

De aansprakelijkheid van (onafhankelijk) deskundigen in civiele en bestuursrechtelijke procedures

O&A 2018/3

In dit vijfde deel van de serie artikelen² over deskundigenadvisering (in gerechtelijke procedures) wordt op verzoek van de redactie ingezoomd op de aansprakelijkheid van deskundigen.

1. Inleiding

Zowel in het strafrecht als in het civiele en bestuursrecht is de rechter vaak aangewezen op de bijstand van externe deskundigen bij de beoordeling van geschilpunten die buiten het terrein van zijn expertise liggen. In het bestuursrecht geldt dit ook voor bestuursorganen bij de voorbereiding van besluiten. Deze afhankelijkheid legt een grote verantwoordelijkheid bij de deskundigen: van hen wordt verwacht – en mag verwacht worden – dat zij hun rol als deskundige waarmaken en dat hun adviezen voldoen aan de eisen die daaraan redelijkerwijs zijn te stellen. In dit artikel zal nader ingegaan worden op de taak en rol van de (onafhankelijke) deskundigen in gerechtelijke procedures en bij de voorbereiding van overheidsbesluiten, en de eisen die in dat verband aan de deskundige en zijn³ advisering gesteld kunnen worden. Nagegaan zal worden of en wanneer een deskundige civielrechtelijk en/of tuchtrechtelijk aansprakelijk kan zijn indien zijn advisering niet aan deze eisen voldoet. In de praktijk wordt overigens een deskundige zelden aansprakelijk gesteld. De jurisprudentie hierover is navenant schaars. In dit artikel zal tevens nagegaan worden of dit komt door de hoge kwaliteit van het optreden van deskundigen of toch (ook) andere oorzaken heeft ...

2. Soorten deskundigen

Binnen het rechtsbedrijf kunnen we deskundigen in verschillende hoedanigheden tegenkomen: als gerechtelijk deskundige, als deskundige in opdracht van een bestuursorgaan en als partijdeskundige. Elk van deze 'soort' deskundigen heeft een eigen taak en rol; en voor elk van deze soort deskundigen gelden daarmee ook deels andere eisen waarvan zij zelf en hun advisering moeten voldoen.

2.1 Gerechtelijk deskundigen

Zowel in het strafrecht als in het civiele en bestuursrecht kan⁴ de rechter de bijstand inroepen van een externe deskundige om hem te adviseren over een of meer geschilpunten in een procedure (bijvoorbeeld in het civiele recht over de oorzaak van opgetreden bouwschade of de omvang van geleden schade in de vorm van winstderving of waardevermindering van een onroerende zaak, in het bestuursrecht over de toepassing van wettelijke geluidsnormen, de mate van arbeidsongeschiktheid of de omvang van geleden planschade, of in het strafrecht over de persoonlijkheid van de verdachte of de beoordeling van gevonden DNA-materiaal). Voor een optreden als gerechtelijk deskundige is het wezenlijk dat de deskundige niet alleen buiten twijfel deskundig is op het gebied waarop zijn deskundigheid wordt ingeroepen, maar ook dat hij onafhankelijk en onpartijdig is ten opzichte van de bij de procedure betrokken partijen. Van Ettehoven heeft in een eerder artikel⁵ in deze serie er al op gewezen dat het zowel voor een rechter als voor de bij een procedure betrokken partijen vaak moeilijk is om de deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een deskundige effectief te beoordelen: van een centrale, eenduidige, openbare registratie van (te benoemen) gerechtelijk deskundigen is nog altijd geen sprake, terwijl een registratie in een van de vele nu nog bestaande registers op dit moment nog maar een beperkte waarborg biedt voor de kennis, ervaring en onafhankelijkheid van een geregistreerde deskundige. In het civiele en bestuursrecht putten gerechtelijke instanties en partijen voor de te benoemen deskundigen uit hun eigen (interne) deskundigenindex van de Rechtspraak (Dix), waarbij in toenemende mate als voorwaarde wordt gesteld dat de deskundige ook opgenomen is in het landelijk regis-

1 Mr. I.P.A. (Ivo) van Heijst is advocaat bij 't Regthuys te Rozendaal (Gld.), gespecialiseerd in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Behalve als advocaat treedt hij regelmatig op als gerechtelijk deskundige in onteigenings-, vastgoed- en aansprakelijkheidsprocedures, als arbiter of bindend adviseur en als voorzitter van schadecommissies in planschade- en nadeelcompensatiezaken.

2 Eerdere delen in deze serie waren: B.P.M. van Ravels, 'Deskundigenadvisering bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', O&A 2015/88; J.A.M.A. Sluysmans, 'Verleden en toekomst van de deskundige in het onteigeningsrecht', O&A 2015/89; B.J. van Ettehoven, 'De betekenis van de uitspraken Korosec tegen Slovenië voor het Nederlands bestuursrecht', O&A 2016/29 en B.J. van Ettehoven, 'De deskundige deskundige: over registers en de disclosure statement', O&A 2016/53. Zie daarnaast over deskundigenadvisering in het algemeen B. van den Berg, *Deskundigheid in het geding*, diss. RUG 1999, en in alleen civiele procedures: G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, diss. 2008 en G. de Groot, *Civiel deskundigenbewijs*, Kluwer 2013; *De deskundige in het recht*, red. o.l.v. B. Kraus, Uitgeverij Paris 2011; *Deskundig in de rechtspraak*, red. o.l.v. J. Honkoop, Uitgeverij Delex 2016.

3 Ook deskundigen in het rechtsbedrijf zijn nog relatief vaak 'oudere mannen' (inclusief schrijver dezes ...), maar overal waar in dit artikel 'hij', 'zijn' of 'hem' staat mag uiteraard ook 'zij', 'haar' of 'haar' worden gelezen!

4 En in sommige procedures móet de rechter zelfs externe deskundigenbijstand inroepen: bijvoorbeeld in het kader van een onteigeningsprocedure moet de rechter deskundigen benoemen om hem te adviseren over de hoogte van de schadeloosstelling die aan de onteigende partij en eventuele derde-belanghebbenden toekomt (vgl. artikel 27 Ow). Zie hierover meer uitgebreid: J.A.M.A. Sluysmans, 'Verleden en toekomst van de deskundige in het onteigeningsrecht', O&A 2015/89.

5 B.J. van Ettehoven, 'De deskundige deskundige: over registers en de disclosure statement', O&A 2016/53. Zie ook Chr.H. van Dijk, 'Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is?', *NTBR*, 2007/428, en R. Giard, 'Dwalende deskundigen; over de persoon achter het deskundigenonderzoek', *Expertise en Recht* 2014-3, p. 88 e.v.

ter voor gerechtelijk deskundigen (LRGD). In het bestuursrechtelijke omgevingsrecht wordt nagenoeg uitsluitend de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB) als gerechtelijk deskundige benoemd. In het strafrecht is uitdrukkelijk vastgelegd dat in beginsel alleen personen als gerechtelijk deskundige benoemd worden die opgenomen zijn in het landelijk register van deskundigen in strafzaken (i.e. het Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen, NRGD).⁶ In de praktijk wordt in toenemende mate van deskundigen verlangd dat zij door middel van het afgeven van een zogenaamd 'disclosure statement' ook rechtstreeks aan partijen en de benoemende instantie openheid van zaken geven over zowel hun vaktechnische ervaring en deskundigheid als hun positie ten opzichte van partijen en in relevante organisaties.

In de literatuur⁷ is veel gediscussieerd over de aard van de rechtsverhouding tussen de gerechtelijk deskundige en de gerechtelijke instantie die hem benoemt. Procesrechtelijk is het de rechter/de gerechtelijke instantie die de deskundige benoemt en 'opdraagt' om hem te adviseren over bepaalde geschilpunten. De *communis opinio* lijkt te zijn dat er tussen gerechtelijk deskundige en de gerechtelijke instantie geen sprake is van een contractuele (opdracht)relatie in civielrechtelijke zin, maar van een publiekrechtelijke rechtsverhouding, die nader geregeld is in de toepasselijke wettelijke bepalingen over de benoeming, taak en werkzaamheden van de deskundige.⁸

De eisen waaraan de advisering van een gerechtelijk deskundige moet voldoen worden daarmee vooral bepaald door de inhoud van die wettelijke bepalingen, de opdracht van de gerechtelijke instantie en de algemene zorgplicht die voortvloeit uit de aard van de opdracht (deskundige en onafhankelijke advisering aan de rechter). In de loop der tijd is aan deze zorgplicht een nadere invulling gegeven door zowel de gerechtelijke instanties als (de organisaties achter) de verschillende registers van gerechtelijke deskundigen. De gerechtelijke instanties hebben hiervoor algemene gedragscodes opgesteld⁹ met specifieke aanvullingen in onder meer de Leidraad deskundigen in civiele zaken en de Leidraad medische deskundigen in bestuursrechtelijke zaken. Daarnaast kennen de verschillende registers eigen regle-

menten met onder meer eisen ten aanzien van de opleiding en kwaliteit van de geregistreerde deskundigen.¹⁰

2.2 Deskundigen in opdracht van een bestuursorgaan

In het bestuursrecht schakelen bestuursorganen veelvuldig externe deskundigen in om hen te adviseren over een te nemen besluit. Deze externe deskundigen kunnen optreden als partijadviseur van het bestuursorgaan (bijvoorbeeld een huisadvocaat of vaste externe taxateur van een gemeente) of als onafhankelijke deskundige. Het bestuursrecht kent voor een bestuursorgaan geen algemene verplichting om bij de voorbereiding van een besluit een externe deskundige in te schakelen. Artikel 3.2 Awb bepaalt 'slechts' dat een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Algemeen wordt echter aangenomen dat indien een bestuursorgaan niet zelf beschikt over de nodige expertise om een zorgvuldig besluit te nemen, het verplicht is om daarvoor een externe deskundige in te schakelen.¹¹ Uit het verbod van vooringenomenheid bij het nemen van een besluit (artikel 2.4 Awb) en de voorgeschreven afweging van belangen (artikel 3.4 Awb), waaronder het belang van de aanvrager en eventueel andere belanghebbenden, wordt afgeleid dat zo'n externe deskundige in beginsel onafhankelijk en onpartijdig moet zijn ten opzichte van zowel het bestuursorgaan als de overige betrokkenen bij het besluit. In met name medische zaken (planschade en nadeelcompensatie zaken) is de inschakeling van een of meer externe onafhankelijke deskundigen in regelgeving en jurisprudentie uitdrukkelijk voorgeschreven.¹²

Indien een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit een externe deskundige inschakelt verricht deze externe deskundige zijn advieswerkzaamheden in opdracht van het bestuursorgaan en wordt hij in beginsel ook door het bestuursorgaan betaald. Algemeen wordt aanvaard dat dit niet betekent dat de deskundige niet als onafhankelijk en onpartijdig kan worden aangemerkt.¹³ Daarvoor zijn concrete, aanvullende omstandigheden nodig, bijvoorbeeld een eerdere (commerciële) betrokkenheid bij het bestuursorgaan of het onderwerp van het te nemen besluit of een eenzijdige beïnvloeding van de deskundige door het bestuursorgaan bij de voorbereiding van diens advies.

Voor een adviesopdracht aan een externe onafhankelijke deskundige worden in het bestuursrecht diverse benamingen gehanteerd: adviesopdracht, adviesverzoek, benoeming

6 Zie voor een meer uitvoerige beschrijving van al deze registers: B.J. van Ettekooven, 'De deskundige deskundige: over registers en de disclosure statement', *O&A* 2016/53.

7 Zie onder meer C.J.M. Klaassen, 'De rechter als contractant?', *TCR* 2002/4, p. 93-102; G. de Groot, 'De rechter contracteert niet', *TCR* 2004/4, p. 79-86; G. de Groot, 'Het deskundigenadvies in de civiele procedure', Kluwer, serie *Recht & Praktijk* nr. 165, 2008; G. de Groot, *Civiel deskundigenbewijs*, SDU 2012.

8 Zie onder meer in het civiele recht artikel 194 Rv. en specifiek voor ont-eigeningsprocedures artikelen 27-37 Ow, in het bestuursrecht artikelen 8.34, 8.47 en 8.61 Awb en in het strafrecht artikel 54i Sv en de Wet deskundige in strafzaken.

9 Respectievelijk de Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken (versie 3.7, januari 2012) en de Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in stafzaken (NRGD, versie 2.0, december 2015).

10 Vergelijk onder meer Reglement Toetsing NRGD (d.d. 22 juli 2014) en Reglement van Toelating LRGD (d.d. 1 maart 2017).

11 M. Schreuder-Vlasblom, 'Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure', Kluwer, 5^e druk 2013, p. 677; B.J. van Ettekooven, 'De betekenis van de uitspraak Korosec tegen Slovenië voor het Nederlands bestuursrecht', *O&A* 2016/29; G. de Groot, 'Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het Korosec-arrest', *NJB* 2017/473.

12 Vgl. voor bijvoorbeeld planschade: artikel 6.1.3.2 Besluit ruimtelijke ordening en ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:51 en voor medische zaken: CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, *JB* 2017/163, m.nt. A.M.M.M. Bots.

13 Vgl. onder meer ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:164, Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305, *AB* 2017/170, m.nt. L.M. Koenraad en P. Lemmens, 'De deskundige, het bestuur, de rechter en het recht van partijen op een eerlijk proces', *NJB* 2017/472.

als deskundige etc. Aangenomen wordt dat ook hierbij geen sprake van een overeenkomst van opdracht in civielrechtelijke zin tussen het bestuursorgaan en de deskundige, maar eveneens van een publiekrechtelijke rechtsverhouding. Deze rechtsverhouding vloeit voort uit de uitoefening van de bestuursrechtelijke bevoegdheid van een bestuursorgaan om bij de voorbereiding van een besluit een externe deskundige in te schakelen.¹⁴ De eisen waaraan de advisering van de externe (onafhankelijke) deskundige moet voldoen, worden daarmee vooral bepaald door de inhoud van de betreffende opdracht van het bestuursorgaan, de toepasselijke bestuursrechtelijke regelgeving over de benoeming, taak en werkzaamheden van de deskundige en de algemene zorgplicht die voortvloeit uit de specifieke aard van de opdracht (onafhankelijke advisering aan een bestuursorgaan). Ook deze zorgplicht is in de loop der tijd voor sommige deskundigen nader ingevuld.¹⁵

2.3 Partijdeskundigen

Een partijdeskundige treedt per definitie op in opdracht van een van de betrokken procespartijen om het belang van die partij te behartigen en is daarmee noch 'onpartijdig' noch 'onafhankelijk' ten opzichte van zijn opdrachtgever.¹⁶ Er is dan sprake van een gewone civielrechtelijke rechtsverhouding. Wanneer een advies (al dan niet in de vorm van een 'deskundigenrapport') van een partijdeskundige in het geding wordt gebracht zal dit advies in overeenstemming moeten zijn met de opdracht, en overigens moeten voldoen aan de daaraan in het kader van die opdracht te stellen eisen van een redelijke en bekwame beroepsuitoefening. Deze eisen zijn voor de meeste beroepen nader uitgewerkt in reglementen of richtlijnen.¹⁷

3. Aansprakelijkheid deskundigen

Ook de meest deskundige deskundigen zijn feilbaar. En de gevolgen van een onjuist deskundigenadvies kunnen groot zijn, nu rechters en bestuursorganen voor hun oordeel vaak sterk (moeten) leunen op het advies van de deskundige.¹⁸

Een rechter beschreef deze afhankelijkheid eerder al eens beeldend:

“Deskundigen zijn de planken over het moeras van onwetendheid van de rechter”.¹⁹

De kwaliteit van de plank is daarmee vaak bepalend voor de kwaliteit van het rechterlijke oordeel.²⁰ Maar kan een onjuist advies ook tot aansprakelijkheid van de deskundige leiden, en zo ja in welke gevallen? Alvorens deze vragen te bespreken, zal kort geschetst worden wanneer een aantal andere spelers in het rechtsbedrijf aansprakelijk gesteld kunnen worden voor onjuiste 'producten', zoals de rechter, de arbiter, de bindend adviseur en de curator in faillissementen. De aansprakelijkheid van deze spelers zal vervolgens eerst afgezet worden tegen de 'gewone' contractuele aansprakelijkheid van een partijdeskundige/partijadviseur, waarna de aansprakelijkheid van de gerechtelijke en andere onafhankelijke deskundigen aan de orde komt.

3.1 Aansprakelijkheid van rechters, arbiters, bindend adviseurs en curatoren

Rechters kunnen nimmer in privé aansprakelijk worden gesteld voor onjuiste gerechtelijke beslissingen.²¹ De Staat kan enkel aansprakelijk worden gesteld voor de onjuistheid van een gerechtelijke beslissing indien bij de voorbereiding daarvan zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken én tegen de betreffende beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan.²² Uit de jurisprudentie zijn geen gevallen bekend waarbij de Staat aldus voor de onjuistheid van een gerechtelijke beslissing aansprakelijk is gehouden. Wel wordt de Staat met enige regelmaat aansprakelijk gehouden voor het overschrijden van een redelijke termijn waarbinnen een gerechtelijke procedure behoort te worden gevoerd.²³ Arbiters kunnen wel persoonlijk aansprakelijk zijn voor de nadelige gevolgen van een onjuiste beslissing, maar alleen na vernietiging van de betreffende beslissing en alleen als zij met betrekking tot die beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling

14 G. de Groot, 'Aansprakelijkheid van deskundigen: regulier beroepsrisico of chilling factor?', *NTBR* 2011/58.

15 Zie onder meer de Leidraad medisch deskundige in bestuursrechtelijke zaken (LOVB, augustus 2008).

16 Zie over de positie en rapportage van partijdeskundigen in gerechtelijke procedures onder meer: R. Giard, 'Rechters en partijdeskundigen: over de (on)deskundigheid en (on)partijdigheid van experts', *Expertise en Recht* 2017-4.

17 Bijvoorbeeld voor taxateurs van onroerende zaken in de Algemene gedrags- en beroepsregels van het Nederlands Register Vastgoed Taxateurs (NRVT) inclusief de Toelichting op de regelgeving Wonen, BV en LAV d.d. juli 2017, voor accountants in onder meer de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (NBA, 2013) en de Verordening inzake de onafhankelijkheid van accountants bij assurance-opdrachten (NBA, 17 juni 2016).

18 Een wel heel schrijnend voorbeeld van de feilbaarheid van deskundigen is de strafzaak tegen Lucia de B., die in 2006 in hoger beroep tot levenslang werd veroordeeld voor zeven moorden en drie pogingen tot moord op ziekenhuispatiënten. In 2007 oordeelde de Commissie evaluatie afgesloten strafzaken dat met name de conclusies van een geraadpleegde toxicologische en statistiekdeskundige, waarop de veroordeling mede was gebaseerd, geen stand konden houden. Na heropening van de zaak is Lucia de B. op 14 oktober 2010 vrijgesproken (en na 6,5 jaar onterechte detentie vrijgelaten).

19 Citaat van mr. M. Vlasblom, aangehaald in paragraaf 1 van het hierna in noot 20 te noemen artikel van B.J. van Etekoven.

20 Vgl. B.J. van Etekoven, 'De deskundige deskundige: over registers en de disclosure statement', *O&A* 2016/53, p. 1. Dit is mede het gevolg van het feit dat een rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder hoeft te motiveren dan door aan te geven dat het oordeel en de conclusies van de deskundige hem overtuigend voorkomen. Vergelijk HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5172.

21 Vgl. R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, afl. 2 en I. Giesen 'Greenworld en QNOW: staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *O&A* 2017/31.

22 HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137 en HR 17 december 2004, *NJ* 2005/68. Zie over de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak wegens schending van het Europees recht: Rechtbank Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, *O&A* 2016/3.

23 Vgl. onder meer HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/535, *ABRvS* 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188 en HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:147.

meebrengt. Daarbij maakt het geen verschil of de beslissing is vernietigd wegens processuele fouten of op inhoudelijke gronden.²⁴

Bindend adviseurs werken op basis van een 'gewone' overeenkomst van opdracht met de beide betrokken partijen tussen wie een geschil beslecht moet worden (onzuiver bindend advies) of tussen wie een reeds bestaande rechtsverhouding moet worden aangevuld of gewijzigd (zuiver bindend advies). Bij een opdracht voor een onzuiver bindend advies wordt in de literatuur voor de aansprakelijkheid van de bindend adviseur(s) aangesloten bij de maatstaf voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van arbiters: in beginsel alleen aansprakelijkheid bij opzettelijk of bewust roekeloos handelen of bij een grove miskennis van de taak. In geval van een opdracht tot het geven van een zuiver bindend advies is de maatstaf voor de beoordeling van de bindend adviseur minder strikt, maar ook dan is een bindend adviseur alleen aansprakelijk voor fouten in het bindend advies indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de bindend adviseurs te verbinden. De Hoge Raad²⁵ acht deze beperkte aansprakelijkheid van de bindend adviseur gerechtvaardigd (en geboden) vanwege de bijzondere aard van de opdracht van een bindend adviseur en het belang dat een bindend adviseur in vrijheid en onbevangenheid moet kunnen oordelen, en overigens om het voor partijen niet aantrekkelijker te maken om de bindend adviseur aan te spreken in plaats van vernietiging van het onjuiste bindend advies te bewerkstelligen.

Een curator wordt evenals een gerechtelijk deskundige benoemd door een gerechtelijke instantie en heeft als taak om een faillissement af te wikkelen met inachtneming van alle daarbij betrokken private én publieke/maatschappelijke belangen. De inhoud van deze taak is sterk gereguleerd in de Faillissementswet en in de Richtlijnen voor curatoren en bewindvoerders. Ten aanzien van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator heeft de Hoge Raad in het algemeen overwogen dat een faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak een ruime mate van vrijheid toekomt en het aan zijn inzicht wordt overgelaten op welke wijze hij het belang van de boedel het beste kan dienen. Tegen deze achtergrond is een curator alleen aansprakelijk indien "een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet tot het desbetreffende handelen zou hebben kunnen komen en de curator ter zake van dat handelen ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt".²⁶

3.2 Aansprakelijkheid van partijadviseurs

Partijadviseurs kunnen voor de gevolgen van een onjuist advies aansprakelijk worden gesteld door hun opdrachtgever op grond van wanprestatie en/of onrechtmatige daad. Als algemene maatstaf geldt daarvoor de 'gewone' beroepsaansprakelijkheidsnorm: heeft de adviseur bij zijn advisering de zorgvuldigheid in acht genomen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mocht worden verwacht?²⁷

3.3 Aansprakelijkheid van gerechtelijke en andere onafhankelijke deskundigen

Welke maatstaf geldt nu voor de aansprakelijkheid van de gerechtelijk deskundige en van de onafhankelijke deskundige die een bestuursorgaan adviseert in het kader van de voorbereiding van een te nemen besluit: de strikte maatstaf voor arbiters en 'onzuiver' bindend adviseurs, de iets minder strikte maatstaf voor 'zuiver' bindend adviseurs of curatoren, de 'gewone' maatstaf voor partijadviseurs of iets daartussen? Voor gerechtelijke en andere 'onafhankelijke' deskundigen geldt evenzeer als voor bindend adviseurs dat zij vrij en onbevangen hun adviesopdracht moeten kunnen uitvoeren zonder de angst dat een voor een partij onwettig advies snel tot aansprakelijkstelling van de deskundige leidt. Nu juist deze omstandigheid door de Hoge Raad is aangevoerd als belangrijke reden om ook voor bindend adviseurs uit te gaan van een striktere maatstaf²⁸ dan de maatstaf voor 'gewone' beroepsaansprakelijkheid, zou het in de rede liggen om bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van gerechtelijke en 'andere' onafhankelijke deskundigen van een vergelijkbare (striktere) maatstaf uit te gaan. Ook voor deze deskundigen zou daarmee dan gelden dat zij alleen aansprakelijk zijn indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de deskundige te verbinden.

In de spaarzame (en oudere) jurisprudentie is echter meer aangesloten bij de maatstaf voor 'gewone' beroepsaansprakelijkheid. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van (medisch) deskundigen achtte het Gerechtshof Arnhem "beslissend of de deskundigen gehandeld hebben zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend medisch specialist ten aanzien van het vervullen van zijn taak als deskundige in het bijzonder, met betrekking tot het uitbrengen van een gerechtelijk deskundigenbericht en het daartoe uit te voeren onderzoek, verwacht mag worden".²⁹ In een zaak³⁰ waarin een door een gemeente benoemde planschadedes-

24 Vgl. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141, m.nt. J. Vranken.

25 HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727. Zie verder over de aansprakelijkheid van bindend adviseurs: P.E. Ernste, 'Bindend advies', diss. Kluwer 2012, p. 270-279.

26 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 en HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199.

27 Vergelijk onder meer HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 (advocaat), HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288 (notaris), HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:407 (accountant-belastingadviseur), R. Meijer, 'Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren', AAE 2016/0441.

28 HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727 en Rechtbank Midden-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBMNL:2013:CA3226, NJF 2013/314 r.o. 4.2.

29 HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR7387. In cassatie is de juistheid van deze maatstaf niet bestreden, waardoor de Hoge Raad er ook niet over heeft geoordeeld.

30 Hof Arnhem 22 november 2005, BR 2006/53 (SAOZ).

kundige door de gelaedeerde aansprakelijk was gesteld voor de schade als gevolg van een later door de Afdeling als onjuist beoordeeld advies, stelde de rechter voorop dat het enkele feit dat het advies uiteindelijk niet is gevolgd door de bestuursrechter nog niet betekent dat het advies en de handelwijze van de planschadedeskundige zonder meer onrechtmatig jegens de gelaedeerde was. Daar waren volgens de rechter bijkomende omstandigheden voor nodig, zoals in dat geval onvoldoende openheid van zaken over de werkelijke wijze van schadeberekening. De rechter wees in dit verband er nadrukkelijk op dat een deskundigenadvies dat bestemd is om te worden gebruikt voor een door een bestuursorgaan te nemen besluit inzicht dient te geven in de gedachtegang die tot het advies heeft geleid, zodanig 'dat de juistheid en zuiverheid van het advies en de daarin gehanteerde berekeningsmethodiek kunnen worden gecontroleerd door zowel de opdrachtgever (de gemeente) als ook door andere betrokkenen die daarbij een eigen belang hebben'. In de literatuur is bepleit om bij de beoordeling van de aansprakelijkheid niet zozeer aan te sluiten bij deze maatstaf voor aansprakelijkheid in contractuele opdrachtrelaties, en in plaats daartoe te toetsen of een deskundige heeft gehandeld in strijd met de wettelijke verplichtingen (ex artikel 198 lid 1 Rv) om zijn onderzoek onpartijdig en 'naar beste weten' uit te voeren.³¹ Materieel lijkt het verschil tussen deze beide maatstaven niet groot: in beide gevallen betreft het een invulling van de zorgplicht van een deskundige bij de uitoefening van zijn taak.

Wanneer eenmaal vaststaat dat een deskundige verwijtbaar in strijd met zijn zorgplicht jegens partijen heeft gehandeld, rijst de vraag voor welke schade de deskundige aansprakelijk kan worden gehouden. Waaruit bestaat deze schade en bestaat er tussen deze schade en het onjuiste/onzorgvuldig tot stand gekomen deskundigenadvies wel een voldoende causaal verband?

Wanneer het onjuist handelen van de deskundige of diens onjuiste advies nog tijdens de procedure door de deskundige zelf of door de rechter in zijn uitspraak hersteld is, zal er in het algemeen geen schade voor de bij die procedure betrokken partijen zijn. De omissie van de deskundige zal dan hooguit aan de orde komen bij de beoordeling van diens kosten (en mogelijk bij de beoordeling van eventuele extra kosten die de partijen, of een van hen, heeft moeten maken om de omissie hersteld te krijgen).

Wanneer de onjuistheid van het handelen van de deskundigen of diens advies pas na het onherroepelijk worden van de uitspraak in de procedure blijkt (en redelijkerwijs ook niet eerder kenbaar kon zijn voor partijen) zal de schade met name bestaan uit een verlies van de kans dat de uitspraak met een wél juist handelen of rapport gunstiger voor de betreffende benadeelde partij zou zijn geweest. Een dergelijke kansberekening pleegt de rechter te maken bij de beoordeling van de omvang van de schade in 'gewone' gevallen van beroepsaansprakelijkheid, bij voorbeeld bij het laten ver-

strijken van een hogerberoepstermijn door een advocaat: in een dergelijk geval schat de rechter de kans in dat het hoger beroep voor de benadeelde tot een gunstig(er) resultaat zou hebben geleid.³² In geval van een (mogelijk) foutief deskundigenadvies dat inmiddels al heeft geleid tot een onherroepelijke beoordeling van het onderliggende geschil pleegt de rechtspraak uiterst terughoudend te zijn met de beoordeling van de juistheid van het advies, en daarmee van de juistheid van het daarop gebaseerde rechterlijke beslissing: niet alleen komt dit al snel in strijd met het gesloten systeem van rechtsmiddelen tegen een rechterlijke beslissing, maar ook bestaat dan het risico van tegenstrijdige gerechtelijke uitspraken over hetzelfde geschil. Een uitzondering wordt dan ook enkel aanvaard indien sprake zou zijn van een oneerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6 EVRM.³³

4. Beperking/verzekering van aansprakelijkheid en verjaring rechtsovereenkomst

4.1 Beperking van aansprakelijkheid

Kan een gerechtelijke deskundige of een deskundige die is benoemd door een bestuursorgaan zijn aansprakelijkheid voor eventuele schade als gevolg van een onjuist handelen of advies beperken?

Voor alle deskundigen geldt dat zij een eventuele strafrechtelijke vervolging of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid nimmer kunnen uitsluiten of beperken. Voor medisch deskundigen (i.e. hulpverleners op grond van de Wet op de geneeskundige behandelovereenkomst) geldt dit op grond van artikel 7:463 BW ook voor hun civielrechtelijke aansprakelijkheid. Alle andere deskundigen kunnen in beginsel hun aansprakelijkheid beperken.³⁴

In de Leidraad voor deskundigen in civiele zaken is hieraan een aparte paragraaf (8.2) gewijd. In de praktijk wordt aan de (te benoemen) deskundige zelf overgelaten of hij zijn aansprakelijkheid wil beperken. Dit kan in beginsel op twee manieren: door de aansprakelijkheidsbeperking als voorwaarde voor een benoeming te stellen of door in het deskundigenrapport een exoneratieclausule op te nemen.³⁵ Eventueel kan de bemiddeling van de rechter worden ingeroepen om tot een voor alle partijen aanvaardbare formulering van de aansprakelijkheidsbeperking te komen. Een partij mag niet op onredelijke gronden zijn instemming met de benoeming van een deskundige weigeren; daaronder

31 Vgl. G. de Groot, 'Aansprakelijkheid van deskundigen: regulier beroepsrisico of chilling factor?', *NTBR* 2011/58.

32 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/63, HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 en HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:312.

33 HR 1 februari 1991, *NJ* 1991/413 en Gerechtshof Den Haag 8 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ1107.

34 Zie onder meer G. de Groot, 'Aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen', rapport Raad voor de Rechtspraak d.d. 28 januari 2005; R.M. Hermans, 'Geen aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen maar aansprakelijkheid van de Staat voor door deskundigen gemaakte fouten', *WPNR* 2005/6629, p. 579 e.v.

35 Vergelijk HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2044 en P.H. Kramer, 'De zorgplicht van beroepsbeoefenaren jegens derden en de invloed van gebruiksbedingen en exoneraties in rapportages', *MvV* 2017-11, p. 315 e.v.

valt ook het – zonder kenbaar belang – weigeren van iedere aansprakelijkheidsbeperking door een deskundige.³⁶

4.2 Verzekering van aansprakelijkheid

Bij de meeste beroepsbeoefenaren valt een optreden als gerechtelijke of anderszins onpartijdige deskundige ‘gewoon’ onder de dekking van zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Sommige verzekeraars verlangen dat apart melding wordt gedaan van een incidenteel of regelmatig optreden als (gerechtelijke) deskundige.

4.3 Verjaring van vordering tot schadevergoeding

Indien de deskundige een ondeugdelijk/onjuist advies uitbrengt kan dit gevolgen hebben voor de positie van partijen in de procedure. Indien één van de partijen daardoor schade dreigt te lijden, rijst de vraag wanneer de termijn gaat lopen die geldt voor de verjaring van een eventuele vordering tot schadevergoeding jegens de deskundige. Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een vordering tot schadevergoeding na vijf jaar nadat de benadeelde redelijkerwijs bekend was met de aansprakelijke persoon én de (mogelijkheid van) schade, en daarmee vanaf de dag na die waarop de benadeelde een rechtsvordering tot vergoeding van de schade had kunnen instellen. Volgens het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is dit vanaf het moment van het uitbrengen van het definitief rapport door de deskundige: vanaf dat moment ontstond de eventuele schade reeds. De daarop gevolgde beslissing(en) van de rechter waren vooral van belang voor het bepalen van de omvang van de eventuele schade.³⁷

5. Deskundigen en tuchtrecht

Onder omstandigheden kan een gerechtelijk deskundige (of andere onafhankelijke deskundige) ook tuchtrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor onjuist handelen of een onjuist advies. Dit geldt uiteraard alleen voor deskundigen die behoren tot een beroepsgroep waarvan de leden krachtens de wet aan tuchtrecht onderworpen zijn (waaronder advocaten, accountants, medici) of die zijn aangesloten bij een organisatie die voor haar leden/deelnemers zelf een vorm van tuchtrecht heeft ingesteld (bijvoorbeeld het LRGD of voor taxateurs het NRVT).

De meeste tuchtrechtelijke zaken over een optreden als gerechtelijk of anderszins onafhankelijk deskundige spelen in de medische sfeer. In de jurisprudentie van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg zijn vijf criteria ontwikkeld voor de beoordeling van het handelen van een arts als deskundige, te weten 1) wordt in het rapport op inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden de conclusie van het rapport steunt; 2) vinden de in het rapport uiteengezette gronden aantoonbaar voldoende steun in de feiten, omstandigheden en bevindingen vermeld in het rapport; 3) kunnen bedoelde gronden de daaruit ge-

trokken conclusie rechtvaardigen; 4) beperkt de rapportage zich tot de deskundigheid van de rapporteur; en 5) kon de methode van onderzoek teneinde tot beantwoording van de voorgelegde vraagstelling te komen tot het beoogde doel leiden, dan wel heeft de rapporteur daarbij de grenzen van redelijkheid en billijkheid overschreden.³⁸ Het Centraal Tuchtcollege pleegt daarbij scherp onderscheid te maken tussen hetgeen het tuchtrechtelijk toetst (te weten of de arts zijn taak als deskundige ‘naar behoren’ heeft verricht) en de beoordeling door de rechter (te weten of het advies van de deskundige op juiste wijze tot stand is gekomen, of de deskundigen binnen zijn opdracht is gebleven en of hij het oordeel van de deskundige overneemt).

Ook het optreden van accountants als gerechtelijk deskundigen is regelmatig onderwerp van een tuchtrechtelijke procedure. In zijn uitspraken stelt het hoogste tuchtcollege (het College van Beroep voor het bedrijfsleven) veelal voorop dat het niet de bedoeling van een tuchtrechtelijke procedure is om de inhoud of totstandkoming van een deskundigenbericht voor een civielrechtelijke procedure opnieuw en integraal te onderzoeken, maar dat de tuchtrechter ‘alleen’ beoordeelt of de accountant bij het opstellen van het deskundigenbericht in strijd met de geldende beroeps- en gedragsregels heeft gehandeld.³⁹

Er is geen jurisprudentie van de tuchtrechter bekend over het optreden van een advocaat (als gerechtelijk deskundige). Dit zal er ongetwijfeld mee samenhangen dat advocaten relatief weinig (in elk geval veel minder dan medici of accountants) als gerechtelijk deskundige optreden.

Voor taxateurs van onroerende zaken die lid zijn van de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM) geldt het tuchtrecht van deze organisatie. Dit tuchtrecht ziet ook op handelen van makelaars als gerechtelijk deskundige of als onafhankelijk deskundige in opdracht van een bestuursorgaan.⁴⁰ Sinds 1 januari 2016 dienen taxateurs van onroerende zaken zich te registreren in het Nederlands Register voor Vastgoedtaxateurs (NRVT). Ook deze organisatie kent een eigen tuchtrecht. Recent heeft het tuchtcollege van het NRVT een uitspraak gedaan over het optreden van een taxateur als lid van een schadecommissie, die als onafhankelijk deskundige een bestuursorgaan (Rijkswaterstaat) had geadviseerd over de waardevermindering van de woning van de klager. Volgens het tuchtcollege had de taxateur gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van objectiviteit en onafhankelijkheid door tevens zelf het taxatierapport op te stellen waarop de schadecommissie haar advies had gebaseerd.⁴¹ Dit oordeel heeft in de praktijk de nodige verbazing

36 Rechtbank Breda 16 juni 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AP3011 en Rechtbank Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15017.

37 Hof 's-Hertogenbosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5343.

38 Vgl. CTG Den Haag 25 juni 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:42.

39 Vgl. CBB 11 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:270.

40 Uitspraak Centrale Raad van Toezicht NVM d.d. 19 juni 2001; zie hierover r.o. 4.33 van het arrest van het Gerechtshof Arnhem d.d. 22 november 2005, BR 2006/53, m.nt. J.W. van Zundert over de aansprakelijkheid van de SAOZ voor een onjuist planschadeadvies en de door haar daarvoor ingeschakelde taxateur.

41 Tuchtcollege NRVT d.d. 10 mei 2017 (bron: www.nrvt.nl/tuchtrecht).

gewekt en is inmiddels onderwerp van nadere besluitvorming binnen het NRVt.

Ten slotte: het LRGD kent (als 'particuliere' stichting) een eigen tuchtrecht voor de bij haar geregistreerde gerechtelijk deskundigen. Haar tuchtcollege – Raad voor de Tuchtrechtspraak – toetst naar aanleiding van een klacht of het handelen van de gerechtelijk deskundigen in overeenstemming is geweest met de voor de betreffende deskundige toepasselijke gedragscode.

Volgens vaste jurisprudentie van de civiele rechter⁴² leidt tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen overigens niet zonder meer tot civielrechtelijke aansprakelijkheid, omdat de beoordelingsmaatstaf van de verschillende tuchtrechters nu eenmaal niet gelijk is aan de maatstaf die de civiele rechter hanteert bij de beoordeling van het eventueel onrechtmatig handelen van een deskundige. Wel dient de civiele rechter – indien hij afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter – zijn oordeel zodanig te motiveren dat het ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter voldoende begrijpelijk is.⁴³

6. Tot slot

De gerechtelijk deskundige en de onafhankelijk deskundige van een bestuursorgaan hebben een verantwoordelijke positie binnen ons rechtssysteem. Die verantwoordelijkheid schept verwachtingen én verplichtingen: noblesse oblige. Maar ook deskundigen zijn feilbaar, en daarmee rijst de vraag in hoeverre de bijzondere positie van deskundigen in ons rechtssysteem van invloed is (of moet zijn) voor de mogelijkheid van procespartijen om deskundigen aansprakelijk te houden voor eventuele fouten bij hun optreden als deskundige. Daarbij moet gelaveerd worden tussen de 'gewone' regels voor beroepsaansprakelijkheid en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen: voorkomen zal moeten worden dat de aansprakelijkstelling van een deskundige misbruikt wordt om een extra rechtsgang te creëren tegen een – wat betreft de uitkomst – onwelgevallig advies of daarop gebaseerde beslissing. Zoals altijd, geldt ook ten aanzien van een mogelijke aansprakelijkheid van de deskundige: voorkomen is beter dan genezen. Belangrijke waarborgen hiervoor zijn onder meer: vooraf transparant zijn over belangen en deskundigheid, een zorgvuldige procedure bij de totstandkoming van het advies en een deugdelijke motivering van het advies (inclusief een gedegen bespreking van de reacties van partijen bij het conceptadvies). En op die manier kan ook het beste bereikt worden dat het aantal aansprakelijkstellingen van deskundigen gering blijft!

42 Vgl. onder meer HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, Rechtbank Amsterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5478 en HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2387. Zie ook mrs. H. Uhlenbroek & M.E. Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?', *AV&S* 2013/24.

43 HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452.