

Pleidooi voor een exclusieve rechtsgang

Jasper Keizer – mr. J.G. Keizer is advocaat bij SAP Advocaten.

Als partijen het niet eens worden over de inschakeling van deskundigen, blijken benadeelde partijen ter beslechting van dat geschil twee verschillende procesmogelijkheden te benutten: de voorlopig deskundigenprocedure en de deelgeschilprocedure. De eerste biedt meer waarborgen dan de tweede, namelijk hoger beroep bij afwijzing, en regie van de rechter. Daarom bepleit Jasper Keizer dat dergelijke geschillen exclusief in een voorlopig deskundigenprocedure moeten worden voorgelegd. Daarvoor is wel nodig dat de kosten van rechtsbijstand van deze procedure onder het bereik van artikel 6:96 BW blijven vallen, als de buitengerechtelijke onderhandelingen aan de hand van het deskundigenbericht zijn voortgezet, en niet van kleur verschieten als later toch nog een bodemprocedure volgt.

1. Inleiding

In letsel- en overlijdensschadezaken¹ worden met grote regelmatig deskundigen ingeschakeld om rapport uit te brengen, aan de hand waarvan een tussen partijen spelend juridisch geschil kan worden opgelost. In de meeste gevallen zal het partijen in onderling overleg lukken om afspraken te maken over nut en noodzaak van het inschakelen van deskundigen, de persoon van de deskundige en de aan de deskundige voor te leggen vraagstelling en informatie. Wanneer het in minnelijk overleg inschakelen van deskundigen evenwel niet lukt, kunnen partijen zich tot de rechter wenden. Uit de rechtspraak blijkt dat benadeelde partijen twee wegen bewandelen om de rechter te laten (mee)beslissen op de vraag of een deskundige moet worden benoemd, wie die deskundige moet zijn en welke informatie en vraagstelling aan de deskundige moet worden voorgelegd, te weten de deelgeschilprocedure (1019w e.v. Rv) en de verzoekschriftprocedure voorlopig deskundigenbericht (artikel 202 e.v. Rv).²

In dit tijdschrift is al eerder aandacht besteed aan de verhouding tussen deze beide procedures en de vraag hoe rechters tot nu toe oordelen over de vraag of een geschil over inschakeling van een deskundige zich (ook) leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure, waaruit

enerzijds volgt dat beide wegen naast elkaar bewandeld kunnen worden, maar anderzijds ook blijkt dat daarover niet altijd eensluidend geoordeeld wordt.³ Met het oog op de rechtseenheid en zekerheid is dat niet wenselijk, ook al omdat er wel verschillen lijken te bestaan tussen beide procedures, terwijl zij feitelijk eenzelfde geschil beogen op te lossen.

2. Twee wegen

Al ruim voor de invoering van de deelgeschilprocedure heeft de voorlopig deskundigenprocedure zich bewezen als effectief procesinstrument ingeval partijen met elkaar van mening verschillen over de vraag of een deskundige moet worden ingeschakeld en om, na toewijzing, aan de hand van het deskundigenrapport te beoordelen of het voor toewijzing van de vorderingen van cliënt vereiste bewijs te leveren is of niet.⁴ Dat benadeelde partijen sinds de invoering van de deelgeschilprocedure ook die procedure regelmatig⁵ benutten om te laten beslissen dat een deskundige moet worden ingeschakeld, zal zijn gelegen in het gunstige proceskostenregime van de deelgeschilprocedure (waarover later meer), waardoor de benadeelde geen procesrisico loopt.⁶

1 In het vervolg van deze bijdrage zal ik korthedshalve steeds volstaan met de term personenschade en personenschadezaken.

2 Hiermee wordt de verzoekschriftprocedure strekkende tot benoeming van en rapportage door een deskundige bedoeld; verder: 'voorlopig deskundigenbericht' en/of 'voorlopig deskundigenprocedure'.

3 B. van Beesd, 'Via de deelgeschilprocedure of een voorlopig deskundigenbericht?', *Letsel & Schade* 2021-3, p. 25-32 en S.D. De Groot, 'Deelgeschilprocedure versus voorlopig deskundigenbericht; meerdere (tol)wegen naar Rome?', *Letsel & Schade* 2017-4, p. 31-33.

4 Zie C.J.M. Klaasen, 'Zorgvuldig procederen', *VR* 2020/158, p. 346-351, waarin zij bepleit meer gebruik te maken van het voorlopig deskundigenonderzoek.

5 Zie bijvoorbeeld recent Rechtbank Gelderland 15 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3447. Zie voor een uitvoerig overzicht de onder noot 3 genoemde artikelen.

6 Zie ook M. Wesseling, *De deelgeschilprocedure. Kan procederen onderhandelingen stimuleren?*, Boom, Den Haag 2016, p. 93.

Over de verhouding van de deelgeschilprocedure ten opzichte van het voorlopig deskundigenbericht zegt de wetgever onder andere dat de deelgeschilprocedure een eigen aanvulling vormt op de reeds bestaande procesrechtelijke instrumenten die gericht zijn op, of kunnen bijdragen aan de beëindiging van een geschil, zoals het voorlopig deskundigenbericht.⁷ De deelgeschilprocedure verschilt volgens de wetgever van het voorlopig deskundigenbericht doordat het een ruim toepassingsbereik kent en niet beperkt is tot specifieke verrichtingen, doordat een deelgeschilprocedure niet voorlopig is, en doordat het aan de rechter is of het in het kader van een deelgeschil wenselijk is een deskundigenbericht te gelasten,⁸ hetgeen in verband met de daaraan verbonden tijd en kosten niet voor de hand ligt.⁹

Bij een voorlopig deskundigenonderzoek wordt het onderzoek onder regie van de rechter uitgevoerd, terwijl partijen de uitvoering van deskundigenonderzoek na een deelgeschil zelf ter hand moeten nemen.

Als verzoeker redelijkerwijs had moeten voorzien dat voor toewijzing van het voorgelegde deelgeschil nog deskundigenbewijs nodig was, dan wordt het desondanks aanhangig maken van het deelgeschil vaak als ‘volstrekt onnodig of volstrekt ten onrechte’ aangemerkt, waardoor een kostenbegroting uitblijft.¹⁰ Maar dan gaat het om situaties waarin ter beslechting van het onderliggende geschil deskundige voorlichting nodig is, en niet over de situatie waarin het geschil (uitsluitend) bestaat uit de vraag of een deskundige ingeschakeld moet worden. De wetgever heeft voor die situaties (veel) ruimte gelaten voor de veronderstelling dat geschillen over de inschakeling van deskundigen in deelgeschil aan de rechter kunnen worden voorgelegd.

Zo overweegt de wetgever over het toepassingsbereik van de deelgeschilprocedure onder meer:

‘De buitengerechtelijke onderhandelingen kunnen (...) vastlopen op (...) de vraag of nog een deskundige moet worden

geraadpleegd en zo ja welke, hoe de vraagstelling aan de deskundige dient te luiden (...). Al deze vragen kunnen in de deelgeschilprocedure aan de orde komen.’¹¹

‘Voorts kan aan de orde komen de vraag of naast de reeds door partijen in onderling overleg geraadpleegde deskundigen nog andere deskundigen door hen geraadpleegd dienen te worden.’¹²

‘Wanneer partijen het bijvoorbeeld niet eens zijn over de vraag of een deskundige benoemd moet worden, kan daarover in een deelgeschilprocedure een oordeel van de rechter worden gevraagd.’¹³

De nodige ruimte die de wetgever aldus biedt om de vraag of deskundigen moeten worden ingeschakeld in deelgeschil aan de orde te stellen, wordt in de rechtspraak regelmatig benut en toegestaan. In de rechtspraak lijkt dan wel een onderscheid te worden gemaakt tot een verzoek tot het gelasten van een deskundigenonderzoek, waarvoor de voorlopig deskundigenprocedure moet worden doorlopen, en een verzoek tot (een bevel tot) medewerking aan een deskundigenonderzoek, dat dan wel in deelgeschil kan worden beoordeeld voorgelegd. Zo overwoog de Rechtbank Gelderland in haar beschikking van 22 juni 2017:

‘Het verzoek strekt niet tot het gelasten van een gerechtelijk (voorlopig) deskundigenonderzoek, maar ‘slechts’ ertoe CWZ en Centramed te verplichten tot medewerking aan deskundigenonderzoek buiten rechte. Een beslissing in deze zin kan, zeker nu een expertise ook volgens de rechtbank aangewezen is, bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Dat [verzoeker] ook een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht kan doen doet hieraan niet af.’¹⁴

In haar beschikking van 15 oktober 2021 overwoog de Rechtbank Noord-Holland:

‘De rechtbank stelt voorop dat uit rechtspraak voortkomend uit deelgeschillen de conclusie kan worden getrokken dat *erkel* het bevel tot medewerking aan een deskundigenonderzoek in een deelgeschil aan de orde kan worden gesteld. Indien het de bedoeling is dat een deskundige wordt benoemd, moet de procedure op grond van artikel 202 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in gang worden gezet.’ (curs. JGK)¹⁵

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

8 Kamerstukken I, 2009-2010, 31 518, C, p. 5 en 6

9 Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 7. Zie voor een uitzondering Rechtbank Rotterdam 29 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10129, waarin de rechter oordeelt dat het stellen van aanvullende vragen aan een eerder geraadpleegde deskundige binnen het bestek van het voorgelegde medisch aansprakelijkheidsgeschil mogelijk is.

10 Zie onder andere Rechtbank Gelderland 7 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1618, Rechtbank Gelderland 23 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4489 en Rechtbank Midden-Nederland 25 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1838

11 Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 10 en 11

12 Ibid., p. 16

13 Ibid., p. 4

14 ECLI:NL:RBGEL:2017:4179

15 ECLI:NL:RBNHO:2021:8976

De vraag is of dit in de rechtspraak gemaakte onderscheid wel een wezenlijk onderscheid is, en de facto niet op hetzelfde neerkomt; de rechter beslist immers zowel bij het gelasten van deskundigenonderzoek als bij het opleggen van een bevel tot medewerking dat deskundigenonderzoek nodig is. Wel verschilt de uitvoering van het nodig geachte deskundigenonderzoek naar gelang de procedure die is gevoerd. Bij een voorlopig deskundigenonderzoek wordt het onderzoek onder regie van de rechter uitgevoerd, terwijl partijen de uitvoering van deskundigenonderzoek na een deelgeschil zelf ter hand moeten nemen. Daarnaast wordt wel gedacht dat er ook relevante verschillen zijn in de kosten van beide trajecten. Er zijn, om bij de titel van de eerdere bijdrage van De Groot in dit blad te blijven,¹⁶ dus meerdere wegen die naar Rome leiden, maar die blijken niet allemaal even goed geplaveid te zijn.

3. Overeenkomsten en verschillen tussen de procedures

3.1. Deelgeschilprocedure

De deelgeschilprocedure heeft tot doel de buitengerechtelijke afhandeling van personenschade te versterken, door het bieden van een extra instrument ter doorbreking van een impasse in die buitengerechtelijke onderhandelingen.¹⁷ Als partijen het op één of meer punten niet met elkaar eens kunnen worden, kunnen zij de deelgeschilrechter vragen om daarop te beslissen, waarna zij met inachtneming van die beslissing de buitengerechtelijke onderhandelingen weer kunnen voortzetten. Bepalend is of een beslissing op het deelgeschil een bijdrage (bouwsteen) kan leveren aan de uiteindelijke totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.¹⁸ Omdat de procedure aldus zozeer verweven is met de buitengerechtelijke afhandeling van personenschade bepaalt artikel 1019aa Rv dat de kosten van de procedure op de voet van artikel 6:96 BW worden begroot, en dat de aansprakelijke partij op verzoek van benadeelde kan worden veroordeeld tot betaling van die begrote kosten.¹⁹ Omdat de deelgeschilprocedure feitelijk onderdeel is van de buitengerechtelijke onderhandelingsfase blijven de kosten van de aansprakelijke partij voor eigen rekening, en bepaalt artikel 1019aa lid 3 Rv dat artikel 289 Rv in deelgeschil

geen toepassing vindt.²⁰ Al te lichtvaardig en ‘volstrekt onnodig of volstrekt ten onrechte’ procederen door de benadeelde wordt gesanctioneerd doordat de kostenbegroting dan uitblijft, waardoor de kosten van de deelgeschilprocedure voor eigen rekening van de benadeelde blijven.²¹

Omdat de deelgeschilprocedure feitelijk onderdeel is van de buitengerechtelijke onderhandelingsfase, blijven de kosten van de aansprakelijke partij voor eigen rekening.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel zouden de kosten van het deelgeschil van kleur verschieten indien op een later moment alsnog een bodemprocedure tussen partijen zou worden gestart, maar naar aanleiding van een amendement van Kamerlid Gerkens is aan artikel 1019aa lid 2 de zinsnede toegevoegd dat ‘in afwijking van het derde lid van die bepaling [6:96 BW] de regels betreffende de proceskosten niet van toepassing zijn in het geval de vordering ten principale aanhangig is gemaakt.’ Het betreffende amendement is van de volgende toelichting voorzien:

‘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.’²²

De deelgeschilprocedure geeft de benadeelde toegang tot een effectief procesinstrument om onderhandelingen vlot te trekken, zonder dat hij daarbij wordt tegengehouden door het kostenargument.²³ De deelgeschilprocedure kan alleen worden gevoerd indien sprake is van een situatie waarin een persoon een ander aansprakelijk houdt voor schade die hij lijdt door dood of letsel (artikel 1019w Rv). Omdat geschillen die voortvloeien uit een schadeverzekering inzittenden (Svi) of andere vormen van directe verzekering feitelijk nakomingsvorderingen betreffen die voortvloeien uit verzekeringsaanspraken, kunnen dergelijke

16 S.D. De Groot, ‘Deelgeschilprocedure versus voorlopig deskundigenbericht; meerdere (tol)wegen naar Rome?’, *Letsel & Schade* 2017-4, p. 31-33.

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

18 Artikel 1019z Rv

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

20 *Ibid.* 23, p. 12

21 *Ibid.* 23, p. 12.

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

23 M. Wesseling, *De deelgeschilprocedure. Kan procederen onderhandelingen stimuleren?*, Boom, Den Haag 2016, p. 93 en 51.

lijke geschillen volgens de huidige stand van de rechtspraak niet in deelgeschil worden voorgelegd.²⁴ Als in dergelijke zaken dus discussie bestaat of een deskundige moet worden ingeschakeld, staat voor de benadeelde partij (verzekerde) alleen de voorlopig deskundigenprocedure open.

3.2. Voorlopig deskundigenprocedure

Het doel van het voorlopig deskundigenbericht is het verkrijgen van bewijs ten behoeve van een partij die een procedure overweegt, zodat deze aan de hand van het uit te brengen deskundigenrapport meer zekerheid krijgt over de voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en zodoende beter kan beoordelen of het raadzaam is een procedure te starten.²⁵ Bij de beoordeling van een dergelijk verzoek komt de rechter weliswaar geen discretionaire bevoegdheid toe, maar verzoekende partij moet wel voldoende recht en belang hebben bij het deskundigenonderzoek en het deskundigenonderzoek moet betrekking hebben op feiten en omstandigheden die met dat onderzoek bewezen kunnen worden. Bij gebreke daarvan kan de rechter een verzoek afwijzen.

Zo overwoog het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn uitspraak van 7 april 2022 dat het verzoek tot benoeming van een bedrijfseconoom nog niet kon worden toegewezen, nu eerst het bestaan van causaal verband tussen de aanrijdingen en de medische klachten voldoende moest komen vast te staan²⁶ en overwoog de Rechtbank Gelderland in haar beschikking van 11 september 2023 dat het verzoek tot benoeming van een revalidatiearts nog niet kon worden toegewezen, omdat eerst benoeming van een neuroloog en neuropsycholoog aangewezen was.²⁷

Naast een gebrek aan voldoende belang kan het verzochte deskundigenonderzoek nog worden afgewezen als sprake is van strijd met de goede procesorde, misbruik van recht of wegens een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.²⁸ Van strijd met de goede procesorde en/of misbruik van recht is bijvoorbeeld sprake als tussen partijen al een rapport (hetzij op verzoek van partijen zelf, hetzij op verzoek van partijen) is uitgebracht dat voor één van de partijen onwettig is, en waarbij het verzoek ertoe strekt om een nieuw deskundigenrapport te verkrijgen ter weerlegging van dat

onwettige rapport, dan wel in de hoop dat in het nieuwe rapport wel voldoende steun is te vinden voor het te leveren bewijs.²⁹

Mijns inziens kan eveneens van misbruik van recht gesproken worden in een situatie waarin zonder enig vooroverleg met de wederpartij over het buiten rechte gezamenlijk inschakelen van een deskundige een voorlopig deskundigenprocedure wordt gestart.

In een voorlopig deskundigenonderzoek is de deskundige verplicht om partijen in de gelegenheid te stellen opmerkingen op het conceptrapport te maken.

De artikelen 205 en 195 Rv bepalen in beginsel dat de verzoekende partij het nader te bepalen voorschot op de kosten van de deskundige³⁰ moet voldoen. Als in de rechtsbetrekking tussen partijen aansprakelijkheid is vastgesteld, en het onderzoek nodig is ter vaststelling van de omvang van de schade, wordt als regel evenwel bepaald dat de aansprakelijke partij het voorschot op die kosten moet voldoen.³¹ Ter illustratie verwijs ik naar het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 7 maart 2017, waarin werd overwogen:

‘[appellant] is in appel in het ongelijk gesteld. Hij zal dan ook worden verwezen in de proceskosten (...), behoudens voor wat betreft de kosten van het deskundigenbericht. Vaststaat dat [geïntimeerden] c.s. uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn jegens [appellant] en dat [appellant] door dit onrechtmatige handelen enige schade heeft geleden. Om de omvang van de schade te kunnen vaststellen, was een onderzoek door een deskundige noodzakelijk. Indien dat onderzoek buiten rechte zou hebben plaatsgevonden, zouden de kosten daarvan in beginsel voor rekening van [geïntimeerden] c.s. zijn gekomen. Het hof ziet niet in waarom de kosten nu het onderzoek niet buiten maar in rechte plaatsvindt wel voor rekening van [appellant] zouden moeten komen. De door [geïntimeerden] c.s. reeds voorgeschoten kosten van de deskundige blijven dan ook voor hun rekening.’³²

24 Zie onder andere Rechtbank Arnhem 2 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ3863, Rechtbank Gelderland 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6872 en Rechtbank Midden-Nederland 29 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5328.

25 Onder andere Hoge Raad 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:272 en Hoge Raad 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8610.

26 ECLI:NL:GHSHE:2022:1143; NB in deze zaak trad ik als advocaat voor verzoeker op.

27 ECLI:NL:RBGEL:2023:5151.

28 Hoge Raad 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8610

29 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 23 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:793

30 Waarmee aldus het loon van de deskundige wordt bedoeld, in dit artikel te onderscheiden van de kosten voor het voeren van deze procedure.

31 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4066 ('de uit artikel 6:96 BW en genoemde uitspraak van de Hoge Raad [NJ 2005,50, JGK] voortvloeiende aansprakelijkheid kan eveneens bij de onderhavige beoordeling in het kader van artikel 205 lid 2 Rv worden betrokken'). Zie ook o.a. Rechtbank Rotterdam 4 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3378, Rechtbank Amsterdam 29 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3874 en A.J. Van, 'de kosten van het (voorlopig) deskundigenbericht', *TVP* 2006, nr. 2, p. 33v.

32 ECLI:NL:GHARL:2017:1936. Zie eveneens Gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d. 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4066, r.o. 2.9 en 2.10.

De (vaak aanzienlijke) kosten van de deskundige zelf vormen voor de verzoekende partijen bij vaststaande aansprakelijkheid dus geen beletsel om de procedure aanhangig te maken.

3.3. (On)mogelijkheid hoger beroep en (regie over) uitvoering deskundigenonderzoek

Voorlopig deskundigenprocedure

Tegen een toegewezen verzoek in een voorlopig deskundigenprocedure staat geen hoger beroep open; tegen afwijzing van het verzoek wel (artikel 204 lid 2 Rv).

Als het verzoek tot een voorlopig deskundigenonderzoek is toegewezen, dan is het de rechter die de deskundige benoemt en opdracht geeft om het onderzoek uit te voeren (artikel 194 lid 2 Rv), waarbij de wijze waarop de deskundige zijn onderzoek moet uitvoeren ook met de nodige waarborgen is omkleed, zoals de verplichting van de deskundige om partijen in de gelegenheid te stellen opmerkingen op het conceptrapport te maken (artikel 198 Rv). Partijen kunnen in die fase schriftelijk verzoeken doen aan de deskundige, zoals bijvoorbeeld te reageren op een advies van de medisch adviseur of de aangesproken arts (bij medische aansprakelijkheid). De rechter zal de deskundige opdragen zijn onderzoek aan de hand van de Leidraad deskundigen in civiele zaken uit te voeren, waarin onder andere wordt uitgelegd hoe de rechter moet handelen indien een partij in de fase van hoor en wederhoor aanvullende informatie (bijvoorbeeld een medisch advies of de visie van de aangesproken arts bij medische aansprakelijkheid) aan de deskundige wil voorleggen.³³ In die situaties is het de rechter die dan op een dergelijk verzoek kan beslissen, en (voorafgaande) toestemming van de wederpartij is dus niet vereist.³⁴

Op verzoek van de rechter zal de deskundige het voorschot op zijn onderzoekskosten bepalen, waarna partijen zich over de hoogte van het voorschot kunnen uitlaten (artikel 195 Rv). Het onderzoek wordt in de regel niet eerder gestart dan nadat het voorschot op de kosten van het deskundigenonderzoek binnen de door de rechter gestelde betalingstermijn is voldaan.³⁵ Als de partij die het voorschot moet voldoen daarmee in gebreke blijft, mag de rechter daaruit ten nadele van die partij de conclusie trekken die hij geraden acht (artikel 196 lid 2 Rv). Als

het deskundigenbericht betrekking heeft op een feitelijke kwestie die partijen verdeeld houdt, zoals bijvoorbeeld de oorzaak van gezondheidsklachten, dan kan de rechter bij weigering van betaling van het opgelegde voorschot bijvoorbeeld uitgaan van de juistheid van het standpunt van de andere partij.³⁶ Het niet-voldoen van het voorschot kan dus verstrekkende nadelige consequenties hebben. Als het voorschot op het deskundigenonderzoek eenmaal is voldaan, dan wordt het deskundigenonderzoek onder regie van de rechter uitgevoerd, totdat de deskundige zijn definitieve rapport heeft uitgebracht. Op grond van artikel 198 Rv zijn partijen verplicht om mee te werken aan het deskundigenonderzoek; als aan die verplichting niet wordt voldaan mag de rechter ook daaraan de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

Bij de beoordeling van de aan de deskundige voor te leggen vraagstelling komt de rechter de nodige beoordelingsvrijheid toe, bijvoorbeeld om vragen niet toe te laten als die ertoe leiden dat de deskundige een oordeel moet geven op een terrein dat niet tot zijn eigen deskundigheid behoort.³⁷ Met betrekking tot de persoon van de deskundige bepaalt artikel 194 lid 2 in verbinding met 205 Rv dat de rechter deze na overleg met partijen benoemt. Komen zij niet met een gezamenlijke voordracht, dan heeft de rechtbank de vrijheid om zelf een niet door één van de partijen aangedragen deskundige aan te wijzen.³⁸ In de praktijk bestaat over de persoon van de deskundige nogal eens discussie; de rechter kan dus ook op dit punt in een voorlopig deskundigenprocedure de knoop doorhakken. Overigens zou de discussie over de persoon van de (medisch) deskundige gebaat kunnen zijn bij de al in 2003 door Smeehuijzen gedane aanbeveling om in de vraagstelling standaard een disclosure statement op te nemen.³⁹ Het zou tevens kunnen helpen als namen van in procedures geraadpleegde deskundigen niet meer worden geanonimiseerd, zodat kennis kan worden genomen van de wijze waarop zij in eerdere vergelijkbare zaken hebben gerapporteerd, waardoor partijen (en de rechter) ook beter beargumenteerd kunnen toelichten welke deskundige moet worden ingeschakeld.

Ten aanzien van de vraag of in het kader van een verzoekt deskundigenonderzoek aanvullende informatie moet worden verstrekt die nog niet in het bezit is van de

33 Zie <https://www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/leidraad-deskundigen-wt.pdf>.

34 Leidraad deskundigen in civiele zaken, p. 11 (nr. 31).

35 Leidraad deskundigen in civiele zaken, p. 38 (nr. 138).

36 Kamerstukken II, 1999-2000, 20 855, nr. 6, p. 11-12.

37 Hoge Raad 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3676 en Gerechtshof Amsterdam 1 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3315 (r.o. 2.7). Zie ook H.M. Quaak, 'Rechterlijke beoordelingsvrijheid vraagstelling voorlopig deskundigenbericht: doorbreking rechtsmiddelenverbod bij afwijkende vraagstelling?', *TVP* 2021, nr. 3, p. 97-103.

38 Gerechtshof Amsterdam 1 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3315 (r.o. 2.6).

39 J.L. Smeehuijzen, 'Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een 'disclosure statement'', *TVP* 2003, nr. 4, p. 126-129. Het disclosure statement bestaat uit een vragenlijst waarbij de deskundige naar zijn ervaring en expertise in het vervaardigen van deskundigenonderzoek wordt gevraagd en waarbij tevens aan de deskundige wordt gevraagd of er op het betreffende onderzoeksterrein verschillen in wetenschappelijke inzichten bestaan en zo ja, welke positie de deskundige daarin bekleedt.

verwerende partij, komt de rechter in de voorlopig deskundigenprocedure zeer beperkte beoordelingsvrijheid toe. In zijn arrest van 22 februari 2008 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat met de voorlopig verzoekschriftprocedure wordt beoogd om antwoord te geven op de aan de deskundige gestelde vragen, en dat de deskundige dit onpartijdig en naar beste weten moet doen. Dat brengt mee dat het de deskundige is die bepaalt welke door partijen te verschaffen gegevens voor de uitvoering van de hem opgedragen taak noodzakelijk zijn.⁴⁰

In hetzelfde arrest overwoog de Hoge Raad dat het binnen het stelsel van de voorlopig deskundigenprocedure niet past een nevenverzoek te doen om de wederpartij op voorhand te bevelen bepaalde gegevens aan de deskundige te verschaffen. Wel staat het de rechter mijns inziens vrij om de deskundige te vragen om beargumenteerd toe te lichten waarom hij het wel of niet nodig acht om bepaalde door een partij wenselijk geachte informatie in zijn onderzoek te betrekken. De vraag of de benadeelde verplicht kan worden om aanvullende informatie, bijvoorbeeld de patiëntenkaart, te verstrekken beperkt zich niet uitsluitend tot de inrichting van het deskundigenonderzoek. Informatie over de medische voorgeschiedenis of ongevalsvreemde gezondheidsproblematiek is immers van belang voor de vaststelling van causaal verband, en kan tevens van belang zijn voor de schadebegroting bij het bepalen van de hypothetische situatie zonder aansprakelijke gebeurtenis.

Als partijen het over de inschakeling van een deskundige en de inrichting van dat onderzoek wel eens zijn, maar uitsluitend nog van mening verschillen over de vraag of de benadeelde aanvullende informatie moet verstrekken, meen ik dat een dergelijk geschil (exclusief) thuishoort in een deelgeschilprocedure, omdat binnen het stelsel van de deelgeschilprocedure (in tegenstelling tot het stelsel van de voorlopig deskundigprocedure) wel de exhibitieplicht kan worden ingeroepen.⁴¹ Na een beslissing op dat geschil kunnen partijen dan vervolgens buiten rechte alsnog uitvoering geven aan het door hen beiden wenselijk en nodig geachte deskundigenonderzoek.

Bevel tot medewerking deskundigenonderzoek in deelgeschil

Anders dan bij een voorlopig deskundigenprocedure is hoger beroep niet mogelijk tegen een uitspraak waarbij de deelgeschilrechter een verzoek tot een bevel tot medewerking aan deskundigenonderzoek heeft afgewezen, gelet op artikel 10199bb Rv. Verkapt hoger beroep tegen een dergelijke afwijzing is op de voet van artikel 1019aa lid 3 Rv evenmin mogelijk. Het verzoek tot een bevel tot

medewerking aan deskundigenonderzoek kwalificeert immers niet als een geschilpunt tussen partijen betreffende hun materiële rechtsverhouding (artikel 1019aa lid 1 Rv), maar als een procedureel geschilpunt waarmee wordt bepaald hoe partijen zich bij de regeling van de schade moeten gedragen.⁴² De deelgeschilprocedure biedt bij afwijzing van het verzoek dus minder waarborgen dan bij een voorlopig deskundigenprocedure.

Anders dan bij een voorlopig deskundigenprocedure is hoger beroep niet mogelijk als de deelgeschilrechter een verzoek tot een bevel tot medewerking aan deskundigenonderzoek afwijst.

Als het verzochte bevel tot medewerking aan deskundigenonderzoek wel wordt toegewezen, dan is het vervolgens aan partijen om feitelijk uitvoering te geven aan het onderzoek. De regiefunctie van de rechter, ook ten aanzien van de (voorschot)kosten van de deskundige, ontbreekt dus. Het staat partijen weliswaar vrij om de deskundige te verzoeken zijn onderzoek volgens de eerdergenoemde Leidraad deskundigen in civiele zaken uit te voeren, maar als dan discussie bestaat over de vraag of nog aanvullende informatie aan de deskundige kan worden voorgelegd, ontbreekt de regie en beslisfunctie van de rechter. Partijen zijn daardoor bij het uitoefenen van hun recht op hoor en wederhoor afhankelijk van de medewerking van de wederpartij.

Als de andere partij zich bij de uitvoering van het onderzoek ten onrechte niet gedraagt in overeenstemming met de beslissing van de deelgeschilrechter door effectieve medewerking aan het deskundigenonderzoek te onthouden (door bijvoorbeeld de kosten niet te betalen), dan heeft de bodemrechter volgens de wetgever voldoende middelen om daarmee bij de beoordeling van de vordering ten principale rekening te houden, zoals de goede procesorde, rechtsverwerking en redelijkheid en billijkheid.⁴³ De bodemrechter zou tot hetzelfde resultaat kunnen komen bij de situatie in de voorlopige deskundigenprocedure, als de partij die het voorschot moet betalen daarmee in gebreke blijft, en dus ook van de juistheid van de stellingen van de benadeelde partij kunnen uitgaan. Dat laat onverlet dat de deelgeschilprocedure al met al toch minder waarborgen biedt dan de voorlopig deskundigenprocedure.

40 Hoge Raad 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3676, NJ 2010/543 m.nt. J. Legemaate, C.J.M. Klaassen.

41 Kamerstukken I, 2009-2010, 31 518, C, p. 6.

42 Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 20, waarbij de wetgever overweegt: 'Deze meer "procedurele" aspecten kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op (...) de medewerking aan verdere medische of arbeidsdeskundige onderzoeken, de formulering van de vraagstelling aan een deskundige'.

43 Ibid. 37, p. 20.

3.4. Kosten

Zoals gesteld zal het gunstige kostenregime voor bena-deelden reden zijn om geschillen over de inschakeling van deskundigen aan de deelgeschilrechter voor te leggen. De vraag is evenwel of er wel relevante verschillen met betrekking tot de aan de beide procedures verbonden kosten van rechtsbijstand zijn of zouden moeten zijn.

Zoals gezegd moeten in personenschadezaken regelmatig deskundigen worden geraadpleegd. Zo is bijvoorbeeld de causaliteitsvraag in personenschadezaken een veelvoorkomend geschilpunt.⁴⁴ Het deskundigenonderzoek kan dus geschilpunten helpen oplossen,⁴⁵ en levert daarmee een bouwsteen aan de uiteindelijke totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Om de buitengerechtelijke afwikkeling van personenschade te bevorderen, zijn er gedragsregels zoals de GBL (Gedragscode Behandeling Letselschade) en de GOMA (Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid) opgesteld, waarin partijen worden opgeroepen om bij een blijvend geschil van inzicht gezamenlijk deskundigen in te schakelen.⁴⁶ De meeste deskundigen worden dan ook buiten rechte in gezamenlijk overleg tussen partijen ingeschakeld. Als partijen het desondanks in onderling overleg toch niet eens worden over de inschakeling van een deskundige en/of de inrichting van het deskundigenonderzoek, dan kunnen zij aldus de voorlopig deskundigenprocedure aanhangig maken.

Als de rechter een deskundige heeft benoemd, en deze deskundige rapport uitbrengt, dan is het gebruikelijk dat partijen aan de hand van het voorlopig deskundigenbericht de onderhandelingen weer voortzetten en proberen de zaak buiten de rechter om af te wikkelen. Hoewel ik onvoldoende ben ingewijd in het minnelijk traject buiten het terrein van personenschade, denk ik niet dat uitgebreide buitengerechtelijke onderhandelingen tussen partijen daar net zo gebruikelijk en genormeerd zijn. Het voorlopige deskundigenonderzoek in personenschade heeft een ander doel en functie dan op andere terreinen van het civiele recht, en dient veel minder vaak louter of voornamelijk ter voorbereiding op een bodemproce-

dure en/of de inschatting van de proceskansen voor een bodemprocedure.

De voorlopig deskundigenprocedure is mijns inziens (net zoals de deelgeschilprocedure) daarom vaak aan te merken als onderdeel van het buitengerechtelijke onderhandelingsproces. Het lijkt mij daarom niet redelijk dat de kosten via artikel 241 Rv en 6:96 lid 3 BW van kleur verschieten⁴⁷ als de onderhandelingen na een deskundigenbericht (en aan dat hand van dat bericht) zijn voortgezet en later toch een bodemprocedure volgt. Beslissend lijkt mij niet of een bodemprocedure wordt gevoerd, maar in welk stadium die bodemprocedure wordt gevoerd.⁴⁸ Als er geen bodemprocedure volgt, dan zullen de kosten van rechtsbijstand van de voorlopig deskundigenprocedure op de voet van artikel 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking komen.⁴⁹ Net zomin als is geoordeeld voor de kosten van het deelgeschil, is het ook niet wenselijk dat de kosten van de voorlopig deskundigenprocedure op de achtergrond van de voortgezette buitengerechtelijke afwikkeling een rol spelen.

Vermeldenswaardig is de beschikking van de Rechtbank Midden-Nederland van 5 juni 2015, waarin de rechter ten aanzien van het in deelgeschil gevorderde voorschot op de kosten buiten rechte, waaronder de kosten van rechtsbijstand tijdens een voorlopig deskundigenprocedure overwoog:

‘Nu de rechtbank van oordeel is dat het rapport van Kappelle als uitgangspunt heeft te gelden, kan het standpunt van Amlin, dat de omvang van de verzochte vergoeding te hoog zou zijn in verhouding tot de omvang van de geleden schade, geen stand houden. De rechtbank is voorts van oordeel dat het aantal aan deze zaak bestede uren en het daarvoor in rekening gebrachte (stijgende) uurtarief voornoemde toets kunnen doorstaan, zodat zij geen aanleiding ziet om tot matiging over te gaan. Dat is niet anders ten aanzien van de kosten die waren gemoeid met het voorlopig deskundigenbericht. De rechtbank is van oordeel dat het onderhavige geding ten opzichte van dat voorlopig deskundigenbericht niet kwalificeert als een bodemprocedure, zodat de met dat voorlopig deskundigenbericht gemoeide kosten

44 Zie R. Rijnhout, E.G.D. van Dongen, D.W. van Maurik & I. Giesen, *Langlopende letselschadezaken. Een empirisch-juridisch onderzoek naar kenmerken van letselschadezaken die niet binnen twee jaar zijn afgesloten. Een empirisch onderzoek*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, p. 10 en 172, waar wordt beschreven dat de discussie over causaliteit in bijna een kwart van de onderzochte dossiers één van de redenen was waarom de betreffende zaak nog niet (binnen twee jaar) was afgewikkeld.

45 Zo overwoog het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 21 juli 2020 (ECLI:NL:GHSHE:2020:2269) dat de 'vraag of de na het ongeval opgetreden medische klachten van [appellant] een condicio sine qua non (...) [kunnen] zijn van het ongeval (...) alleen beantwoord [kan] worden na onderzoek door een of meer medische deskundigen, ook al blijft het oordeel over de causaliteit uiteindelijk aan de rechter.'

46 Aanbeveling 5.2. van de Medische Paragraaf bij de GBL; Aanbeveling 23 van de GOMA.

47 In deze artikelen is bepaald dat kosten die verband houden met werkzaamheden ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak onder de (forfaitaire) proceskostenregeling vallen, en gedragen moeten worden door de partij die in de bodemprocedure in het ongelijk wordt gesteld.

48 Als op het voorlopig deskundigenonderzoek wel direct een bodemprocedure volgt, dan kunnen die kosten wel van kleur verschieten.

49 Zie ook A.J. Van, 'De kosten van het (voorlopig) deskundigenonderzoek', *TVP* 2006, nr. 2, p. 37. Voorwaarde voor vergoeding is uiteraard wel dat de aansprakelijkheid is erkend of vastgesteld; artikel 6:96 BW biedt immers geen zelfstandige grondslag voor vergoeding van kosten buiten rechte, aldus Hoge Raad 21 september 2007, NJ 2008/241 (Manege Bergemo).

in het onderhavige geding kunnen worden beschouwd als kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, zoals bedoeld in artikel 6:96 lid 2 onder b BW.

Op de motivering van deze uitspraak valt het nodige aan te merken, omdat mijns inziens aldus niet doorslaggevend is of na een voorlopig deskundigenprocedure een bodemprocedure volgt, maar of de onderhandelingen na de voorlopig deskundigenprocedure aan de hand van het via de procedure verkregen rapport zijn voortgezet. De uitspraak illustreert wel dat de deelgeschilrechter aldus oordeelt dat de verzekeraar de kosten van het voorlopig deskundigenonderzoek volledig moet vergoeden.

Bij afwijzing van het verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht kan weliswaar een kostenveroordeling worden uitgesproken, maar de rechter is hiertoe anders dan in een bodemprocedure niet verplicht.⁵⁰ Omdat een voorlopig deskundigenprocedure in personenschadezaken aldus vaak onderdeel uitmaakt van de buitengerechtelijke vaststelling van schade, lijkt mij enige terughoudendheid bij het uitspreken van een kostenveroordeling ten laste van de benadeelde partij wenselijk, door dit bijvoorbeeld te beperken voor situaties waarbij sprake is van handelen in strijd met de goede procesorde of misbruik van recht. Als het verzoek tot een voorlopig deskundigenonderzoek is afgewezen zonder dat sprake was van strijd met de goede procesorde of misbruik van recht, dan biedt de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 BW voldoende ruimte voor maatwerk. Denkbaar is dat bij afwijzing van het verzochte voorlopig deskundigenbericht het kennelijk niet redelijk was dat verzoek te doen, waardoor de daarmee gepaard gaande kosten van rechtsbijstand dan ook niet in redelijkheid zijn gemaakt.

4. Één procedure en geen verschil in kosten

Geschillen over de inschakeling van een deskundige worden door benadeelden zowel in deelgeschil als een voorlopig deskundigenprocedure aan rechters voorgelegd. Dat voor dezelfde rechtsvragen met hetzelfde beoogde resultaat (deskundigenonderzoek) twee procedures bewandeld kunnen worden, is wat mij betreft niet wenselijk. De voorlopig deskundigenprocedure regelt uitsluitend de totstandkoming van deskundigenonderzoek, terwijl de deelgeschilprocedure een veel breder toepassingsgebied kent. De wetgever heeft de deelgeschilprocedure bovendien niet ter vervanging van al bestaande procesmogelijkheden in het leven geroepen.⁵¹ Omdat de voorlopig deskundigenprocedure meer waarborgen biedt dan de deelgeschilprocedure (hoger beroep bij afwijzing, regie van de rechter) meen ik dat geschillen over de inschakeling van deskundigen exclusief in een voorlopig deskundigenprocedure moeten worden voorgelegd.

Het veronderstelde kostennadeel van de voorlopig deskundigenprocedure is er niet, of zou er niet moeten zijn. Omdat een voorlopig deskundigenprocedure in personenschadezaken vaak onderdeel uitmaakt van de buitengerechtelijke vaststelling van schade, behoren de kosten van rechtsbijstand bij toewijzing van het verzoek op grond van artikel 6:96 BW te worden vergoed, en is het niet redelijk die kosten van kleur te laten verschieten als de onderhandelingen na het deskundigenonderzoek worden voortgezet en later toch nog een bodemprocedure wordt gevoerd. Als hieraan consequent navolging wordt gegeven, is voor benadeelden het belangrijkste argument weggenomen om bij geschillen toch te opteren voor een deelgeschilprocedure.

⁵⁰ Artikel 237 bepaalt voor de bodemprocedure dat de partij die in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld, terwijl artikel 289 Rv voor verzoekschriftprocedures bepaalt dat de rechter een kostenveroordeling *kan* uitspreken. Zie ook M. de Boer & J.W. Meijer, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2023, afl. 33, p. 2835.

⁵¹ Kamerstukken II, 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 3.