

Artikelen

| 115 | De deelgeschilprocedure: de kosten van de procedure en de (on)mogelijkheden van hoger beroep

mr. J.G. Keizer¹

De wetgever heeft bepaald dat de kosten van de deelgeschilprocedure door de aansprakelijke partij moeten worden vergoed. Die regeling is nodig om de toegang tot de deelgeschilrechter voor het slachtoffer ook daadwerkelijk te effectueren. Toegelicht wordt wanneer een begroting van de redelijke kosten door de rechter achterwege kan blijven, en wanneer wel of geen veroordeling in die begrote kosten kan worden uitgesproken. Om die toegang tot de procedure te waarborgen, moet het achterwege blijven van een begroting van de kosten een uitzondering blijven. Tenslotte wordt ingegaan op de wijze van begroting van de kosten. Omdat de deelgeschilprocedure een processueel instrument ten behoeve van de buitengerechtelijke onderhandelingen is, zal het uurtarief dat in die onderhandelingsfase is gehanteerd doorslaggevend moeten zijn. Het spreekt niet in alle situaties vanzelf dat de kostenveroordeling bij het deelgeschil het eigen schuldpercentage naar evenredigheid volgt en in sommige situaties is dat in strijd met het door de wetgever ontworpen systeem van de kostenveroordeling bij het deelgeschil.

Tevens wordt stilgestaan bij het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014, waarin de Hoge Raad bevestigde dat de zogenaamde doorbrekingsgronden ook van toepassing kunnen zijn in deelgeschilprocedures. Met een beroep op één van de doorbrekingsgronden kan het appelverbod van artikel 1019bb Rv worden doorbroken. Uit de beschikbare jurisprudentie over de doorbrekingsgronden en het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 wordt duidelijk dat deze gronden zeer restrictief worden toegepast. Een beroep op deze gronden zal daarom niet snel slagen. De praktische betekenis van het arrest van de Hoge Raad is in zoverre dan ook gering. Partijen zullen zich bij het oordeel van de rechter dat een geschil wel of niet geschikt is voor behandeling in een deelgeschilprocedure moeten neerleggen. Als één van de partijen het vervolgens op inhoudelijke gronden niet eens is met een eindbeschikking in deelgeschil, kan zij de deelgeschilbeschikking in een bodemprocedure – hetzij gelijktijdig met het eindvonnis, hetzij bij wijze van tussentijds appel met verlof van de bodemrechter – alsnog aanvechten.

1. Inleiding

De deelgeschilprocedure is in 2010 ingevoerd vanwege de “breed levende wens in maatschappij en politiek om tot vereenvoudiging van de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade te komen”.² De – niet geheel onlogische – gedachte van de wetgever was dat een bodemprocedure partijen juist vaker verder van elkaar verwijderde, dan dat het een eindoplossing van vaak jarenlange conflicten via een minnelijke regeling bespoedigde. Bovendien werd door de wetgever en politiek gerefereerd aan de vaak hoge proceskosten van de bodemprocedure, waardoor veel slachtoffers zich – begrijpelijk – lieten afschrikken om hun potentieel recht-

vaardige vordering aan de rechter voor te leggen. Vaak werd dan “contre coeur” een minnelijke regeling geaccepteerd. Het is nodeloos om te vermelden dat die gang van zaken het herstel- en verwerkingsproces voor het slachtoffer weinig goeds deed,³ terwijl wetenschappelijk onderzoek juist steeds meer aantoonde dat een procedure op tegenspraak – waarbij het slachtoffer ook zelf de mogelijkheid heeft om zijn/haar verhaal te doen – soms ook juist kan bijdragen aan het rechtvaardigheidsgevoel van benadeelden, zelfs als hun vordering door de rechter is afgewezen.⁴ Uiteraard betekent dit niet dat een procedure altijd te prevaleren is boven een minnelijke regeling (integendeel), maar het is dus wel terecht dat de wetgever oog heeft gehad voor een uitbreiding van de pro-

¹ Jasper Keizer is advocaat bij Sap Letselschade Advocaten.

² MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr 3, p.1

³ Zie met name de publicaties van de VU over de gezondheidseffecten van de letselschadeprocedure, zoals o.a. het proefschrift van Elbers (in te zien via www.vu.nl) en het WODC-rapporten “Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht” (I en II), in te zien via www.wodc.nl

⁴ Elbers & Akkermans, ‘Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering’, TVP 2013, nr. 2, p. 34.

cesmogelijkheden voor slachtoffers. Dat wordt overigens breed – ook door verzekeraars – gedragen.⁵

De deelgeschilprocedure zal binnenkort⁶ door de wetgever worden geëvalueerd. Ik wil in onderstaand artikel stilstaan bij twee aspecten die in (de meest) relevante mate aan het succes van de deelgeschilprocedure bijdragen, te weten de (redelijke) kosten van de procedure en de status van de uitspraak. In het eerste gedeelte zal ik toelichten wat de belangrijkste overwegingen van de wetgever zijn geweest om de kosten van de procedure voor rekening van de aansprakelijke partij te laten brengen, en onder welke omstandigheden van dat uitgangspunt kan worden afgeweken. Ik zal ook aandacht besteden aan de mogelijke invloed van het leerstuk van eigen schuld (artikel 6:101 BW) op de kostenveroordeling, en enkele gezichtspunten bespreken die een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van de kostenbegroting.

De deelgeschilprocedure kon en kan alleen succesvol worden indien partijen zich ook daadwerkelijk wat moeten aantrekken van de uitspraak van de deelgeschilrechter. In artikel 1019 cc Rv is daarom bepaald dat de bodemrechter in beginsel gebonden is aan het oordeel van de deelgeschilrechter. Minstens zo belangrijk om de status van de uitspraak van de deelgeschilrechter te onderstrepen is artikel 1019bb, dat bepaalt dat (direct) hoger beroep tegen die uitspraak is uitgesloten. Recent heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 april 2014⁷ overwogen dat dit appelverbod op grond van de zogenaamde doorbrekingsjurisprudentie terzijde kan worden geschoven. Ik zal in het tweede gedeelte van dit artikel dieper ingaan op dit arrest en de (praktische) consequenties daarvan. Daarnaast bespreek ik de in artikel 1019cc opgenomen mogelijkheid om in bodemprocedure op te komen tegen een onwelgevallige uitspraak van de deelgeschilrechter, en in het bijzonder de wijze waarop die procedure aanhangig moet worden gemaakt, nu een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 11 februari 2014⁸ daarover de nodige onzekerheid schept, doordat dit gerechtshof – anders dan enkele andere hoven – overwoog dat tussentijds appel moet worden ingeleid bij beroepschrift.

Met dit artikel wordt beoogd een overzicht te geven van de stand van zaken ten aanzien van het kostenaspect en de (on)mogelijkheden van hoger beroep in de deelgeschilprocedure. Aan de hand daarvan zullen – met het oog op de komende evaluatie – enige aandachts- en verbeterpunten worden besproken.

2. De kosten van de procedure

Aangezien de hoge proceskosten vaak de belangrijkste barrière vormden voor het slachtoffer om zijn recht te halen, was het duidelijk dat in de Wet Deelgeschillen moest worden voorzien in een voor het slachtoffer gunstiger kostenregeling. In die behoefte wordt voorzien via artikel 1019aa Rv, dat kort gezegd bepaalt dat de redelijke kosten van het slachtoffer die gemaakt worden in verband met het voeren van de deelgeschilprocedure door de aansprakelijke partij moeten worden voldaan. Bovendien bepaalt artikel 1019aa Rv dat de kosten niet van kleur verschieten indien later alsnog een bodemprocedure volgt (1019aa lid 2) en dat het slachtoffer niet in de proceskosten van de verzekeraar kan worden veroordeeld, indien de beschikking van de deelgeschilrechter voor hem negatief uitvalt (1019aa lid 3).

De wetgever motiveert het opnemen van artikel 1019aa Rv in de wettelijke regeling als volgt⁹:

“In de deelgeschilprocedure worden de proceskosten van de persoon die schade door dood of letsel lijdt, in beginsel behandeld als buitengerechtelijke kosten en begroot op de voet van artikel 96, tweede lid, van Boek 6 BW. Deze procedure is zozeer verbonden met een afwikkeling buiten rechte, dat de daarvoor gemaakte kosten ook mogen worden beschouwd als kosten van buitengerechtelijke afwikkeling. Het gevolg daarvan is dat deze kosten in beginsel, mits in redelijkheid gemaakt, voor volledige vergoeding in aanmerking komen. Deze wijze van kostenberekening verlaagt de financiële drempel voor de benadeelde om een deelgeschilprocedure in te stellen.”

Duidelijk is aldus dat de wetgever heeft beoogd om de drempel voor het slachtoffer te verlagen om zijn recht voor de rechter te halen. De bescherming van de positie van het slachtoffer werkt verder door, doordat de wetgever heeft bepaald dat de kosten ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, zelfs indien het verzoek op inhoudelijke gronden wordt afgewezen¹⁰:

“Dit dient overigens te worden onderscheiden van de situatie waarin de rechter het verzoek afwijst zonder dat daarvan [van het volstrekt onnodig of onterecht instellen van de procedure, JGK] sprake is. In dat geval kunnen de kosten van de voorgestelde procedure ook voor vergoeding in aanmerking komen, indien het redelijk was om de met de procedure gemoeide kosten te maken. “

De bescherming van de positie van het slachtoffer werkt nog verder door, doordat de wetgever heeft uitgesloten dat het slachtoffer in de proceskosten van de aansprake-

⁵ Zie PIV-jaarverslag 2013, www.stichtingpiv.nl

⁶ Juli 2014 (4 jaar na inwerkingtreding wetsvoorstel), Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 518, nr. 8. p. 14.

⁷ ECLI:NL:HR:2014:943 en JAR 2014/125 m.nt. N.T. Dempsey.

⁸ Alleen te raadplegen via www.letselschademagazine.nl (opmerkelijk genoeg bij het verschijnen van deze uitgave nog niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.)

⁹ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 4.

¹⁰ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 12 en 13.

lijke partij veroordeeld kan worden, indien hij in de deelgeschilprocedure in het ongelijk wordt gesteld (artikel 1019aa lid 3 Rv¹¹). De ratio daarachter is volgens de wetgever de volgende¹²:

“Voor de vraag of de kosten van verweer door de verzoeker moeten worden vergoed indien hij in het ongelijk is gesteld, zij het volgende opgemerkt. Dat de kosten die de wederpartij van de benadeelde maakt, niet worden vergoed, ook indien de benadeelde in de deelgeschilprocedure in het ongelijk wordt gesteld, vloeit voort uit het feit dat deze procedure in feite onderdeel is van de buitengerechtelijke onderhandelingsfase. De kosten die de verweerder in de buitengerechtelijke fase maakt, komen nimmer voor vergoeding in aanmerking. Dit zou slechts anders zijn indien het onrechtmatig zou zijn om een deelgeschilprocedure in te stellen. Daarvan zal zelden sprake zijn omdat procederen, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt (vgl. HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651)”

Tenslotte wordt de bescherming van de positie van het slachtoffer gewaarborgd doordat artikel 1019aa lid 2 Rv bepaalt dat de kosten van de deelgeschilprocedure, als daarna een bodemprocedure volgt, niet van kleur verschieten. Hoewel de wetgever oorspronkelijk van voornemens was om de kosten wel van kleur te laten verschieten, blijkt uit de toelichting op het (aangenomen) amendement van Gerkens dat en waarom daarvan uiteindelijk toch is afgezien¹³:

“Gelet op het feit dat de aansprakelijke partij (veelal een verzekeraar) een duidelijk sterkere positie inneemt, is het gerechtvaardigd de kosten voor een deelgeschilprocedure, die eenmaal ten laste van de aansprakelijke partij zijn gebracht, daar ook te laten. Daarmee wordt voorkomen dat de omvang van de te vergoeden kosten op de achtergrond bij de buitengerechtelijke afwikkeling een rol speelt.”

Dat dit alles kan helpen om te voorkomen dat nog “contre coeur” met bepaalde schikkingsvoorstellen akkoord wordt gegaan, onderkent de minister in reactie op vragen van de Eerste Kamer¹⁴:

“Ik sluit met deze leden niet uit dat in situaties waarin benadeelden nu instemmen met een schikking omdat zij opzien tegen de duur, kosten en psychische belasting van een bodemprocedure, daarmee na inwerkingtreding van dit voorstel niet meer instemmen omdat zij eerst het oordeel van de rechter over een deelgeschil willen hebben. Dit effect is naar mijn mening

positief te waarden indien daardoor een schikking tot stand komt die meer recht doet aan de belangen van de betrokken partijen. (...) Wel is de kans kleiner dat een slachtoffer tegen zijn zin toegeeft omdat hij moe is van jarenlange onderhandelingen kleiner naarmate de afhandeling dankzij een deelgeschilprocedure sneller verloopt.”

Het feit dat de wetgever met de invoering van de Wet Deelgeschillen met name oog lijkt te hebben gehad voor de positie van het slachtoffer, laat onverlet dat de deelgeschillenprocedure natuurlijk ook voor verzekeraars voordelen biedt, waaronder met name het (kunnen) bevorderen van de omloopsnelheid van een letselschadedossier.¹⁵ Het is immers (bepaald) niet ondenkbaar dat de te maken (extra) proceskosten op de korte(re) termijn zeer wel opwegen tegen de daardoor bespaarde transactiekosten die bij het (langer) doorlopen van het letselschadedossier gemaakt moeten worden. Daarnaast profiteren verzekeraars uiteraard ook indirect van een betere rechtsingang voor slachtoffers, omdat dat de tevredenheid over de letselschaderegeling van slachtoffers als geheel ten goede zal komen, welke tevredenheid ook zal uitstralen op de verzekeringsbranche.¹⁶

De hoofdregel is dus dat de rechter de kosten moet begroten, en op verzoek daartoe¹⁷ de aansprakelijke partij veroordeelt om die begrote kosten aan het slachtoffer te betalen. Op die hoofdregel bestaan natuurlijk ook uitzonderingen, die hierna aan de orde zullen komen.

2.1 In welke situaties kan een begroting van de kosten achterwege blijven?

In de eerste plaats kan gedacht worden aan die gevallen, waarin niet aan de *primaire* ontvankelijkheidstoets van artikel 1019w Rv wordt voldaan. In dit artikel wordt immers (limitatief) bepaald wie en waarover een deelgeschilprocedure aanhangig kunnen maken. Daarmee is ook duidelijk dat bepaalde partijen, waaronder in het bijzonder de werkgever, regresnemers en cessionaris geen deelgeschilprocedure aanhangig kunnen maken.¹⁸ Als de wet een partij niet de mogelijkheid biedt om een deelgeschilprocedure aanhangig te maken, is het logisch dat voor toepassing van artikel 1019aa Rv ook geen plaats is.

Daarnaast heeft de wetgever bepaald dat voor vergoeding van de kosten van de benadeelde geen plaats is, als de deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld.¹⁹ Met name ten aanzien van deze afwij-

¹¹ Waarin is bepaald dat artikel 289 Rv – dat duidelijk maakt dat voor verzoekschriftprocedures een vergelijkbare regeling geldt als voor de kosten van een bodemprocedure (237 Rv e.v) – niet van toepassing is.

¹² MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 12.

¹³ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 518, nr. 13.

¹⁴ MvA, Kamerstukken I, 2009-2010, 31 518, C, p 2 en 3.

¹⁵ Met de deelgeschilprocedure wordt immers beoogd onnodig lange verdeeldheid tegen te gaan, MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr 3, p. 4, en Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 518, nr 8, p. 2.

¹⁶ Zie o.a. conclusies Akkermans & Elbers, t.a.p. 3 en de onder noot 2 genoemde publicaties.

¹⁷ Om een kostenveroordeling moet wel (apart) worden verzocht, MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr 3, p. 19.

¹⁸ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 15 en bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 29 november 2012, JA 2013/36.

¹⁹ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 12.

zingsgrond heeft zich in de jurisprudentie inmiddels een duidelijk kenbare lijn ontwikkeld. Kostenbegroting kan en zal achterwege blijven als:

- Feitelijk de gehele zaak wordt voorgelegd aan de deelgeschilrechter, waardoor sprake is van een verkapte bodemprocedure;²⁰
- Een beslissing op het verzochte niet gegeven kan worden omdat daarvoor eerst nadere bewijslevering (getuigenverhoor of deskundigenonderzoek) noodzakelijk is – hetgeen voor het slachtoffer ook voorzienbaar had kunnen zijn;²¹
- De uitkomst van de deelgeschilprocedure zo zeer voor de hand lag dat het zinloos was om de procedure aanhangig te maken.²²

Dat ten aanzien van dit voorgaande inmiddels sprake lijkt te zijn van bestendige jurisprudentie, wordt ook steeds vaker bevestigd in de beschikkingen van de rechtbanken. Zo overwoog de rechtbank Gelderland in haar beschikking van 28 oktober 2013²³:

“De rechtbank zal niet overgaan tot begroting van de kosten. Deze kosten zijn immers naar het oordeel van de rechtbank niet in redelijkheid gemaakt. Daarbij is van belang dat partijen in het voortraject, voorafgaand aan deze zaak, reeds van mening verschilden – gelet op de medische voorgeschiedenis van verzoeker – over de causaliteitsvraag en een deskundigenonderzoek op gezamenlijk verzoek nog niet heeft plaatsgevonden. Gelet op de stand van de deelgeschiljurisprudentie (dat een deskundigenbericht in een deelgeschilprocedure gelet op de daarmee gepaard gaande investering in tijd, geld en moeite in beginsel niet aan de orde is) was het dan ook voor verzoeker voorzienbaar dat zijn verzoek niet toewijsbaar was en had een bodemprocedure, of een verzoek voorlopig deskundigenbericht, in de huidige stand van het debat tussen partijen voor de hand gelegen.”

De Rechtbank Den Haag overwoog in haar beschikking van 10 december 2013²⁴:

“Het was verzoeker op basis van correspondentie met verweerders reeds voor het indienen van het verzoekschrift duidelijk dat verweersters de door hem gestelde feitelijke gang van zaken gemotiveerd hebben bestreden, terwijl verweersters tevens hebben betwist dat de verjaring tijdig is gestuit. Verzoeker wist dus ten tijde van de indiening van het verzoekschrift, althans had moeten weten, dat nadere bewijslevering noodzakelijk was, en dat om die reden het verzoek zou worden afgewezen op grond van artikel 1019z Rv.”

In haar beschikking van 16 december 2013²⁵ overwoog de Rechtbank Limburg:

“Het had voor verzoekster daarom duidelijk moeten zijn dat het expertiserapport van de CED als zodanig geen grond biedt voor de aansprakelijkheid van Oan de Stasie en dat zij zich (behoudens alsnog bij te brengen bewijs van een zich voordoend gebrek dat wel op non-conformiteit wijst) niet op het standpunt kon stellen dat het rechtsvermoeden van art. 7:18 lid 2 BW zich voordeed, zodat het aan Oan de Stasie was om de conformiteit aan te tonen. Het deelgeschil is naar het oordeel van de kantonrechter om die reden onnodig en ten onrechte aanhangig gemaakt.”

In haar beschikking van 8 januari 2014²⁶ overwoog de Rechtbank Den Haag:

“Het verzoek wordt afgewezen omdat geen sprake is van een deelgeschil, hetgeen verzoeker op grond van de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie bekend had moeten zijn. Deze beslissing lag naar het oordeel van de kantonrechter voor de hand dat het indienen van het verzoek volstrekt onterecht dient te worden geoordeeld. De kosten van de behandeling van het verzoek komen, gelet op voorgaande, niet voor vergoeding in aanmerking. Begroting van deze kosten kan derhalve achterwege blijven.”

In haar jaarverslag van 2013 roept de PIV de rechterlijke macht op om het criterium van het volstrekt onnodig en onterecht aanhangig maken van een deelgeschil ruimer toe te passen²⁷. Uit bovenstaande uitspraken volgt dat de rechter al streng(er) (en daarmee ruimer in de door de PIV-bedoelde zin) is gaan toetsen. Gelet op het feit dat de wetgever de financiële drempel tot toegang tot de rechter voor het slachtoffer heeft willen verlagen, moet mijns inziens voor een te strenge uitleg van het criterium “volstrekt onnodig en onterecht” gewaakt worden, omdat daarmee afbreuk wordt gedaan aan die doelstelling.

2.2 In welke situaties zal geen veroordeling in de kosten plaatsvinden?

De inhoudelijke uitkomst van de deelgeschilprocedure kan bepalend zijn voor de vraag of de door de rechter begrote kosten ook door de (beweerdelijke) aansprakelijke partij vergoed moeten worden. Men denke hierbij met name aan geschillen over de aansprakelijkheid; verjaringsvraagstukken en de vraag of al dan niet (al) een vaststellingsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Bij een afwijzing van de aansprakelijkheid zul-

²⁰ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:422, Rechtbank Rotterdam 20 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9247.

²¹ Rechtbank Gelderland 28 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6435.

²² Rechtbank Limburg 5 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:998.

²³ ECLI:NL:RBGEL:2013:6435, zie hieronder in het in het uitsprakenoverzicht L&S 2014/168.

²⁴ ECLI:NL:RBDHA:2013:18947, zie hieronder in het in het uitsprakenoverzicht L&S 2014/193.

²⁵ ECLI:NL:RBLIM:2013:12307, zie hieronder in het in het uitsprakenoverzicht L&S 2014/151.

²⁶ ECLI:NL:RBDHA:2014:422, zie hieronder in het in het uitsprakenoverzicht L&S 2014/199.

²⁷ Zie noot 4.

len de kosten ook door de rechter moeten worden begroot.²⁸ Voor een veroordeling in die kosten kan bij een afwijzing van de aansprakelijkheidsvraag evenwel geen sprake zijn, omdat artikel 6:96 BW geen zelfstandige grondslag voor vergoeding oplevert en veronderstelt dat een wettelijke plicht tot schadevergoeding bestaat.²⁹ Het nut van die begroting lijkt in dergelijke gevallen te zijn gelegen in het feit dat, indien later alsnog in rechte de aansprakelijkheid komt vast te staan³⁰, die begrote kosten dan alsnog ten laste van die aansprakelijke partij gebracht kunnen worden. Dat is althans bijvoorbeeld af te leiden uit de volgende overweging uit de beschikking van de Rechtbank Den Haag van 16 september 2013³¹: *“Ten overvloede merkt de rechtbank op dat het begrote bedrag uitsluitend verschuldigd wordt, indien de aansprakelijkheid van verweersters in rechte alsnog komt vast te staan.”*

Overigens dient hierbij mijns inziens onderscheid te worden gemaakt van die situaties waarin de aansprakelijkheidsvraag wordt afgewezen, omdat nog verder feiten- of deskundigenonderzoek nodig is. In het voorgaande is al toegelicht dat in dergelijke gevallen geoordeeld zal worden dat het deelgeschil volstrekt onnodig en onterechte is ingesteld, waardoor een begroting van de kosten achterwege zal blijven. Als dan later – aan de hand van het inmiddels uitgevoerde feiten- of deskundigenonderzoek – alsnog de aansprakelijkheid komt vast te staan, worden de kosten van het (eerste) deelgeschil niet alsnog verschuldigd omdat het op het moment van instellen van het (eerste) deelgeschil nog steeds niet redelijk (en dus onnodig en onterecht) was om de deelgeschilprocedure in te stellen.

Een veroordeling in de begrote kosten kan mijns inziens ook niet plaatsvinden indien de rechter oordeelt dat de vorderingen van de benadeelde zijn verjaard, dan wel dat tussen partijen al een vaststellingsovereenkomst over de gehele schade (inclusief finale kwijting) tot stand is gekomen.³² Tot dit oordeel kwam ook de Rechtbank Arnhem in haar beschikking van 22 november 2012³³: *“Er is dus sprake van een bindende en definitieve vaststellings-overeenkomst. Dat betekent dat VVAA finaal is gekweten ten aanzien van de gevolgen van het ongeval van 24 juni 2011. Daarom moeten ook de verzoeken tot begroting en betaling van de buitengerechtelijke kosten (en/of de kosten van dit deelgeschil) worden afgewezen. Dergelijke kosten betreffen immers*

een vorm van schadevergoeding. Voor het vorderen van meer schadevergoeding dan al is betaald, bestaat echter gezien de finnale kwijting geen grond.”

Ook deze uitkomst is logisch. Als immers wordt vastgesteld dat het slachtoffer vanwege de voltooiing van een verjaringstermijn of het verlenen van finale kwijting geen enkele aanspraak meer kan maken op de aansprakelijk gestelde partij, zou het vreemd zijn dat deze partij toch veroordeeld zou worden in de kosten van het slachtoffer. De positie van het slachtoffer blijft mijns inziens dan nog steeds voldoende gewaarborgd door het feit dat hij in die deelgeschilprocedure in ieder geval niet wordt geconfronteerd met een proceskostenveroordeling (artikel 1019aa lid 3 Rv).³⁴ Overigens lijkt het ook dan wel voor de hand te liggen dat de rechter in die gevallen toch tot begroting van de kosten overgaat, omdat later in rechte (in de bodemprocedure – dan wel het naar aanleiding daarvan ingestelde appel) alsnog anders kan worden geoordeeld.

Het enkele feit dat het slachtoffer inhoudelijk in het ongelijk wordt gesteld, kan mijns inziens dus geen grond zijn om de aansprakelijke partij niet in de als redelijk bestempelde begrote kosten te veroordelen.³⁵ De volgende overweging uit de beschikking van de Rechtbank Den Haag van 3 december 2013³⁶ komt mij daarom ook te streng en onjuist voor:

“Aangezien verzoeker grotendeels in het ongelijk is gesteld, waarbij mede in overweging is genomen dat het verzochte grotendeels is gebaseerd op het door verzoeker gestelde causale verband tussen de rugklachten en het ongeval, komen de kosten van dit deelgeschil uitsluitend voor vergoeding in aanmerking wanneer alsnog in rechte komt vast te staan dat een causaal verband tussen zijn lage rugklachten en het ongeval bestaat of moet worden aangenomen.”

Deze overweging lijkt mij niet in overeenstemming met de bedoelingen van de wetgever. Bovendien zou er zelfs een zekere prikkel voor het slachtoffer van kunnen uitgaan om toch nog een bodemprocedure aanhangig te maken, om op die wijze alsnog te proberen om de gemaakte kosten vergoed te krijgen. De beslissing van de deelgeschilrechter dient zich dan ook te beperken tot ofwel een begroting van die kosten (ongeacht de uitkomst, waarbij de uitkomst wel bepalend is voor een veroordeling), ofwel het (geheel) achterwege blijven van die be-

²⁸ Zie noot 9.

²⁹ Hoge Raad 11 juli 2003, NJ 2005/50 (Bravenboer/London) en MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 12 en 19.

³⁰ Nadat op de voet van artikel 1019cc bijvoorbeeld een bodemprocedure – en eventuele appelprocedure wordt gevoerd.

³¹ ECLI:NL:RBDHA:2013:15015.

³² Vanzelfsprekend – maar dat behoeft ook eigenlijk geen betoog – ligt dat anders als voor recht wordt verklaard dat de vordering niet is verjaard en/of tussen partijen (nog) geen finale kwijting is overeengekomen.

³³ ECLI:NL:RBARN:2012:3828.

³⁴ Ervan uitgaande dat er geen sprake is van onrechtmatig procederen, waarvan niet snel sprake zal zijn. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Limburg 5 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:998, zie hieronder in het in het uitsprakenoverzicht L&S 2014/204.

³⁵ Zie noot 9.

³⁶ ECLI:NL:RBDHA:2013:17778.

grotting omdat het deelgeschil volstrekt onnodig of ten onrechte is ingesteld. Het enkele feit dat de causaliteit in de casus van de beschikking van de Rechtbank Den Haag van 3 december 2013 (nog) niet is komen vast te staan, betekent immers niet dat de redelijke kosten ter vaststelling daarvan niet meer aan de aansprakelijke partij kunnen worden toegerekend (Hoge Raad 11 juli 2003, NJ 2005/50 – Bravenboer/London).

Om een veroordeling tot betaling door de aansprakelijke partij van de begrote kosten te krijgen, zal het slachtoffer wel moet verzoeken om een kostenveroordeling.³⁷ De wetgever merkt daarover op³⁸:

“Duidelijkheidshalve moet er wel op worden gewezen dat de begroting als zodanig nog geen veroordeling inhoudt van de wederpartij van de benadeelde. Zonder zodanige veroordeling levert de beschikking voor deze kosten derhalve geen executoriale titel op. Een veroordeling kan worden verzocht als onderdeel van het verzoek tot het geven van een beslissing op het deelgeschil.”

In een tweetal zaken is door de aansprakelijke partij betoogd dat ook van een dergelijk verzoek tot veroordeling in de begrote kosten moet worden bepaald, in hoeverre die veroordeling kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De Rechtbank Amsterdam overwoog ten aanzien van dit verweer in haar beschikking van 19 december 2013³⁹:

“In het inleidend verzoekschrift is niet gesteld dat de verzochte proceskostenveroordeling kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De rechtbank acht, ook ter zitting daarnaar gevraagd, onvoldoende toegelicht dat een proceskostenveroordeling een oplossing tussen partijen dichterbij brengt, zodat het verzoek van verzoeker in zoverre wordt afgewezen.”

De Rechtbank Amsterdam oordeelde dus dat ook ten aanzien van de gevraagde veroordeling toegelicht diende te worden dat die veroordeling kon bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Het oordeel van het Gerechtshof Den Haag was op een gelijkkluidend standpunt van de aansprakelijke partij in zijn arrest van 9 juli 2013 anders:⁴⁰

“Anders dan Allianz kennelijk meent, is het onderhavige verzoek om de kosten van het deelgeschil te begroten en om Allianz in die kosten te veroordelen in het kader van dit geding, naar het oordeel van het hof niet op te vatten als een zelfstandig verzoek aan de zijde van verweerder, maar als een nevenverzoek. Verweerder heeft immers (hoofdzakelijk) een verklaring voor recht verzocht ten aanzien van het causaal verband tussen het ongeval en de daardoor veroorzaakte schade, en daarbij tevens verzocht de kosten van het geding als bedoeld in art. 1019aa Rv. te begroten en Allianz daarin te veroordelen. Het hof leidt uit de inhoud van de bestreden beschikking af dat de rechtbank de verzochte kostenveroordeling ook niet als zelfstandig verzoek heeft opgevat.”

In haar noot onder dit arrest onderschrijft Colsen⁴¹ de juistheid van dit oordeel, en betoogt dat een verzoek om veroordeling in de begrote kosten niet kan bestaan zonder een ander (hoofd)verzoek. Een dergelijk verzoek is dan ook aan te merken als nevenvordering.⁴² De uitleg van het Gerechtshof Den Haag is ook in overeenstemming met hetgeen de wetgever voor ogen stond, namelijk dat *“een veroordeling kan worden verzocht als onderdeel van het verzoek tot het geven van een beslissing op het deelgeschil.”*⁴³ Ik sluit mij bij de uitleg van het Gerechtshof Den Haag en Colsen aan. Het valt bovendien moeilijk in te zien op welke wijze die veroordeling als losstaand verzoek aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst zou kunnen bijdragen. Die proceskosten zijn er bovendien voorafgaand aan de deelgeschilprocedure überhaupt nog niet en kunnen dus ook geen geschilpunt in de buitengerechtelijke onderhandelingen zijn, waarover een beslissing duidelijkheid zou kunnen scheppen.

2.3 Invloed rechtsbijstandsverzekering en toevoeging

Voor toewijzing van de door het slachtoffer in verband met de procedure gemaakte advocaatkosten is wel vereist dat het slachtoffer die kosten ook daadwerkelijk heeft gemaakt en daardoor dus schade lijdt. Het is niet noodzakelijk dat het slachtoffer de kosten al heeft voldaan, maar wel dat hij daarvoor – jegens zijn belangenbehartiger – aansprakelijk is. Er zal een situatie moeten zijn waarbij het slachtoffer het in zijn portemonnee gaat

³⁷ Er kan ook verzocht worden om een uitvoerbaar bij voorraad verklaring, hoewel dat – vanwege het uitsluiten van hoger beroep – niet nodig lijkt. In een aantal uitspraken is daarom een verzochte uitvoerbaar bij voorraad verklaring afgewezen (bijv. Rechtbank Zeeland-West Brabant 16 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4199, Rechtbank Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2704 en Rechtbank Noord-Holland 25 juli 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:6863). In andere uitspraken wordt een dergelijk verzoek – overigens zonder dat daaraan aparte overwegingen worden gewijd – wel toegewezen (bij. Rechtbank Amsterdam 2 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:10 en Rechtbank Rotterdam 3 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9456).

³⁸ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 19.

³⁹ ECLI:NL:RBAMS:2013:8678.

⁴⁰ ECLI:NL:GHDHA:2013:3213, JA 2013/70 met noot S. Colsen.

⁴¹ JA 2013/70.

⁴² Zij het dat deze nevenvorderingen bij deelgeschilprocedures in die zin afwijkt van de zuivere nevenvorderingen (wettelijke rente, proceskosten) omdat die normaliter worden afgewezen als de hoofdsom wordt afgewezen, terwijl de kosten in de deelgeschilprocedure ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen als het slachtoffer in het ongelijk wordt gesteld, aldus ook Colsen (JA 2013/70).

⁴³ Zie noot 35.

voelen, indien een vergoeding van die kosten uitblijft. Indien het slachtoffer beschikt over een rechtsbijstandsverzekering is het maar de vraag of daarvan sprake is. Zo overwoog de Rechtbank Oost-Brabant in haar beschikking van 2 mei 2014:⁴⁴

“In beginsel dient de rechtbank op grond van artikel 1019aa Rv de kosten van het deelgeschil aan de zijde van verzoeker wel te begroten, ook nu zijn verzoek wordt afgewezen. Verzoeker heeft echter geen belang bij een dergelijke begroting, omdat hij een rechtsbijstandsverzekering heeft en door Shell Floraplein onweersproken is gesteld dat verzoeker hierdoor helemaal geen kosten heeft hoeven maken en dus geen schade lijdt. Het verzoekt tot (begroting en) vergoeding van kosten zal daarom worden afgewezen.”

Indien de rechtsbijstand in natura wordt geleverd door een advocaat in dienstbetrekking, dan wel indien er sprake is van een onbeperkte dekking voor advocaatkosten, lijkt deze redenering juist te zijn, en kan ook een begroting van de kosten uitblijven.⁴⁵ Vaak is de dekking voor externe advocaatkosten evenwel beperkt tot een bepaald bedrag, en veel rechtsbijstandsverzekeraars hantieren inmiddels – met het oog op de vrije advocaatkeuze⁴⁶ – een eigen risico indien een advocaat wordt ingeschakeld. Indien er sprake is van een beperkte financiële dekking, dan kan er toch een belang bij begroting van de kosten aanwezig zijn aan de zijde van het slachtoffer. Daarbij zou dan overwogen kunnen worden dat de aansprakelijke partij die begrote kosten pas verschuldigd wordt, indien het verzekerde bedrag in een later stadium – bijvoorbeeld indien een bodemprocedure volgt – alsnog is opgesoupeerd. Immers, als ook in die situatie begroting van de kosten van het deelgeschil uitblijft, dan kan een situatie ontstaan waarbij het slachtoffer – die dan in redelijkheid een deelgeschilprocedure heeft gevoerd – toch indirect financieel nadeel lijdt, doordat een deel van de verzekerde som ten laste van de deelgeschilprocedure is gebracht, waardoor er minder overblijft om de kosten van een eventuele bodemprocedure te kunnen betalen (die dan vervolgens uit eigen middelen moeten worden voldaan). Hier ligt natuurlijk een schone taak voor de advocaat van het slachtoffer die zal moeten toelichten waarom – ondanks de aanwezigheid van een rechtsbijstandsverzekering – de kosten toch begroot, en zonodig (voorwaardelijk) toegewezen moeten worden.

De Wet op de Rechtsbijstand biedt de mogelijkheid voor financieel onvermogenen om zich van juridische bijstand te voorzien. De rechtzoekende betaalt in het begin alleen een inkomensafhankelijke eigen bijdrage aan de advocaat, waarna de Raad voor Rechtsbijstand in beginsel de advocaatkosten (volgens een standaardvergoeding-, dan wel standaardtarief) vergoedt. De reden waarom de kosten *in beginsel* worden vergoed is gelegen in het bepaalde in artikel 34g van de Wet op de Rechtsbijstand. In artikel 34g lid 1 aanhef en sub a wordt bepaald dat de toevoeging met terugwerkende kracht wordt ingetrokken, als de rechtzoekende de kosten van rechtsbijstand kan verhalen op een derde. Bovendien bepaalt artikel 34g lid 1 aanhef en sub b dat de toevoeging eveneens wordt ingetrokken als in de procedure waarvoor de toevoeging is verleend, een geldsom is toegewezen ter hoogte van tenminste 50 % van het heffingsvrij vermogen.⁴⁷ Indien de aansprakelijkheid vaststaat, zullen de kosten van de procedure, ook als het slachtoffer op toevoegingsbasis procedeert, dus begroot en (indien aansprakelijkheid vaststaat) toegewezen moeten worden.⁴⁸

2.4 Eigen schuld en kostenveroordeling

Uit het arrest van de Hoge Raad van 21 september 2007, NJ 2008/241 (Manege Bergamo) volgt dat een vermindering van de schadevergoedingsverplichting vanwege de aanwezigheid van eigen schuld aan het ontstaan van de aansprakelijke gebeurtenis aan de zijde van het slachtoffer, in beginsel ook doorwerkt in de verplichting van de aansprakelijke partij om de redelijke buitengerechtelijke kosten te vergoeden. Met andere woorden, als de aansprakelijke partij op grond van artikel 6:101 BW gehouden is om maximaal 50 % van de schade van het slachtoffer te vergoeden, dan reikt ook haar verplichting tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten niet verder dan die 50 %. De overige 50% van die buitengerechtelijke kosten blijft dan voor rekening van het slachtoffer zelf.

In de deelgeschillenrechtspraak lijkt zich een ontwikkeling voor te doen, waarbij de schulddeling steeds automatisch doorwerkt in de kostenveroordeling⁴⁹. De vraag is evenwel of een dergelijke “automatische” doorverwerking wel altijd redelijk is, en geen afbreuk doet aan de

⁴⁴ ECLI:NLLRBOBR:2014:2757. Zie in dezelfde zin Rechtbank Zutphen 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY1386 en Rechtbank Den Haag 1 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6717.

⁴⁵ Bij die begroting bestaat dan ook geen belang en het hebben van een rechtsbelang is noodzakelijk voor toewijzing van een verzoek (3:303 BW).

⁴⁶ HvJ EG 7 november 2013, C-442/12.

⁴⁷ € 21.139 voor een alleenstaande, € 42.278 voor fiscale partners.

⁴⁸ Zie Rechtbank Amsterdam 27 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8227 (waarin de veroordeling overigens uitbleef, omdat de verzochte verklaring voor recht dat verweerder aansprakelijk was werd afgewezen).

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 9 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1525, Rechtbank Gelderland 10 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4791 en Rechtbank Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15014. De kosten worden dan overigens wel volledig begroot, waarna dan een procentueel gedeelte daarvan – overeenkomstig het percentage eigen schuld – door de aansprakelijke partij moet worden voldaan.

mogelijkheden die ook het “eigen-schuld”-slachtoffer moet hebben om een deelgeschilprocedure te starten.

De wetgever laat zich in het geheel niet uit over de mogelijke invloed van eigen schuld op de veroordeling in de begrote proceskosten van artikel 1019aa Rv. Er zijn wel enkele argumenten en situaties te bedenken waarom een schulddeling niet per definitie toegepast moet worden op de kostenveroordeling, temeer ook omdat het genoemde arrest van de Hoge Raad van 21 september 2007 daartoe ook ruimte laat. De Hoge Raad overwoog immers ook:⁵⁰ *“dat de billijkheidscorrectie van het slot van art. 6:101 lid 1 kan meebrengen dat de verplichting om de in art. 6:96 lid 2 bedoelde kosten te vergoeden niet, of niet in gelijke mate als de primaire vergoedingsplicht, wordt verminderd.”*

De Hoge Raad overweegt weliswaar dat die billijkheidscorrectie niet inhoudt dat een slachtoffer met (ernstig) letsel zich per definitie volledig – en ongeacht de aanwezigheid van eigen schuld – voor rekening van de aansprakelijke partij moet kunnen laten bijstaan door een gespecialiseerde belangenbehartiger, maar er zijn, steeds afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, situaties mogelijk waarin een schulddeling niet 1 op 1 toegepast hoeft te worden op de buitengerechtigde kosten.

Met name als het percentage eigen schuld dankzij de deelgeschilprocedure “naar boven” wordt bijgesteld, kan men zich afvragen hoe redelijk het is om de kosten van de deelgeschilprocedure dan toch deels voor eigen rekening van het slachtoffer te brengen. Het slachtoffer is dan immers aan te merken als de in het gelijk gestelde partij. Het lijkt dan niet per definitie logisch dat hij dan toch een deel van de noodzakelijk gemaakte kosten – het achteraf onterecht gebleken standpunt van de aansprakelijke partij noopte immers tot het aanhangig maken van de procedure – zelf zal moeten dragen.⁵¹ Dat lijkt des te minder logisch als bedacht wordt dat het slachtoffer – waarvan de primaire vergoedingsverplichting op grond van 6:101 BW niet is verminderd – die in een deelgeschilprocedure in het ongelijk wordt gesteld, in beginsel wel recht heeft op volledige vergoeding van zijn kosten.⁵² Kolder heeft er nog op gewezen dat toepassing van de schulddeling op de kostenveroordeling van art. 1019aa Rv ook niet redelijk kan zijn als de verzekeraar zelf een deelgeschilprocedure start, en daarmee ook het slachtoffer noopt tot het maken van kosten.⁵³ Ook dat lijkt geen onlogische gedachte, zij het dat dat uiteraard anders zal liggen indien het slachtoffer in de buitengerechtigde fase zelf een volstrekt onredelijk en onjuist standpunt heeft inge-

nomen, waardoor de verzekeraar genoodzaakt wordt tot het voeren van de deelgeschilprocedure.

Meer in zijn algemeenheid kan men zich afvragen in hoeverre het Manège Bergamo-arrest 1 op 1 toegepast kan worden op artikel 1019aa Rv, omdat dat arrest immers ziet op de verhouding tussen artikel 6:101 en 6:96 BW, terwijl de wettelijke grondslag in deelgeschilprocedures niet artikel 6:96 betreft, maar artikel 1019aa Rv. Weliswaar wordt daarbij verwezen naar de maatstaf van artikel 6:96 BW, maar de wettelijke grondslag blijft aldus art. 1019aa Rv. Die zelfstandige grondslag van artikel 1019aa Rv (ten opzichte van art. 6:96 BW) is in een aantal uitspraken al tot uiting gekomen. Zo overwoog de Rechtbank Utrecht in haar beschikking van 13 oktober 2010⁵⁴:

“Het door Allianz aangevoerde argument dat zij reeds € 25.998,97 aan buitengerechtigde kosten in deze zaak heeft voldaan voorafgaand aan deze procedure kan geen rol spelen bij de begroting van de kosten van dit geschil.”

In haar beschikking van 30 oktober 2013 overwoog de Rechtbank Rotterdam⁵⁵:

“Aan het voorgaande doet niet af dat, indien en voor zover juist, het Belgische recht niet de mogelijkheid kent van vergoeding van buitengerechtigde kosten van rechtsbijstand, zoals door AXA gesteld. Immers, dat Belgisch recht van toepassing is, laat onverlet de toepasselijkheid van de procesregels uit het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (het formele procesrecht), waaronder artikel 1019aa lid 1 Rv.”

Ook vanwege de zelfstandige betekenis van artikel 1019aa Rv kunnen wat mij betreft dus vraagtekens worden geplaatst bij de juistheid van “automatische” toepassing van een schulddeling op de kostenveroordeling in deelgeschilprocedures. Juist ook vanwege het feit dat de wetgever de financiële drempel voor slachtoffers om naar de rechter te kunnen heeft willen verlagen, kan men zich afvragen of in deelgeschilprocedures dus niet meer ruimte moet worden geboden voor het niet-toepassen van een primaire schulddeling op de kostenveroordeling.

Ik stel daarmee niet dat een schulddeling nimmer van invloed kan zijn op de veroordeling in de begrote proceskosten. Met een eenvoudig “ja” of “nee” op de vraag of een schulddeling van invloed is op de kostenveroordeling kan niet worden volstaan, omdat dat afbreuk zou doen aan de rechterlijke vrijheid en de specifieke omstandigheden die bij iedere casus aan de orde zijn. Wel wil ik aldus benadrukken dat maatwerk – wederom

⁵⁰ NJ 2008/241 met noot van Vranken.

⁵¹ Zie ook P.J.M. Houben, ‘buitengerechtigde kosten en eigen schuld’, PIV-bulletin 2007, nr. 6, p 3.

⁵² Zie noot 9.

⁵³ Kolder, MvV 2008, p. 258.

⁵⁴ ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1694.

⁵⁵ ECLI:NL:RBROT:2013:8486.

ook in het licht van het Manege Bergamo arrest – nodig is. Daar ligt natuurlijk een primaire verantwoordelijkheid voor de advocaat van het slachtoffer. Uit de beschikbare uitspraken blijkt niet altijd dat een uitgebreid debat over de toepassing van enig percentage eigen schuld op de kostenveroordeling heeft plaatsgevonden. De vraag is dan ook of dit aspect wel voldoende door de verzoekende partij wordt onderkend. In dergelijke situaties kan de rechter natuurlijk nauwelijks verweten worden dat de schulddeling – vaak zonder al te uitgebreide motivering – 1 op 1 op de kostenveroordeling wordt toegepast.

2.5 Omvang (hoogte) van de kosten

In het voorgaande ben ik vooral ingegaan op de vraag wanneer de kosten moeten worden begroot, en wanneer de aansprakelijke partij in die kosten kan worden veroordeeld. Nu wil ik stilstaan bij de wijze waarop de hoogte van het te begroten bedrag wordt vastgesteld. De omvang van de begrote kosten wordt bepaald door de hoogte van het redelijk geachte uurtarief, en de als redelijk bestempelde tijdsbesteding (art. 1019aa lid 1 Rv). Ten aanzien van de hoogte van het uurtarief is in de rechtspraak inmiddels ook een duidelijke – en mijns inziens ook zeer voor de hand liggende – tendens waar te nemen. De Rechtbank Midden-Nederland overwoog in haar beschikking van 13 oktober 2010⁵⁶ (4 maanden na de inwerkingtreding van de regeling):

“In zijn algemeenheid gaat de rechtbank er voorsnog vanuit dat in die zaken die binnen het bereik van de Wet deelgeschilprocedure vallen eerst getoetst moet worden of er voorafgaand aan het deelgeschil dat ter beslissing wordt voorgelegd buitengerechtelijke kosten zijn betaald door de aansprakelijke partij. Als dat het geval is dan is er naar het oordeel van de rechtbank geen aanleiding om in het kader van de begroting van de kosten zoals bedoeld in art. 1019aa Rv. af te wijken van in dat kader gevorderde en door de aansprakelijke partij geaccepteerde tariefstellingen.”

In deze uitspraak wordt aldus bevestigd dat maatgevend voor het toepasselijke uurtarief voor de begroting van de redelijke kosten van de deelgeschilprocedure, het voorafgaand aan de deelgeschilprocedure gehanteerde – en (al dan niet stilzwijgend) aanvaarde – uurtarief is. Het lijkt dan ook weinig zinvol om als verzoekende partij een hoger uurtarief te vorderen dan in de voorfase, en voor de aansprakelijke partij weinig zinvol om de hoogte van dat uurtarief te betwisten indien in die voorfase wel op

basis van dat tarief (al dan niet stilzwijgend) is bevoorrecht. Uit de beschikbare rechtspraak blijkt dat er ten aanzien van het bij de begroting van het ex art. 1019aa Rv gehanteerde uurtarief grote verschillen zijn.⁵⁷ Die verschillen worden in de eerste plaats veroorzaakt door het feit dat door advocaten nu eenmaal verschillende uurtarieven gehanteerd worden, en doordat de redelijkheid van het gehanteerde uurtarief ook niet altijd in twiifel wordt getrokken. Vanwege het verschil in toegepaste uurtarieven zijn er momenteel gesprekken gaande tussen specialistenverenigingen van letselschadeadvocaten (LSA & ASP) en het PIV om tot normering van het toepasselijke uurtarief te komen.⁵⁸ De rechtspraak zelf lijkt voor zichzelf in algemene zin geen rol te zien bij die normering.⁵⁹ Omdat een normering van het uurtarief in deelgeschilprocedures onmiskenbaar zijn uitwerking zal hebben op de algehele letselschadepraktijk – en pogingen tot normering al eerder zijn stuk gelopen – ben ik zelf enigszins sceptisch over de kans van slagen van deze gesprekken. Ik vraag mij bovendien af in hoeverre daadwerkelijk een behoefte bestaat aan een dergelijke normering, omdat het criterium dat het reeds in rekening gebrachte – en al dan niet (stilzwijgend) aanvaarde – uurtarief maatgevend is, mijns inziens goed werkbaar is. Een zekere normering ten aanzien van de als redelijk bestempelde tijdsbesteding van het voeren van een deelgeschilprocedure (al dan niet gespecificeerd naar proceshandeling) lijkt mij minder bezwaarlijk, zij het dat er dan wel voldoende mogelijkheden moeten blijven om in voorkomende gevallen – gemotiveerd – van die normen te kunnen afwijken. Mijn indruk is dat de verschillen in de uiteindelijke hoogte van de begrote en toegewezen kosten niet zozeer worden veroorzaakt door de verschillende uurtarieven, als wel als door de vaak sterk wisselende tijdsbesteding die kennelijk nodig wordt bevonden voor het verrichten van de proceshandelingen. Het is aan de advocaat van het slachtoffer om de omvang van de door aan de zaak bestede tijd onderbouwd te specificeren, omdat hij er anders rekening mee moet houden dat de kosten sterk gematigd worden.⁶⁰

3. De deelgeschilprocedure en hoger beroep

De status van de deelgeschiluitspraak wordt zoals in de inleiding al is vermeld niet alleen bevestigd door het bepaalde in artikel 1019cc lid 1 Rv, maar ook door het appelverbod van artikel 1019bb Rv. Volgens de wetgever

⁵⁶ ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1694.

⁵⁷ Globaal variërend van € 300 per uur (ex BTW en kantoorkosten) – Rechtbank Amsterdam 13 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:794 en € 200 per uur (ex BTW en kantoorkosten) – Rechtbank Arnhem 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:4224.

⁵⁸ Zie o.a. PIV-jaarverslag 2013, www.stichtingpiv.nl.

⁵⁹ E.C. Huijmans en H.A.W. Vermeulen, TVP 2014, p. 27 – dat laat onverlet dat bij bepaalde individuele rechtbanken wel over normering wordt nagedacht.

⁶⁰ Zie voor voorbeelden daarvan Rechtbank Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:673 en Rechtbank Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7649.

zou de stimulans voor partijen om met inachtneming van de uitspraak van de deelgeschilrechter de onderhandelingen zelf af te ronden teniet worden gedaan, indien hoger beroep wel mogelijk zou worden gemaakt.⁶¹ In zijn arrest van 18 april 2014⁶² benadrukt de Hoge Raad daarom dat het openstellen van direct hoger beroep tegen een beschikking van de deelgeschilrechter de vaart uit de onderhandelingen kan halen, en zich daardoor slecht verhoudt tot de doelstelling van de wetgever⁶³. Een absoluut appelverbod gaat volgens de Hoge Raad echter toch te ver, omdat in een deelgeschilprocedure ook zuiver processuele aspecten aan de rechter kunnen worden voorgelegd, die niet direct invloed hebben op de materiële rechtsverhouding tussen partijen.⁶⁴ Hoewel de bodemrechter niet gebonden is aan dergelijke oordelen, staat de mogelijkheid van tussentijds appel tegen dergelijke oordelen niet open⁶⁵. In het ontbreken van die mogelijkheid ziet de Hoge Raad een rechtvaardiging om de zogenaamde doorbrekingsjurisprudentie – waarmee een appelverbod onder strikte voorwaarden kan worden omzeild – ook van toepassing te laten zijn op de deelgeschilprocedure.⁶⁶

In zijn arrest van 18 april 2014 bevestigt de Hoge Raad daarmee feitelijk niet meer dan datgene wat de wetgever bij de invoering van de Wet Deelgeschillen kennelijk al voor ogen stond. In reactie op vragen van de Eerste Kamer antwoordde de minister immers:⁶⁷

“De uitsluiting van rechtsmiddelen kan worden doorbroken op grond van de daarvoor in de jurisprudentie ontwikkelde gronden. Een doorbreking is aldus mogelijk indien de rechter de procedure ten onrechte heeft toegepast of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de

zaak essentiële vormen heeft verzuimd. Meer of ruimere gronden om hoger beroep toe te staan acht ik niet wenselijk”

Niet zozeer de uitspraak van de Hoge Raad is aldus opvallend, als wel de andersluidende oordelen van het Gerechtshof Amsterdam van 4 december 2012⁶⁸ en de A-G Wesseling–Van Gent⁶⁹ in deze kwestie. Eerder al oordeelden de Gerechtshoven Den Haag⁷⁰ en ’s-Hertogenbosch⁷¹ dat de doorbrekingsjurisprudentie ook van toepassing is bij deelgeschilprocedures. Ook Akkermans en De Groot kwamen al tot die conclusie.⁷²

3.1 Doorbrekingsgronden

Niet alleen bij deelgeschilprocedures is sprake van een appelverbod. Andere appelverboden komen we bijvoorbeeld tegen bij artikel 7:685 lid 11 BW (ontbindingsverzoek arbeidsovereenkomst), artikel 188 lid 2 Rv (appelverbod bij toewijzing voorlopig getuigenverhoor) en art. 204 lid 2 Rv (appelverbod bij toewijzing voorlopig deskundigenonderzoek). Ook in die gevallen is de doorbrekingsjurisprudentie van toepassing⁷³. Uit de in die zaken daarover beschikbare jurisprudentie blijkt dat de doorbrekingsgronden zeer restrictief worden toegepast. Van het “ten onrechte buiten toepassing treden van de wettelijke regeling” kan bijvoorbeeld sprake zijn, ingeval van absolute onbevoegdheid van de rechter⁷⁴, maar weer niet als sprake is van een (gestelde) verkeerde toepassing van een wetsbepaling.⁷⁵ Van verzuim van essentiële vormen zal vooral sprake zijn bij schendingen van hoor en wederhoor, zoals de situatie waarbij de ene partij niet meer de gelegenheid heeft gekregen om op een na de mondelinge behandeling door de andere partij genomen processtuk te mogen reageren.⁷⁶ Een (gesteld) moti-

⁶¹ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 13.

⁶² ECLI:NL:HR:2014:943 en JAR 2014/125 met noot N.T. Dempsey.

⁶³ Zie noot 61, r.o. 5.4.

⁶⁴ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 11 en 20. De wetgever noemt als voorbeelden van dergelijke procedurele uitspraken de vraag of een benadeelde de patiëntenkaart moet overleggen, de vraag of de aangesproken partij een vergoeding voor bepaalde kosten al dan niet mag uitstellen en beslissingen ter verdere instructie van de onderhandelingen. Een vastomlijnde definitie geeft de wetgever evenwel niet, waardoor het onderscheid niet altijd even duidelijk is.

⁶⁵ Artikel 1019cc (lid 1 en lid 3) bepaalt immers: “voor zover (...) is beslist op (...) geschilpunten (...) betreffende hun materiele rechtsverhouding”.

⁶⁶ Zie noot 61, r.o. 5.4 en 5.5.

⁶⁷ MvA, Kamerstukken I, 2009-2010, 31 518, C, p.5. Zie ook de onder r.o. 5.3.3. door de Hoge Raad geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis

⁶⁸ ECLI:NL:GHAMS:2012:3600 en eerder gepubliceerd in Letsel & Schade 2013/211 (afl. 3).

⁶⁹ ECLI:NL:PHR:2014:2369. Volgens de AG is artikel 1019bb op te vatten als een temporeel verbod, omdat de uitspraak van een deelgeschilprocedure later nog in een bodemprocedure kan worden aangevochten (1019cc Rv). In die situaties zou – met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 28 september 2012, NJ 2012/556) – de doorbrekingsjurisprudentie niet van toepassing zijn.

⁷⁰ Arresten van 5 juni 2012 (ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8517, JA 2012/174) en 9 juli 2013 (ECLI:NL:GHDHA:2013:3213, JA 2013/170)

⁷¹ Arrest van 10 mei 2012 (ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5744)

⁷² A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en partijen’, TVP 2010, nr. 2, p. 35

⁷³ o.a. Hoge Raad 29 maart 1985, NJ 1986/242 (Enka/Dupont), Hoge Raad 24 maart 1995, NJ 1998/414 – waarin overigens werd overwogen dat een appelverbod geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM.

⁷⁴ Hoge Raad 8 januari 1993, JAR 1993/32.

⁷⁵ Hoge Raad 27 maart 1998, NJ 1998/553 – in die casus had de kantonrechter verzuimd om op de voet van artikel 7:685 lid 9 BW een termijn te stellen waarbinnen de verzoeker zijn ontbindingsverzuim nog kon intrekken. Dat leverde geen onterechte toepassing van 7:685 BW op, maar aldus een “verkeerde” toepassing, aldus de Hoge Raad.

⁷⁶ Hoge Raad 16 september 1994, NJ 1995/76).

veringsgebrek zal weer niet kwalificeren als een “verzuim van essentiële vormen”.⁷⁷ Voor ontvankelijkheid in hoger beroep is het enkel stellen van klachten die – volgens de appellante – aanleiding geven tot doorbreking van het rechtsmiddelenverbod voldoende.⁷⁸ Indien een partij aan haar grieven aldus stellingen ten grondslag legt, inhoudende dat de deelgeschilrechter de (deelgeschil)procedure ten onrechte heeft toegepast, of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel daarbij essentiële vormen heeft verzuimd, zullen die gronden inhoudelijk behandeld moeten worden. Van een geslaagd beroep op een doorbrekingsgrond zal dus niet snel sprake zijn, waarmee de beroepsgronden zullen worden verworpen.

Dat de doorbrekingsgronden ook in deelgeschilprocedures (zeer) restrictief moet worden uitgelegd, maakt de Hoge Raad in zijn arrest van 18 april 2014 duidelijk, door onder rechtsoverweging 5.6 te overwegen:

“Anders dan Schijf c.s. betogen, levert de stelling dat beëindiging van een deelgeschil niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst over de vordering als bedoeld in art. 1019x lid 3, aanhef en onder a, RV, geen doorbrekingsgrond op.”

In reactie op het ingediende verzoekschrift van de benadeelde in de casus die aan het arrest van de Hoge Raad ten grondslag lag, had de aansprakelijke partij aangevoerd dat verzoeker niet-ontvankelijk diende te worden verklaard, omdat de deelgeschilprocedure niet bedoeld zou zijn om in complexe letselschadezaken een minnelijke regeling te forceren, terwijl een buitengerechtelijke oplossing haars inziens geenszins voorzienbaar was en er tussen partijen nog niet onderhandeld was. De expliciete verwijzing naar artikel 1019z – waarin wordt bepaald dat de rechter het verzoek afwijst voor zover de verzochte beslissing naar zijn oordeel onvoldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst – ontbreekt in de bovenstaande overweging van de Hoge Raad weliswaar, maar mijns inziens maakt de Hoge Raad wel duidelijk dat het oordeel van de deelgeschilrechter dat het verzochte zich wel (of in voorkomende gevallen niet) leent voor een inhoudelijke behandeling, geen doorbrekingsgrond oplevert.⁷⁹ De stelling dat de rechter de procedure in het licht van art. 1019z Rv ten onrechte heeft toegepast (door te overwegen dat het geschil zich leent voor een inhoudelijke beoordeling) zal dus niet voldoende zijn om het rechtsmiddelenverbod van art. 1019bb Rv met succes te door-

breken. Feitelijk komt een dergelijke stelling er ook op neer dat de appellerende partij van oordeel is dat de deelgeschilrechter een *verkeerde* uitleg heeft gegeven aan artikel 1019z Rv, maar een dergelijke stelling levert – blijkens het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1998 (NJ 1998/553) geen doorbrekingsgrond op.

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam ook het Gerechtshof Den Haag in zijn arrest van 5 juni 2012.⁸⁰ Ook daarin voerde de aansprakelijke partij aan dat de kantonrechter ten onrechte had geoordeeld dat het geschil zich leende voor een inhoudelijke behandeling, omdat de aansprakelijkheidsvraag te complex zou zijn, er nog nauwelijks onderhandeld was en door verzoeker zou zijn nagelaten om zijn schade voldoende te onderbouwen. Het hof overwoog ten aanzien van deze verweren als volgt:

“Net als bij andere deelgeschillen, zal de rechter zich ook in dit geval moeten afvragen of de bijdrage van de verzochte beslissing aan de mogelijke totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst zodanig is dat dit opweegt tegen de kosten en het tijdsverloop van de procedure. Daarbij is belang of de verzochte beslissing kan leveren aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (...). Beoogd is vooral de onderhandelingen tussen partijen te faciliteren. Volgens de parlementaire geschiedenis is de rechter hierbij niet beperkt en is het van de omstandigheden afhankelijk aan de hand van welke criteria de rechter tot een oordeel hieromtrent zal komen (zie Memorie van Antwoord, EK, 2009-2010, 31 518 C, p.11). Het hof leidt hieruit af dat de rechter in dit kader een ruime beoordelingsvrijheid heeft.”

In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag, had de aansprakelijke partij eveneens aangevoerd dat de kantonrechter het beginsel van hoor en wederhoor zou hebben geschonden, omdat de aansprakelijke partij, mede gelet op de uitvoerigheid van haar preliminair gevoerde verweren (dat het geschil zich niet zou lenen voor een inhoudelijke beoordeling) en de door haar gestelde complexiteit van de zaak, door de kantonrechter in de gelegenheid had moeten worden gesteld om haar stellingen over de aansprakelijkheidsvraag nader te mogen toelichten. Mijns inziens weinig verrassend overwoog het gerechtshof in reactie op dit betoog als volgt:

“Uit de processtukken over en weer en de inhoud van het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg valt af te leiden dat beide partijen zich niet alleen schriftelijk maar ook ter zitting hebben uitgelaten over zowel de preliminaire verweren van Wallast (waaronder de verjaring) als de vraag van aansprakelijkheid. Voorts blijkt uit het proces-ver-

⁷⁷ Hoge Raad 10 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5444 en Hoge Raad 23 juni 1995, NJ 1995/661.

⁷⁸ Hoge Raad 9 oktober 1992, NJ 1992/771.

⁷⁹ De verwijzing in het arrest naar artikel 1019x lid 3 kan bij eerste lezing wat verwarrend aandoen, omdat dit artikel niet meer bepaalt dan dat het verzoekschrift de aard en het vermoedelijke beloop van de vordering moet vermelden. Die verwijzing ziet in casu op het bereiken van een regeling over de gehele schadevordering, zoals die wordt bedoeld in artikel 1019x lid 3 Rv, en geeft daarmee mijns inziens aldus feitelijk weer wat in artikel 1019z Rv al expliciet is bepaald.

⁸⁰ ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8517, JA 2012/174.

baal dat ook de door Wallast meegezonden deskundige Muskee in verband met de vraag van aansprakelijkheid nog het woord heeft gevoerd. Wallast heeft naar het oordeel van het hof geleid op het procesverloop in eerste aanleg ruimschoots de gelegenheid gehad om al haar standpunten schriftelijk en mondeling toe te lichten, ook voor wat betreft het overleggen van stukken. Geen rechtsregel – met name niet het beginsel van hoor en wederhoor – verplichtte de kantonrechter om Wallast daartoe nog nader in de gelegenheid te stellen. Het feit dat Wallast er kennelijk voor heeft gekozen zich in het kader van haar verweer meer te concentreren op haar preliminaire verweren (te weten dat benadeelde in zijn verzoek niet-ontvankelijk moet worden verklaard, dat het geschil zich niet leent voor een deelgeschil-procedure en dat de vordering van benadeelde is verjaard) en minder op de materiële vraag van aansprakelijkheid, blijft voor haar eigen risico.”

Ook het criterium “verzuim van essentiële vormen” wordt dus zeer restrictief uitgelegd. Het feit dat een oproep om in deelgeschil te verschijnen door de griffier aan het algemene adres van een verzekeraar wordt toegezonden, en daar vervolgens op de verkeerde afdeling terecht komt – waardoor de verzekeraar in de deelgeschil-procedure niet verschijnt – zal in ieder geval niet als een zodanig verzuim van essentiële vormen worden aangemerkt.⁸¹ In een dergelijke situatie heeft de verzekeraar immers nog alle mogelijkheid om de (verstek)uitspraak van de deelgeschilprocedure in de bodemprocedure aan te vechten.⁸² Als de verwerende partij evenwel in het geheel geen oproep van de griffier heeft ontvangen, zal van een verzuim van essentiële vormen weer wel sprake kunnen zijn.⁸³

In de casus die ten grondslag lag aan het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 mei 2012⁸⁴ was het de benadeelde partij die rechtstreeks hoger beroep aantekende, stellende dat de kantonrechter de kosten van de deelgeschilprocedure op de voet van artikel 1019aa lid 1 Rv ten onrechte niet had begroot en toegewezen. De kantonrechter had namelijk bepaald dat iedere partij zijn eigen kosten moest dragen. Volgens de benadeelde had de kantonrechter de kosten moeten begroten, ook al had hij het zelfstandige verzoek op inhoudelijke gronden afgewezen. Die stelling lijkt niet onjuist. De rechter zal de kosten immers op de voet van artikel 1019aa Rv moeten begroten, ook als het zelfstandige verzoek wordt afgewezen.⁸⁵ Alleen indien sprake is van

het volstrekt onnodig of onterecht aanhangig maken van een deelgeschil kan begroting (en toewijzing) van de kosten achterwege blijven.⁸⁶ Desalniettemin overwoog het Gerechtshof 's-Hertogenbosch:

“Anders dan appellant meent, heeft de kantonrechter met deze beslissing toepassing gegeven aan het bepaalde in art. 1019aa lid 1 Rv. Dit wordt niet anders door het feit dat de kantonrechter niet is toegekomen aan de begroting van de kosten. Dit zou wellicht anders zijn indien de afwijzing van het verzoek was gebaseerd op zogenaamde voorvragen, maar daar is hier geen sprake van. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen op de inhoudelijke grond dat volgens hem niet voldaan is aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 BW. De omstandigheden dat appellant meent dat de beslissing van de kantonrechter niet juist is, of niet juist gemotiveerd is, levert geen grond op voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod, HR 23 juni 1995, NJ 1995/661.”

Uit het arrest wordt niet duidelijk op welke gronden de kantonrechter had geoordeeld dat ieder der partijen zijn eigen kosten moest dragen (hetgeen feitelijk ook neerkomt op afwijzing van de door benadeelde gevorderde kosten). Vermoedelijk vond de kantonrechter aldus dat het niet redelijk was om het verzoek aanhangig te maken, en dat daardoor de kosten voor eigen rekening van de verzoekende partij dienden te blijven. Een dergelijk oordeel – dat feitelijk overeenkomt met de door de wetgever genoemde afwijzingsgronden voor de kosten (volstrekt onnodig of onterecht) – zal dus ook niet snel in appel op grond van de doorbrekingsjurisprudentie ter discussie gesteld kunnen worden.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch maakt in zijn arrest van 10 mei 2012 in ieder geval nog eens duidelijk dat het enkele feit dat een partij meent dat de beslissing van de deelgeschilrechter niet juist is, geen (kansrijke) doorbrekingsgrond oplevert. Toch lijkt het arrest – met name de overweging “*Dit zou wellicht anders zijn indien de afwijzing van het verzoek was gebaseerd op zogenaamde voorvragen*” – wel ruimte voor direct appel te bieden, indien de deelgeschilrechter in het geheel nalaat op een begrotingsverzoek in te gaan. In een dergelijke situatie zal immers gesteld kunnen worden dat de deelgeschilrechter de bepaling van art. 1019aa (wel) ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.⁸⁷ Dat een rechter een verzoek tot veroordeling van de begrote kosten toewijst, zonder daarbij te beoordelen of ook die veroordeling kan bijdragen aan de totstandkoming van

⁸¹ De artikelen 271, 272 en 279 lid 1 Rv bepalen immers dat de griffier de verwerende partij – onder toezending van het verzoekschrift – in de gelegenheid stelt (oproept) om verweer te voeren en op de mondelinge behandeling te verschijnen.

⁸² Beschikking van Rechtbank 's-Hertogenbosch van 21 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV9628, JA 2012/116 en vonnis (in dezelfde zaak) van Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 juli 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX3734.

⁸³ Hoge Raad 29 maart 1985, NJ 1986/242 (Enka/Dupont).

⁸⁴ ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5744.

⁸⁵ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 12.

⁸⁶ Zie noot 18.

⁸⁷ Er is dan geen verkeerde toepassing, maar in het geheel géén toepassing aan de wettelijke bepaling gegeven, zie ook noot 74.

een vaststellingsovereenkomst, levert volgens het Gerechtshof Den Haag in ieder geval geen doorbrekingsgrond op.⁸⁸

Vanwege de zeer strenge en restrictieve toepassing van doorbrekingsgronden is de praktische betekenis van het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 mijns inziens dus beperkt. Het enkele feit dat een partij zich niet kan vinden in het oordeel van de rechter dat het geschil zich wel of juist niet leent voor een inhoudelijke beoordeling is in de regel dus onvoldoende om het appelverbod te kunnen doorbreken. Alleen in zeer evidente situaties, waarbij de rechter bijvoorbeeld de ontvankelijkheidsbepaling uit artikel 1019w onjuist toepast⁸⁹ – en daarmee de wettelijke deelgeschilregeling ook onterecht toepast – zal mijns inziens met succes een beroep op de doorbrekingsgronden gedaan kunnen worden.⁹⁰ Mogelijk dat de casus die ten grondslag lag aan de beschikking van de Rechtbank Midden-Nederland van 27 februari 2014⁹¹ zich daarvoor wel zal hebben kunnen kwalificeren. In die casus stelde de benadeelde partij een ziekenhuis aansprakelijk vanwege een mislukte sterilisatie, waardoor nog een – overigens gezond – kind was geboren. Het aansprakelijk gestelde ziekenhuis stelde zich op het standpunt dat in een dergelijke situatie slechts sprake is van vermogensschade (opvoedingskosten), en geen letselschade, zodat de deelgeschilprocedure ook niet open stond voor de benadeelde partij. Artikel 1019w lid 1 Rv bepaalt immers dat de deelgeschilprocedure alleen openstaat voor een persoon die een ander aansprakelijk houdt voor dood of letsel. De rechtbank verwierp dit verweer van het ziekenhuis, door (onder andere) te overwegen dat een mislukte sterilisatie aan te merken is als een als letsel aan te duiden schending van de persoonlijke integriteit. Een dergelijk fundamenteel ontvankelijkheidsverweer zal wellicht eerder voor een succesvol beroep op een doorbrekingsgrond kunnen opleveren⁹², maar dit soort specifieke casus zijn natuurlijk erg uitzonderlijk. In het algemeen kan als hoofdregel worden aangenomen

dat een beroep op een doorbrekingsgrond niet snel succesvol zal zijn.⁹³

De Hoge Raad stelt in zijn arrest van 18 april 2014 overigens nog vast dat bij een beroep op doorbreking van het appelverbod het kostenregime van art. 1019aa Rv ook in appel en cassatie van kracht blijft.⁹⁴ Hierdoor wordt het voor de aansprakelijke partij nog minder interessant om het appelverbod van artikel 1019bb Rv te willen doorbreken, omdat dan ook de integrale kosten van de benadeelde partij vergoed moeten worden. Mutatis mutandis betekent dit overigens niet dat de kosten van de benadeelde die zich zelf op toepasselijkheid van de doorbrekingsgronden zal beroepen, dus zonder meer vergoed zullen worden. Slaagt het beroep op de doorbrekingsgronden – naar verwachting – niet, dan zal ook minder snel geoordeeld (kunnen) worden dat het redelijk was om (direct) appel in te stellen, waardoor van een kostenveroordeling ook niet snel sprake zal zijn. Interessant(er) kan het worden als een beroep op de doorbrekingsgronden wel slaagt. Als de appelrechter bijvoorbeeld oordeelt dat ten onrechte de deelgeschilprocedure is toegepast, wordt daarmee mijns inziens geoordeeld dat ook ten onrechte toepassing is gegeven aan artikel 1019aa Rv, waarmee een eventuele toegewezen (integrale) kostenveroordeling dan ook vernietigd zou kunnen worden. Zoals reeds toegelicht zal van een succesvol beroep op de doorbrekingsgronden evenwel niet snel sprake (kunnen) zijn.

3.2 Hoger beroep in de bodemprocedure

Het voeren van een deelgeschilprocedure en de (praktische) onmogelijkheid om tegen die uitspraak te appelleren, laat onverlet dat beide partijen nog een bodemprocedure aanhangig kunnen maken, waarbij in die bodemprocedure ook (tussentijds) hoger beroep mogelijk is.⁹⁵ Tegen het feit dat de deelgeschilprocedure heeft plaatsgevonden valt dus weinig te doen, tegen de inhoud van de beslissing kan later echter wel degelijk (verkapt⁹⁶) worden geappelleerd. De deelgeschilprocedure biedt immers naast de al bestaande processuele moge-

⁸⁸ Gerechtshof Den Haag 9 juli 2012, ECLI:NL:GHDHA:2013:3213, JA 2013/170 met noot Colsen.

⁸⁹ Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de rechter ten onrechte oordeelt dat de nabestaanden die de vordering van een overleden slachtoffer onder algemene titel hebben overgenomen geen deelgeschil aanhangig kunnen maken (1019w lid 2 Rv), of de situatie waarin de rechter een werkgever (6:107aBW), regresnemer of cessionaris ten onrechte toelaat een deelgeschil te voeren (MvT, Kamerstukken II, 2007 – 2008, 31 518, nr. 3, p. 15).

⁹⁰ Bij een dergelijk fundamenteel ontvankelijkheidsverweer kan mijns inziens niet meer alleen worden gesproken van een verkeerde toepassing.

⁹¹ ECLI:NL:RBMNE:2014:784.

⁹² De vraag wat “letsel” is, is ook meer afgebakend dan de open norm of de beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst

⁹³ Voor de goede orde merk ik op dat dit mijns inziens niet anders wordt t.a.v. de meer procedurele aspecten. De Hoge Raad noemt deze uitspraken slechts als rechtvaardiging voor het van toepassing verklaren van de doorbrekingsgronden, maar daaruit kan niet de conclusie worden getrokken dat bij dergelijke oordelen die doorbrekingsgronden ruimer getoetst worden. Dat is overigens ook niet nodig, nu de bodemrechter aan dergelijke oordelen ook niet gebonden is (1019cc lid 1 Rv).

⁹⁴ het Gerechtshof Den Haag oordeelde nog anders in zijn in dit artikel al besproken arrest van 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8517, JA 2012/174.

⁹⁵ Artikel 1019cc lid 3 sub b stelt buiten twijfel dat hoger beroep – vanzelfsprekend – ook mogelijk is tegelijk met het hoger beroep tegen het eindvonnis in de bodemprocedure.

⁹⁶ Ik gebruik hierbij de tem “verkapt” hoger beroep, omdat direct hoger beroep via artikel 1019bb Rv immers is uitgesloten.

lijkheden, een extra processueel instrument. De wetgever verduidelijkt dat als volgt⁹⁷:

“De deelgeschilprocedure is bedoeld als extra mogelijkheid om de rechter te raadplegen, die verder geen afbreuk doet aan de mogelijkheid om een bodemprocedure aan te spannen. Tegen de uitspraak in de bodemprocedure staat wel hoger beroep open.”

Het – na een teleurstellend verlopen deelgeschilprocedure – instellen van een bodemprocedure is niet aan termijnen gebonden. Feitelijk is daarmee sprake van een vrijwel onbeperkte appeltermijn. Dat past ook goed binnen het karakter van de deelgeschilregeling, omdat partijen dan meer tijd en gelegenheid hebben om de (financiële) consequenties van een onwelgevallige uitspraak te overzien, waardoor mogelijk alsnog – ondanks die teleurstellende uitspraak – een vaststellingsovereenkomst kan worden bereikt.⁹⁸

De uitspraak van de deelgeschilrechter werkt wel door in die bodemprocedure. In artikel 1019cc lid 1 Rv wordt immers bepaald dat de beschikking van de deelgeschilrechter – voor zover daarin sprake is van uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissingen over geschilpunten die de materiële rechtsverhouding tussen partijen raken – dezelfde status heeft als een bindende eindbeslissing in een bodemprocedure. De wetgever stelt hierover⁹⁹:

“In artikel 1019cc, eerste lid, Rv is aangeknoot bij de leer van de bindende eindbeslissing van een tussenvonnis. Dit betekent dat van een oordeel over het deelgeschil dat uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is geformuleerd alleen kan worden teruggekomen door de bodemrechter in eerste aanleg indien er inmiddels nadere gegevens voorhanden zijn waaruit blijkt dat de beslissing berust op een onjuiste of feitelijke grondslag. In dat geval kan de bodemrechter het oordeel over het deelgeschil heroverwegen teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak doet. Zie HR 25 april 2008, NJ 2008,553.”

De wetgever geeft twee voorbeelden van situaties waarbij gesproken kan worden van een beslissing die berust op een dergelijke feitelijke of juridische misslag¹⁰⁰:

“Bij omstandigheden waarin de rechter in eerste aanleg een beslissing dan als “niet bindend” terzijde kan schuiven, kan bijvoorbeeld aan de volgende situaties worden gedacht. Indien de rechter in een deelgeschil een oordeel heeft gegeven over de levensverwachting van een gedupeerde die van belang is voor de berekening van zijn inkomensschade, is denkbaar dat deze naar beneden moet worden bijgesteld indien nadien geconstateerd is dat de gedupeerde (bovendien) lijdt aan een ernstige ziekte. Voorts kan gedacht worden aan een door de deelgeschilrechter gegeven uitleg van de wet die door een nadien door de Hoge Raad gewezen arrest niet meer de juiste blijkt te zijn.”

Als hoofdregel moeten partijen er evenwel aldus vanuit gaan dat de bodemrechter tot een vergelijkbare beslissing zal komen als de deelgeschilrechter.¹⁰¹ Dat maakt de uitkomst van de bodemprocedure dus ook hoogst voorspelbaar, en dat maakt het voor de in de deelgeschilprocedure in het ongelijk gestelde partij ook weinig aantrekkelijk om de gehele bodemprocedure te moeten doorlopen.¹⁰² Om die reden is in artikel 1019cc lid 3 aanhef sub a Rv de mogelijkheid geboden om – met verlof van de bodemrechter¹⁰³ – tussentijds hoger beroep in te stellen. Dat hoger beroep moet dan wel binnen 3 maanden na de eerste roldatum¹⁰⁴ van de bodemprocedure zijn ingesteld. De appeltermijn begint dus niet pas te lopen nadat het verlof is verleend; te lang wachten zal tot niet-ontvankelijkheid in appel leiden.¹⁰⁵ De mogelijkheid bestaat derhalve dat al hoger beroep is ingesteld, maar de bodemrechter na het verstrijken van de 3 maanden termijn alsnog besluit het verlof niet te verlenen. Ook die situatie zal op grond van artikel 337 lid 2 Rv tot niet-ontvankelijkheid van de appellant leiden.¹⁰⁶ Om te voorkomen dat het verlof wordt geweigerd, moet dit verlof daarom voldoende worden toegelicht. De wetgever geeft voor een dergelijk verlovverzoek de volgende motivering¹⁰⁷:

⁹⁷ MvT, Kamerstukken II, 2009-2010, 31 518, nr. 3, p. 13. Zie ook overigens artikel 1019bb, waarin wordt vermeld dat tegen de beschikking geen hoger beroep openstaat, *onverminderd* (de toepasselijkheid van) artikel 1019cc, derde lid.

⁹⁸ Berusting (artikel 334 Rv) in de deelgeschiluitspraak zal aan het later voeren van een bodemprocedure wel in de weg staan, maar daarvan is alleen sprake als ondubbelzinnig kenbaar wordt gemaakt dat in die uitspraak wordt berust. Partijen moeten er mijns inziens evenwel op bedacht zijn dat bepaalde uitlatingen en gedragingen nadat de beschikking is gewezen, van invloed kunnen zijn op de uitkomst van de bodemprocedure.

⁹⁹ MvA, Kamerstukken I, 2009-2010, 31 518, C, p. 12.

¹⁰⁰ Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 518, nr. 8, p. 4.

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7503, JA 2012/86.

¹⁰² Temeer daar de proceskosten in de bodemprocedure forfaitair en aan de hand van het aantal verrichte proceshandelingen worden vastgesteld, en het proceskostenrisico van artikel 237 Rv in de bodemprocedure (uiteraard) van toepassing is.

¹⁰³ Zie als voorbeeld van een dergelijk verlof de elders in deze aflevering van L&S gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 5 februari 2014, L&S 2014/123.

¹⁰⁴ De datum die in de “aanzegging” van de dagvaarding wordt genoemd en waarop de gedagvaarde partij bij de rechtbank moet verschijnen (dus niet de datum waarop de dagvaarding wordt betekend).

¹⁰⁵ Rechtbank Utrecht, 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:BV7503, JA 2012/86, L&S 2012/183 en eerder door J. Quakkelaar besproken in Letsel & Schade 2012/184 (afl. 2).

¹⁰⁶ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 23.

¹⁰⁷ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 22.

“Aan die mogelijkheid kan behoefte bestaan als de beschikking een cruciale kwestie betreft die in feite bepalend is voor de afloop van de zaak. Net als wanneer een dergelijke kwestie in een bodemprocedure zou zijn behandeld, kan het doelmatig zijn wanneer partijen deze kwestie bij het gerechtshof (en eventueel bij de Hoge Raad) kunnen uitprocederen, zonder dat zij gedwongen zijn om eerst de gehele bodemprocedure in eerste aanleg af te ronden (met alle kosten en vertraging door bijvoorbeeld nadere bewijslevering door getuigenverhoren of deskundigenberichten).”

Het verlovverzoek zelf is verder niet aan vormvereisten verbonden, en kan ook per (separate) brief worden gedaan.¹⁰⁸ De wederpartij moet op het verhoor worden gehoord, en de beslissing op het verlov zelf is niet vatbaar voor appel.¹⁰⁹ In verband met de korte termijnen is het daarom verstandig om de wederpartij al bij voorbaat in te lichten over een voorgenomen verlofaanvraag, en daarbij uit te nodigen daarop te reageren.

Tot voor kort bestond er geen aanleiding om te twifelen aan de wijze waarop het (tussentijdse) hoger beroep ingeleid moest worden. Omdat het verlov (pas) in de bodemprocedure kan worden verleend, en die bodemprocedure wordt ingeleid met een dagvaarding, zou het (tussentijds) appel via een appeldagvaarding moeten worden ingeleid. In zijn arrest van 11 februari 2014 overwoog het Gerechtshof 's-Hertogenbosch evenwel¹¹⁰:

“Het hof stelt allereerst vast dat het hier een beroep betreft tegen een beschikking in een deelgeschil, waarop de wettelijke regels voorgeschreven voor de verzoekschriftenprocedure van toepassing zijn, meer in het bijzonder ook de regels als bedoeld in artikel 358 Rv en volgende, die betrekking hebben op het hoger beroep. Daarnaast geldt in het onderhavige geval het bepaalde als bedoeld in artikel 1019 cc lid 3 onder a Rv. Dat wil zeggen dat een beroep van een deelbeschikking slechts open staat indien een bodemprocedure aanhangig is gemaakt én de rechter in die bodemzaak een tussentijds beroep heeft opengesteld. Dat een beslissing in een deelgeschil in de bodemzaak eenzelfde bindende kracht toekomt als een tussenvonnis (zoals bepaald in lid 1 van artikel 1019 cc Rv) maakt het daarom nog niet tot een tussenvonnis verkregen in een dagvaardingsprocedure.

Het hoger beroep is ingeleid met een dagvaarding. Noch partijen noch het hof heeft tijdig onderkend dat, hoewel de bodemzaak met een dagvaarding dient te worden ingeleid teneinde een mogelijkheid te creëren om op verzoek van (een van) partijen een tussentijds beroep tegen de beslissing in het deelgeschil mogelijk te maken en, indien dat beroep wordt openge-

steld, dat beroep dient te worden ingeleid met een beroepschrift ingevolge de hoofdregel met betrekking tot de verzoekschriftenprocedure.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt dat een tussentijds appel aldus aanhangig gemaakt moet worden via een beroepschrift in plaats van via een appeldagvaarding. Hoewel het Gerechtshof 's-Hertogenbosch daaraan in de specifieke casus geen gevolgen verbindt, is de beslissing – indien die juist zou zijn – voor de praktijk bepaald niet zonder belang. In een beroepschrift moeten immers – anders dan in een appeldagvaarding¹¹¹ – al direct de gronden voor het beroep (de grieven) worden vermeld en toegelicht (artikel 359 en 278 lid 1 Rv), zulks op straffe van (ambtshalve) niet-ontvankelijk verklaring.¹¹² Ik vraag mij evenwel af of de overwegingen van het gerechtshof, juist ook in verband met het bepaalde in artikel 1019bb Rv, wel juist zijn. De wetgever heeft immers uitdrukkelijk – en met redenen – overwogen dat hoger beroep tegen een onwelgevallige beschikking in een deelgeschilprocedure niet mogelijk is. Die deelgeschilprocedure is – behoudens aldus die situaties waarin een beroep op de doorbrekingsgronden kan worden gedaan – nadat de beschikking is gewezen, ook daadwerkelijk afgerond. Er gaat op dat moment – in tegenstelling tot bij normale verzoekschriftprocedures (artikel 358 lid 2 Rv) – ook geen appeltermijn lopen. Dat laat, zoals hierboven al toegelicht, de mogelijkheid onverlet om een bodemprocedure aanhangig te maken. In die bodemprocedure is vervolgens een mogelijkheid gecreëerd om – vanwege de gebondenheid van de bodemrechter aan de beschikking van de deelgeschilrechter – met verlov van de bodemrechter – en nadat de bodemprocedure aanhangig is gemaakt – tussentijds te appelleren (artikel 1019cc Rv). Ter toelichting op dit artikel stelt de wetgever:¹¹³

“Met de verwijzing naar artikel 1019cc wordt bedoeld op de omstandigheid dat de deelgeschilbeschikking in de bodemprocedure een zekere bindende kracht heeft, in verband waarmee tegen de inhoud daarvan in de bodemprocedure in hoger beroep kan worden opgekomen.”

en.¹¹⁴

“De procedure is immers niet opgezet als een procedure voor het verkrijgen van voorlopige voorzieningen, maar vormt als het ware een naar voren gehaald onderdeel van de bodemprocedure.”

¹⁰⁸ Zie noot Asser onder het arrest van de Hoge Raad van 17 december 2004, NJ 2005/511.

¹⁰⁹ Zie noot 107.

¹¹⁰ Het arrest is alleen in te zien via www.letselschademagazine.nl.

¹¹¹ Waarbij het appel op nader in te voeren gronden/grieven kan worden aangekondigd, waarna die grieven in een later volgende memorie van grieven kunnen worden geformuleerd en toegelicht.

¹¹² Zie o.a. Van Geuns en Jansen, Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 359, aant. 5 en Hammerstein 2010, (T & C Rv), art. 359 Rv, aant. 2.

¹¹³ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr 3. p. 19.

¹¹⁴ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr 3. p. 20.

De wetgever heeft met artikel 1019cc Rv mijns inziens dan ook een zekere fictie willen creëren, waarbij verondersteld wordt dat er in de nieuw opgestarte bodemprocedure al een eerder tussenvonnis is geweest, als onderdeel van diezelfde bodemprocedure. Anders dan het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 14 februari 2014 heeft overwogen, is het hoger beroep in dergelijke situaties mijns inziens niet aan te merken als een beroep tegen een beschikking in de deelgeschilprocedure (omdat een dergelijk beroep immers expliciet en gemotiveerd door de wetgever is uitgesloten), maar als een beroep in een bodemprocedure waarbij – in afwijking van het tussentijds appelverbod van artikel 337 lid 2 Rv – verlof is verleend om tussentijds appel in te stellen. Op die appelprocedure zijn dan mijns inziens ook de gewone regels van de dagvaardingsprocedure (artikel 332 Rv e.v.) van toepassing.¹¹⁵

Als de door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bepleite rechtsingang van het beroepsschrift juist zou zijn, dan zou dat mijns inziens ook tot afbakeningsproblemen kunnen leiden indien de weg van artikel 1019cc lid 3 aanhef en sub b Rv wordt bewandeld (hoger beroep tegen de beschikking tegelijk met het eindvonnis in de bodemprocedure). Moet het hoger beroep dan als een hoger beroep tegen de beschikking in de deelgeschilprocedure of als een hoger beroep tegen het eindvonnis van de bodemprocedure worden aangemerkt? Vanwege de niet verwaarloosbare processuele verschillen tussen het inleiding van een tussentijds appel via een beroepsschrift, dan wel appeldagvaarding, moge duidelijk zijn dat de praktijk (en rechtszekerheid) ermee gediend is dat er snel duidelijkheid wordt verkregen over de wijze waarop – bij toepassing van artikel 1019cc lid 3 Rv – de appelprocedure moet worden ingeleid.

3.3 Conclusie hoger beroep

Met het arrest van de Hoge Raad van 14 april 2014 is duidelijk geworden dat er 3 momenten zijn waarop tegen een onwelgevallige beschikking van de deelgeschilrechter geappelleerd kan worden. Dat kan direct (en dan binnen 3 maanden) nadat de beschikking in de deelgeschilprocedure is geweest, mits sprake is van één van de in de rechtspraak ontwikkelde doorbrekingsgronden. Het moge evenwel duidelijk zijn dat een beroep op een dergelijke doorbrekingsgrond niet snel zal kunnen slagen, waardoor de praktische betekenis van deze appelmogelijkheid ook beperkt zal blijven. Het enkele feit dat partijen het met de beslissing van de deelgeschilrechter dat het geschil zich wel of niet leent voor behandeling in een

deelgeschilprocedure oneens zijn, zal niet voldoende zijn om het rechtsmiddelenverbod van artikel 1019cc Rv te doorbreken. Daarmee wordt aan de doelstelling van de Wet deelgeschillen – het bevorderen en bespoedigen van de buitengerechtelijke onderhandelingen – tegemoet gekomen.

Mochten partijen er na afronding van de deelgeschilprocedure toch niet in slagen om een minnelijke regeling te treffen, dan kunnen zij altijd nog (en ieder voor zich) een bodemprocedure aanhangig maken. In die bodemprocedure kan de bestreden beschikking uit de deelgeschilprocedure dan op 2 manieren worden aangevallen. Al direct binnen 3 maanden na de eerstdienende dag van de bodemprocedure (en mits verlof is verleend door de bodemrechter), dan wel tegelijkertijd met het eindvonnis in de bodemprocedure, waarbij die laatste mogelijkheid (1019cc lid 3 aanhef en onder b Rv) ook een zeker vangnet biedt. Immers, ook indien de appellante wegens termijnoverschrijding van 1019cc lid 3, aanhef en onder a Rv, dan wel wegens het niet-krijgen van verlof, niet-ontvankelijk wordt verklaard in een tussentijds aanhangig gemaakt appel, blijft de mogelijkheid openstaan om later alsnog met het eindvonnis in de bodemprocedure in appel te komen.¹¹⁶

4. Conclusies

De wetgever heeft de buitengerechtelijke afwikkeling van letselschade willen bevorderen door een extra processuele mogelijkheid te bieden om vastgelopen onderhandelingen vlot te kunnen trekken.¹¹⁷ Om die procedure voor het slachtoffer tot een effectief instrument te laten zijn¹¹⁸, is het noodzakelijk dat de redelijke kosten die het slachtoffer moet maken om een deelgeschilprocedure te voeren, door de aansprakelijke partij vergoed moeten worden. Om die effectieve procesmogelijkheid te waarborgen, kan mijns inziens een begroting uitsluitend achterwege blijven als sprake is van het volstrekt onnodig en onterecht aanhangig maken van een deelgeschilprocedure. Het is dan immers niet redelijk geweest de procedure te starten, waardoor het dus ook niet redelijk was de daarmee gepaard gaande kosten te maken (eerste redelijkheidstoets). Misbruik van de via de deelgeschilprocedure moet in die situaties terecht gesanctioneerd (kunnen) worden. In alle andere situaties zullen de kosten op de voet van artikel 1019aa Rv wel begroot moeten worden. De eerste redelijkheidstoets is dan immers succesvol genomen, waarna de rechter kan

¹¹⁵ En daarmee ook het gewone proceskostenregime van 237 Rv e.v.

¹¹⁶ Voor de goede orde: mocht wel verlof worden verleend voor tussentijds appel, en het hof (dan wel Hoge Raad) oordeelt overeenkomstig de deelgeschilrechter, dan kan daartegen later uiteraard niet opnieuw – tegelijkertijd met het oordeel van de bodemrechter – worden geappelleerd.

¹¹⁷ MvT, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p.13

¹¹⁸ Dat de deelgeschilprocedure ook in de dagelijkse letselpraktijk een effectief instrument blijkt te zijn hebben Van en Akkermans toegelicht in hun artikel 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', TVP 2011, nr. 3, p. 82-86

beoordelen of de gevorderde kosten ook aan de tweede redelijkheidstoets voldoen. Wat mij betreft is een normering van het als redelijk te bestempelen uurtarief daarbij niet nodig, omdat het voor de deelgeschilprocedure in rekening gebrachte uurtarief al voldoende richtinggevend is voor de rechter. Het is vooral aan partijen om het debat over de kosten goed te blijven voeren. Voor de wetgever zelf zie ik bij dit alles geen bijzondere rol weggelegd.

Dat ligt anders voor de wijze waarop een appelprocedure in de eventueel op een deelgeschilprocedure volgende bodemprocedure moet worden ingeleid. Wat mij betreft dient de wetgever te bevestigen dat ook bij de via artikel 1019cc lid 3 onder a Rv geboden mogelijkheid tot tussentijds appel de “gewone” procesregels van een dagvaardingsprocedure van toepassing zijn, en dat een dergelijk appel dus ook moet worden ingeleid via een appeldagvaarding. De rechtszekerheid vereist in ieder

geval dat iedere twijfel hierover wordt weggenomen, zodat partijen (en rechters) weten waar ze aan toe zijn. Het appelverbod voorkomt dat al direct appeltermijnen gaan lopen. Partijen kunnen de consequenties van een bepaalde uitspraak daarmee beter overzien, en aan de hand van die consequenties (of bijvoorbeeld gebleken beperkte schadeomvang) beter beslissen of het dan later nog zinvol en raadzaam is om een bodemprocedure aanhangig te maken, dan wel om alsnog de beoogde vaststellingsovereenkomst te sluiten. Met dit ontwikkelde systeem wordt mijns inziens recht gedaan aan alle betrokken belangen en wordt tegemoet gekomen aan de doelstellingen van de deelgeschilprocedure, zodat er geen aanleiding is om dit huidige stelsel – bijvoorbeeld door verruiming van de doorbrekingsgronden – tijdens de komende evaluatie van de deelgeschilprocedure te herzien.

| 116 | Vergoeding van immateriële schade

Over shockschade en hogere smartengeldvergoedingen

mr.dr. R.J.P. Kottenhagen¹

Verschillende aspecten van vergoeding van immateriële schade komen in de literatuur en in de rechtspraak steeds opnieuw aan de orde. In deze bijdrage wordt ingegaan op enkele ontwikkelingen, die zich in recente rechtspraak hebben voorgedaan: de juridische mogelijkheden tot vergoeding van door derden geleden shockschade (en de daar aan klevende problematiek van affectieschade) en de hoogte van smartengeldvergoedingen. Geconstateerd wordt dat het noodzakelijk is dat het Nederlandse immateriële schadevergoedingsrecht weer in balans gebracht wordt, zowel met zich zelf als ten aanzien van andere Europese rechtsstelsels. Dit geldt zowel ten aanzien van de vergoeding van immateriële schade geleden door derden als ten aanzien van de hoogte van de smartengeldbedragen.

1. Inleiding

In deze bijdrage staat de vergoeding van immateriële schade in geval van shockschade en de hoogte van smartengeldvergoedingen centraal. Ten aanzien van shockschade kan geconstateerd worden dat in de lagere rechtspraak verschillende instanties kennelijk weigerachtig zijn om de op zich zelf genomen door de Hoge Raad ontwikkelde duidelijke criteria ten aanzien van dit leerstuk te volgen. In § 2 zal deze problematiek nader besproken worden. Daarbij wordt kort aandacht besteed aan de zeer recent gepubliceerde Consultatieversie van het Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade en de mogelijke gevolgen daarvan voor in het bijzonder de vergoeding van shockschade.² Wat de hoogte van smartengeldvergoedingen betreft het volgende. In de li-

teratuur komt steeds veelvuldiger aan de orde dat de in Nederland toegekende bedragen in vergelijking met andere Europese landen aan de lage kant zijn. Ingegaan zal worden op één enkele uitspraak waarin de rechter zelf naar wegen lijkt te zoeken om in deze situatie verandering te brengen (§ 3). Tot slot volgen enkele afrondende opmerkingen (§ 4).

2. Shockschade: de Hoge Raad opnieuw voorbij

Inleiding

Hoewel het in situaties van shockschade veelal gaat over de vergoeding van immateriële schade, neemt dat natuurlijk niet weg dat als gevolg van shockschade er ook materiële schade kan ontstaan. Daarbij kan gedacht

¹ Rob Kottenhagen is werkzaam bij de sectie Recht van de Gezondheidszorg, Erasmus Universiteit Rotterdam.

² Zie over dit Wetsvoorstel A.J. Verheij, Wetsvoorstel Zorg- en Affectieschade, Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid, *Verkeersrecht* 2014, p. 218-227.