Artikel

De grenzen van het deelgeschil: reactie op het artikel van Peter Knijp (*TLP* 2018/6)

Mr. J.G. Keizer*

Dit artikel is een reactie op het artikel ‘de grenzen van het deelgeschil’ dat Peter Knijp schreef in het zesde nummer van *TLP* van 2018.

2

Effect van deelgeschilprocedure op buitengerechtelijke onderhandelingen

De deelgeschilprocedure is in 2010 ingevoerd om tot vereenvoudiging en versnelling van de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade te komen, waarbij op één of bepaalde onderdelen vastgelopen onderhandelingen via een relatief snelle procesgang vlot getrokken kunnen worden. De bedoeling is dat partijen de onderhandelingen met inachtneming van de uitspraak weer kunnen voortzetten. Knijp signaleert in zijn artikel terecht dat veel aangekondigde deelgeschilprocedures niet worden doorgezet, omdat de verzekeraar door de dreiging met die procedure vanwege de daaraan verbonden kosten zijn standpunt vaak nog eens heroverweegt, waarna de discussie alsnog wordt beslecht. Volgens Knijp wordt de deelgeschilprocedure te vaak als dreigmiddel ingezet om alsnog een regeling te realiseren waarmee de verzekeraar uitsluitend instemt om de kosten van een deelgeschilprocedure te besparen, en is de deelgeschilprocedure niet voor dat (tactische) doel in het leven geroepen. Voor zover hij doelt op ‘dreigen om het dreigen’ (en ik neem aanstonds aan dat

hij dat bedoelt) ben ik dat wel met hem eens,¹ maar de wetgever heeft met de introductie van de deelgeschilprocedure wel degelijk voor ogen gehad om de positie van de benadeelde partij meer gelijkwaardig te maken aan die van de aansprakelijke partij. Op vragen van de Eerste Kamer antwoordde de toenmalige minister bijvoorbeeld:

‘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 waarderen indien daardoor een schikking tot stand komt die meer recht doet aan de belangen van de betrokken partijen.’²

Door met name het gunstige kostenregime van de deelgeschilprocedure is de drempel voor benadeelden om hun geschil aan de rechter voor te leggen inderdaad veel minder hoog dan vóór de invoering van de deelgeschilprocedure. Bij een gewone bodemprocedure zijn de kosten immers voor rekening van de benadeelde zelf. Bij winst van de zaak krijgt hij hoogstens een forfaitair bepaald deel van die kosten vergoed; bij verlies moet hij naast de eigen advocaatkosten dan ook nog de forfaitair bepaalde proceskosten van zijn wederpartij vergoeden. Dit bracht inderdaad vaak mee dat benadeelden – die vanwege de discussie over de omvang van de schadevergoeding toch al vaak in een weinig aantrekkelijke finan-

* Mr. J.G. Keizer is advocaat bij SAP Letselschade Advocaten in Amersfoort.

1. Een advocaat die uitsluitend dreigt, maar vervolgens niet daadwerkelijk een deelgeschil aanhangig maakt als de verzekeraar bij zijn standpunt blijft, verliest al snel zijn of haar geloofwaardigheid.
2. *MvA, Kamerstukken I*, 2009/10, 31518, C, p. 2 en 3.

ciële situatie verkeerden – van een procedure afzagen en dan ‘à contrecouer’ instemden met een laatste regelingsvoorstel van de verzekeraar. Dat veel aangekondigde deelgeschillen de rechter niet halen omdat er vanuit het oogpunt van de benadeelden alsnog een betere regeling tot stand komt, juist ook in zaken met een relatief gering financieel belang, zie ik dan ook als een positief resultaat van de deelgeschilprocedure. Dat positieve effect van de deelgeschilprocedure werd eerder al beschreven door Akkermans en Van.³

Positie van de benadeelde en diens belangenbehartiger

Met de invoering van de deelgeschilprocedure zijn de processuele mogelijkheden van benadeelden dus vergroot, en daarmee is hun positie in het onderhandelingsproces ten opzichte van de (kapitaalkrachtige) verzekeraar min of meer gelijkgetrokken. Om die positieve werking te behouden is het wel zaak dat belangenbehartigers de deelgeschilprocedure gedisciplineerd en consciëntieus inzetten, waartoe de voor advocaten geldende gedragsregels overigens ook verplichten.⁴ Knijp signaleert terecht dat dit helaas niet altijd het geval is. Dat geldt vooral voor die belangenbehartigers die de deelgeschilprocedure lijken te gebruiken als incasso-instrument voor de openstaande declaraties. Het lijkt daarbij wel vaak om repeatplayers of recidivisten te gaan en het is alleen maar toe te juichen dat dergelijk misbruik steeds vaker wordt gesanctioneerd door een kostenbegroting achterwege te laten.⁵ Misbruik van procesrecht moet bestraft worden, juist om de deelgeschilprocedure haar waarde te laten behouden. In theorie kan de advocaat de niet-begrote en niet-toegewezen kosten nog wel bij de benadeelde in rekening brengen, hoewel ik vermoed dat de advocaat er in de praktijk een zware dobber aan zal hebben om bij de rechter of de Geschillencommissie Advocatuur de openstaande kosten van de benadeelde vergoed te krijgen, als de deelgeschilrechter heeft geoordeeld dat de advocaat de procedure volstrekt onnodig of ten onrechte heeft ingesteld. Niet iedere benadeelde zal evenwel mondig genoeg zijn om een declaratie te betwisten, waardoor het wat mij betreft prima zou zijn als de deelgeschilrechter in dit soort kwesties – waarbij een kostenbegroting dus achterwege blijft – ook een overweging wijdt aan de (niet-)gehoudenheid van de benadeelde om de niet-begrote en niet-toegewezen proceskosten aan de advocaat te vergoeden.

Dit voorgaande betekent niet dat geschillen over de tussentijdse vergoeding van buitengerechtelijke kosten niet in een deelgeschilprocedure kunnen worden voorgelegd, maar daarvan moet wel terughoudend gebruik worden gemaakt. Te denken valt dan aan die zaken waarin discussie bestaat over het al dan niet bestaan van causaal verband en waarbij nog de nodige (medische) deskundigenonderzoeken (moeten) worden verricht. In dat soort zaken zal al snel een wanverhouding ontstaan tussen de door de verzekeraar erkende schade en de gevorderde kosten buiten rechte. Voor dit soort situaties is in deelgeschilprocedures al regelmatig beslist dat de enkele wanverhouding tussen *erkende* schade en kosten buiten rechte niet betekent dat aanvullende bevoorschotting op de BGK achterwege mag worden gelaten, althans niet zolang ten aanzien van de door de benadeelde *gestelde* schade of het gestelde belang geen op voorhand onhoudbare standpunten worden ingenomen.⁶ Mijn ervaring is dat verzekeraars niet altijd volgens dit uitgangspunt handelen en zich nog te veel uitsluitend laten leiden door de verhouding tussen de door hen erkende schade en gedeclareerde kosten buiten rechte, met als gevolg dat de advocaat zijn kosten wel heel ver moet voorfinancieren en de voortzetting van de zaak werkelijk onder druk komt te staan, waarmee een deelgeschilprocedure meer in zicht komt.⁷

Ook over de op de voet van artikel 1019aa Rv verzochte kosten voor de deelgeschilprocedure wordt niet zelden uitvoerig gedebatteerd. Hoewel deze kosten aldus op de aansprakelijke partij zijn te verhalen, blijft de benadeelde zelf als opdrachtgever verantwoordelijk voor betaling van deze kosten. Ik merkte al eerder op dat de begroting door de rechter de aanspraak van de advocaat op de benadeelde tot vergoeding van diens kosten in beginsel immers onverlet laat. Om die reden dienen rechters dan ook niet te snel tot matiging van de verzochte kosten over te gaan; het mag althans niet een soort automatisme worden. Dat vereist dan wel de nodige discipline van de advocaat van de benadeelde. Hij zal steeds voor ogen moeten blijven houden dat de benadeelde zijn opdrachtgever is en dat hij de verzochte kosten – als de grondslag van artikel 1019aa Rv zou ontbreken – in redelijkheid bij de benadeelde zelf in rekening kan brengen, een uitgangspunt dat overigens uiteraard ook bij artikel 6:96 BW in acht moet worden genomen. Om discussies over de verzochte kosten te beperken, wordt wel opgeroepen om deze kosten te normeren. Tegen een milde vorm van normering, waarbij binnen bepaalde bandbreedtes van tijdbesteding (al naar gelang de feitelijke en juridische complexiteit van het geschil) wordt getoetst of de kosten redelijk zijn, heb ik op zich geen bezwaar. Van normering van uurtarieven in algemene zin ben ik (absoluut)

3. A.J. Van en A.J. Akkermans. 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011, nr. 3, p. 82-86.
4. Zoals de regel dat de advocaat zich door geen enkel ander belang mag laten leiden dan het belang van zijn cliënt (gedragsregel 2 lid 2).
5. O.a. Rechtbank Rotterdam 11 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:266 (met name r.o. 5.8) en Rechtbank Den Haag 22 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:871.

6. O.a. Rechtbank Midden-Nederland 17 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5392 en Rechtbank Rotterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7641.

7. Dat de enkele (wan)verhouding tussen BGK en uiteindelijk vastgestelde schade niet altijd doorslaggevend is, volgt o.a. uit Hoge Raad 11 juli 2003, *NJ* 2005/50 (Bravenboer/London) en Hoge Raad 13 maart 2015, *NJ* 2015/145.

geen voorstander. Dat is mijns inziens ook niet nodig, omdat het buiten de deelgeschilprocedure gehanteerde uurtarief leidend moet zijn. Ik zie in ieder geval niet in waarom het tarief van een advocaat in een procedure hoger zou moeten zijn dan buiten rechte, omdat de advocaat zijn kennis van het procesrecht ook buiten rechte zal inzetten en die kennis dus ook al in het buiten rechte met de benadeelde afgesproken uurtarief verwerkt zal zijn.

In zijn artikel stelt Knijp dat de processuele grenzen van de deelgeschilprocedure door benadeelde partijen nog wel eens worden overschreden. Hij noemt dan onder andere de situatie waarin de deelgeschilprocedure als verkapte bodemprocedure wordt gebruikt. Omdat de wetgever de deelgeschilprocedure uitdrukkelijk heeft bedoeld als instrument ter bevordering van de buitengerechtelijke onderhandelingen, wordt de deelgeschilprocedure dan gebruikt voor een oneigenlijk doel en is het terecht dat ook dergelijk misbruik wordt gesanctioneerd. Dat laat onverlet dat een deelgeschilprocedure wel kan worden ingezet ter beslechting van het laatste tussen partijen spelende geschilpunt. Juist in dat soort situaties zal een rechterlijk oordeel over dat geschilpunt partijen immers alsnog in staat stellen om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Ik kom zelf nog (te) veel uitspraken tegen waarin wordt geoordeeld dat het verzoek zich niet leent voor behandeling in een deelgeschil, omdat nog bewijslevering nodig is alvorens op het geschil beslist kan worden. De deelgeschilprocedure werkt alleen bevorderend voor de buitengerechtelijke afwikkeling als de rechter snel op een geschilpunt kan beslissen en dat is bij uitvoerige bewijslevering niet mogelijk. Partijen moeten zich voorafgaand aan het starten van een deelgeschilprocedure dan ook steeds de vraag stellen of de rechter op basis van de beschikbare bewijsmiddelen daadwerkelijk in staat is om uitspraak te doen. Als over de relevante feiten nog twijfel of discussie bestaat, zal eerst nadere bewijslevering moeten plaatsvinden, bijvoorbeeld via een voorlopig getuigenverhoor, een toedrachtonderzoek of een (medisch) deskundigenbericht. Een rechter kan in de regel ook alleen maar een oordeel vellen over het bestaan van causaal verband tussen gezondheidsklachten en de aansprakelijke gebeurtenis, als dat oordeel gegrond kan worden op een medisch deskundigenbericht. De benadeelde partij doet er daarom verstandig aan om in het verzoekschrift ook toe te lichten dat en waarom bewijslevering niet meer nodig is voor een uitspraak op het geschil.

En de verzekeraars dan?

Wat blijft opvallen is dat de deelgeschilprocedure vrijwel nooit door de aansprakelijke partij wordt gestart. In haar boek benoemt Wesselink daarvoor drie oorzaken⁸ die ik zelf in de wandelgangen ook wel hoor. Verzeke-

raars (a) zien op tegen de kosten van de procedure, (b) zijn bevreesd voor het risico van negatieve precedentwerking en (c) ervaren een drempel om benadeelden in een procedure te betrekken, omdat dat als te agressief zou kunnen worden ervaren. Vanuit het perspectief van de verzekeraar brengt een deelgeschilprocedure ten opzichte van een normale bodemprocedure zo op het eerste gezicht inderdaad meer kosten met zich mee. In een bodemprocedure hoeven de integrale proceskosten van de advocaat van de benadeelde immers niet vergoed te worden. Daar staat echter tegenover dat een bodemprocedure veel langer kan duren, waardoor de kosten alsnog hoger kunnen oplopen dan bij een deelgeschilprocedure ('tijd is geld' geldt immers ook voor verzekeraars). Ook vanuit meer principieel oogpunt is het genoemde kostenargument mijns inziens een weinig valide argument, omdat voor de benadeelde de deelgeschilprocedure ten opzichte van de bodemprocedure immers ontegenzeggelijke voordelen biedt. Vanuit de gedachte dat de benadeelde in de schaderegeling centraal hoort te staan (zie hierover de GBL) is er wel wat voor te zeggen dat verzekeraars dan ook de voor de benadeelde minst belastende procedure weg bewandelen. Weliswaar kan in een deelgeschilgeschil niet een finaal oordeel over de gehele schadezaak worden verkregen, maar in die dossiers waarin verzekeraars een benadeelde in een bodemprocedure dagvaarden, zal het standpunt van de verzekeraar dat al genoeg is betaald ook vaak zijn gestoeld op discussies over het (verondersteld) ontbreken van causaal verband. Die discussies kunnen – zeker gelet op de bindende kracht van het oordeel van de deelgeschilrechter voor een eventuele toch nog volgende bodemprocedure (artikel 1019cc lid 1 Rv) – ook in een deelgeschilprocedure worden beslecht. Angst is altijd een slechte raadgever, dus het argument van vrees voor negatieve precedentwerking (argument b) vind ik weinig valide. Alle betrokken partijen en juist ook verzekeraars zijn gebaat bij precedentwerking en de duidelijkheid die daardoor wordt geschapen over wat in het schaderegelingsproces rechtens tussen partijen heeft te gelden. Dat maakt dat proces beter voorspelbaar en dat lijkt mij vanuit het oogpunt van risicobeheersing alleen maar in het belang van verzekeraars. Ook over de validiteit van argument (c) valt op zijn minst te twisten. Hoewel terughoudendheid bij het in rechte betrekken van benadeelden als uitgangspunt valt toe te juichen, is het de vraag wat nu werkelijk meer belastend is voor de benadeelde: een procedure waarin relatief snel duidelijkheid wordt verkregen of een zich jarenlang voortslepende discussie buiten rechte. Omdat het een zo sprekend citaat is, haal ik in dit kader graag Elbers en Akkermans aan die in 2013 schreven:

'Er wordt vaak gedacht dat een procedure voor de rechter meer belastend is dan een buitengerechtelijke afwikkeling, omdat het conflict kennelijk zo groot is geworden dat men een beroep op de rechter moet doen, hetgeen meer belasting en stress impliceert. Een door Australische onderzoekers uitgevoerde grote meta-analyse van maar liefst 211 studies liet echter

8. M. Wesselink, *De deelgeschilprocedure. Kan procederen onderhandelen stimuleren?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 204.

zien dat slachtoffers in een rechterlijke procedure even goed herstellen als slachtoffers in een buitengerechtelijke afwikkeling. Uit een onderzoek naar rechtvaardigheidsbeleving blijkt zelfs dat benadeelden van wie de claim door de rechter wordt afgehandeld de procedure rechtvaardiger vinden dan in een buitengerechtelijke afwikkeling. Dit betreft vermoedelijk zaken waarin het slachtoffer daadwerkelijk aanwezig is bij de behandeling van de zaak door de rechtbank, omdat een mondelinge behandeling slachtoffers het gevoel kan geven dat zij hun kant van het verhaal hebben kunnen vertellen, dat zij serieus zijn genomen, en dat de eindbeslissing wordt gegeven door een neutrale derde.⁹

Partijen kunnen en mogen van mening verschillen. Het blijft uiteraard de voorkeur verdienen om die geschillen in der minne op te lossen, maar niet zelden kan een rechterlijke uitspraak partijen ook werkelijk helpen om een regeling te treffen. Een benadeelde zal waarschijnlijk ook eerder instemmen met een voor hem of haar ongunstiger regeling als die regeling gebaseerd is op het oordeel van de onafhankelijke rechter. Verzekeraars zouden dan ook meer onder ogen kunnen zien dat de deelgeschilprocedure ook voor hen veel voordelen kan bieden. Juist vanwege die voordelen roep ik verzekeraars op om in een verweerschrift niet alleen te betogen dat en waarom het verzochte moet worden afgewezen, maar ook (bij wijze van tegenverzoek) toe te lichten hoe de beslissing op het geschil dan wel zou moeten luiden. Een enkele afwijzing van het verzochte brengt immers niet (altijd) de voor beide partijen wenselijke duidelijkheid.

En de rechter dan?

De rol van de rechter is steeds minder lijdend geworden. Zeker in deelgeschilprocedures heeft de rechter een regiefunctie en treedt hij meer bemiddelend en faciliterend op.¹⁰ Een mooi voorbeeld daarvan is te vinden in de uitspraak van de deelgeschilrechter Den Haag van 17 november 2011, waarbij de rechtbank het verzoek van de benadeelde tot vaststelling van de geleden arbeidsvermogensschade op inhoudelijke gronden afwees, maar daarbij voorts overwoog:

‘Hoewel dit niet voorligt, merkt de rechtbank ten slotte op dat het in de rede ligt dat partijen ten aanzien van de toekomst met elkaar in overleg gaan en [verzoekster] in de gelegenheid wordt gesteld een operatie te ondergaan. Het inkomensverlies dat [ver-

zoekster] in verband met die operatie (mogelijk) lijdt, zal [verzekeraar] moeten vergoeden. Na de operatie zullen partijen de re-integratie van [verzoekster] dienen op te pakken.’¹¹

Partijen moeten zich in de eerste plaats bewust zijn van deze actieve rol van de rechter en zichzelf en hun cliënten daarop ook goed voorbereiden. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat de advocaat aan de benadeelde gerichte vragen namens de benadeelde gaat beantwoorden. Namens de verzekeraar zal ook altijd iemand aanwezig moeten zijn met dossierkennis en voldoende mandaat om een eventuele regeling te kunnen treffen. Partijen kunnen actief gebruikmaken van de regiefunctie door de rechter in het verzoekschrift of verweerschrift daartoe uit te nodigen, bijvoorbeeld bij wijze van subsidiair (tegen)verzoek (‘dan wel een zodanige beslissing te geven als UEA in goede justitie juist acht’) en dat ter zitting ook zelf ter sprake te brengen. Partijen moeten zich ten slotte realiseren dat zij na de uitspraak ook echt weer met elkaar om de tafel moeten gaan om verder te onderhandelen. Dat betekent dat de toonzetting en attitude tegenover elkaar tijdens de procedure ook altijd respectvol en constructief moeten blijven.

Afronding

De deelgeschilprocedure is een uitstekend instrument om vastgelopen buitengerechtelijke onderhandelingen vlot te trekken, mits de procedure op de juiste wijze wordt ingezet. De door partijen steeds te beantwoorden vragen bij de overweging een deelgeschil te starten, komen in de kern bezien volgens mij hierop neer:

- Is er sprake van een geschilpunt dat niet via minnelijk overleg kan worden beslecht?
- Zal een beslissing op het geschil partijen ook werkelijk helpen om in het belang van de benadeelde de onderhandelingen weer vlot te trekken?
- Is de rechter in staat om op basis van het beschikbare dossier een oordeel over het geschil te vellen of moet eerst aanvullend bewijs worden verzameld?

Zoals bij alle procedures geldt dus ook voor de deelgeschilprocedure het aloude spreekwoord ‘bezint, eer gij begint’.

Aanbevelingen

- Partijen kunnen en mogen van mening verschillen. Een procedure wordt door benadeelden ook zeker niet altijd als meer belastend ervaren dan een buitengerechtelijke afwikkeling. Ook aansprakelijke partijen zouden daarom vaker de mogelijkheid van een deelgeschilprocedure moeten overwegen.

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

10. E.C. Huijsmans en H.A.W. Vermeulen, ‘Tussentijdse evaluatie deelgeschilprocedure. Verslag van de op 1 november 2013 door het Kenniscentrum Milieu en Gezondheid in samenwerking met de Expertgroep Letselschade en Studicentrum Rechtspleging (SSR) georganiseerde themadag’, *TVP* 2014, nr. 1, p. 29.

11. ECLI:NL:RBSGR:2011:BV1509, JA 2012/68.

- De deelgeschilprocedure is geen incasso-instrument om openstaande kosten buiten rechte vergoed te krijgen. Van de mogelijkheid om in een deelgeschil betaling van de openstaande kosten te vorderen, moet dan ook terughoudend gebruik worden gemaakt.
- Bij voorkeur blijft ook de discussie over de omvang van de redelijke proceskosten beperkt.
- In een deelgeschilprocedure is geen ruimte voor bewijslevering. Als over de relevante feiten nog twijfel bestaat, zal eerst nadere bewijslevering moeten plaatsvinden, bijvoorbeeld via een voorlopig getuigenverhoor, een toedrachtonderzoek of een (medisch) deskundigenbericht.
- De deelgeschilprocedure vormt een instrument in de buitengerechtelijke afwikkeling en moet die afwikkeling faciliteren. Partijen moeten zich tijdens de procedure in woord en gebaar dus blijven realiseren dat zij na de deelgeschilprocedure met elkaar verder moeten handelen en dat betekent dat ze daarop ook hun attitude en toonzetting moeten inrichten.
- Beide partijen zouden meer gebruik kunnen maken van de sturende rol die de rechter in een (deelgeschil)procedure kan vervullen. De doelstelling van de deelgeschilprocedure is immers dat partijen in hun onderhandelingen door de beslissing van de rechter verder op weg worden geholpen.