

8 Deskundigen en deskundigenberichten

Nico Keijser



Nederlandse bedrijven besteden jaarlijks miljarden euro aan ICT-projecten. Aan veel van deze projecten gaat normaliter een periode van weloverwogen intern onderzoek – eventueel met gebruik van externe deskundigheid – vooraf. Daarna dient het pakket van wensen en eisen in overeenstemming gebracht te worden met de mogelijkheden van de leverancier. Een groot aantal projecten bereikt een succesvolle afronding, maar nog steeds te veel ICT-projecten mislukken. De pers bericht regelmatig over het mislukken van automatiseringsprojecten en ook verschijnen er onderzoeken naar het waarom, zoals het onderzoek ‘Succes en falen van ICT-trajecten’ van Nico Beenker, managing consultant bij automatiseerder Ordina.¹ Onlangs zei hij in een interview met het Financieele Dagblad² dat momenteel zelfs één op de zes projecten mislukt. Reden voor hem om een nieuw gedegen en onafhankelijk onderzoek te starten naar succes- en faalfactoren. Ook de Stichting Geschillenoplossing Organisatie en Automatisering (SGOA), wordt vaak ingeschakeld voor arbitrages en mediations op het gebied van de informatisering. Leden van de NVBI treden regelmatig op als deskundigen tijdens de verschillende fasen van projecten die dreigen te mislukken.

Een goede reden om de persoon van de deskundige én het nut van het inschakelen van een deskundige eens nader te belichten.

Deskundigen

Deskundigen in een geschil

Een manager kan worden geconfronteerd met uitlopende levertijden, mislukkende deeloplevering van projecten of falende software. Voor die manager is het dan een lastige klus om te achterhalen waar of wanneer de fout is opgetreden. Over de manier waarop de problemen kunnen worden opgelost, zoekt de manager in eerste instantie contact met de leverancier. Vaak volgt dan een moeizaam overleg, want ook de leverancier blijkt niet altijd in staat de pijnpunten goed aan te geven. Hij heeft de neiging om de schuld bij de opdrachtgever te leggen. Die heeft in zijn ogen bijvoorbeeld de wensen en eisen gaandeweg het proces gewijzigd of flink afgedongen op de prijs; of de opdrachtgever heeft de levertijd bekort of de details van de opdracht veranderd. Dan blijkt dat de manager en de leverancier niet dezelfde taal spreken. In veel gevallen treedt in deze fase een Babylonische spraakverwarring op. Deze spraakverwarring is vaak terug te voeren naar de eerste contacten tussen opdrachtgever en opdrachtnemer en tot het opgestelde contract.

In zo'n situatie kan het nuttig zijn om in enig stadium - liefst al bij de eerste contacten, maar ten minste voordat partijen formeel een conflict hebben - iemand in te schakelen die de taal van beide partijen spreekt en hun belangen begrijpt. Dat is dus iemand met een ruime mate van bedrijfskundig inzicht die het bedrijf en de wensen en de problemen van het management verstaat. Diezelfde persoon moet ook in de huid van de automatiseerder kunnen kruipen, zijn taal spreken en begrijpen wat wel en niet kan.

Uit het Jaarverslag van de NVBI over 1995

De makelaar is vanouds degene die het product en de markt door en door kent en als onafhankelijke deskundige tussen koper en verkoper staat. Een oud beroep. Vermoedelijk even oud als de handel zelf. Zo is het oudste document, waarin de makelaar genoemd wordt en dat in ons land bewaard is gebleven, een handvest van Graaf Floris V, waarin hij in 1284 zijn recht om makelaars aan te stellen overdroeg aan de stedelijke overheid van Dordrecht. Ook in latere Ordonnantiën en Keuren vindt men regels en voorschriften voor het uitoefenen van het beroep van makelaar en strafbepalingen tegen beunhazen.

In de Franse tijd werden makelaars benoemd door de Keizer, een voorrecht dat na het herstel van de onafhankelijkheid uiteraard toekwam aan de Koning. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel in 1838 werd bepaald dat beëdiging zou plaatsvinden door de arrondissementsrechtbanken.

De leden van de NVBI mogen zich dus tooien met een persoonlijke titel, met een rijke historische achtergrond. Zij oefenen hun beroep uit op een eigentijdse manier, aangepast aan de eisen des tijds en aan de eisen van het vak: de informatietechnologie.

In ons vak houdt de makelaar zich namelijk niet uitsluitend bezig met het tot elkaar brengen van koper en verkoper, maar is zijn dienstverlening ook gericht op het begeleiden van de goede samenwerking. Automatiseringsovereenkomsten zijn immers per definitie samenwerkingsovereenkomsten, soms met een lange looptijd. Daardoor beperkt de makelaar in de IT-sector zich niet tot het voorbereiden en het sluiten van de overeenkomst, maar blijft hij betrokken bij het gehele traject.

Een forse dosis mensenkennis is niet overbodig.

Denk dus aan een ervaren persoon.

Een ICT-deskundige die in dit stadium, in overleg met de manager en de leverancier, een *'fact finding mission'* uitvoert, kan helderheid verschaffen over de feiten en daarmee over de te betrekken stellingen bij een eventuele juridische actie. Een dergelijke missie kan zelfs al leiden tot de oplossing van het geschil en tot het alsnog succesvol afronden van het project."

Wanneer de manager meent dat de zaak onherroepelijk is vastgelopen – wanneer het dus eigenlijk al te laat is – is zijn volgende stap meestal het inschakelen van de interne juridische afdeling of een advo-

caat. En dan hangt er weer een nieuwe spraakverwarring in de lucht. De jurist concludeert vaak dat er sprake is van wanprestatie, want er is immers niet geleverd wat in de overeenkomst staat. Brieven, geformuleerd in scherpe juridische taal, gaan de deur uit richting leverancier. Het conflict escaleert onafwendbaar tot een rechtszaak en dan moet de rechter het pleit beslechten. Maar ook dan zullen er meestal deskundigen aan te pas komen.

Wanneer een deskundige moet worden ingeschakeld, moet dat een geschikt persoon zijn. De zakenrelatie die er toevallig veel vanaf weet of het hoofd van de afdeling is meestal geen goede keuze. Deze personen

zijn bij voorbaat niet onafhankelijk. In het geval van een juridische procedure zal de rechter of de tegenpartij die onpartijdigheid direct in twijfel trekken.

Een als deskundige geschikt persoon boogt op een gedegen kennis van de desbetreffende branche. Het bewijs van die branchekennis kan bijvoorbeeld worden gevonden in het lidmaatschap van een beroepsvereniging. De meeste beroepsverenigingen kennen regels voor permanente educatie, zodat de leden blijven op het vakgebied.

De NVBI is zo'n beroepsvereniging op het snijvlak van ICT, Bedrijfskunde en Recht. Aan de leden worden hoge eisen gesteld op het gebied van kennis en kunde, integriteit en onafhankelijkheid. De NVBI komt voort uit de beroepsgroep van makelaars in hard- en software, maar heeft zich geëvolueerd tot een vereniging van gecertificeerde deskundigen.

Een andere manier om een geschikt persoon te vinden is iemand zoeken die veel publiceert in vakbladen of op vergelijkbare wijze geeft te beschikken over brede kennis op het vakgebied. Kennis van de juridische procedures rondom het deskundigenbericht zal zeker tot voordeel strekken. Inmiddels bestaat er een Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen (LRGD)³. Daarin zijn personen vermeld die een gedegen kennis op hun vakgebied aan inzicht in juridische procedures.

Deze eisen aan de persoon van de deskundige zijn van belang voor alle hierna te bespreken soorten deskundigenberichten.

Deskundigenberichten

Soorten deskundigenberichten

Wanneer een geschil daadwerkelijk uitmondt in een juridische strijd voor de rechter, kan op diverse manieren een deskundige geraadpleegd worden. Hij kan dan een rapportage uitbrengen als:

- een deskundigenbericht op verzoek opdrachtgever en opdrachtnemer;
- een deskundigenbericht van een eigen deskundige;
- een voorlopig deskundigenbericht op verzoek van een partij;
- een deskundigenbericht in opdracht van de rechter.

Bij de laatste twee worden de termen 'deskundige' en 'deskundigenbericht' gebruikt in de zin van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (artt. 194-200). Bij de eerste twee hebben de termen betrekking op respectievelijk een door beide partijen of door een der partijen aangestelde onafhankelijke deskundige, en de in opdracht van partij(en) op te stellen rapportage. Wanneer de deskundige in de eerste twee gevallen zijn werk op de juiste wijze verricht, hecht een rechter mogelijk grote waarde aan zo'n rapport.

Gezamenlijk deskundigenbericht

Wanneer opdrachtgever en opdrachtnemer van mening verschillen over de kwaliteit van een geleverd systeem of over het resultaat of tussenresultaat van een automatiseringstraject, kunnen zij gezamenlijk een deskundige in de arm nemen om onderzoek te doen en een onpartijdig oordeel te geven. Zij kunnen dan op basis van objectieve informatie beslissen

wat hen verder te doen staat om het verschil van mening op te lossen. Zo nodig kunnen zij de deskundige vragen om concrete voorstellen te doen voor verbetering of herstel. De opdrachtgevers kunnen immers zelf bepalen welke vragen zij voorleggen aan de deskundige en zij kunnen – zolang ze het daarover met elkaar eens zijn – zelf de grenzen stellen aan de opdracht aan de deskundige; zolang de opdracht maar uitgevoerd kan worden binnen de grenzen van de beroeps- en gedragsregels van de deskundige die uiteraard zijn eigen verantwoordelijkheid heeft. Als basis voor de opdracht dient bij voorkeur te gelden, dat de onderzoeker zijn onderzoek moet uitvoeren alsof hij door de rechter is benoemd. Dit wil zeggen dat hij middels hoor en wederhoor een gedegen onderzoek uitvoert waarin feiten en argumenten van beide partijen aan bod komen. Op die wijze ontstaat een rapport dat bruikbaar is in alle stadia van het geschil. De rechter blijkt een dergelijk rapport dan ook in veel gevallen als bewijsmiddel te hanteren.

Deskundigenbericht van een eigen deskundige

Een deskundigenbericht van een eigen deskundige (partijdeskundigenbericht) kan het beste omschreven worden als een eenzijdig, maar in beginsel wel onpartijdig feitenonderzoek. Toch is die onpartijdigheid cruciaal, want een rapport dat de zaken rooskleuriger voorstelt dan ze zijn, kan de opdrachtgever en zijn advocaat op het verkeerde been zetten. Die zouden dan op onjuiste gronden ervoor kunnen kiezen om een procedure aan te spannen, in plaats van verder te onderhandelen of kunnen kiezen voor een andere methode van geschilbeslechting.

De opdracht aan de deskundige moet dan ook hier zijn dat hij naar het geschil kijkt als ware hij een door de rechter benoemde deskundige. Probleem is uiteraard wel, dat de deskundige, anders dan bij een gezamenlijke benoeming of een benoeming door de rechter, niet kan beschikken over de ongefilterde informatie van de andere partij. Het toepassen van hoor en wederhoor – dat wettelijk verplicht is op grond van RV artikel 198 lid 2 – is in de praktijk niet mogelijk wanneer de andere partij niet mee wil werken of niet gevraagd is mee te werken aan het onderzoek. Een partijdeskundigenbericht zal daarom in een procedure slechts beperkte bewijskracht hebben. De rechter *kán* partijdeskundigen wel horen.

Onderzoek door een onpartijdige derde is vrijwel altijd noodzakelijk, wanneer er geprocedeerd moet gaan worden. Partijen dienen in een procedure immers hun stellingen te onderbouwen met bewijzen. In de praktijk is het niet meer voldoende dat de advocaat namens zijn cliënt opschrijft wat er volgens hem mankeert aan het systeem of aan de uitvoering van de opdracht. Sinds de invoering van het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002, in het bijzonder door de '*waarheidsplicht*' in artikel 21, worden er hogere eisen gesteld aan de stukken die partijen in het geding brengen. Een claim moet dus goed zijn onderbouwd.

Dat laat onverlet dat de rechter niet kan afgaan op een partijdeskundigenbericht, al was het maar doordat het voor de hand ligt dat de andere partij een rapport zal overleggen dat gebaseerd is op de

gegevens van die partij. De rechter benoemt dan zelf een of meer deskundigen om uit te zoeken hoe de feiten liggen. Voor er een beslissing genomen wordt, liggen er dus drie rapporten.

Voorlopig deskundigenbericht

Een partij die onpartijdig deskundigenonderzoek wil laten doen en die geconfronteerd wordt met een wederpartij die daaraan niet wil meewerken, kan de rechter vragen om een voorlopig deskundigenonderzoek te gelasten. Het woord 'voorlopig' betekent hier alleen dat het deskundigenbericht niet wordt uitgebracht in het kader van een lopende procedure, maar dat dit op verzoek van een partij wordt uitgevoerd. Die verzoekende partij moet uiteraard wel belanghebbende zijn. In het verzoek moet duidelijk worden gemaakt wat de vordering inhoudt, over welke punten de deskundige zich moet buigen en om welke gegevens van de te onderzoeken partij het gaat.

Een voorlopig deskundigenbericht wordt veelal aangevraagd wanneer de verzoekende partij vreest dat de andere partij informatie later niet meer beschikbaar zal hebben, bijvoorbeeld door opzettelijk wijzigen of verwijderen. Toch kan een voorlopig deskundigenbericht ook worden aangevraagd omdat niet gewacht kan worden tot de gerechtelijke procedure in het stadium is gekomen waarin de Rechtbank een deskundige benoemt. Als een partij door het deskundigenbericht zekerheid kan verkrijgen over relevante feiten en omstandigheden, kan de rechter zo'n verzoek niet weigeren. Daarover heeft de Hoge raad zich in 1998 uitgesproken.

Het initiatief voor een voorlopig deskundigenbericht wordt dus genomen door een van de partijen, maar op de benoemingsprocedure en de uitvoering van het onderzoek door de deskundige zijn dezelfde wettelijke regels van toepassing als die van het deskundigenbericht in opdracht van de rechter (zie hier-na). Het uitgebrachte deskundigenbericht heeft dan ook geen voorlopig karakter en de bewijskracht heeft hetzelfde gewicht als het in opdracht van de rechter uitgebrachte deskundigenbericht.

Deskundigenbericht in opdracht van de rechter

“De rechter kan op verzoek van een partij of ambts-halve een bericht of een verhoor van deskundigen bevelen”, zegt artikel 194 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dat zal het geval zijn, wanneer de rechter een beslissing moet geven waarvoor andere dan juridische vakkennis noodzakelijk is. In zaken over ICT zal dit veelal zo zijn. Zelfs als de betrokken rechter affiniteit heeft met de materie kan en mag hij niet vertrouwen op zijn ervaring. Hij kan er namelijk niet zeker van zijn dat zijn eigen wetenschap toereikend is.

De Wet stelt geen andere eisen aan de deskundige dan dat deze zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten zal volbrengen, maar de rechter zal niet anders dan na overleg met partijen overgaan tot benoeming van een deskundige. Het is dus zaak dat partijen, ondanks hun verschil van mening, proberen om in goed overleg tot de benoeming van een capabele deskundige te komen. De rechter kan dan niet een deskundige benoemen wiens deskundigheid

door de rechter zelf voldoende geacht wordt, maar waarvan de – eveneens deskundige – partijen minder onder de indruk zijn.

Het is voor partijen van groot belang om gebruik te maken van de mogelijkheid om zich uit te laten over de te benoemen deskundige en gebruik te maken van de mogelijkheden voor overleg daarover. Want naast het belang van voldoende basiskennis van het vakgebied is het optreden als deskundige in rechte een vak dat geleerd moet worden.

Tot slot

Het inschakelen van een ‘deskundige met een oormerk’ kan in veel gevallen bijdragen aan een goed verloop van de verschillende fasen van een geschil.

Het verdient aanbeveling een deskundige al in te schakelen in de fase van de formulering van de eerste wensen en eisen. In verschillende stadia van een project echter kan de inbreng van een deskundige behulpzaam zijn bij het maken van de juiste keuzen. Hij kan ondernemers behoeden voor het maken van een foute inschatting of het opstarten van een bij voorbaat kansloze juridische actie. Het opstellen van een deskundigenbericht wordt gedaan in opdracht van een civiele rechter, maar kan ook door partijen geïnitieerd worden.

NVBI-leden hebben verschillende specialisaties en verschillende achtergronden. Door overleg kan vastgesteld worden welke kennis noodzakelijk is ofwel welke persoon geschikt is voor een onderzoek. Kortom wie goed bij het desbetreffende type bedrijf

of project past. In veel gevallen werken NVBI-leden met verschillende achtergronden ook samen aan opdrachten.

Onafhankelijk van het soort deskundigenbericht of de opdrachtgever – rechter dan wel partij(en) – is het zaak dat de deskundige zijn opdracht altijd uitvoert alsof hij door de rechter is benoemd.

Referenties

¹ *Studie naar succes- en faalfactoren van complexe ICT-projecten, Nico Beenker, 10 mei 2004*

² *Het Financieele Dagblad, 6 april 2007*

³ *www.lrgd.nl*