

# De rechter contracteert niet

## De rechtsverhouding tussen rechter, deskundige en partijen, gezien vanuit het procesrecht<sup>1</sup>

*Mevrouw mr. G. de Groot*

### Inleiding

De rechter die een arts als deskundige benoemt, ontvangt wel eens een op zijn naam gestelde rekening van een ziekenhuis. Dat betreft bijvoorbeeld bloed- of röntgenonderzoek dat ten behoeve van het deskundigenonderzoek is verricht bij een procespartij. Vergissing van het ziekenhuis? Of moet de rechter de rekening betalen, dan wel het gerecht waar de rechter werkzaam is? Soms ontvangt een gerecht een sommatie van een deurwaarder als een procespartij zijn aandeel in de kosten van het deskundigenbericht niet betaalt: de rechter wordt als degene in wiens opdracht een deskundigenbericht is uitgebracht, aangemaand tot betaling. Moet het gerecht de rekening betalen of niet? En wat te doen als de deskundige na benoeming een brief aan het gerecht zendt met de mededeling dat zijn algemene voorwaarden op de opdracht van toepassing zijn? Met daarin, bijna vanzelfsprekend, een exoneratiebeding. Deze uit de praktijk gegrepen voorbeelden roepen de vraag op hoe de rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige is te kwalificeren. Klaassen heeft eerder in dit tijdschrift betoogd dat in de rechtsverhouding tussen rechter, deskundige en partijen sprake is van een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 lid 1 BW tussen de rechter (die de overeenkomst zou aangaan namens de staat) en de deskundige.<sup>2</sup> Met deze kwalificatie lijkt gegeven dat de deskundige zijn aansprakelijkheid op voorhand kan beperken. Maar jegens wie? En leidt haar opvatting ertoe dat de staat aansprakelijk is voor de betaling van deskundigenkosten? Dat verdraagt zich niet met de wettelijke regeling, die uitgaat van een betalingsverplichting van (één van) partijen en die het verhaalsrisico bij de deskundige doet belanden (art. 199 en 205 Rv).

Naar mijn opvatting moet de rechtsverhouding tussen de rechter en de door de rechter benoemde deskundige worden gekwalificeerd als een rechtsverhouding van publiekrechtelijke aard. De kwestie is niet van louter theoretische betekenis, zoals uit de drie voorbeelden blijkt. In de praktijk valt geregeld van rechters, deskundigen en advocaten te vernemen dat onvoldoende duidelijk is wie welke rechten en plichten heeft als een deskundigenbericht wordt gelast. Dat betreft niet alleen betalings- en exoneratiekwesties, maar bijvoorbeeld ook de vraag of een deskundige zelfstandig bevoegd is hulppersonen in te schakelen. Vrijwel iedere kwestie vergt beantwoording van een voorvraag: is er wel of niet sprake van een overeenkomst in de rechtsverhouding tussen rechter, deskundige en partijen? Het antwoord hierop bepaalt aan de

hand van welke regels naar een oplossing moet worden gezocht, het BW en/of Rv.

Ik zal mijn opvatting hierna als volgt toelichten. Eerst wordt uiteengezet waarom naar Nederlands recht tussen de staat en de deskundige geen overeenkomst kan bestaan. Exoneratie en hulppersoon zijn hier figuranten. Vervolgens komt aan de orde waarom de publiekrechtelijke kwalificatie zich opdringt. Daarin keert de betalingskwestie terug. Tot slot volgt een samenvatting.

### Waarom geen overeenkomst tussen civiele rechter en deskundige?

#### *Geen overeenkomst tussen partijen onderling, noch tussen partijen en de deskundige*

Wie besluit tegen iemand te procederen, sluit met zijn wederpartij niet een overeenkomst, maar komt tot zijn wederpartij te verkeren in een rechtsverhouding van andere aard, die wordt beheerst door het procesrecht. Dat geldt evenzeer voor de rechtsverhouding tussen partijen en de deskundige, als de rechter een deskundige benoemt. Indien de rechter een deskundigenbericht heeft gelast en de deskundige de benoeming heeft aanvaard, is van een contractuele relatie tussen de deskundige en partijen geen sprake. Dit wordt in de literatuur algemeen aangenomen.<sup>3</sup> Het spreekt bij vergelij-

1. Dit artikel is totstandgekomen in het kader van het onderzoek dat de auteur in opdracht van de Raad voor de rechtspraak heeft verricht naar aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen.
2. C.J.M. Klaassen, De rechter als contractant?, De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen gezien vanuit het materiële recht, TCR 2002, p. 93-102. Anders: S.C.J.J. Kortmann, Het professioneel juridisch advies, NJV-Preadvies 2004-I, p. 209.
3. H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, Bewijsrecht in civiele procedures, Kluwer 1998, p. 99; J.L. de Hoop, Het voorlopig getuigenverhoor (nog even), het voorlopig deskundigenbericht en het deskundigenbericht, WPNR 1989, jrg. 20 (5938), p. 718; Klaassen (noot 2), p. 95; Burgerlijke Rechtsvordering Bewaarband Boek 1 (oud), art. 222 (oud) Rv, aant. 2 en aant. 5; Pitlo-Hidma-Rutgers, 2004, nr. 106; S. Slabbers en N.M. Mulder, Het deskundigenbericht in de civiele procedure: wet en praktijk, Tijdschrift voor gezondheidsrecht 2001, afl. 4, p. 232.

king van de wettelijke regeling van de obligatoire overeenkomst (titel 6.5 BW) en de wettelijke regeling van het deskundigenbericht en het voorlopig deskundigenbericht (art. 194-199 en 202-207 Rv) voor zich. Anders dan wanneer partijen een overeenkomst sluiten, hebben zij niet de vrijheid de deskundige van hun eigen keuze te doen benoemen, met de deskundige de prijs van het deskundigenbericht overeen te komen of de vragen te formuleren die aan de deskundige zullen worden gesteld. Zij kunnen in al dit soort kwesties slechts hun wensen en opvattingen aan de rechter kenbaar maken. Van de beslissing van de rechter hangt af of zij daarin worden gevolgd.

*Het staat de rechter niet vrij zich contractueel te binden*

De rechter die een deskundige benoemt, maakt gebruik van een bevoegdheid die hem is gegeven in het Rv. Dit brengt mee dat de rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige die de benoeming heeft aanvaard, wordt beheerst door het procesrecht. De burgerlijke rechter heeft tot taak, indien hem een geschil wordt voorgelegd, tijdens de behandeling daarvan steeds in het oog te houden dat hij in staat moet blijven het geschil te beslechten. Het is de taak van de burgerlijke rechter ervoor te 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 verschaft of ontzegd<sup>4</sup> op gronden die zijn beslissing kunnen dragen.<sup>5</sup> Deze taak kan de rechter slechts vervullen indien hij zijn rechtsprekende bevoegdheid uitoefent binnen de regels die daarvoor gelden en de doelen die daaraan 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, door te erkennen dat jegens hem (een zekere mate van) contractvrijheid bestaat en zich bij overeenkomst te binden, deels afhankelijk gemaakt van andere procesdeelnemers. Dat is hem bij uitstek niet toegestaan volgens mede aan art. 6 EVRM ontleende fundamentele beginselen van procesrecht, die meebrengen dat partijen steeds recht hebben op behandeling van hun geschil door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.<sup>6</sup>

Als men ervan uit zou gaan dat het mogelijk is een overeenkomst te sluiten met een rechter die als procesdeelnemer werkzaam is in de uitoefening van zijn rechtsprekende bevoegdheid, zou bovendien ten onrechte bij andere procesdeelnemers de schijn worden gewekt dat zij – in afwijking van het procesrecht – ten opzichte van de rechter onderhandelingsvrijheid hebben. De rechter moet partijen horen alvorens te beslissen (art. 19 Rv) en zij hebben recht op een gemotiveerde beslissing, maar het staat de rechter, binnen de grenzen van het geschil van partijen en van zijn bevoegdheid, in beginsel vrij in zijn beslissingen ter zake van de totstandkoming van een deskundigenbericht af te wijken van de wensen van (één van) partijen en van de deskun-

dige.<sup>7</sup> 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 legitiemiteit en het voortbestaan van overheidsrechtspraak. Gelet op het belang van continuïteit van overheidsrechtspraak behoort de rechter bij de vervulling van zijn ambt oog te hebben voor het behoud van de rechterlijke functie in het staatsbestel.<sup>8</sup> Vanuit dit perspectief behoort de rechter zelfs niet de indruk te wekken dat een procesdeelnemer met hem bindende afspraken kan maken, laat staan afspraken waaraan ook andere procesdeelnemers zouden zijn gebonden. Zou dit anders zijn, dan komt zijn onafhankelijkheid in het geding en kan het gezag van zijn beslissing ernstig worden ondermijnd.

Het betoog van Klaassen gaat mijns inziens aan deze aspecten te gemakkelijk voorbij, hoezeer ook de gedachte dat de rechter in beginsel namens de staat een overeenkomst kan sluiten op zichzelf begrijpelijk is.<sup>9</sup> Maar niet alleen de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid vormen een belemmering om een overeenkomst tussen rechter en deskundige aan te nemen. Ook materieelrechtelijk zie ik daartegen bezwaren. Dat zal ik hierna onderbouwen.

*Geen contractvrijheid, geen aanbod en aanvaarding*

Een eerste materieelrechtelijk bezwaar ligt in de illusie dat er contractvrijheid zou zijn tussen rechter en deskundige. Partijen gen met een obligatoire overeenkomst, zoals de overeenkomst van

4. Vgl. Star Busmann-Rutten-Ariëns, nr. 8; Hugenholtz-Heemskerck, 2002, nr. 1; Sniijders-Ynzonides-Meijer, 2002, nr. 9-10; 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 4.5.
5. Art. 121 Gw, 5 Wet RO, 30 Rv. Vgl. Asser-Vranken, algemeen deel, nrs. 217-218; Hugenholtz-Heemskerck, nr. 5; Sniijders-Ynzonides-Meijer, nr. 40. Zie bijv. ook HR 5 december 2003, NJ 2004, 74; EHRM 19 april 1994, NJ 1995, 462 (Van den Hurk); EHRM 9 december 1994, NJ 1997, 20 (Balani).
6. Bijv. HR 30 juni 2000, NJ 2001, 316 m.nt. JMBV en in concl. A-G onder 2.13 genoemde EHRM-rechtspraak.
7. Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 334; vaste rechtspraak, bijv. HR 6 december 2002, NJ 2003, 63.
8. 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, p. 670-671.
9. Die gedachte 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. Art. 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: die wordt niet verleend door art. 2:1 lid 1 BW en niet door een andere bepaling bij of krachtens de wet overeenkomstig art. 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 gelijkgeschakeling van de rechtspersoon aan een natuurlijk persoon vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten. Een en ander 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.

opdracht, dat tussen hen een vermogensrechtelijke betrekking ontstaat, op grond waarvan de ene partij zich tot een bepaalde prestatie verplicht en de ander het recht op die prestatie verkrijgt, of dat zij zich over en weer jegens elkaar verplichten tot een prestatie en recht krijgen op de prestatie van de wederpartij.<sup>10</sup> Een overeenkomst komt tot stand door wilsovereenstemming tussen de partijen bij de overeenkomst, die contractvrijheid hebben. Tussen de rechter en de deskundige die de benoeming aanvaardt, is van dit alles geen sprake. De rechter die een deskundige benoemt, oefent zijn procesrechtelijke bevoegdheid uit om deskundigen in te schakelen ter beslissing van een geschil. De rechter behoort daarbij steeds acht te slaan op de gerechtvaardigde belangen van partijen. Hij kan zich dus niet, zoals kenmerkend is voor een obligatoire overeenkomst, afhankelijk maken van wilsovereenstemming met de deskundige. Voor de deskundige is het niet anders. Naar burgerlijk procesrecht schept de enkele benoeming door de burgerlijke rechter voor de deskundige geen verplichting tot aanvaarding van de benoeming (art. 194 Rv).<sup>11</sup> Pas doordat de deskundige de benoeming aanvaardt, wordt de deskundige verplicht het deskundigenonderzoek te verrichten en daarvan verslag uit te brengen (art. 198 Rv).<sup>12</sup> De rechtsverhouding tussen rechter, deskundige en partijen ontstaat dus door aanvaarding van een onderdeel van een rechterlijke beslissing – de benoeming – en niet van een aanbod in privaatrechtelijke zin. Iedere rechtsverhouding tussen hen blijft uit, indien de deskundige de benoeming niet aanvaardt. Een denkbeeldige actie uit onrechtmatige daad wegens afgebroken onderhandelingen is in dat geval kansloos, reeds omdat de deskundige steeds vrij is in de aanvaarding van de benoeming en de procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter niet het voeren van onderhandelingen met de deskundige omvat.

#### *Geen contractuele vrijheid bij inschakeling van een hulppersoon door de deskundige*

De positie van de deskundige die een hulppersoon wil gebruiken, illustreert eveneens het gebrek aan contractvrijheid. Op grond van art. 7:404 BW – verondersteld dat het van toepassing zou zijn – kan de door de rechter benoemde deskundige geen hulppersonen inschakelen behoudens voorzover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren. Volgens Klaassen mag de toepassing van dit artikel op de rechtsverhouding van de rechter en de deskundige niet tot de conclusie leiden dat het een deskundige in het algemeen vrijstaat naar eigen goeddunken hulppersonen in te schakelen. Zij acht het wenselijk dat dit in overleg met de rechter geschiedt en dat het aan de rechter wordt overgelaten de eventuele bezwaren van de procespartijen tegen inschakeling van hulppersonen te wegen.<sup>13</sup> Deze kwestie is illustratief voor de complicaties die ontstaan als niet de wettelijke taak van de burgerlijke rechter bij de totstandkoming van het deskundigenbericht tot uitgangspunt wordt genomen. Wie de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige kwalificeert als een overeenkomst van opdracht, zoekt vervolgens vanuit de opdrachtregels naar antwoorden op vragen die in de praktijk rijzen in verband met het deskundigenbericht. Dat betreft dus ook de vraag of de deskundige zelfstandig mag beslissen over de inschakeling van een hulppersoon. De regeling van de overeenkomst van opdracht bevat in art. 7:404 BW een bepaling over de inschakeling van een hulppersoon door de deskundige. Op grond daarvan

zou de deskundige stilzwijgend met de rechter overeen kunnen komen dat hij hulppersonen mag inschakelen bij het onderzoek.<sup>14</sup> Deze bepaling zou echter niet onverkort kunnen worden toegepast, omdat dat zou botsen met het procesrechtelijke kenmerk van de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige dat de rechter daarin uiteindelijk het laatste woord heeft. De duidelijkheid die kennelijk wordt beoogd met het aanmerken van hun rechtsverhouding als een overeenkomst van opdracht verwordt tot schijn-duidelijkheid als de deskundige niet de zelfstandige weg van art. 7:404 BW mag volgen, maar steeds overleg zal moeten plegen met de rechter over inschakeling van een hulppersoon. Dit is voor de deskundige des te verwarrender als hij voor eigen cliënten wel op grond van een overeenkomst van opdracht werkzaam pleegt te zijn. En als de rechter en de deskundige vervolgens van mening blijken te verschillen over de vraag of de deskundige door hulppersonen in te schakelen binnen de grenzen van de overeenkomst blijft, moet dan aan de hand van het Haviltex-criterium<sup>15</sup> worden bepaald of de deskundige hulppersonen mag inschakelen? Wie voert die toets uit?

#### *Waar nodig beslist de rechter of de deskundige een hulppersoon inschakelt*

In werkelijkheid is, indien het bestaan van een overeenkomst tussen rechter en deskundige zou worden aangenomen, de contractuele ruimte voor overleg zeer beperkt, omdat de rechter in een zich voordoend geval met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor zowel de deskundige als partijen gelegenheid moet geven zich uit te laten over de inschakeling van hulppersonen en vervolgens een zelfstandige afweging moet maken of hij inschakeling van hulppersonen door de deskundige toestaat. Die afweging leidt tot een beslissing waaraan de deskundige is gebonden. Dat heeft met contractuele vrijheden niets te maken. De deskundige komt slechts onder de beslissing van de rechter uit door de aanvaarding van zijn benoeming te herroepen, voorzover hem dat vrijstaat. In de afweging van de rechter is de aan hem geopenbaarde wil van de deskundige tot inschakeling van hulppersonen één aspect temidden van andere aspecten. De rechter zal steeds in het oog moeten houden dat ook met de beslissing over de inschakeling van hulppersonen kan worden voortgegaan op de ingeslagen weg in de procedure. In de dagvaardingsprocedure moet dat kunnen leiden tot de recht- en/of titelverschaffing waarom de procedure is begonnen en waarmee de dagvaardingsprocedure

10. Asser-Hartkamp 4-II, 2001, nr. 27.

11. Asser-Anema-Verdam, p. 500; Dijksterhuis-Wieten (noot 3), p. 96; Klaassen (noot 2), p. 94; Kortmann (noot 2), p. 208; Morée (T&C Rv) art. 198 Rv, aant. 2.c; F.G. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*, voltooid door H.J. Scheltema, Zwolle 1939, p. 471; H.L.G. Wieten, *Bewijs*, Deventer 2002, p. 63.

12. K. Abma, *Deskundigen*, N.V. Gebr. Zomer & Keunings Uitgeverij, Wageningen 1957, p. 33; Asser-Anema-Verdam, p. 500; R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht*, 2e druk, Leiden 1896, deel IV, p. 88; *Burgerlijke Rechtsvordering Bewaarband Boek I (oud) art. 222, aant. 2*; P. Zonderland, R.C. Schlingemann en W.G. Dolman, *Grondtrekken van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 9e druk, Zwolle 1980, p. 103; Pitlo-Hidma-Rutgers (noot 3), nr. 106; Van Rossem-Cleveringa, art. 222, aant. 5, p. 676.

13. Klaassen (noot 2), p. 95.

14. Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, nr. 70.

15. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

behoort te kunnen eindigen. In de verzoekschriftprocedure moet de rechter voor ogen houden dat het voorlopig deskundigenbericht is bedoeld om aan een partij de mogelijkheid te verschaffen zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van een geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te beoordelen of het raadzaam is een procedure ter vaststelling van aansprakelijkheid te beginnen of een aanhangige procedure voort te zetten.<sup>16</sup>

#### *De praktijk is veelkleurig*

Het komt in de praktijk voor dat de deskundige, al dan niet na kennisgeving aan de rechter en partijen, een of meer hulppersonen inschakelt bij de uitvoering van het deskundigenonderzoek of de verslaglegging daarvan in het deskundigenbericht.<sup>17</sup> Vooral indien dat zonder voorafgaande kennisgeving van het gerecht en partijen gebeurt, rijzen wel eens problemen. Indien bijvoorbeeld een als deskundige benoemde arts ter uitvoering van zijn onderzoek moet beschikken over de resultaten van recent bloedonderzoek van de persoon op wie het onderzoek betrekking heeft en de deskundige daartoe een bloedonderzoek laat verrichten in een laboratorium, behoeft daartegen in beginsel geen bezwaar te bestaan. Dan is voorstelbaar dat toestemming van de rechter onderdeel is van de deskundigenbenoeming, behoudens indien de te onderzoeken persoon bezwaar maakt, in welk geval de rechter daarop zal moeten beslissen. Het komt echter ook voor dat een als deskundige benoemde arts het deskundigenbericht mede doet ondertekenen door een niet benoemde collega-arts en dat uit het deskundigenbericht niet blijkt welke rol de collega-arts in het deskundigenonderzoek en de verslaglegging daarvan heeft vervuld. In laatstgenoemd geval ligt het minder voor de hand dat de rechter en partijen hiermee stilzwijgend hebben ingestemd, vooral niet indien partijen tijdens het onderzoek geen weet krijgen van de betrokkenheid van de collega-arts en eerst na ontvangst van het deskundigenbericht op de hoogte raken van de dubbele ondertekening. Ook dan zal het echter afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder bijvoorbeeld de inhoud van de eventuele bezwaren van (één van) partijen tegen die betrokkenheid en de omvang van de betrokkenheid van de collega-arts, welke gevolgen de rechter toekent aan de betrokkenheid van een niet als deskundige benoemde persoon bij de totstandkoming van het deskundigenbericht.

#### *Processuele maatstaf bij inschakeling van hulppersoon door deskundige*

De maatstaf bij de beantwoording van de vraag of en onder welke omstandigheden de deskundige zelfstandig hulppersonen mag inschakelen, wordt gevormd door de eisen die aan een deskundigenbericht worden gesteld om te waarborgen dat het kan worden gebruikt voor het doel waarvoor het wordt uitgebracht. Bij gebreke van een andere regeling dan de taakomschrijving van de deskundige in art. 198 Rv (onpartijdig, naar beste weten en – meestal – zelfstandig onderzoek doen), moet bij de nadere uitwerking van deze maatstaf voornamelijk aansluiting worden gezocht bij de beginselen van behoorlijke rechtspleging, zoals het beginsel van hoor en wederhoor of het onmiddellijkheidsbeginsel, en bij algemene voorschriften die gelden voor de totstandkoming van bewijsmiddelen, zoals art. 149 en 152 Rv. Daarmee is nog steeds

niet duidelijk welke positie de rechter inneemt en welke rechten en verplichtingen partijen en de deskundige hebben bij de inschakeling van hulppersonen door de deskundige. Een oplossing voor dit probleem komt echter niet werkelijk naderbij indien art. 7:404 BW van overeenkomstige toepassing zou worden geacht op de rechtsverhouding van rechter, deskundige en partijen. Daarin is immers evenzeer een open norm neergelegd als in de taakomschrijving van art. 198 Rv.

#### *Geen (afdwingbare) verbintenissen*

Nog een materieelrechtelijke kwestie: is de verplichting van de deskundige tot het uitbrengen van een deskundigenbericht aan de rechter een verbintenis in de zin van het BW? Ik meen van niet. Een verbintenis is een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, op grond waarvan een persoon jegens een andere persoon tot een prestatie is verplicht en de ander een vorderingsrecht heeft op de een, welk recht een bestanddeel is van zijn vermogen en in het algemeen overdraagbaar en voor tenuitvoerlegging vatbaar is. Uitgangspunt van Boek 6 BW is dat alleen die rechtsplicht een verbintenis is, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat.<sup>18</sup> Het recht uit de verbintenis is een persoonlijk recht en is gericht *op een persoon*, waartegenover de gebondenheid van een andere persoon staat.<sup>19</sup> De rechter krijgt daarentegen, 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 (art. 197 lid 2 Rv). 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 het 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, gezien vanuit de veronderstelling dat de rechtsverhouding tussen (de rechter namens) de staat en de deskundige van contractuele aard is, hiervan wellicht nog kunnen worden gezegd dat slechts relevant is 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 de verplichting tot het uitbrengen van een deskundigenbericht zich, anders dan een

16. HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478 m.nt. HJS; HR 13 september 2002, RvdW 2002, 135; HR 12 september 2003, RvdW 2003, 140, JBPr 2003, 72 m.nt. D.M. Thierry; HR 19 december 2003, LJN-nr. AL8610, JOL 2003, 672.

17. Er zijn zelfs enkele gerechten die in hun informatieblad voor deskundigen vermelden dat de deskundige zelfstandig beslist of hij een hulppersoon inschakelt.

18. Zie onder meer C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1981, p. 38.

19. Asser-Hartkamp, 4-I (2004), nr. 6.

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 (art. 198 lid 1 Rv). Voor schuldovername is een nadere rechterlijke beslissing vereist waarin de deskundige wordt vervangen door een andere persoon. In de vervanging heeft de aanvankelijk benoemde deskundige volgens het Rv geen stem, zoals hij die wel zou hebben in de overgang van zijn vordering of schuld (titel 2 van Boek 6 BW).

De verplichting van de deskundige tot het uitbrengen van een deskundigenbericht is evenmin vatbaar voor tenuitvoerlegging. Bij beschouwing van afdeling 6 van titel 1 van Boek 6 BW, over nakoming van verbintenissen, en van afdeling 9 daarvan, over de gevolgen van het niet nakomen van verbintenissen, lijkt vrijwel geen enkele bepaling zich te lenen voor overeenkomstige toepassing op de verplichting van de deskundige tot het uitbrengen van een deskundigenbericht aan de rechter.

Verder ontbreekt de afdwingbaarheid van 'het recht' van de rechter op een deskundigenbericht. Aanhakend bij de definitie van een overeenkomst in art. 6:213 lid 1 BW memoreert Klaassen dat typerend is voor de verbintenis, aangegaan bij overeenkomst, dat tegenover de verplichting van de één een vorderingsrecht van de ander staat.<sup>20</sup> De rechter die een deskundige heeft benoemd, heeft echter geen vorderingsrecht jegens de deskundige. Art. 194 Rv, op grond waarvan de rechter een deskundige kan benoemen, onthoudt hem ieder vorderingsrecht. Als de deskundige de benoeming niet aanvaardt of de opdracht tot het uitbrengen van een deskundigenbericht niet of niet naar behoren volbrengt, heeft de rechter slechts de bevoegdheid een andere deskundige te benoemen. Ook indien de rechter wel een vorderingsrecht jegens de deskundige zou toekomen, heeft hij in ieder geval geen rechtsvordering<sup>21</sup> op de deskundige in de zin van titel 11 van Boek 3 BW, bijvoorbeeld tot nakoming of schadevergoeding. De rechtsprekende bevoegdheid van de rechter strekt er immers toe dat de rechter zelf moet beslissen in een hem voorgelegd geschil en houdt niet in dat de rechter in een geschil dat aan hem ter beslissing is voorgelegd, zich wendt tot een andere rechter ter beslissing van een deelgeschil.<sup>22</sup> Indien dus zou worden aangenomen dat de rechter jegens de deskundige een vorderingsrecht tot afgifte van een deskundigenbericht heeft, kan de rechter bij gebreke van nakoming zijn vorderingsrecht niet effectueren.

Het ontbreken van een vordering tot nakoming zou erop kunnen duiden dat er weliswaar geen sprake is van een in rechte afdwingbare verbintenis, maar wel van een natuurlijke verbintenis. Kenmerkend voor een natuurlijke verbintenis is echter dat zij zich in beginsel leent voor omzetting in een rechtens afdwingbare verbintenis. Dit geldt, zoals hiervoor uiteengezet, niet in de verhouding tussen de rechter en de deskundige voor de verplichting om een deskundigenbericht uit te brengen.

*Geen derdenwerking van bijvoorbeeld een exoneratiebeding*  
Zou ervan worden uitgegaan dat de rechterlijke benoeming van een deskundige een overeenkomst tussen rechter en deskundige doet ontstaan, dan ligt de vraag voor de hand wat daarin de posi-

tie van partijen is. Een overeenkomst bindt in beginsel (slechts) degenen die partij zijn bij de overeenkomst.<sup>23</sup> De gerechtelijke benoeming van een deskundige doet echter voor (één van) partijen en een betalingsverplichting ontstaan en zou in zoverre een uitzondering vormen op het beginsel dat een overeenkomst geen verbintenissen doet ontstaan ten behoeve of ten laste van derden.<sup>24</sup> Een wettelijke basis voor deze uitzondering zou wellicht kunnen worden gezocht in art. 6:253 e.v. BW over het derdenbeding, maar dan is ten minste vereist dat partijen het tussen rechter en deskundige overeengekomen beding aanvaarden. Ook als partijen dat nadrukkelijk niet zouden doen, staat het de rechter vrij het met de deskundige overeengekomen tarief vast te stellen op grond van art. 199 Rv. Toepassing van art. 6:253 e.v. BW zou dan ook voor partijen een schijn van contractvrijheid opleveren, die in werkelijkheid niet bestaat.

Een lastiger kwestie is de doorwerking van een exoneratiebeding. De deskundige die zijn aansprakelijkheid op voorhand wil beperken, zal die wens hebben met het oog op een eventuele latere aansprakelijkstelling door een procespartij en niet zozeer door de rechter, omdat hij vreest of de ervaring hem heeft geleerd dat hij naderhand door een procespartij aansprakelijk kan worden gesteld. Zouden de rechter en de deskundige in contractuele zin 'overeenkomen' dat de deskundige op voorhand zijn aansprakelijkheid kan beperken, dan zou dat voor de deskundige weinig zin hebben als dat exoneratiebeding niet doorwerkt in de rechtsverhouding tussen de deskundige en partijen. Ik roep in herinnering dat naar algemene opvatting in laatstgenoemde verhouding geen overeenkomst bestaat,<sup>25</sup> zodat de deskundige zijn aansprakelijkheid jegens partijen slechts zal kunnen beperken via doorwerking van het exoneratiebeding dat hij met de rechter overeenkomt. Indien daarvoor geen wettelijke basis is omdat partijen weigeren het exoneratiebeding te aanvaarden, kan doorwerking in beginsel geschieden op grond van de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad is echter terughoudend in de aanvaarding van doorwerking van een exoneratiebeding jegens 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, in dit geval veronderstellenderwijs de wettelijke bepalingen omtrent de overeenkomst van opdracht.<sup>26</sup> Dit duidt op een casuïstische toetsing door de rechter achteraf. Mag een deskundige erop vertrouwen dat de rechter die later over de doorwerking van de bedongen exoneratie moet oordelen, zich op hetzelfde standpunt zal stellen als de rechter met wie de des-

20. Klaassen (noot 2), p. 94. Vgl. Asser-Hartkamp 4-II, nrs. 24-27.

21. Zie over de begrippen vorderingsrecht en rechtsvordering Star Busmann-Rutten-Ariëns, nrs. 141 e.v.; W.H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, rede VU Amsterdam, Deventer 1974; Snijders-Ynzonides-Meijer, nr. 4; Hugenholtz-Heemskerk, nr. 6.

22. Tenzij dat geschiedt op grond van een wettelijke bevoegdheid of verplichting, zoals in geval van prejudiciële vragen aan het HvJEG of het Benelux Gerechtshof, maar die gevallen zijn hier niet aan de orde.

23. Asser-Vranken, nr. 83; Asser-Hartkamp 4-II, nrs. 14, 32-45 en 378-383a.

24. Asser-Hartkamp 4-II, nrs. 384-391.

25. Zie hiervoor onder 2, eerste alinea, en noot 3.

26. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 386 en de daar genoemde vindplaatsen.

kundige de aansprakelijkheidsbeperking overeenkwam? De deskundige zal graag vooraf een bevestigend antwoord verlangen, maar daaraan staat in de weg dat de later oordelende rechter moet beslissen op het geschil dat partijen dan aan hem voorleggen en niet is gebonden aan het oordeel van de rechter die een aansprakelijkheidsbeperking gerechtvaardigd achtte en in de overeenkomst met de deskundige een exoneratiebeding heeft aanvaard. Het eerdere oordeel over de aansprakelijkheidsbeperking op voorhand is immers niet een oordeel in een rechtsbetrekking in een geschil tussen de deskundige en partijen en er gaat dan ook in het eventuele latere geschil tussen (één van) partijen en de deskundige geen gezag van gewijsde van uit (art. 236 Rv).<sup>27</sup>

Zelfs indien voorbij wordt gegaan aan de heersende opvatting dat tussen deskundige en partijen geen overeenkomst totstandkomt en zou worden uitgegaan van een meerpartijenovereenkomst tussen rechter, deskundige en partijen, bestaat zowel ten aanzien van de kosten als ten aanzien van de aansprakelijkheidsbeperking hetzelfde probleem als hiervoor is besproken: de rechter beslist. Partijen hebben, omdat zij ervoor hebben gekozen hun geschil ter beslechting voor te leggen aan de rechter, niet de zeggenschap die aan hen zou toekomen bij een overeenkomst.

#### Conclusie

De veronderstelling dat in de verhouding tussen rechter en deskundige een overeenkomst bestaat, stuit in hun verhouding tot partijen dus op bezwaren. Een overeenkomst tussen rechter en partijen leidt ook niet tot een bevredigende oplossing voor het vraagstuk van aansprakelijkheidsbeperking van deskundigen. Omdat de rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige niet voldoet aan belangrijke kenmerken van een overeenkomst, zoals het beginsel van contractvrijheid en het beginsel dat een overeenkomst slechts de partijen bindt, kan naar mijn mening hun rechtsverhouding niet als een (obligatoire) overeenkomst (van opdracht) worden gekwalificeerd.

#### De verhouding tussen rechter en deskundige is van publiekrechtelijke aard

De verplichting van de deskundige om na aanvaarding van de benoeming aan de rechter een deskundigenbericht uit te brengen is naar mijn mening 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. De rechter beslist zelf over de (bewijs)waardering van het deskundigenbericht en is aan de inhoud ervan niet gebonden. De deskundige is geen verlengde arm van de rechter, maar wordt wel te hulp geroepen door de rechter in diens uitoefening van de publiekrechtelijke taak die overheidsrechtspraak is, omdat de deskundige als burger deel uitmaakt van de samenleving en daarin aan het maatschappelijk verkeer deelneemt op het terrein van zijn deskundigheid.<sup>28</sup>

De opvatting dat het primair een vorm van publieke dienstverlening is om als deskundige ten behoeve van de rechtspraak op te treden, vindt ook haar weerklink in de maatschappij. In contacten met accountants die als deskundige door rechters plegen te wor-

den benoemd,<sup>29</sup> is mij gebleken dat zij nogal eens menen 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 menen 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. 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 door aanvaarding van de benoeming tussen rechter en deskundige een verhouding van publiekrechtelijke aard ontstaat.

#### Toch een vertaling naar het materiële privaatrecht?

Met de typering van de verhouding tussen rechter en deskundige als een verhouding van publiekrechtelijke aard is een duidelijk ijkpunt gegeven van waaruit antwoorden kunnen worden gezocht op in de praktijk rijzende rechtsvragen, zoals de vraag of de deskundige jegens partijen zijn aansprakelijkheid op voorhand kan beperken, de vraag wie beslist over de inschakeling van hulppersonen door de deskundige, en dergelijke. Wie desondanks behoefte heeft aan een vertaalslag van de rechtsverhouding tussen rechter en deskundige naar het materiële privaatrecht, kan de aanvaarding van de benoeming door de deskundige beschouwen als de voldoening aan een algemene rechtsplicht. Schending van een algemene rechtsplicht doet, anders dan een verbintenis, niet automatisch een rechtsgevolg intreden, maar eerst indien daardoor schade ontstaat. Hartkamp geeft het voorbeeld van een automobilist die links rijdt in plaats van rechts. Weet de tegenligger handig uit te wijken en ontstaat 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, treedt art. 6:162 BW in werking.<sup>30</sup> Handelen in strijd met de verplichting tot het uitbrengen van het deskundigenbericht heeft in de verhouding tussen de rechter en de deskundige op zichzelf geen civielrechtelijke gevolgen. Pas indien daardoor schade ontstaat, kan op de deskundige een verbintenis tot schadevergoeding komen te rusten.

Ook de wetgever lijkt in het verleden te zijn uitgegaan van het bestaan van een algemene rechtsplicht van de deskundige. In het burgerlijk procesrecht bleek tot 1 april 1988 uit de wet dat de deskundige na aanvaarding van de benoeming op straffe van een sanctie verplicht was zijn taak te volbrengen.<sup>31</sup> In het onteigeningsrecht is zelfs betoogd dat de deskundige aanvaarding van de

27. Zie Snijders-Ynzonides-Meijer, nr. 60; Hugenholtz-Heemskerk, nr. 96.

28. Vgl. Abma (noot 12), p. 32-33. In gelijke zin reeds Van Boneval Faure (noot 12), p. 88.

29. In het kader van het in noot 1 genoemde onderzoek.

30. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 10.

31. Tot 1 april 1988 lijfswang (art. 233 (oud) Rv) en vergoeding van kosten, schaden en interessen als daartoe gronden waren (ar. 229 lid 2 (oud) Rv).

benoeming niet mocht weigeren.<sup>32</sup> De wettelijke omschrijving van de verplichting van de deskundige is sinds 1 april 1988 dat de deskundige die de benoeming heeft aanvaard, verplicht is zijn taak onpartijdig en naar beste weten te vervullen (thans art. 198 Rv). De beperking van de omschrijving van de verplichting had niet te maken met een andere opvatting van de wetgever over het rechtskarakter van de verplichting van de deskundige jegens de rechter. De Minister van Justitie meende dat de bestaande regel niets toevoegde, omdat het weinig zinvol is te trachten een weigerachtige deskundige door middel van een sanctie te bewegen tot inlevering van zijn deskundigenbericht. Daarom kon volgens de minister worden volstaan met een geschreven bepaling die slechts de verplichting van de deskundige vermeldt. De actie van een partij die schade lijdt als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling door een deskundige, behoeft op deze plaats in de wet geen uitdrukkelijke vermelding meer. Vermelding van de verplichting van de deskundige achtte de wetgever nog wel noodzakelijk om tot uitdrukking te brengen dat de partij die 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.<sup>33</sup> Dit kan een aanwijzing zijn dat de wetgever de verplichting van de deskundige beschouwde als een algemene rechtsplicht, uit schending waarvan een verplichting tot schadevergoeding kan ontstaan.

Het voorgaande wordt niet anders doordat 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 bestuursprocesrecht wordt heden ten dage de noodzaak gevoeld de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid of 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 medewerkingsverplichting van de deskundige 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, zoals wel geregeld is voor de weigerachtige getuige. Met het oog op de weigerachtige getuige heeft de wetgever immers de instrumenten van het bevel medebrenging en de gijzeling aangereikt voor het geval het noodzakelijk wordt geacht te trachten de getuige tot het afleggen van een verklaring te bewegen.

*De betekenis van de publiekrechtelijke aard van de verhouding tussen rechter en deskundige voor de verhouding tussen deskundige en partijen*

De deskundige is ook jegens partijen gehouden na aanvaarding van zijn benoeming zijn taak onpartijdig en naar beste weten te vervullen. De gronden hiervan zijn dezelfde als in de verhouding tussen de deskundige en de rechter. Partijen hebben er recht op dat de deskundige na aanvaarding van zijn benoeming de rechter voorlichting geeft die tot beslissing van het geschil kan leiden of een bewijsmiddel verschafft aan de partij op wie de bewijslast rust. Ook in de verhouding tussen de deskundige en partijen kan een verbintenis uit de wet ontstaan indien de deskundige onrechtmatig handelt door de wijze waarop hij zijn taak vervult en een procespartij als gevolg daarvan schade lijdt.

Daarnaast ontstaan verbintenissen uit de wet in de verhouding

tussen de procespartijen en de deskundige die de benoeming als gerechtelijk deskundige aanvaardt. Het betreft verbintenissen die voortvloeien uit de wettelijke bepalingen omtrent het deskundigenbericht en het voorlopig deskundigenbericht. Hartkamp noemt rechterlijke uitspraken als voorbeeld van de talrijke rechtsfeiten waaraan de wet het ontstaan van een verbintenis verbindt, zoals de rechterlijke uitspraak tot betaling van proceskosten en de rechterlijke uitspraak tot toekenning van een schadeloosstelling, hetzij krachtens specifieke wettelijke bepaling, hetzij als 'voorwaarde' die door de rechter in het algemeen aan een uitspraak mag worden verbonden.<sup>34</sup> De schadeloosstelling van de deskundige wordt krachtens art. 199 lid 2 Rv bij rechterlijke uitspraak in executoriale vorm toegekend aan de deskundige ten laste van (één van) partijen en doet daarmee een verbintenis uit de wet ontstaan. Deze verbintenis schept een betalingsverplichting van een partij waarvan de deskundige nakoming kan verlangen.

**Oplossingen voor praktijkproblemen moeten worden gevonden uitgaande van de publiekrechtelijke aard van de verhouding tussen rechter en deskundige**

*Het juridische kader is het burgerlijk procesrecht*

De problemen die zoal in de praktijk kunnen rijzen rond het deskundigenbericht en waarvoor Klaassen in haar artikel naar mijn mening terecht aandacht vraagt, worden natuurlijk niet automatisch opgelost met de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen de rechter en de deskundige als één van publiekrechtelijke aard. Aansluiting bij de procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter en de daarbij behorende regels van burgerlijk procesrecht biedt echter wel een begin van duidelijkheid. De burgerlijke rechter is aan het toetsingskader van het procesrecht gewend en werkt er dagelijks mee. Hij moet in staat worden geacht oplossingen voor praktijkproblemen te vinden aan de hand van het procesrechtelijke toetsingskader dat hem in art. 194-199 en 202-207 Rv wordt geboden. Partijen, althans hun raadslieden, kunnen anticiperen op de eventuele gevolgen van de toepassing ervan in een geschil, omdat ook zij gewend zijn ermee te werken.

Aan een recente uitspraak van de Hoge Raad over het inzagen blokkeringsrecht<sup>35</sup> is te zien dat de wettelijke bepalingen over het deskundigenbericht een duidelijk handvat kunnen bieden bij de oplossing van praktijkproblemen. Hierin overwoog de Hoge Raad dat de partij die zich beroept op het blokkeringsrecht van art. 7:464 lid 2 aanhef en onder b BW, weigert mee te werken aan de totstandkoming van het deskundigenbericht in de zin van art. 198 lid 3 Rv en dat de rechter daaraan de gevolgen kan verbinden die hem geraden voorkomen. Dat biedt in zoverre duidelijkheid, dat blokkering voor een partij geen instrument kan zijn om met de deskundige te onderhandelen over de inhoud van het deskundi-

32. J.A.M. van den Brand, A.Ph. van Gelder, H.J.M. van Mierlo e.a. (red.), *Onteigening, eigendomsbeperking en kostenverhaal*, losbladig commentaar, Deventer, Bijz. 1. B.V., par. 7, p. 26.

33. Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht (MvA, TK (1981)), p. 334-335.

34. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 51-52.

35. HR 26 maart 2004, LJN-nr. AO1330, RvdW 2004, 54; VR 2004, 105.

genbericht. Deze beslissing plaatst, nadat blokkering heeft plaatsgevonden, de deskundige immers direct buiten de verdere communicatie tussen de rechter en partijen over de gevolgen van de blokkering. Aan de rechter wordt de noodzakelijke ruimte gelaten procesrechtelijke bevoegdheden in zijn verhouding tot zowel de deskundige (bijv. de beslissing over de kosten) als partijen (in het vervolg van de procedure) uit te oefenen. Na de weigering moet de rechter zich, gehoord partijen, beraden over de gevolgen van de stap van de blokkerende partij.

#### *Exoneratie door de deskundige*

Een ander voorbeeld biedt de vraag of de deskundige zijn aansprakelijkheid jegens partijen op voorhand kan beperken. Deze vraag kan positief worden beantwoord indien tot uitgangspunt wordt genomen dat de verhouding tussen rechter en deskundige van publiekrechtelijke aard is. De wens van de deskundige om zich te exonereren kan immers zo worden geduid, dat hij aan de aanvaarding van zijn benoeming de voorwaarde verbindt dat partijen aan de deskundige zullen verklaren dat zij op voorhand afstand doen van (een deel van) hun recht de deskundige te zijner tijd aansprakelijk te stellen uit onrechtmatige daad. Meestal gaat het in gevallen als deze om in beginsel rechtsgeldige voorwaarden die de deskundige normaliter in contractuele zin met zijn cliënten overeenkomt wanneer hij rechtstreeks in hun opdracht werkzaamheden verricht. Dat is op zichzelf niet bezwaarlijk. Een steekhoudende reden waarom de deskundige die door de rechter wordt benoemd onder andere voorwaarden zou moeten werken dan waarop hij gebruikelijk werkt, laat zich vanuit de publiekrechtelijke rechtsverhouding tussen rechter en deskundige niet eenvoudig bedenken. Integendeel, vanuit de procesrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechter verdient het op zichzelf aanbeveling dat de rechter, geconfronteerd met een dergelijke wens van de deskundige, met partijen en de deskundige overleg pleegt over de weg waarlangs deze kwestie kan worden geregeld op een wijze die zich met de goede procesorde verdraagt en die een beslissing in de procedure naderbij brengt.<sup>36</sup>

#### **Samenvatting**

De rechtsverhouding tussen de rechter enerzijds en de deskundige die de benoeming heeft aanvaard anderzijds, is van publiekrechtelijke aard. De deskundige die de gerechtelijke benoeming heeft aanvaard, geeft in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf mede uitvoering aan zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid om als burger zijn bijzondere kennis of kunde aan te wenden ten behoeve van de rechtspraak. De procesrechtelijke bevoegdheid van de burgerlijke rechter tot benoeming van een deskundige houdt niet in dat de rechter bevoegd is middellijk of onmiddellijk een privaatrechtelijke overeenkomst met de deskundige te sluiten: het staat de rechter niet vrij om zich contractueel jegens enige procesdeelnemer te binden. Benadering van de rechtsverhouding tussen rechter, deskundige en partijen vanuit de procesrechtelijke bevoegdheid van de rechter tot benoeming van deskundigen biedt de rechter en (de advocaten van) partijen in het procesrechtelijke toetsingskader van art. 194-199 en 202-207 Rv voldoende houvast bij het zoeken naar oplossingen voor de rechtsvragen die rijzen rondom het deskundigenbericht. Zo biedt de regel dat de deskundige de benoeming moet aanvaarden, de deskundige gelegenheid

om de benoeming slechts te aanvaarden onder de voorwaarde dat partijen afstand doen van (een deel van) het recht de deskundige te zijner tijd aansprakelijk te houden voor hun eventuele schade als gevolg van eventuele fouten in de totstandkoming van het deskundigenbericht. Wie het meerdere mag, mag ook het mindere.

*Mevrouw mr. G. de Groot,  
rechter in de Rechtbank Amsterdam*

36. Het voert te ver hier uitvoeriger op deze kwestie in te gaan. Zie hierover uitgebreider G. de Groot, Deskundigheid op voorwaarden, *Rechtstreeks* 2004, nr. 3.