

Medisch deskundigenbewijs bij beroepsziekten

Mr. M. Zwagerman

1. Inleiding

De duizend-dollarvraag bij beroepsziektEZaken is de vraag of de klachten door het werk zijn veroorzaakt. Medisch deskundigen spelen bij de beantwoording van die vraag een centrale, zo niet doorslaggevende, rol.

Dat is niet bij alle zaken waar de aansprakelijkheid van de werkgever ter discussie staat, het geval. Bij klassieke arbeidsongevallen is weinig discussie over de oorzaak van het letsel. Medisch deskundigen worden in die zaken vooral benoemd om partijen en de rechter te informeren over de aard en ernst van de ongevalsgevolgen. Over de arbeidsgerelateerdheid van de klachten hoeven zij zich meestal niet uit te laten. Dat is bij beroepsziekten nu juist het centrale strijdpunt. Dat komt omdat daar – in tegenstelling tot de klassieke arbeidsongevallen – niet slechts één ontstaansmoment van het letsel is aan te wijzen. Bij beroepsziekten is sprake van een sluipend ziekteproces dat zich meestal over een reeks van jaren heeft voltrokken. Daarnaast kenmerken veel beroepsziekten zich doordat zij medisch niet, of moeilijk te objectiveren zijn.

Dat alles leidt ertoe dat in beroepsziektEZaken uitvoerig wordt gediscussieerd over de causaliteit. Vertaald naar de primaire grondslag voor werkgeversaansprakelijkheid, artikel 7:658 BW: zijn de gezondheidsklachten en de daardoor veroorzaakte schade in de uitoefening van de werkzaamheden ontstaan?

Er zijn vele beroepsziekten. De website www.beroepsziekten.nl informeert uitvoerig over bekende en minder bekende beroepsgerelateerde aandoeningen, van RSI tot managersogen. Er zijn negen hoofdcategorieën: klachten van het houdings- en bewegingsapparaat, psychische en neurologische aandoeningen, aandoeningen van gehoor, huid, longen en ogen, kanker en infectieziekten.

In 2006 was lawaaislechthorendheid de meest gemelde beroepsziekte, gevolgd door overspannenheid (surmenage) en RSI.

De rol van de (medisch) deskundige in het aansprakelijkheidsrecht staat volop in de belangstelling. Zie daarvoor bijvoorbeeld het themanummer van het NTBR: 'Schadevaststelling in de rol van de deskundige'.¹

Wie de jurisprudentie in beroepsziektEZaken heeft gevolgd, weet dat het oordeel van medisch deskundigen over het causaal verband

in een ruime meerderheid van de zaken het verschil tussen winst of verlies uitmaakt. Reden genoeg om de rol van medisch deskundigen bij beroepsziektEZaken eens onder de loop te nemen.

Ik richt mij in dit artikel vooral op de bijdrage van medisch deskundigen aan het bewijs van causaal verband in de vestigingsfase van aansprakelijkheid van met name aspecifieke RSI en OPS, de meest voorkomende beroepsziektEZaken in de letselschadepraktijk. Aan de hand van een korte schets van de bewijslastverdeling in beroepsziektEZaken zal ik de rol van de medicus in die zaken bespreken. Dat vormt de opmaat voor beschouwingen over de rolverdeling tussen de verschillende disciplines, de vraagstelling, de beoordeling van een medisch deskundigenrapport en de mensenrechtelijke dimensie daarvan, die niet alleen betrekking hebben op beroepsziektEZaken. Vervolgens zal ik stilstaan bij het voorlopig deskundigenbericht. De vraag naar de beoordelingvrijheid van de rechter ten aanzien van de voorgestelde deskundigen en de vragen staat daarbij centraal. Mr. E.W. Bosch heeft in dit tijdschrift een lans gebroken voor de stelling dat de rechter een vergaande discretionaire bevoegdheid heeft om te voorkomen dat deze verwordt tot een 'stempelautomaat'.² Ik zie een meer bescheiden rol voor de rechter. Daarover later meer. Tot slot zal ik een korte blik op de toekomst werpen.

2. Bewijslastverdeling

De bewijslastverdeling van artikel 7:658 BW lijkt de door een beroepsziekte getroffen werknemer weinig in de weg te leggen. Afgaande op de wettekst hoeft hij – bij betwisting – slechts te bewijzen dat de beroepsziekte door het werk is ontstaan. Schijn bedriegt. Het bewijs van het causaal verband tussen de beroepsziekte en het werk vormt in de praktijk een groot obstakel op de weg naar schadevergoeding. De vraag of het letsel tijdens en door het werk is ontstaan, is bij de meeste beroepsziekten niet eenvoudig te beantwoorden. Dat komt vooral door het ontbreken van mogelijkheden om de klachten objectief vast te stellen. Dat gebrek leidt bij medici tot hoofdbrekens over de ontstaansmechanismen van het letsel en soms zelfs tot de vraag of er wel sprake is van een ziekte of gebrek. Aspecifieke RSI is daarvan een goed voorbeeld.

1. NTBR 2007, nr. 10.

2. Zie E.W. Bosch, Het voorlopig deskundigenbericht: machtig wapen of botte bijl?, TVP 2007, p. 46 e.v.

De vraag is echter of de medische objectiveerbaarheid van klachten juridisch van doorslaggevend belang is.

Uit de verkeerszaak Zwolsche Algemeene/De Greef kan worden afgeleid dat het ontbreken van specifieke medisch aantoonbare verklaringen voor klachten, het aannemen van juridische causaliteit niet in de weg staat.³ Die vlieger gaat ook op voor beroepsziektzaken. Ook daar geldt dat het ontbreken van medische objectiveerbaarheid niet in de weg mag staan aan het aannemen van causaal verband. Voldoende is dat het slachtoffer aannemelijk maakt dat de gezondheidsklachten tijdens het werk *kunnen* zijn ontstaan.⁴ Aan dat bewijs mogen geen hoge eisen worden gesteld.⁵ Daar gaat wel aan vooraf dat het slachtoffer moet bewijzen dat hij *is* blootgesteld aan risicofactoren voor zijn beroepsziekte. De enkele mogelijkheid van blootstelling aan die risicofactoren is niet voldoende. Dat volgt uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak Weststrate/De Schelde.⁶ In het kader van die bewijsslevering kan het slachtoffer zich erop beroepen dat hij tijdens zijn werk is blootgesteld aan risico's die het ontstaan van zijn klachten in aanzienlijke mate hebben vergroot.⁷

3. De rol van de medicus

Medici worden in beroepsziektzaken ingeschakeld om de juristen te informeren over aspecten van de zaak waar zij geen verstand van hebben. Anders gezegd: de deskundigen vullen de kennislacune aan van de juridische professionals. Medisch deskundigen komen bij beroepsziektzaken in beeld bij de vraag of de gezondheidsklachten door het werk kunnen zijn ontstaan. Het is het slachtoffer van beroepsziekte dat de medisch deskundigen als eerste nodig heeft: zonder een medisch oordeel zal de causaliteitshobbel naar aansprakelijkheid in de meeste gevallen niet kunnen worden genomen.

Als het feitelijk causaal verband tussen de klachten en het werk wordt aangenomen, dan verplaatst het bewijsrisico zich naar de werkgever. Medisch deskundigen kunnen ook in die fase een rol spelen in de bewijsslevering. Als de werkgever er niet in slaagt aan te tonen dat hij zijn zorgplicht correct is nagekomen, dan kan deze nog aan aansprakelijkheid ontkomen door te bewijzen dat de klachten ook zonder de normschending zouden zijn ontstaan. Het bewijs van alternatieve verklaringen voor het letsel kan in de meeste gevallen niet zonder medisch deskundigen worden geleverd. In deze fase is het de werkgever die belang heeft bij een medisch deskundigenbericht.

4. Informatie van behandelaars

Enige tijd geleden namen rechters, vooral in RSI-zaken, nog wel eens genoegen met informatie van behandelaars voor het bewijs van het verband tussen de klachten en het werk. De discussie in RSI-zaken is met het oplopen van het aantal procedures grimmiger geworden. Werkgevers en hun advocaten beroepen zich er steeds meer op dat informatie van behandelaars niet voldoende objectief is. Daar hebben zij een punt. De behandelrelatie tussen arts en patiënt werpt de vraag op of de behandelende arts wel een onafhankelijk oordeel kan geven over de klachten en de oorzaak daarvan. Aan de andere kant: het gaat ook te ver om aan de brieven van behandelaars geen enkele waarde toe te kennen,

vooral als deze brieven zijn opgesteld vóór er nog sprake was van een juridische procedure. Als een behandelaar zich in zo'n brief uitlaat over de aard van de klachten en de arbeidsgerelateerdheid daarvan, dan heeft die informatie wel degelijk bewijskracht, vooral als deze in een medische expertise wordt bevestigd.

Informatie van behandelaars wordt ook wel bestreden met de stelling dat behandelaars niets anders doen dan kritiekloos het verhaal van de patiënt overnemen. Daaruit spreekt weinig vertrouwen in de medische stand: waarom zou de arts het verhaal van zijn patiënt overnemen als hij daaraan twijfelt? Bovendien wordt zo het belang van de anamnese als het belangrijkste diagnostisch instrument miskend. Op basis van de anamnese wordt mede het behandelbeleid bepaald. Ik sluit overigens niet uit dat de anamnese bij een expertisearchief met wat meer kritische distantie wordt afgenomen dan in het kader van de behandelrelatie.

5. Disciplines

Het rapport van de Gezondheidsraad over RSI uit 2000 heeft voeding gegeven aan twijfel over het verband tussen RSI-klachten en werk, omdat de Gezondheidsraad niet tot harde conclusies kon komen over de oorsprong van RSI.⁸ Dat hebben de aangesproken werkgevers in procedures – begrijpelijkerwijs – vol over het voetlicht laten komen. Nu, ruim zeven jaar na het rapport van de Gezondheidsraad, is overigens wel meer duidelijk over het ontstaansmechanisme van RSI.⁹

Rechters durven in RSI-zaken – bij gebreke van medisch-wetenschappelijke duidelijkheid over de oorzaak van RSI – meestal niet blind te varen op informatie van behandelaars alleen. In de

3. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

4. Zie HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354 (Havermans/Luijckx BV, r.o. 3.4.2: 'Voor toepassing van de door het onderdeel bedoelde regel van bewijslastverdeling uit het arrest van 17 november 1990 is nodig dat de werknemer niet alleen stelt en zonodig bewijst dat hij gedurende zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, maar ook dat hij stelt en zonodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten welke door die blootstelling *kunnen* zijn veroorzaakt.'

5. Zie in dit verband de conclusie van A-G Spier bij het arrest van de Hoge Raad in de zaak De Bakker/Zee Electronics B.V. (HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 75, L&S 2005, 71). In 4.10.1 van zijn conclusie onder C, formuleert hij het als volgt: 'Bestrijdt de werkgever het C.S.Q.N.-verband wel, dan zal de rechter op basis van de stellingen van beide partijen na moeten gaan of dit verband voorshands voldoende aannemelijk is. Daarbij zullen, in dit stadium, aan de vereisten van aannemelijkheid m.i. in het algemeen geen al te hoge eisen mogen worden gesteld. Wel kan rekening worden gehouden met de serieuze twijfels onder deskundigen met betrekking tot de vraag of RSI daadwerkelijk ernstige gevolgen teweeg brengt indien een daarop toegespitst debat is gevoerd. De hier vereiste mate van aannemelijkheid ligt lager dan die welke een voorwaarde is voor het in werking treden van de omkeringsregel of om een bepaald feit voorshands bewezen te achten.'

6. HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597.

7. Zie voor een overzicht van de recente stand van jurisprudentie: H.J.W. Alt, Werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten anno 2006, ongelijkheidscompensatie in het gedrang, Arbeidsrecht 2006, p. 33 e.v. en vooral L.E.M. Charlier, Het bewijs in beroepsziektzaken (I), L&S 2006, nr. 3, p. 5 e.v.

8. Gezondheidsraad, RSI, Den Haag: Gezondheidsraad 2000; nr. NR 2000/22, p. 5.

9. Zie: K. Festen-Hoff, RSI: Modeverschijnsel of werkgerelateerde aandoening? SMA 2007, p. 178-187.

meeste zaken schakelen rechters medisch deskundigen in, omdat zij een zo objectief mogelijk oordeel willen hebben over het causaal verband. De vraag rijst dan welke medisch specialisten moeten worden benoemd.

Aan de vraag naar de medische discipline gaat de vraag naar de feiten vooraf: welke werkzaamheden zijn feitelijk verricht en onder welke omstandigheden zijn deze uitgevoerd? Daarover is in beroepsziektEZaken vaak discussie. De vraag of klachten arbeidsgerelateerd zijn, wordt in hoge mate bepaald door de aard van de werkzaamheden en de omstandigheden waaronder deze feitelijk zijn uitgevoerd. Zie in dit verband r.o. 4.2 van het arrest van de Hoge Raad in de RSI-zaak De Bakker/Zee Electronics B.V.¹⁰ Daarin overweegt de Hoge Raad dat eerst moet worden vastgesteld om welke werkzaamheden het gaat, voordat aan medisch deskundigenbewijs kan worden toegekomen.

Partijen zouden in beroepsziektEZaken serieus moeten overwegen een arbeidsomstandighedendeskundige in te schakelen die, onder meer door het horen van getuigen en het doen van onderzoek naar milieu- en hinderwetvergunningen, informeert over de aard van het werk en onder welke omstandigheden dat is uitgevoerd. Op basis daarvan kan ook worden bepaald of het slachtoffer aan risicofactoren voor een beroepsziekte is blootgesteld. Bij RSI kan dan gedacht worden aan overbelasting van de bovenste extremiteiten. Bij OPS aan blootstelling aan toxische stoffen. Ook informatie over toepasselijke arbowetgeving kan door de arbodeskundige worden geleverd. Zo gek is dat niet: ook over het Nederlands recht kan de rechter zich laten voorlichten door een deskundige.¹¹

Als de feitelijke werkzaamheden voldoende vaststaan, moet een medisch deskundige vervolgens de aard van de klachten vaststellen. Het nut daarvan kan worden betwijfeld. Bepleit zou kunnen worden dat de aard van de klachten, samengevat in de diagnose van de medisch deskundige, voor de juridische beoordeling van ondergeschikt belang is. Al is het beriberi, juridisch is slechts relevant of de klachten, hoe ook genaamd, door het werk kunnen zijn veroorzaakt.

Toch is die benadering te simpel. De medische diagnose kan wel degelijk een aanwijzing vormen voor de vraag of klachten al dan niet arbeidsgerelateerd zijn. Mesotheliom (een asbestziekte) en RSI (voor zover RSI een diagnose is) wijzen in de richting van het werk als oorzaak van de klachten.

Welke medicus moet nu de aard van de klachten vaststellen? Bij een moeilijk objectificeerbaar ziektebeeld als specifieke RSI wordt vaak gedacht aan orthopeden, neurologen of revalidatieartsen. Bij OPS zijn vooral de neurologen in beeld.

Zowel de richtlijnen van de orthopeden als die van de neurologen geven aanwijzingen voor de stelling dat deze specialisten zich (zeer) terughoudend moeten opstellen bij het beoordelen van niet- of moeilijk objectificeerbare pijnklachten als specifieke RSI.

Uit de richtlijnen van november 2007 van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie:

‘De problematiek betreffende de beoordeling van pijn blijft bestaan. Bij personen bij wie pijn een onevenredig ernstig karakter aanneemt ten opzichte van de (al dan niet aantoonbaar) onderliggende aandoening dient volgens AMA-5 [American Medical Association, 5e druk, MZ] deze ernstige pijnbeleving – als deze tenminste als reëel wordt beschouwd – aanleiding te geven tot een verhoging van het bij de aandoening passende percentage functieverlies, terwijl in sommige gevallen de pijn als “unratable” wordt beschouwd. In de voorliggende richtlijnen wordt in overeenstemming daarmee het standpunt gehuldigd dat de beoordeling van pijnbeleving, die niet gestoeld is op een algemeen geaccepteerde neurologische entiteit of een bekende anatomische of fysiologische substraat, buiten het vakgebied van de neuroloog ligt.’

Uit de richtlijnen van de Nederlandse Orthopedische Vereniging (NOV) van december 2005, pagina 1-2:

‘Het standpunt zoals dat in 1995 en 1997 door de NOV is geformuleerd, namelijk dat zonder aantoonbare afwijkingen geen functieverlies en geen beperkingen mogen worden geadviseerd, is in deze richtlijn hetzelfde gebleven. Dit brengt met zich mee dat de NOV-richtlijnen op een aantal belangrijke punten afwijken van die van de AMA. In de Nederlandse setting prevaleren de richtlijnen van de NOV. Ditzelfde standpunt maakt dat de NOV de benadering bij ‘pijn’ zoals deze in hoofdstuk 18 van de vijfde druk van de AMA-Guides is neergelegd niet kan onderschrijven als er geen orthopedische objectificeerbare oorzaak kan worden gevonden.’

Deze richtlijnen roepen de vraag op of de neurologen en de orthopeden wel de aangewezen deskundigen zijn om specifieke RSI-klachten te beoordelen. Deze klachten bestaan tenslotte overwegend uit niet-objectificeerbare pijnklachten.¹²

In dit verband is relevant de uitspraak van de Utrechtse kantonrechter van 22 december 2004 in de zaak Ballintijn/Oracle.¹³ In die RSI-zaak stelde het slachtoffer voor een ‘breed georiënteerde arts’, zoals een revalidatiearts of een bedrijfsarts, als deskundige te benoemen. De werkgever stelde daar een orthopedisch chirurg, een psychiater en/of een psycholoog tegenover. In rechtsoverweging 4 stelt de kantonrechter vast dat het niet voor de hand ligt een orthopedisch chirurg te benoemen, omdat de in discussie zijnde klachten niet medisch objectificeerbaar zijn. In de woorden van de kantonrechter: ‘Nu voor de klachten – onbetwist – geen organisch substraat bestaat.’ De kantonrechter besluit vervolgens tot

10. HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 75.

11. Zie HR 2 februari 1990, NJ 1991, 1 (Staat/Stichting Natuur en Milieu).

12. Zie over de nieuwe neurologenrichtlijn: G.C. Endedijk, Causaal verband bij personenschade; De nieuwe richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie, TVP 2008, p. 6-10.

13. L&S 2007, nr. 68.

het benoemen van een revalidatiearts, met kennis van RSI. Dat is geen onbegrijpelijke keuze, omdat de revalidatiearts in zijn denken minder wordt beheerst door de drang tot objectivering van de klachten dan orthopeden en – in mindere mate – neurologen. Zijn focus ligt op de beperkingen van de patiënt en de mogelijkheden om deze te verhelpen of te verlichten. Daarbij komen alle aspecten van lichamelijk functioneren aan de orde, en niet alleen de orthopedische of neurologische. Die helikopterbenadering past beter bij een multifactorieel fenomeen als RSI.

In de meeste procedures wordt ook het oordeel over de arbeidsgerelateerdheid overgelaten aan de medisch deskundige. Ik betwijfel of die beoordeling wel tot de competentie van de reguliere medisch specialist behoort.¹⁴ Die is niet opgeleid om het verband tussen klachten en werk vast te stellen. Een medisch specialist heeft geleerd een diagnose te stellen en op basis daarvan medische (be)handelingen uit te voeren. Deze arts richt zich primair op het vinden van een inwendig fysieke of mentale oorzaak van de klachten, om antwoord te kunnen geven op de vraag of de klachten voortkomen uit ziekte of gebrek. De invloed van mogelijke externe factoren, zoals overbelasting of blootstelling aan giftige stoffen, is voor hem niet goed te beoordelen. Daarvoor is hij meestal niet geëquipeerd. De opleiding van de reguliere medisch specialist is immers gericht op zijn curatieve taak.¹⁵

Wie moet dan wel de arbeidsgerelateerdheid bepalen? De specialist bij uitstek op het gebied van werkgerelateerdheid van klachten van het bewegingsapparaat is de arbeidsgeneeskundige. Zijn deskundigheid, gevormd door opleiding en ervaring, richt zich met name op de relatie werk en gezondheid en de ontstaansmechanismen van arbeidsgerelateerde klachten. Zijn focus ligt juist wel op de externe ontstaansmechanismen van klachten.

Een arbeidsgeneeskundige beoordeelt de functionele mogelijkheden van een werknemer met klachten. Dat doet hij in relatie met de gezondheidsrisico's van het werk. De concrete risicofactoren voor bepaald werk moeten door andere deskundigen worden vastgesteld. Die rol heeft de ergonomist bij specifieke RSI. Bij OPS richt de arbeidsomstandighedenexpert zich op de blootstelling aan toxische stoffen.

Aan de hand van de feitelijk verrichte werkzaamheden en de door de medisch specialist vastgestelde aard van de klachten is de arbeidsgeneeskundige, in samenwerking met een ergonomist en een arbodeskundige, op wetenschappelijk verantwoorde wijze in staat de arbeidsgerelateerdheid van specifieke RSI-klachten en OPS vast te stellen.

De relatie tussen het werk en de klachten dient dus bij voorkeur door een multidisciplinair team onder leiding van een arbeidsgeneeskundige te worden beoordeeld.

Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) heeft deze deskundigen in zijn gelederen. Het NCvB is in 1994 opgericht met als doel de relatie tussen ziekte en arbeid te onderzoeken. Bij het NCvB vindt ook de landelijke registratie plaats van beroepsziekten. Het NCvB heeft zich ontwikkeld tot het onafhankelijke

en deskundige kenniscentrum op het gebied van beroepsziekten in Nederland. De Wereld Gezondheidsorganisatie (WHO) heeft het instituut aangewezen als WHO Collaborating Center in Occupational Health.

Het onderzoek naar de arbeidsgerelateerdheid verricht het NCvB zo veel mogelijk aan de hand van wetenschappelijk onderbouwde criteria. Zo wordt bij RSI onderzoek verricht op basis van het SALTSA-rapport uit 2000.¹⁶ Het SALTSA-rapport is op dit moment de standaard voor het vaststellen van de arbeidsrelatie bij aandoeningen van de bovenste extremiteiten.¹⁷ Ook voor de vaststelling van OPS beschikt het NCvB over een objectief instrument voor de vaststelling van arbeidsgerelateerdheid, in de vorm van het OPS-protocol.

De koninklijke weg bij het beoordelen van het causaal verband in beroepsziektezaken is dus:

- a. vaststelling van de aard van de werkzaamheden en de omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden;
- b. vaststelling van de aard van de klachten door een reguliere medisch specialist;
- c. vaststelling van de arbeidsgerelateerdheid van de klachten door een multidisciplinair team, onder leiding van een arbeidsgeneeskundige.

6. Welke deskundige?

In de letselschadepraktijk vormt de persoon van de deskundige een bron van discussie. Partijen bestoken elkaar met zwarte lijsten en tal van andere meer of minder valide argumenten om de voorgestelde deskundige af te wijzen. De enkele vrees voor partijdigheid is onvoldoende voor afwijzing van een deskundige. Die vrees moet worden gesubstantieerd om benoeming van een deskundige te kunnen voorkomen.¹⁸

Het heeft weinig zin om een deskundige te benoemen die niet kan rekenen op het vertrouwen van partijen. Dat kan het slachtoffer ertoe brengen niet aan het onderzoek mee te werken. De consequenties daarvan kunnen op grond van artikel 198 lid 3 Rv verstrekkend zijn: de rechter kan de vordering afwijzen.¹⁹ De aangesproken partij zal de rapporten van een onwelgevallige deskundige in de procedure te vuur en te zwaard bestrijden.

14. Zie in dit verband B. Sorgdrager, Beoordeling beroepsgebondenheid van de gezondheidsschade, TVP 2007, p. 50 e.v.

15. Zie in dit verband ook S.D. Lindenbergh, Inleiding. Vaststelling van schade en de rol van de deskundige daarbij, NTBR 2007, p. 432: 'De rechter ziet zich geplaagd voor een normatief oordeel waarvoor de bouwstenen moeten worden aangereikt door een deskundige die veelal een meer natuurwetenschappelijke achtergrond heeft, en die veelal niet is geschoold om te kwalificeren met het oog op het normatieve oordeel van de rechter, veel meer met het oog op de curatieve taak van de arts.'

16. J.K. Sluiter, K.M. Rest & M.H.W. Frings-Dresen, Criteria document for evaluating the work-relatedness of upper-extremity musculoskeletal disorders, Scand J Work Environ Health, 2001, 27, p. 1-102.

17. Zie in dit verband Geers, Ruijgrok & Van de Water, NJB 31 oktober 2003, p. 2034 e.v., m.n. noot 7.

18. Zie HR 20 november 1996, NJ 1997, 288.

19. Zie bijv. Rb. Den Bosch 7 juni 2006, NJF 2006, 629.

Partijen hebben er daarom belang bij tot overeenstemming te komen over de deskundige. Als de benoeming aan de rechter wordt overgelaten, kunnen partijen onaangenaam worden verast.

Niet zelden komen partijen er toch niet uit. De discussie over de te benoemen deskundige, die zich vervolgens voor de rechter ontspint, kenmerkt zich niet door een overvloed aan steekhoudende argumenten. Een deskundige is vaak al niet meer acceptabel, alleen omdat de ander hem heeft voorgesteld. Dat is vanzelfsprekend geen valide argument om een deskundige te weigeren. Wat dan wel? Het Nederlands recht biedt hier weinig handvatten.

In het algemeen kan gesteld worden dat argumenten om de geschiktheid van een deskundige te beoordelen, moeten liggen in de persoon van de voorgestelde deskundige, zijn competentie of zijn wijze van rapporteren. In zijn bijdrage aan het NTBR-thema-nummer (zie noot 1) werkt Van Dijk²⁰ dit verder uit. Hij verdeelt de aan de deskundige te stellen eisen in de categorieën kennis en ervaring, vaardigheden en attitude.

Het blijft tobben, want hoe is de jurist in staat de vakinhoudelijke kennis en ervaring van de medisch deskundige te beoordelen? Om dat te kunnen heeft hij kennis nodig van het vakgebied van de specialist. Het gebrek daaraan is nu juist de aanleiding tot het inschakelen van de medische expertise. Deze 'kennisparadox', zoals Akkermans het noemt,²¹ geeft nog eens het belang aan van een goede medisch adviseur voor een verantwoorde behandeling van beroepsziektezaken. De medisch adviseur is in staat om de jurist voor te lichten over de geschiktheid van de medisch deskundige en te adviseren over de voor te leggen vragen.

Of de deskundige beantwoordt aan de eisen die aan een deskundige moeten worden gesteld, kan worden getoetst aan de overwegingen van Hof Arnhem in zijn beschikking van 17 maart 1998:

'De te benoemen deskundige dient een persoon te zijn van wie mag worden verwacht dat hij een onafhankelijk en onpartijdig oordeel kan geven, die zelfs niet de schijn van partijdigheid heeft en tegen wiens benoeming geen van partijen in redelijkheid bezwaar kan hebben.'²²

Dat sluit aan wat artikel 198 lid 1 Rv van een deskundigenrapport vraagt: 'De deskundige is verplicht de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen.' In de leidraad deskundigen in civiele zaken, zoals opgesteld door de Raad voor de rechtspraak, wordt dat criterium in hoofdstuk 6 uitgewerkt.

7. De vraagstelling

Net als de keuze voor de deskundige, vormen ook de aan de deskundige voor te leggen vragen een berucht knelpunt in de letselschadepraktijk. Het samenwerkingsproject van de projectgroep Medisch Deskundigen in de rechtspleging van de VU en de Interdisciplinaire Werkgroep Medisch Deskundigen (IWMD) heeft de aanzet gegeven voor een standaardvraagstelling in verkeerszaken.²³ Hoewel de IWMD-vraagstelling niet is geschreven voor beroepsziektezaken, kan de IWMD-vraagstelling wel als voor-

beeld dienen voor de wijze waarop de medisch deskundige wordt benaderd. Aan de IWMD-vragen gaat steeds een toelichting vooraf. Ik juich dat toe. Met het opnemen van een toelichting kan babylonische spraakverwarring over een door juristen en medici totaal verschillend geïnterpreteerd begrip als causaliteit worden voorkomen. Ook bij beroepsziektezaken kan een toelichting op de vragen de waarde van het deskundigenbericht vergroten. Voor medische aansprakelijkheidszaken is dat al bepleit.²⁴

8. Het voorlopig deskundigenbericht

Als het niet lukt om in onderling overleg tot benoeming van deskundigen en een vraagstelling te komen, dan is het voorlopig deskundigenbericht ex artikel 202 Rv een probaat middel om de proceskansen ten aanzien van het causaal verband te beoordelen.²⁵ De ervaring leert dat de rechter zelden bereid is op basis van een partijdeskundigenrapportage, die deugdelijk wordt betwist, de arbeidsgerelateerdheid van een (beroeps)ziekte aan te nemen.

De rechter heeft met betrekking tot het voorlopig deskundigenbericht geen discretionaire bevoegdheid. De ratio van het voorlopig deskundigenbericht – het beoordelen van proceskansen – brengt met zich mee dat het verzoek daartoe in beginsel moet worden toegewezen, als het voldoet aan de formele vereisten en niet afstuit op bezwaren van een hogere orde.²⁶

Uit rechtspraak blijkt dat het dan moet gaan om het volgende:

1. het ontbreken van voldoende belang;
2. misbruik van bevoegdheid;
3. strijdigheid met de goede procesorde;
4. andere zwaarwichtige bezwaren.

De criteria aan de hand waarvan een verweer dat strekt tot afwijzing van het verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht moet worden getoetst, zijn duidelijk, de inhoudelijke invulling daarvan is dat echter minder.

In het kader van het ontbreken van voldoende belang kan aan de orde gesteld worden of er wel schade wordt geleden, of dat de

20. Chr.H. van Dijk, Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is, NTBR 2007, p. 434-441.

21. G. de Groot & A.J. Akkermans, Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht, NTBR 2007, p. 501-509.

22. VR 1998, 123.

23. Zie www.rechten.vu.nl/iwmd.

24. M.F. Hartman & B.P. Dekker, Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten. Over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken, L&S 2006, nr. 4, p. 6-10, Mirella Hartman & Bojan P. Dekker, Help! De dokter verzuipt. De medische aspecten van de vaststelling van letselschade, NTBR 2007, p. 450-453.

25. Zie HR 9 februari 1998, NJ 1999, 478, r.o. 3.3: 'Dat een voorlopig deskundigenbericht (...) mede ertoe kan dienen een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is de procedure voort te zetten.'

26. Zie in dit verband A.J. Akkermans, AV&S 2004, p. 92 en M.A.J.G. Janssen, Verzoek om voorlopig getuigenverhoor of voorlopig deskundigenbericht, Advocatenblad 2005, p. 740-744.

vordering verjaard is.²⁷ In de meeste gevallen zal beoordeling van zulke vragen het marginale toetsingskader van artikel 202 Rv te buiten gaan.

Bij de invulling van het criterium misbruik van bevoegdheid is artikel 3:13 BW van belang. In dat artikel worden in het tweede lid voorbeelden gegeven van het misbruiken van een bevoegdheid; het gaat dan om:

1. een bevoegdheid uitoefenen met geen ander doel dan een ander te schaden;
2. een bevoegdheid uitoefenen met een ander doel dan waarvoor zij verleend is;
3. wanneer men gezien de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daarvoor wordt geschaad, in redelijk niet tot de uitoefening daarvan kan overgaan.

Een recent voorbeeld van misbruik van bevoegdheid is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 28 februari 2008.²⁸ In die zaak werd aangenomen dat het stellen van vragen die de competentie van de deskundige overstijgt, misbruik van bevoegdheid oplevert. Het voorlopig deskundigenbericht wordt dan gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het is verleend. Dat arrest is overigens vooral van belang voor de vraag welke medische gegevens – waarbij met name gedacht moet worden aan de patiëntenkaart van de huisarts – door de keurling moeten worden gepresenteerd. De Hoge Raad laat dat over aan de deskundige: hij bepaalt welke gegevens hij voor zijn onderzoek nodig heeft. Verdere bespreking van dit arrest valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

Tussen de criteria misbruik van bevoegdheid en strijd met de goede procesorde lijkt weinig licht te zitten. Groot meent dat voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid een zwaardere stelplicht geldt dan bij strijd met de goede procesorde en bovendien dat misbruik van bevoegdheid meer marginaal wordt beoordeeld dan strijd met de goede procesorde.²⁹

Een zaak waarin strijd met de goede procesorde werd aangenomen, betrof het geval waarin al drie expertiserapporten waren uitgebracht. Het gegeven dat de verzoeker van het voorlopig deskundigenbericht zich in eerste aanleg tegen een deskundigenonderzoek had verzet en vrijwel dezelfde vragen aan de deskundigen wilde voorleggen als in de eerder uitgevoerde expertisearchieven, werd door het Hof Amsterdam in strijd met de goede procesorde geacht. Dat oordeel liet de Hoge Raad in stand.³⁰

Evenals bij misbruik van bevoegdheid is bij de restcategorie 'andere zwaarwichtige bezwaren' sprake van een belangenafweging. Als geen misbruik van bevoegdheid wordt aangenomen, dan is denkbaar dat de belangenafweging toch in het nadeel van de verzoeker uitvalt in verband met zwaarder wegende belangen van de gerekwesteerde. Een voorbeeld is te vinden in een beslissing van Hof Amsterdam, te kennen uit het hiervoor in noot 29 genoemde arrest van de Hoge Raad van 19 december 2003. In die zaak wees het hof het verzoek niet alleen af wegens strijd met de goede procesorde, maar ook op grond van zwaarwegende bezwaren van de gerekwesteerde.³¹ In die beslissing speelde een rol dat

een nieuw onderzoek voor de benadeelde, die al vier expertise-onderzoeken achter de rug had, te belastend zou zijn.

De vraag hoe bezwaren tegen de voorgestelde deskundigen en de voor te leggen vragen moeten worden beoordeeld, is moeilijker te beantwoorden. De bepalingen over het voorlopig deskundigenbericht (art. 202-207 Rv) noch de van overeenkomstige toepassing zijnde bepaling van de deskundigen tijdens de procedure (art. 194-200 Rv) geven daarvoor richtlijnen.

In het arrest in de zaak Winterthur/Simons heeft de Hoge Raad in het kader van een voorlopig deskundigenbericht bepaald dat de rechter vrij is in de keuze voor een deskundige.³² Hij is niet gebonden aan het verzoek om een bepaalde deskundige te benoemen. Een dergelijk verzoek valt niet onder de reikwijdte van het verzoek ex artikel 202 Rv, maar moet als een voorstel aan de rechter worden opgevat. Partijen zijn met betrekking tot de persoon van de deskundige dus afhankelijk van de rechter. Voor de vragen ligt dat anders.

Het gerechtshof in Leeuwarden heeft in zijn beschikking van 1 november 2006 bepaald dat de rechter geen discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van de door de verzoeker voorgestelde vragen.³³ Die moeten worden overgenomen, tenzij deze niet ter zake dienend zijn of onvoldoende concreet, dan wel afstuiten op bezwaren van een hogere orde, zoals hiervoor bedoeld. Het staat de rechter, volgens Hof Leeuwarden, daarom niet vrij om de vragen van de wederpartij over te nemen, als deze geen zelfstandig (tegen)verzoek heeft ingediend. Op deze beschikking is stevige kritiek geuit.³⁴ In de kern komt deze erop neer dat de rechter op deze wijze tot een stempelautomaat wordt gereduceerd, die faciliteert dat het rapport van een partijdeskundige de bewijswaarde krijgt van een door de rechter benoemde deskundige.

Het verschil tussen de bevoegdheid van de rechter bij een voorlopig deskundigenbericht met betrekking tot de te benoemen deskundige (discretionair) en de voor te leggen vragen (niet-discretionair) is naar mijn mening onbevredigend. Net als bij de vragen zijn partijen bij de keuze voor de deskundige meestal niet over één nacht ijs gegaan. De in beroepsziekten ervaren letselschadeadvocaten weten meestal precies welke medisch deskundige een objectieve, onafhankelijke en goede rapporteur is. Van rechters kan dat worden betwijfeld. Bij gebrek aan ervaring met beroepsziektetaken vallen zij soms terug op verouderde lijstjes met medici, van wie niemand weet waarom deze erop staan.

27. Zie Rb. Rotterdam 2 juli 2007, Nieuwsbrief Personenschade 2008, nr. 1.

28. RvdW 2008, 256.

29. Zie annotatie E.F. Groot bij HR 13 september 2002, JBPR 2003, 20.

30. HR 19 december 2003, JBPR 2004, 30.

31. Zie JBPR 2004, 30 met de interessante noot van E.F. Groot.

32. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 77.

33. NJF 2006, 577. Zie in dezelfde lijn: Rb. Arnhem 16 oktober 2006, rolno. 06-159 (Piels c.s./Reaal), genoemd in TVP 2007, p. 47 en Rb. Zutphen 23 november 2006, L&S 2006, 259.

34. Zie E.W. Bosch, Het voorlopig deskundigenbericht: machtig wapen of botte bijl?, TVP 2007, p. 46 e.v.

Daarnaast is relevant dat de rechter die over het verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht moet oordelen, maar een beperkt zicht heeft gekregen op het debat. Dat is in de bodemprocedure anders: daar is de rechter uitvoerig geïnformeerd over de standpunten van partijen. Dan is het logisch dat de rechter de laatste stem heeft over de deskundige en de vraagstelling.

De ratio van het voorlopig deskundigenbericht – het beoordelen van de proceskansen van de verzoeker – wordt mijns inziens het meest recht gedaan door de rechter ook ten aanzien van de te benoemen deskundige geen discretionaire bevoegdheid toe te kennen. De hiervoor bedoelde marginale afwijzingsgronden bieden voldoende mogelijkheden om te voorkomen dat het voorlopig deskundigenbericht wordt misbruikt om tot benoeming van partijdeskundigen te komen.

9. Beoordeling van deskundigenrapporten

In het Amerikaanse recht wordt al lang aandacht besteed aan de deskundige in het civiele recht.³⁵ De uitspraak van het hoogerechtshof in de zaak Daubert/Merrell Dow Pharmaceuticals neemt daarbij een centrale plaats in.³⁶ In die zaak stond de waardering van wetenschappelijk bewijs van oorzakelijk verband tussen het gebruik van het geneesmiddel Bendectin en geboortedefecten centraal. Daarover waren, elkaar tegensprekende, wetenschappelijke publicaties verschenen, waarmee de procespartijen elkaar bestookten.

Het hoogerechtshof heeft in de Daubert-uitspraak heldere criteria ontwikkeld aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of wetenschappelijk bewijs relevant is voor de concrete casus:

1. of de wetenschappelijke theorie of techniek onderzocht is of kan worden;
2. of de theorie of techniek wetenschappelijk is geëvalueerd (peer reviewed) en gepubliceerd;
3. wat de bekende foutmarge is;
4. of de theorie of techniek in ruime mate wordt geaccepteerd in wetenschappelijke kringen of slechts beperkt gesteund wordt;
5. of de techniek gebaseerd is op feiten of gegevens waar deskundigen op het betreffende gebied zich op plegen te baseren;
6. of de bewijskracht van de theorie of techniek opweegt tegen het risico van onredelijke bevooroordeelning, verwarring of misleiding van de jury.

De Daubert-beslissing en de daarna in dezelfde lijn gevolgde uitspraken van de hoogste rechter hebben geleid tot een kritischer beoordeling door Amerikaanse rechters van deskundigenbewijs in het algemeen. Die kritische grondhouding is in de Nederlandse rechtscultuur niet gebruikelijk. Zo vinden de meeste rechters het overbodig om de deskundige vragen te stellen over zijn deskundigheid. Ook blijven vragen waarmee wordt getoetst of de deskundige wel voldoende onafhankelijk en objectief is, achterwege. In dat verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de vraag van wie de deskundige zijn opdrachten ontvangt: de rechter, de slachtoffers of de verzekeraars.

Door de IWMD zijn vragen ontwikkeld, die op dit aspect van het deskundigenbericht zien. Deze vragen, samengebracht onder de noemer 'disclosure statement', worden besproken door Akkermans.³⁷

Naast de persoon van de deskundige dient vanzelfsprekend ook de inhoud van de rapportage kritisch te worden beoordeeld. Daarom is het noodzakelijk dat de deskundige wordt gevraagd zijn rapportage zo veel mogelijk te voorzien van verwijzingen naar (wetenschappelijke) literatuur. Alleen dan kan worden gecontroleerd of zijn visie breed wordt gedragen in zijn beroepsgroep.

Veel inspiratie voor een diepgaande inhoudelijke beoordeling van een medisch deskundigenrapport zullen de lagere rechters niet aan ons hoogste rechtscollege ontnemen. De Hoge Raad heeft in de Halcion II-zaak uitgemaakt dat er geen algemeen geldende verplichting is voor deskundigen om hun opinie te staven met literatuurverwijzingen.³⁸ In een onteigeningszaak heeft de Hoge Raad in 2005 al uitgemaakt dat deskundigen geen kopieën van de stukken die zij hebben geraadpleegd, bij de rapportage hoeven te voegen.³⁹ De agenda van de rechtspraak 2008-2011 biedt echter hoop op verbetering:

'Het kennisniveau van rechters op de belangrijkste deskundigheidsgebieden moet zodanig zijn dat de inbreng van deskundigen voldoende kritisch kan worden benaderd.'⁴⁰

Het civiele recht biedt nauwelijks handvatten voor de inhoudelijke beoordeling van een deskundigenrapport. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zegt in het vierde lid van artikel 198 niet meer dan dat het deskundigenbericht met redenen omkleed moet zijn. In zijn bijdrage aan het NTBR-themanummer gaat Verkerk⁴¹ nader in op dit algemene voorschrift.

Ook hier blijkt dat de Hoge Raad de deskundige het vuur niet na aan de schenen legt: in zijn arrest van 20 april 2001⁴² bevestigt de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de deskundige een niet zeer vergaande motiveringsplicht had, omdat de eigen wetenschap en ervaring van de deskundige als voldoende motivering kan gelden.

Rechtspraak waarin de bewijswaarde van deskundigenrapportages in het civiele recht wordt getoetst aan de hand van algemeen geldende inzichten, is mij niet bekend.

35. Zie ook: L. Dommering-van Rong, Wetenschappelijk en technisch bewijs in het aansprakelijkheidsrecht, A&V 2000, p. 27-33.

36. 509 U.S. 579 (1993).

37. A.J. Akkermans, Verbeterde vraagstelling voor medische expertises, TVP 2005, p. 78 e.v. en zie ook Chr.H. van Dijk, Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is?, NTBR 2007, p. 439-441.

38. HR 20 september 1996, NJ 1997, 328.

39. HR 29 april 2005, NJ 2005, 456.

40. G. de Groot & A.J. Akkermans, Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht, NTBR 2007, p. 503.

41. R.R. Verkerk, Procesrechtelijke waarborgen voor een betrouwbaar deskundigenonderzoek, NTBR 2007, p. 491-500.

42. NJ 2001, 362.

In het medisch tuchtrecht zijn criteria ontwikkeld waaraan deskundigenrapportages worden beoordeeld. Volgens vaste jurisprudentie dient een expertiserapport aan de volgende eisen te voldoen:

- a. In het rapport moet op inzichtelijke en consistente wijze worden uiteengezet op welke gronden de conclusie van het rapport steunt.
- b. De in die uiteenzetting genoemde gronden moeten aantoonbaar steun vinden in de feiten, omstandigheden en bevindingen vermeld in het rapport.
- c. De bedoelde gronden moeten de daaruit getrokken conclusies kunnen rechtvaardigen.⁴³
- d. De rapportage beperkt zich tot de deskundigheid van de rapporteur.

Het ligt voor de hand deze criteria ook in het civiele recht toe te passen.

10. De mensenrechtelijke dimensie van medisch deskundigenbewijs

De positie van de rechter die een medisch deskundige inschakelt om hem voor te lichten over de arbeidsgelateerdheid van een aandoening, is niet te benijden. Voor het oordeel over de cruciale vraag in een beroepsziektezaak is hij mede afhankelijk van de medisch deskundige. Die afhankelijkheidspositie roept de vraag op of de rechter wel in staat is de inhoud van het deskundigenrapport te beoordelen. Het ontbreekt de rechter immers aan de daarvoor noodzakelijke kennis. Dat leidt er in de praktijk niet zelden toe dat de rechter de mening van de deskundige zonder verder commentaar 'tot de zijne maakt', zelfs al hebben partijen steekhoudende argumenten tegen de visie van de deskundige ingebracht. Dat strookt niet met het arrest van de Hoge Raad van 25 november 1994,⁴⁴ waaruit volgt dat bij voldoende betwisting de rechter moet motiveren waarom hij ondanks de kritiek toch het deskundigenrapport volgt. Het lijkt er sterk op dat rechters geneigd zijn kritiek op een deskundigenrapport als onvoldoende gemotiveerd opzij te schuiven, als die kritiek niet wordt gesteund door een deskundigenrapport. Het ontbreekt particulieren echter vaak aan financiële middelen om zich een contradeskundige te kunnen veroorloven.

Begrijp me goed: deskundigen zijn in de rechtspraak onmisbaar. Een rechter kan nu eenmaal niet alles weten. Dat maakt de rechterlijke besluitvorming tegelijkertijd ook kwetsbaar, vooral als het oordeel over cruciale strijdpunten voor een belangrijk deel op een deskundigenrapport wordt gebaseerd. Dat is bij beroepsziektezaken aan de orde. Het oordeel over de aansprakelijkheidsvraag wordt in beroepsziektezaken voor een belangrijk deel gevoed door medisch deskundigen. Daarmee komt de deskundige dicht in de buurt van de stoel van de rechter. Om te voorkomen dat hij daarop plaats neemt, is het zaak dat de rechter zo uitvoerig mogelijk motiveert waarom de visie van de deskundige wordt gevolgd of afgewezen. Vooral wanneer partijen hun visie op het geschilpunt waarvoor de deskundige is ingeschakeld goed hebben gemotiveerd, bijvoorbeeld aan de hand van de opinie van een medisch adviseur of een partijdeskundige. De acceptatiegraad van de rechterlijke beslissing wordt aanzienlijk vergroot, als de

rechter in het vonnis de argumenten die partijen ten aanzien van het deskundigenrapport over het voetlicht hebben laten treden, bespreekt en aangeeft waardoor hij zich heeft laten overtuigen. De vonnissen van Nederlandse rechters steken voor wat betreft de motiveringskracht schril af tegen die van met name hun Britse en Amerikaanse collega's. Het lezen van hun vonnissen is vaak een verademing: er wordt alle tijd genomen om in heldere woorden de standpunten van partijen met betrekking tot de deskundigenrapportage te bespreken en te wegen.

De overtuigingskracht van een vonnis dat in belangrijke mate steunt op een medisch deskundigenbericht, wordt bevorderd door het rapport van een contradeskundige, dat wordt ingebracht tegen de door de rechter benoemde deskundige, serieus te nemen. Het enkele feit dat een deskundige door de rechter is benoemd, maakt zijn oordeel niet doorslaggevend. Het gaat er uiteindelijk om welke rapportage het meest overtuigend is. Zie in dit verband het arrest van het Hof Den Haag van 6 februari 2007, in kort geding gewezen, r.o. 16:

'Hiertoe heeft de rechtbank overwogen dat het in strijd is met de goede procesorde om, na afloop van het opstellen van het door de rechtbank gelaste deskundigenbericht nog een eigen deskundige te benaderen',

en r.o. 17:

'Naar het oordeel van het hof is deze beslissing van de rechtbank zo evident in strijd met het recht, dat daarover geen redelijke twijfel kan bestaan. De gemeente had het recht zich uit te laten over het in opdracht van de rechtbank opgemaakte deskundigenrapport. Dat de gemeente zich hierbij liet bijstaan door een eigen deskundige ligt voor de hand en stond haar vrij. Hieraan doet niet af dat de door de rechtbank benoemde deskundigen bij het opmaken van hun rapport, zoals vereist, aan beide partijen gelegenheid hebben gegeven tot het verstrekken van inlichtingen en het geven van commentaar. De rechtbank mocht de bezwaren van de gemeente tegen het deskundigenrapport, zoals deze bleek uit het rapport van Kort-hals Altes [de partijdeskundige; MZ] niet terzijde schuiven en onbesproken laten.'⁴⁵

Aan de andere kant dient de rechter zich ook rekenschap te geven van het feit dat de rapportage van een door de rechtbank benoemde deskundige net iets meer gewicht in de schaal legt dan dat van een partijdeskundige. Op de rechter rust een zwaardere motiveringsplicht als hij de voorkeur geeft aan een partijrapportage boven een (in het kader van een voorlopig deskundigenbericht) door de rechter benoemde deskundige. Ik wijs in dit verband op het interessante arrest van de Hoge Raad van 5 december

43. Zie A.J. Van, De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen, TvGR 2004, p. 510 en Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, 7 juni 2005, Stcr. 2005, 110, p. 11.

44. NJ 1995, 154.

45. NJF 2007, 153.

2003 in de zaak Stichting Nieuw Vredenburg tegen de Nieuwe Hollandse Lloyd.⁴⁶ In r.o. 3.6 is te lezen:

'Indien de rechter in een geval als hier bedoeld – waarin partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door haar geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde standpunten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van de door de rechter benoemde deskundige al dan niet aanvaardbaar achtte – de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet volgt, dan dient hij in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering te voorzien, dat deze 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.'

Het belang van het recht op een eerlijk proces, zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM voor het deskundigenbericht in civiele zaken, blijft in de Nederlandse rechtspraak onderbelicht.⁴⁷ Ten onrechte. Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft duidelijk gemaakt dat artikel 6 EVRM de rechter dwingt om uiterst zorgvuldig met deskundigenberichten om te gaan, vanuit de gedachte dat de rechter moet voorkomen dat hij zijn kerntaak – het oordelen over een juridisch geschil – niet in handen van de deskundige legt. Overigens is artikel 6 EVRM strikt genomen niet van toepassing op de procedure ex artikel 202 Rv.⁴⁸

Twee uitspraken van het Europese Hof in medische aansprakelijkheidszaken maken dat duidelijk: Mantovanelli/Frankrijk⁴⁹ en recent Eggertsdóttir/IJsland.⁵⁰

In de Montavanelli-zaak wilden de ouders van hun in het ziekenhuis overleden twintigjarige dochter Jocelyne, die voor een simpele ingreep aan haar duim was opgenomen, de toedracht van haar dood weten. De rechter benoemde een deskundige om de doodsoorzaak te onderzoeken. Deze deskundige bestudeerde het medisch dossier en hoorde diverse leden van de medische staf van het ziekenhuis, waaronder de operateur en de anesthesist. De ouders betrof hij niet in zijn onderzoek naar de feiten.

Het Europese Hof meende dat de ouders in de gelegenheid gesteld hadden moeten worden om *tijdens* het onderzoek van de deskundige invloed uit te oefenen op diens rapportage. Een belangrijk argument hiervoor was dat de aan de deskundige voor te leggen vraag vrijwel gelijk was aan de vraag die de rechtbank moest beantwoorden: namelijk of sprake was van medische fouten.

De parallel met beroepsziektezaken dringt zich op: ook in beroepsziektezaken wordt de deskundige stevast de kernvraag voorgelegd: zijn de gezondheidsklachten arbeidsgerelateerd? En dat is precies de vraag die de rechter bij het beoordelen van de aansprakelijkheid moet beantwoorden.

Uit de Montavanelli-uitspraak leid ik af dat de rechter partijen ook in beroepsziektezaken de ruimte moet bieden om tijdens het onderzoek van de door hem benoemde deskundigen hun visie op

de zaak te geven, bijvoorbeeld aan de hand van een reactie van een medisch adviseur en/of een partijdeskundige.

Verkerk wijst op de uitspraak van het EHRM van 2 juni 2005 in de zaak Cottin-België⁵¹ waaruit volgt dat onvoldoende effectieve invloed niet zonder meer kan worden gerepareerd door alsnog gelegenheid te geven op de rapportage van de deskundige te reageren. In dat geval zou volgens het hof een nieuwe deskundige moeten worden benoemd. Daaraan lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat een nieuwe inspraakronde tot een wassen neus verwordt, omdat deskundigen zelden afwijken van een eenmaal ingenomen standpunt, ook al wordt terechte kritiek geleverd. Het komt er dus op aan dat de betrokkenen in staat worden gesteld invloed op de deskundigenrapportage uit te voeren, voordat de deskundige zijn mening heeft gevormd.

Tegen deze achtergrond is voor een beperkte uitleg van artikel 198 lid 2 Rv, dat partijen de gelegenheid geeft opmerkingen te maken naar aanleiding van het deskundigenrapport en de deskundige verzoeken te doen, geen aanleiding. Integendeel.

In de zaak Eggertsdóttir/IJsland waren de ouders van mening dat het geboorteletsel van hun dochtertje Sara was veroorzaakt door medische fouten. De rechter in eerste aanleg wees de vordering van de ouders toe. In hoger beroep schakelde de rechter de IJslandse raad van medisch deskundigen in om hem voor te lichten over de vraag of er sprake was van onzorgvuldig medisch handelen. Vier leden van deze raad werkten in het ziekenhuis waar Sara was geboren. Op basis van de rapportage van de raad was de appelrechter van oordeel dat geen sprake was van medische fouten, en wees hij de vordering alsnog af.

Bij het Europese Hof was vooral de vraag aan de orde of de door de rechter ingeschakelde raad van medisch deskundigen voldoende onpartijdig was. Daaraan kon worden getwijfeld door de banden van vier leden van de raad van medisch deskundigen met het ziekenhuis waar de vermeende medische fouten waren gemaakt. Bovendien had de medisch directeur van het ziekenhuis al stevige kritiek geuit op het vonnis van de rechter in eerste aanleg. Er was daarom reden te twifelen aan de objectiviteit en neutraliteit van de door de rechter ingeschakelde medisch deskundigenraad. Omdat ook in deze zaak aan de medisch deskundigen dezelfde vraag werd voorgelegd als die ter beoordeling voorlag bij de rechter, straalde het gebrek aan onafhankelijkheid van de ingeschakelde deskundigen af op de rechter. Het vonnis dat mede

46. NJ 2004, 74.

47. Uitzonderingen bevestigen de regel. Zie: S.D. Lindenberg, De invloed van fundamentele rechten in het personenschaderecht, TVP 2004, p. 110-114, J.M. Beer, Vergoeding van personenschade en het EVRM, A.Ae. 2006, p. 259-264 en R.R. Verkerk, Procesrechtelijke waarborgen voor een betrouwbaar deskundigenonderzoek, NTBR 2007, p. 491-500.

48. Zie in dit verband HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414 en Hof Arnhem 27 juni 2006, JA 2006, 119.

49. EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278.

50. EHRM 5 juli 2007, EHRC 2007, 115.

51. Zie noot 41 en EHRC 2005, 72.

op dat deskundigenbericht is gebaseerd, beantwoordde daardoor niet aan de eisen die worden gesteld aan een eerlijk proces.

Uit deze uitspraak van het Europese Hof leid ik af dat de rechter een niet-onafhankelijk oordeel niet zonder meer mag volgen. Daarin ligt besloten dat de rechter de onafhankelijkheid van de door hem ingeschakelde deskundige grondig dient te onderzoeken. Een uitspraak die is gebaseerd op een niet-onafhankelijk deskundigenbericht, kan leiden tot de conclusie dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces.

Het is duidelijk dat in Straatsburg bepaald niet lichtvaardig wordt gedacht over de invloed van het deskundigenbericht op de vraag of sprake is geweest van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Juist omdat de rechter met het inschakelen van een deskundige zijn kerntaak voor een deel uit handen geeft, rust op hem de plicht zich ervan te verzekeren dat de onafhankelijkheid van de deskundige boven iedere twijfel is verheven en is hij gehouden erop toe te zien dat partijen effectieve invloed hebben kunnen uitoefenen op het deskundigenbericht.

11. Slot

Het (medisch) deskundigenbericht vormt een van de grootste knelpunten in beroepsziektezaken. De bezwaren betreffen niet alleen de lange doorlooptijd van expertises, maar ook de inhoud. Rapportages zijn niet zelden van matige kwaliteit. Ook medici onderkennen dat. Dat heeft geleid tot de oprichting van de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportages (WMSR), een samenwerkingsverband van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie, de Nederlandse Orthopedische Vereniging, de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie en de Nederlandse Vereniging voor Heelkunde en vertegenwoordigers van de Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in een particuliere Verzekeringszaak (GAV), met als doel de kwaliteit van medisch specialistische rapportages te verbeteren.

Ook de juristen laten zich niet onbetuigd. Vanuit de wetenschap en rechtspleging zijn talrijke initiatieven ontwikkeld om de procedure van het medisch deskundigenbericht te stroomlijnen.

Een concreet resultaat daarvan is bijvoorbeeld 'De leidraad deskundigen in civiele zaken', zoals opgesteld door de Raad voor de rechtspraak. Die leidraad maakt een einde aan de afwijkende instructies die de verschillende gerechten aan deskundigen in civiele zaken gaven.⁵² In dit verband mag ook de Aanbeveling voor de procedure voor een medisch deskundigenbericht, een project van de projectgroep Medisch Deskundigen in de rechtspleging van de VU in samenwerking met de IWMD, niet ongenoemd blijven.⁵³ Door het ministerie van Justitie wordt momenteel gewerkt aan de totstandkoming van een algemeen register voor alle gerechtelijk deskundigen.⁵⁴ Daartoe is al een aantal bijeenkomsten van rechters, medici en wetenschappers gehouden.

Het lijkt er dus op dat over een aantal jaren de rechters alleen nog deskundigen uit dit algemene register zullen benoemen. De kwaliteit van deze deskundigen wordt dan gewaarborgd door (permanente) opleiding, visitatie enzovoort.

Al deze initiatieven geven aan dat de rechtspraktijk doordrongen is van de urgentie om tot verbetering te komen van medisch deskundigenberichten.

Naast de inhoud verdienen ook de procedurele aspecten van het deskundigenbericht aandacht. Het Straatsburgse Hof heeft duidelijk gemaakt dat de rechter zijn oordeel niet mag baseren op een medisch deskundigenrapport waarop geen effectieve invloed mogelijk is geweest en waarbij twijfel bestaat over de onafhankelijkheid van de deskundige. De eisen die het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM stelt aan het medisch deskundigenbericht in personenschadezaken in het algemeen en beroepsziektezaken in het bijzonder, verdienen meer aandacht dan deze tot nu in onderzoek en literatuur hebben gekregen. Vooral de vraag hoe de terughoudende jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de rol en invloed van partijen op een medisch deskundigenbericht in het kader van hoor en wederhoor zich verhoudt tot de Straatsburgse jurisprudentie, zou diepgaander onderzocht moeten worden.

Tot slot wil ik een lans breken voor het horen van de deskundige op de zitting naar aanleiding van zijn (concept)rapportage. Dit is mogelijk op basis van artikel 194 lid 5 Rv. Rechters zijn zelden geneigd om een dergelijk verzoek toe te wijzen. Het is naar mijn mening hét middel bij uitstek om partijen in de gelegenheid te stellen de bruikbaarheid van de deskundigenrapportage voor het beantwoorden van de relevante juridische vragen te toetsen en zo effectieve invloed op het deskundigenbericht uit te oefenen zoals bedoeld door het Straatsburgse Hof. Wel eist het beginsel van hoor en wederhoor dan dat de rechter partijen de gelegenheid geeft zich te beraden als de deskundige op de zitting met nieuwe feiten of conclusies komt.

Uit door de Raad voor de rechtspraak en de VU in het kader van lopend onderzoek naar inzet van deskundigen in de rechtspraak georganiseerde expertmeetings komt naar voren dat het horen van de deskundigen op de zitting door medici, rechters en advocaten als een belangrijke verbetering wordt gezien in de wijze waarop in het civiele recht met deskundigenberichten wordt omgegaan. Die verbetering is nodig gelet op het nauwelijks te onderschatten gewicht van deskundigenberichten voor de centrale vraag bij beroepsziektezaken.

Mr. M. Zwagerman, advocaat bij Beeradvocaten te Amsterdam

52. Zie voor een overzicht van die initiatieven Van Dijk 2007, p. 437-439.

53. Zie daarover M.H. Elferink, Aanbeveling voor de procedure voor een medisch deskundigenbericht, TVP 2005, p. 40-48.

54. Zie Van Dijk 2007, p. 437-439.