nadat hem van deskundige en/of partijen geluiden hebben bereikt dat zij er in onderling overleg niet uit komen.
5. In het overleg met partijen over de voorwaarde van de deskundige moet de rechter in het oog houden dat de voorwaarde nietig is indien zij in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Dit zal het geval zijn indien dezelfde voorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als de relatie tussen de deskundige en de procespartijen van contractuele aard zou zijn.
6. De procespartij die weigert aan een aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde van een deskundige te voldoen, handelt in strijd met haar verplichting tot medewerking aan de totstandkoming van het deskundigenbericht indien de weigering geschiedt in strijd met de eisen van de goede procesorde.

Gebruikte afkortingen

| | |
|----------------|--|
| aant. | aantekening |
| A-G | Advocaat-Generaal |
| art. | artikel |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| BewVo | Bewijsverordening |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BverfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| CTG | Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg |
| EHRM | Europees Hof voor de rechten van de mens |
| EVRM | Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden |
| GG | Grundgesetz |
| GW | Grondwet |
| HR | Hoge Raad |
| JBPr | Jurisprudentie burgerlijk procesrecht |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| par. | paragraaf |
| Rv | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering |
| RvdW | Rechtspraak van de Week |
| Stb. | Staatsblad |
| Wet BIG | Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg |
| Wet RO | Wet op de rechterlijke organisatie |
| WvSr | Wetboek van strafrecht |
| WvSv | Wetboek van strafvordering |
| ZPO | Zivilprozeßordnung |