

Eigen schuld en BGK in (deel)geschil; wie kent de tweede billijkheidscorrectie?

*Prof. mr. A.L.M. Keirse en J. Biezenaar**

1. Inleiding

Dit artikel beantwoordt de bediscussieerde vraag of een slachtoffer dat zelf ook op toerekenbare wijze heeft bijgedragen aan het ontstaan van zijn schade desalniettemin op kosten van de aansprakelijk gestelde wederpartij een deelgeschilprocedure kan voeren, dan wel een deel van die kosten – naargelang de mate van zijn eigen schuld – voor eigen rekening moet nemen. Deze onderzoeksvraag stelt drie belangrijke kwesties – en in het bijzonder het verband daartussen – centraal die in de personenschadepraktijk stof doen opwaaien en aanleiding geven tot allerlei verzuchtingen. Om te beginnen zijn discussies over buitengerechterlijke kosten en advocaatkosten in de letselschadepraktijk aan de orde van de dag, ondanks de vele initiatieven die zijn ondernomen om deze te vermijden.¹ Vervolgens doet de deelgeschilprocedure de gemoederen in de letselschadepraktijk hoog oplopen. Dat geldt in het bijzonder voor het feit dat de kosten die de benadeelde partij voor de deelgeschilprocedure maakt in beginsel steeds op de voet van artikel 1019aa van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) jo. artikel 6:96 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) voor vergoeding in aanmerking komen, terwijl de proceskosten van de aansprakelijke partij telkens voor eigen rekening blijven, ook als deze partij het deelgeschil wint.² En ten laatste, maar minstens even belangrijk, is eigen schuld een van de pittigste leerstukken die in het aansprakelijkheidsrecht de kop opsteken.³

Het verweer van eigen schuld speelt vaak een rol,⁴ is met de nodige regelmaat ook aanleiding voor het starten van een deelgeschil en is zeker in geval van personenschade geenszins van emotionaliteit en gevoeligheden onttrokken. Deze bijdrage ziet op het debat dat wordt gevoerd als deze drie kwesties in één casus samenkomen. Dan rijst immers de vraag of het slachtoffer ondanks eigen schuld toch aanspraak kan maken op een volledige vergoeding van de buitengerechterlijke kosten die zijn gemaakt in het kader van het deelgeschil.

Over het antwoord op deze vraag, die in deze bijdrage centraal staat, wordt in de rechtspraak, advocatenpraktijk en rechtsliteratuur volop discussie gevoerd. Toen de eerste uitspraken in deelgeschilprocedures verschenen, werd duidelijk dat er verdeeldheid heerste over de vraag of het slachtoffer mag worden gekort op de te ontvangen vergoeding voor de gemaakte kosten in het kader van het deelgeschil indien sprake is van eigen schuld. Deze verdeeldheid heeft ertoe geleid dat rechters op uiteenlopende wijze het vraagstuk beantwoorden, en zelfs openlijk met elkaar in discussie treden.⁵ Dit artikel categoriseert de gepubliceerde uitspraken waarin rechters zich hebben uitgelaten of hebben beslist over dit onderwerp. Aldus wordt inzichtelijk gemaakt hoe deze discussie zich in de loop der jaren heeft ontwikkeld in de rechtspraak. Actuele kennis over dit debat is van belang voor de letselschadepraktijk omdat het een steeds weer terugkomend vraagstuk is, waarmee menigeen te maken heeft (of krijgt). Ook wordt door deze evaluatie getracht een bijdrage te leveren aan het wetenschappelijke discours. De discussie over de vertaling van kosten die in het kader van het effectueren van een aanspraak op vergoeding van personenschade worden gemaakt naar rechtens relevante voor vergoeding in aanmerking komende schade wordt

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is als hoogleraar Privaatrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Daarnaast is zij (parttime) raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam. J. Biezenaar is masterstudent Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht en daarnaast (parttime) werkzaam bij ConsumentenClaim.

1. Zie hierover uitgebreid het themanummer 'Buitengerechterlijke kosten' van Letsel & Schade (L&S 2016, afl. 4). Zie ook DJ. van der Kolk, Redactioneel: buitengerechterlijke kosten. No fault verzekering bij beroepsziekten, L&S 2017, afl. 4, p. 3.
2. Zie L. Boersma, De kosten van de deelgeschilprocedure: enkele suggesties tot normering, TVP 2017, afl. 1, p. 18-28.
3. Zie onder meer A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2013.

4. Buitenlandse empirische studies suggereren dat eigen schuld in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ongeveer in 25 tot 40% van alle gevallen tot een vermindering van de aanspraak op schadevergoeding leidt. Zie J. Goudkamp, Rethinking contributory negligence, in: S.G.A. Pitel, J.W. Neyers & E. Chamberlain (red.), Tort law: Challenging orthodoxy, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 309; P. Cane, Atiyah's accidents, compensation and the law, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 59-60.
5. Zie Rb. Den Haag 22 augustus 2016, VR 2016/158, r.o. 4.11 met verwijzing naar Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7865.

immers als weerbaarstig beschouwd, terwijl de schadedeling die gewoonlijk op eigen schuld volgt als ondoorzichtig en ongrijpbaar wordt gezien. Deze bijdrage beoogt door de ontleding van de verschillende elementen van de artikelen 6:96 en 6:101 BW in een driestappenmodel een gedifferentieerd systeem aan te bieden waarmee voor alle gevallen van wederzijdse verantwoordelijkheid voor de buitengerechtelijke kosten een billijke oplossing kan worden bereikt, dat tevens consistentie biedt en inzicht geeft in de drie centrale kwesties.

Hieronder wordt eerst stilgestaan bij de achtergrond van de drie kwesties die aan de basis liggen van de vraag of eigen schuld doorwerkt op de vergoeding van de kosten die het slachtoffer maakt in het kader van het deelgeschil. Voorts wordt de rechtspraak over dit vraagstuk in kaart gebracht en wordt de balans opgemaakt door te evalueren hoe deze discussie zich door de jaren heen heeft ontwikkeld. Tot slot wordt belicht welke verbeterpunten voorhanden zijn alsook hoe beoefenaren van de personenschadepraktijk tot een redelijke en billijke oplossing kunnen komen bij de toerekening van kosten die door toedoen van slachtoffer en aansprakelijke partij zijn gemaakt.

2. Achtergrond

2.1 (On)vergoedbaarheid van buitengerechtelijke kosten

Het is een algemeen ervaringsfeit dat de afhandeling van letselschade aardig in de papieren kan lopen (ook) voor slachtoffers. Slachtoffers die hun rechten willen effectueren, moeten daarvoor de nodige kosten maken. Doorgaans zullen zij rechtshulp inschakelen, vaak ook in de hoop de zaak buiten rechte te kunnen afhandelen. Vervolgens zullen zij begrijpelijkerwijs de gemaakte kosten naast hun schade vergoed willen zien. Wordt aansprakelijkheid – in of buiten rechte – vastgesteld, dan komen de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid alsook de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte op grond van artikel 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking, voor zover zij naar aard en omvang redelijk zijn. Weliswaar wordt tussen slachtoffers en hun belangenbehartigers enerzijds en daders en hun verzekeraars anderzijds hevig gediscussieerd over de vraag wat in het kader van deze dubbele redelijkheidstoets die moet worden aangelegd precies redelijk is,⁶ maar het uitgangspunt is helder. De aansprakelijke partij dient het slachtoffer te voorzien in een volledige compensatie van diens in redelijkheid gemaakte buitengerechtelijke kosten. De rechtvaardiging hiervan is gelegen in het feit dat het slachtoffer genoodzaakt is deze kosten te maken door toedoen van de aansprakelijke partij. Het is immers de schadeveroorzaker geweest die het slachtoffer in de situatie heeft gebracht die tot het maken van buitengerechtelijke kosten noopt.

6. J.F. Roth, BGK, L&S 2016/497, afl. 4, p. 3-4; A.L.M. Keirse & J.F. Roth, Verantwoordelijkheid voor BGK, UCALL 10 januari 2017, op blog.ucall.nl.

Soms is evenwel de rol van het slachtoffer minder lijdelijk en heeft hij ook zelf bijgedragen aan het ontstaan van het schadevooral. In een dergelijk geval, wanneer dus het slachtoffer eigen schuld aan het ontstaan van de schade kan worden verweten, is een volledige vergoeding van diens buitengerechtelijke kosten minder evident. Het is dan namelijk mede aan het slachtoffer zelf toe te rekenen dat hij deze kosten heeft moeten maken. In dat geval hadden immers beide partijen de schade en daarmee ook de aansprakelijkstelling en de daaraan verbonden kosten kunnen en moeten voorkomen. In dit licht rijst de vraag of de aansprakelijke partij eveneens is gehouden tot het vergoeden van alle buitengerechtelijke kosten ingeval het slachtoffer zelf óók heeft bijgedragen aan het ontstaan van (of de omvang van) de schade. Daarover verschillen de meningen.

2.2 Eigen schuld leidt tot verminderde aansprakelijkheid

Voorop gesteld moet worden dat eigen schuld in de regel tot een beperkte aansprakelijkheid leidt.⁷ Als de schade mede een gevolg is van een aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid, wordt de vergoedingsplicht ingevolge artikel 6:101 BW verminderd door de schade over de vergoedingsplichtige en de benadeelde te verdelen. Primair geschiedt deze schadedeling in evenredigheid met de mate waarin beide partijen in causale zin aan de schade hebben bijgedragen. Vervolgens kunnen de aldus vastgestelde percentages naar beneden of boven worden bijgesteld met toepassing van de billijkheidscorrectie. Dit leidt tot de vraag of een slachtoffer dat vanwege eigen schuld zijn schade slechts gedeeltelijk vergoed krijgt, daarmee ook zijn aanspraak op vergoeding van buitengerechtelijke kosten verminderd ziet worden.

Na langdurig en hevig dispuut hierover in lagere rechtspraak en literatuur⁸ is de vraag of de mate van eigen schuld doorwerkt op de vergoeding van buitengerechtelijke kosten door de Hoge Raad beantwoord in het arrest Van der Slot/Manege Bergemo.⁹ De Hoge Raad bekrachtigt in dit arrest het oordeel van het hof dat de vergoeding van buitengerechtelijke kosten, evenals de schadevergoeding zelf, in beginsel moet worden verminderd met de mate van eigen schuld die het slachtoffer heeft:

‘dat wanneer een schadevergoedingsplicht op de voet van art. 6:101 BW wordt verminderd, ook de verplichting om de in art. 6:96 lid 2 BW bedoelde kosten te vergoeden in beginsel in dezelfde mate wordt verminderd, (...)’.¹⁰

7. Zie hierover uitgebreid Keirse & Jongeneel 2013.

8. Zie hierover uitgebreid A.L.M. Keirse, E.G.D. van Dongen & A. van Onna, Doorwerking van eigen schuld van het slachtoffer op diens aanspraak op vergoeding van buitengerechtelijke kosten, L&S 2016/499, afl. 4, p. 17-22.

9. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624, NJ 2008/241 (Van der Slot/Manege Bergemo).

10. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624, NJ 2008/241 (Van der Slot/Manege Bergemo), r.o. 3.3.

Hoofdregeel is derhalve dat het percentage eigen schuld van het slachtoffer doortikt op diens aanspraak op vergoeding van de gemaakte buitengerechtelijke kosten. Uit de daaropvolgende zinnsnede blijkt evenwel dat het mogelijk is om in concrete gevallen van deze algemene regel af te wijken:

‘(...), zij het 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 schadevergoedingsplicht, wordt verminderd.’¹¹

Aldus kan de billijkheid in concrete gevallen ertoe nopen dat de buitengerechtelijke kosten op een andere wijze over partijen worden verdeeld dan de overige, initiële schade. Het gaat hier om een tweede billijkheidscorrectie die nog louter ziet op de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Op het initiële percentage van schadedeling, dat voor de verdeling van de overige schade leidend is en blijft, vindt dan een correctie plaats ten aanzien van de verdeling van de buitengerechtelijke kosten over partijen.

2.3 Driestappenproces

Lezing van het arrest Van der Slot/Manege Bergemo leert dat er drie stappen moeten worden doorlopen om te bepalen welk deel van de buitengerechtelijke kosten voor wiens rekening komt als beide partijen verantwoordelijk zijn voor de schade.¹² De eerste stap betreft de (ook al voor het arrest en ook buiten gevallen van eigen schuld bestaande) dubbele redelijkheidstoets, waarbij wordt gekeken naar de noodzaak en de hoogte van de gemaakte buitengerechtelijke kosten. Slechts die kosten die zowel naar aard als naar omvang redelijk zijn, komen voor vergoeding in aanmerking. Bij de tweede stap wordt de vergoeding van de als redelijk aangemerkte kosten verminderd met het vastgestelde percentage eigen schuld van het slachtoffer. In dit percentage zit mogelijkerwijs ook de ‘normale’ billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW verdisconteerd. De mate van eigen schuld wordt immers, zoals hierboven al kort aan de orde kwam, vastgesteld aan de hand van de tweeledige verdeelingsmaatstaf van artikel 6:101 BW. Tot slot komt men toe aan een derde stap, waarin wordt gekeken of de billijkheid er wellicht toe noopt om wat betreft de vergoeding van buitengerechtelijke kosten af te wijken van de eerder voor de schadevergoeding gehanteerde schadedeling. Dit is een tweede billijkheidscorrectie die, in tegenstelling tot de eerste billijkheidscorrectie, alléén ziet op de vergoeding van de buitengerechtelijke kosten.

Het arrest heeft aardig wat kritiek te verduren gekregen.¹³ Zo zou het arrest te meedogenloos zijn voor slachtoffers die van begin af aan eigen schuld erkennen en slechts een deel van hun schade vergoed willen krijgen.¹⁴ Ook zou het arrest onredelijk uitwerken wanneer de aansprakelijke partij weigert te betalen en het slachtoffer genoodzaakt is kosten te maken ter incassering van het bedrag waar hij, los van zijn eigen schuld, wél recht op heeft. Tot slot verwonderde men zich over het feit dat de Hoge Raad voor de (tweede) billijkheidscorrectie niet van doorslaggevend belang acht dat de aansprakelijke partij volledig is verzekerd, terwijl dit toch een relevante factor is voor de ‘gewone’ billijkheidscorrectie.

Naar onze mening is deze kritiek (goeddeels) onterecht, aangezien deze voorbijgaat aan het feit dat in Van der Slot/Manege Bergemo de tweede billijkheidscorrectie te berde wordt gebracht om ervoor te zorgen dat alsnog een billijke uitkomst kan worden gerealiseerd.¹⁵ Het is derhalve geenszins een uitgemaakte zaak dat slachtoffers in de zojuist genoemde voorbeelden niet hun volledige buitengerechtelijke kosten vergoed kunnen krijgen. Juist door de tweede billijkheidscorrectie biedt Van der Slot/Manege Bergemo in onze ogen voldoende mogelijkheden om op grond van concrete omstandigheden van het geval een andere verdeling van de buitengerechtelijke kosten vast te stellen dan van de initiële schade. Daarenboven is de regel van de Hoge Raad dat het eigen-schuldpercentage in beginsel doortikt ons inziens in zijn algemeenheid goed te rechtvaardigen. In een casus waar aansprakelijkheid en eigen schuld samengaan, is de schade immers ontstaan door toedoen van beide partijen en hadden dus beiden de aansprakelijkstelling moeten voorkomen door ander gedrag te vertonen dan zij hebben gedaan.

2.4 De buitengerechtelijke kosten in het kader van de deelgeschilprocedure

Ondanks de kritiek op Van der Slot/Manege Bergemo is de discussie over de doorwerking van eigen schuld op de vergoeding van buitengerechtelijke kosten de laatste jaren groten-deels naar de achtergrond verdwenen. Weliswaar zijn er in de lagere rechtspraak enkele uitspraken te vinden die op gespannen voet staan met de visie van de Hoge Raad,¹⁶ maar dit zijn uitzonderingen, nu de lagere rechtspraak hoofdzakelijk in lijn is met het arrest Van der Slot/Manege Bergemo.¹⁷ Met de

11. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624, NJ 2008/241 (Van der Slot/Manege Bergemo), r.o. 3.3.

12. Zie meer uitgebreid Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 23.

13. J.B.M. Vranken, noot onder HR 21 september 2007, NJ 2008/241 (Van der Slot/Manege Bergemo), p. 1714; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Buitengerechtelijke kosten en eigen schuld, Nieuwsbrief bedrijfsjuridische berichten 2007/64, p. 265-270; W. Dijkshoorn & S.D. Lindenbergh, Buitengerechtelijke kosten en ‘eigen schuld’, HR 21 september 2007, RvdW 2007, 789 (Manege Bergemo), MvV 2007, afl. 12, p. 256. Deze kritiek wordt besproken en weerlegd door Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 31-32.

14. Dijkshoorn & Lindenbergh 2007, p. 256.

15. Zie ook Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 31 e.v.

16. Rb. Zwolle-Lelystad (ktr.) 4 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BH7627, r.o. 3.8; Rb. Arnhem 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB7461; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:335.

17. Zie hierover uitgebreid Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 27-30.

intrede van de deelgeschilprocedure is de discussie echter weer opgelaaid en wordt betwijfeld of de regels uit Van der Slot/Manege Bergemo zonder meer ook dienen te gelden voor de vergoeding van de kosten die het slachtoffer maakt in het kader van een deelgeschil. Deze twijfel wordt gevoed doordat de deelgeschilprocedure zich onderscheidt van (het normaaltype van) de dagvaardingsprocedure, in het bijzonder ook wat betreft de kostenveroordeling.

De deelgeschilprocedure is een nieuwe procedurevorm die de wetgever met ingang van 1 juli 2010 heeft geïntroduceerd juist om een impuls te geven aan de buitengerechtelijke afhandeling van letselschade, waarbij wordt beoogd de drempels voor slachtoffers, waaronder de financiële, laag te houden. De regeling inzake de deelgeschilprocedure, zoals neergelegd in de artikelen 1019w tot en met 1019cc Rv, biedt partijen in letselen overlijdensschadezaken de mogelijkheid een specifiek geschilpunt voor te leggen aan de rechtbank teneinde hierover een rechterlijke uitspraak te verkrijgen in de vorm van een beschikking.¹⁸ De invoering van de deelgeschilprocedure is door de wetgever wenselijk geacht vanwege het (algemeen bekende) feit dat buitengerechtelijke onderhandelingen tussen het slachtoffer en diens wederpartij in het kader van een te treffen schaderegeling regelmatig in een impasse geraken.¹⁹ Het slachtoffer wordt dan genoodzaakt een procedure te starten, na eerst (mogelijk jarenlang) vruchteloos met de wederpartij te hebben onderhandeld. Het gevolg is dat het al met al meerdere jaren kan duren voordat het slachtoffer iets van zijn schade vergoed ziet. Met de invoering van de deelgeschilprocedure poogt de wetgever een mouw te passen aan deze problematiek door het slachtoffer de kans te bieden een (discutabel) onderdeel van het geschil binnen relatief korte tijd (finaal) te laten beslechten door de rechtbank. Impasses ontstaan immers vaak als partijen niet tot overeenstemming komen met elkaar ten aanzien van een specifiek geschilpunt. Typische vraagstukken die partijen dikwijls verdeeld houden, zijn onder meer de aansprakelijkheidsvraag, de omvang van de aansprakelijkheid, en daarmee samenhangend de omvang van eventuele eigen schuld, en de kostenposten van het slachtoffer.²⁰ Nadat de rechter zich over dit geschilpunt heeft uitgelaten, is het de bedoeling dat de buitengerechtelijke onderhandelingen tussen partijen snel weer kunnen worden gecontinueerd teneinde spoedig tot een definitieve schaderegeling te komen. Op deze wijze brengt de deelgeschilprocedure de buitengerechtelijke onderhandelingen als het ware in een stroomversnelling, hetgeen resulteert in een aanzienlijk kortere termijn waarbinnen slachtoffers een schaderegeling weten te treffen met de wederpartij.

Fundamenteel voor de deelgeschilprocedure is de laagdrempeligheid die zij slachtoffers beoogt te bieden. Dit betekent in de eerste plaats dat een deelgeschil voor het slachtoffer niet te veel

tijd in beslag mag nemen. Daarnaast zou het slachtoffer niet te diep in de buidel moeten hoeven tasten voor het voeren van een deelgeschil. De wetgever voorziet in deze financiële laagdrempeligheid door in artikel 1019aa Rv de in het kader van de deelgeschilprocedure gemaakte kosten te kwalificeren als buitengerechtelijke kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW. Door de koppeling met artikel 6:96 lid 2 BW komen de proceskosten die het slachtoffer maakt in het kader van een deelgeschil volledig voor vergoeding in aanmerking, mits (uiteraard) aansprakelijkheid van de wederpartij komt vast te staan en voor zover de gemaakte kosten redelijk zijn. Dit geldt onafhankelijk van de vraag wie het deelgeschil wint. Ook als het verzoek van het slachtoffer integraal wordt afgewezen, worden diens kosten vergoed. Dit verdient slechts uitzondering als de deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld. Daarbij komt dat spiegelbeeldig een veroordeling in de proceskosten van de wederpartij niet op de loer ligt, zelfs niet als het slachtoffer in de deelgeschilprocedure volledig in het ongelijk wordt gesteld. Omdat de deelgeschilprocedure wordt beschouwd als een onderdeel van de buitengerechtelijke onderhandelingsfase komen de door de aansprakelijke partij in deze context gemaakte kosten in beginsel nooit voor vergoeding in aanmerking. Dit kan slechts anders zijn indien sprake is van buitengewone omstandigheden, zoals misbruik van procesrecht en onrechtmatig procederen.²¹ De financiële lasten en risico's die gewoonlijk met procederen gepaard gaan, worden aldus in de deelgeschilprocedure aan slachtofferzijde vermeden. In zijn uitspraak begroot de rechter in beginsel altijd ambtshalve de kosten die het slachtoffer in het kader van het deelgeschil heeft gemaakt.²² Indien aansprakelijkheid van de verweerder is komen vast te staan, volgt in de regel ook een daadwerkelijke veroordeling van de aansprakelijke partij in de begrote kosten.

In deze context dient zich de vraag aan of de bijzondere aard van de deelgeschilprocedure en het daarmee samenhangende feit dat voor het deelgeschil afwijkende regels voor de kostenveroordeling gelden, meebrengen dat de regels uit Van der Slot/Manege Bergamo voor het deelgeschil aanpassing behoeven. Zoals in de volgende paragrafen voor het voetlicht wordt gebracht, wordt daarover nog gedebatteerd.

2.5 Twee stromingen

Over het antwoord op de vraag of de regels uit Van der Slot/Manege Bergamo inzake de doorwerking van eigen schuld op de vergoeding van buitengerechtelijke kosten ook toepassing verdienen voor zover die kosten in het kader van een deelgeschilprocedure zijn gemaakt, zijn twee denkstromingen te onderscheiden, die lijnrecht tegenover elkaar staan. De eerste stroming beschouwt onverkorte toepassing van de hoofdregel uit Van der Slot/Manege Bergamo als problematisch, aange-

18. Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 1.

19. M. Wesselink, Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. Gewenst, maar zal het werken?, NJB 2010/25, p. 1266.

20. Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 2.

21. Vgl. HR 27 juni 1997, NJ 1997/651; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233; HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360. Zie ook N. Frenk, Toegang tot en kosten van de deelgeschilprocedure, VRA 2010, p. 164 e.v.

22. Art. 1019aa lid 1 Rv.

zien dit het laagdrempelige karakter van de deelgeschilprocedure zou aantasten. Het leidt immers ertoe dat een deel van de kosten van het deelgeschil voor eigen rekening blijft van slachtoffers die eigen schuld hebben. Aanhangers van deze stroming vrezen dat dit vooruitzicht slachtoffers zal ontmoedigen een deelgeschilprocedure te starten. Om het laagdrempelige karakter van de deelgeschilprocedure te waarborgen zouden slachtoffers altijd, dus ongeacht hun eventuele eigen schuld, aanspraak moeten hebben op een volledige vergoeding van de door hen gemaakte kosten van het deelgeschil.

Hiertegenover staat de tweede stroming, die pleit voor onverkorte toepassing van de regels uit Van der Slot/Manege Bergemo in deelgeschilprocedures. Voorstanders van deze stroming wijzen met name op het feit dat krachtens artikel 1019aa Rv de kosten van het deelgeschil worden beschouwd als buitengerechtigde kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW, waardoor Van der Slot/Manege Bergemo ook van toepassing is op deze kosten. Binnen deze stroming wordt derhalve bepleit dat de aanspraak van het slachtoffer op vergoeding van de kosten die zijn gemaakt voor het deelgeschil, in beginsel moet worden verminderd in evenredigheid met diens mate van eigen schuld.

Dit vraagstuk houdt de gemoederen bezig. In de uitspraken die in paragraaf 4 de revue passeren, komt duidelijk naar voren dat rechters hierover onderling sterk van mening verschillen. Ook in de literatuur is dit onderwerp van discussie. Zo verzet Keizer zich tegen een categorische toepassing van de eigenschuldverdeling op de kostenveroordeling in deelgeschilprocedures.²³ Zijn voornaamste, ietwat technische, argument komt er in de kern op neer dat Van der Slot/Manege Bergemo enkel ziet op de verhouding tussen eigen schuld en artikel 6:96 BW, terwijl de wettelijke grondslag in deelgeschilprocedures volgens hem niet artikel 6:96 BW betreft, maar artikel 1019aa Rv. Het arrest zou daarom niet zonder meer een-op-een kunnen worden toegepast op de vergoeding van de kosten van het deelgeschil.

Hiertegenover staan de aanhangers van de tweede stroming, waartoe ook wij behoren, die stellen dat de aangesproken partij, in geval van eigen schuld van het slachtoffer, de kosten van de deelgeschilprocedure aan de zijde van het slachtoffer in beginsel niet volledig hoeft te vergoeden.²⁴ Anders dan Keizer menen wij dat artikel 1019aa Rv slechts de zelfstandige grondslag biedt voor de begroting van de kosten en niet voor de ver-

oordeling van de wederpartij in deze kosten.²⁵ Voor de grondslag voor de kostenveroordeling moet ons inziens worden teruggevallen op het BW. Dit betekent dat Van der Slot/Manege Bergemo, dat op de verhouding tussen de artikelen 6:101 en 6:96 BW ziet, volgens ons ook in deze kwestie gelding heeft, nu het juist ook deze verhouding is die hier in het geding is, anders dan Keizer betoogt. Nadat dus de kosten van het deelgeschil zijn begroot met inachtneming van de dubbele redelijkheidstoets, dient eigen schuld – wanneer daarvan sprake is – naar ons oordeel overeenkomstig het model uit Van der Slot/Manege Bergemo te worden doorgetikt op de aanspraak op vergoeding van de kosten van het deelgeschil. Dit resultaat kan eventueel met toepassing van de tweede billijkheidscorrectie worden aangepast. Aldus kan de billijkheidscorrectie in concrete situaties alsnog leiden tot een volledige vergoeding van de kosten van het deelgeschil.

Door een van ons is ook al in een eerdere publicatie betoogd dat eigen schuld in beginsel doorwerking verdient op de vergoeding van alle buitengerechtigde kosten, waaronder de kosten van het deelgeschil, zij het dat er omstandigheden denkbaar zijn die vragen om een andere verdeling van deze kosten.²⁶ De aanvankelijke schadeverdeling kan immers ten aanzien van deze kosten op grond van de tweede billijkheidscorrectie worden bijgesteld. Er zij evenwel (opnieuw) op gewezen dat deze tweede billijkheidscorrectie tot nog toe weinig aandacht heeft gekregen en daarom verdere uitwerking in de rechtspraak verdient, opdat duidelijker wordt welke bijzondere omstandigheden nopen tot een herverdeling van kosten die worden gemaakt in het kader van een deelgeschil. Thans is de tijd rijp voor een evaluatie waarin wordt onderzocht of de discussie in de rechtspraak is beslecht ten faveure van een van beide stromingen en of de tweede billijkheidscorrectie wordt opgepakt en uitgewerkt.

3. Onderzoeksaanpak

In het navolgende trachten wij een volledig overzicht te geven van alle (gepubliceerde) beschikkingen in deelgeschilprocedures waarin een van de twee stromingen wordt vertegenwoordigd. Om te komen tot een zo volledig mogelijk overzicht van relevante rechtspraak hebben wij allereerst een inventarisatie gemaakt van gepubliceerde beslissingen in deelgeschilprocedures waarin eigen schuld van het slachtoffer wordt genoemd.²⁷ Hiervoor is in eerste instantie gezocht via rechtspraak.nl. Bovendien is geput uit alternatieve bronnen, zoals de websites van Stichting PIV en Letselschade Magazine. Verscheidene zoekcombinaties zijn gebruikt om te voorkomen dat gepubli-

23. J.G. Keizer, De deelgeschilprocedure: de kosten van de procedure en de (on)mogelijkheden van hoger beroep, L&S 2014/115, afl. 2, p. 11-13.

24. A. Kolder, Het wetsvoorstel Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. Een verkenning, MvV 2008, afl. 11, p. 258; Frenk 2010, p. 164 e.v.; S. Colsen, Begroting van de kosten van de deelgeschilprocedure, TVP 2011, afl. 4, p. 114; de (kritische) annotatie van P.J. Klein Gunnewick bij Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, JA 2016/76; Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 38.

25. Wij vinden steun voor ons standpunt in de parlementaire geschiedenis, waar wordt opgemerkt dat de begroting van de kosten niet vergezeld gaat van een veroordeling van de wederpartij in deze kosten, zodat de beschikking voor wat betreft deze kosten geen executoriale titel oplevert. Het slachtoffer dient daartoe dan ook een verzoek te doen. Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 19.

26. Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 38.

27. Gepubliceerde beschikkingen na 1 december 2017 zijn niet meer meegenomen in de analyse.

ceerde uitspraken over het hoofd worden gezien. De gebruikte zoekcombinaties hebben bij elkaar 158 resultaten opgeleverd.

Na bestudering van de zoekresultaten blijken 118 uitspraken niet van belang te zijn voor ons onderzoek. In 36 uitspraken vindt dit verklaring in het feit dat daarin uiteindelijk niet wordt vastgesteld dat de verweerder aansprakelijk is. Daar waar aansprakelijkheid ontbreekt, komt de rechter niet toe aan een eventueel beroep op eigen schuld en speelt de discussie omtrent de doorwerking hiervan op de vergoeding van de kosten van het deelgeschil vanzelfsprekend geen rol.²⁸ In 52 andere uitspraken ontbreekt het belang voor ons onderzoek omdat daarin door de rechtbank weliswaar aansprakelijkheid van de verweerder wordt vastgesteld, maar geen eigen schuld van het slachtoffer wordt aangenomen. Tot slot zijn nog eens dertig zaken in een restcategorie geplaatst vanwege uiteenlopende redenen. Het merendeel hiervan betreft zaken waarin de verzoekende partij niet-ontvankelijk is verklaard, omdat het geschil zich niet leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure. Dit betekent dat van de gevonden beslissingen een veertigtal voor ons relevant is.

Van de in totaal 158 geanalyseerde uitspraken blijken er, zoals gezegd, uiteindelijk veertig voor ons onderzoek van belang, nu dat zaken betreft waarin zowel aansprakelijkheid als eigen schuld is aangenomen. Deze kunnen daarmee onder een van de twee voornoemde stromingen worden geschaard. In deze deelgeschillen is steeds een (definitief of voorlopig) percentage aan eigen schuld vastgesteld en heeft de rechtbank zich uitgelaten over de begroting en eventuele toekenning van een vergoeding van de kosten van de behandeling van het deelgeschil aan de zijde van het slachtoffer. In enkele gevallen is weliswaar nog niet (definitief) geoordeeld dat (of in welke mate) sprake is van eigen schuld, maar kan uit de overwegingen van de rechtbank toch worden afgeleid welke stroming de rechtbank ahangt.

4 Onderzoeksresultaten

4.1 Uitspraken behorend tot de eerste stroming

Van de veertig relevante uitspraken kunnen er dertien worden ondergebracht bij de eerste stroming, die pleit voor een volledige vergoeding van de gemaakte kosten in het deelgeschil, ongeacht een eventueel vastgesteld percentage eigen schuld

van het slachtoffer.²⁹ In deze uitspraken wordt afgeweken van de hoofdregel die volgt uit Van der Slot/Manege Bergemo en volgt ondanks eigen schuld van het slachtoffer toch volledige vergoeding van de kosten die in het kader van het deelgeschil in redelijkheid zijn gemaakt.

Helaas wordt in elf van de dertien uitspraken geenszins gemotiveerd waarom tot een volledige vergoeding van de kosten wordt beslist.³⁰ Aldus blijft in het midden of de afweging om het eigen-schuldpercentage niet door te tikken bewust is gemaakt. Het is goed denkbaar dat de desbetreffende rechters zich in deze zaken niet hebben gerealiseerd dat ingevolge Van der Slot/Manege Bergemo de vergoeding van buitengerechtigde kosten in beginsel moet worden verminderd met het vastgestelde percentage eigen schuld van het slachtoffer. Dit blijft echter gissen omdat andere beweegredenen niet vallen uit te sluiten.³¹

Opmerking verdient nog dat in acht van deze elf ongemotiveerde uitspraken bij de kostenveroordeling toch een reductie plaatsvindt ten opzichte van de gevorderde vergoeding.³² Dat heeft evenwel met de eigen schuld niets van doen. Het is een gevolg van de discussie – die onderdeel is van menig deelgeschilprocedure – over de vraag of het aantal uren dat de belangenbehartiger aan het deelgeschil stelt te hebben besteed rede-

28. Opmerking verdient dat de aansprakelijkheid van de aangesproken persoon en de eigen schuld van de benadeelde niet altijd vaststaan op het moment dat de deelgeschilprocedure wordt gevoerd. De deelgeschilrechter kan en moet wel steeds de kosten van het deelgeschil begroten, maar een kostenveroordeling wordt eerst uitgesproken als de aansprakelijkheid vaststaat, en het doortikken van eigen schuld is eerst mogelijk als het eigen-schuldpercentage is vastgesteld. De rechtbank kan hier evenwel desgewenst op de zaken vooruitlopen en kleur bekennen. Wij komen hierop in het navolgende terug, meer specifiek aan het einde van par. 4.1 en het einde van par. 4.2.

29. Rb. Breda 6 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV5615; Rb. Rotterdam 22 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV6621; Rb. 's-Hertogenbosch 24 mei 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW6836; Rb. Den Haag 6 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2021; Rb. Utrecht 5 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX7653; Rb. Amsterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3931; Rb. Midden-Nederland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3727; Rb. Zeeland-West-Brabant 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:11345; Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7865; Rb. Gelderland 7 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:8; Rb. Oost-Brabant 24 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:912; Rb. Overijssel 18 april 2016, 181481 HARK 16-12; Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:951.

30. Rb. Breda 6 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV5615; Rb. Rotterdam 22 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV6621; Rb. 's-Hertogenbosch 24 mei 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW6836; Rb. Den Haag 6 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2021; Rb. Utrecht 5 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX7653; Rb. Amsterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3931; Rb. Midden-Nederland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3727; Rb. Zeeland-West-Brabant 9 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:11345; Rb. Gelderland 7 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:8; Rb. Overijssel 18 april 2016, 181481/HA RK 16-12; Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:951.

31. Rb. Amsterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3931 valt in dit verband op omdat in die zaak ten aanzien van een van beide verzoekers vaststaat dat sprake is van 30% eigen schuld, maar ten aanzien van de andere verzoeker nog niet is beslist over de mate van eigen schuld, en de aansprakelijke partij volledig wordt veroordeeld in de kosten van de behandeling van het verzoek aan de zijde van de beide verzoekers.

32. Rb. 's-Hertogenbosch 24 mei 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW6836; Rb. Den Haag 6 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2021; Rb. Utrecht 5 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX7653; Rb. Amsterdam 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3931; Rb. Midden-Nederland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3727; Rb. Gelderland 7 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:8; Rb. Overijssel 18 april 2016, 181481/HA RK 16-12; Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:951.

lijk is, alsook of het daarbij gehanteerde uurtarief die toets kan doorstaan.³³ De korting die in elk van deze acht zaken plaatsvindt, vindt derhalve haar grondslag in de hiervoor genoemde (dubbele) redelijkheidstoets die in artikel 6:96 lid 2 BW besloten ligt. De kosten die de dubbele redelijkheidstoets wél doorstaan, komen vervolgens in elk van deze acht zaken volledig voor vergoeding in aanmerking. Daarom kunnen ook deze acht uitspraken onder de eerste stroming worden ondergebracht.

Aan de hand van een van deze ‘ongemotiveerde’ uitspraken willen wij illustreren dat een (al dan niet bewuste) keuze van de rechter voor een van de twee stromingen wezenlijke financiële consequenties kan hebben.³⁴ De zaak speelt in 2016 voor de Rechtbank Gelderland en betreft een slachtoffer dat met zijn motor achter op de auto van verweerder is gebotst. De rechtbank komt uiteindelijk tot het oordeel dat het slachtoffer door een ruime overschrijding van de snelheidslimiet (maar liefst) 75% eigen schuld heeft aan het ontstaan van het ongeval. Volgens de hoofdregel uit Van der Slot/Manege Bergemo zou de vergoeding van de kosten die zijn gemaakt in het deelgeschil moeten worden verminderd met het percentage eigen schuld, waardoor het slachtoffer slechts aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding van 25% van de door hem gemaakte kosten voor het deelgeschil. Zonder dit nader te motiveren oordeelt de rechtbank echter dat de door het slachtoffer gemaakte kosten in het deelgeschil die de redelijkheidstoets kunnen doorstaan, te weten een bedrag van € 7.545 volledig voor vergoeding in aanmerking komen. Het resultaat is dat het slachtoffer een vergoeding ontvangt die € 5.658,75 hoger ligt dan waar op grond van de hoofdregel uit Van der Slot/Manege Bergemo recht op bestaat, zonder dat daarvoor enige verklaring wordt gegeven. Wordt hierbij opgeteld dat eigen schuld in veel zaken speelt, dan worden de financiële belangen bij deze discussie inzichtelijk.

In twee van de dertien uitspraken wordt door de Rechtbank Oost-Brabant bij monde van dezelfde rechter wél toegelicht waarom wordt afgeweken van het model van Van der Slot/Manege Bergemo.³⁵ In beide uitspraken wordt gerefereerd aan de (financiële) laagdrempeligheid die de deelgeschilprocedure voor het slachtoffer beoogt te bieden. Deze laagdrempeligheid zou in gevaar komen als de kosten die het slachtoffer maakt in verband met het deelgeschil niet volledig voor vergoeding in aanmerking komen. De eerste beschikking dateert uit december 2015 en betreft de nasleep van een ernstig verkeersongeval tussen een automobilist en een motorrijder, waarbij laatstgenoemde om het leven komt.³⁶ De nabestaanden van de motor-

rijder verzoeken in dit deelgeschil dat voor recht wordt verklaard dat de WAM-verzekeraar van de betrokken bestelauto volledig, althans in ieder geval voor meer dan 75% aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade. De WAM-verzekeraar heeft voor 75% aansprakelijkheid erkend en beroept zich voor wat betreft de resterende 25% op de eigen schuld van de overleden motorrijder vanwege een overschrijding van de snelheidslimiet. De rechtbank stelt het percentage eigen schuld van de motorrijder primair op 25% en verlaagt dit vervolgens met toepassing van de billijkheidscorrectie tot 10%. Over de vraag of de te vergoeden kosten van het deelgeschil moeten worden verminderd met het percentage eigen schuld overweegt de rechtbank allereerst als volgt:

‘Op zichzelf gezien zou de conclusie moeten zijn dat ook de kosten van het deelgeschil, vanwege de verwijzing naar artikel 6:96 lid 2 BW, onderhevig zijn aan een mogelijk beroep op eigen schuld van de gelaedeerde.’³⁷

Het feit dat de kosten van de deelgeschilprocedure op grond van artikel 1019aa Rv kwalificeren als kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW leidt dus ook deze rechtbank in eerste instantie tot de conclusie dat de vergoeding daarvan verminderd dient te worden met het percentage eigen schuld. Vervolgens refereert de rechtbank echter aan het doel dat de wetgever met de deelgeschilprocedure voor ogen staat. Beoogd wordt om partijen die zich in een traject van personenschade bevinden, een extra instrument te verschaffen om een impasse in de buitengerechtelijke onderhandelingen te doorbreken door het mogelijk te maken in die fase een deel van het geschil voor te leggen aan de rechter. Op grond daarvan komt de rechtbank tot de conclusie dat moet worden afgeweken van de voornoemde primaire conclusie:

‘De verbinding met artikel 6:96 lid 2 BW verlaagt de financiële drempel voor de gelaedeerde om een deelgeschilprocedure in te stellen (Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 8). Wanneer de bepaling over eigen schuld onverkort van toepassing zou zijn op de kosten van het deelgeschil, zou die financiële drempel deels weer worden verhoogd. De rechtbank is van oordeel dat dat zich niet verdraagt met het doel waarvoor de deelgeschilprocedure in het leven is geroepen. De rechtbank zal daarom Nationale Nederlanden veroordelen in de volledige kosten van het deelgeschil aan de zijde van [verzoekers].’³⁸

In de tweede zaak, die in maart 2016 speelt, herhaalt dezelfde rechtbank bij monde van dezelfde rechter deze overwegingen letterlijk en wordt aldus opnieuw uitdrukkelijk gemotiveerd waarom het slachtoffer een volledige vergoeding van de kosten van het deelgeschil wordt toegewezen.³⁹ Het gaat om een uit-

33. A.E. Santen, Mag het een onsje minder zijn?, PIV-Bulletin 2016, afl. 4, p. 14-15, laat zien dat de deelgeschilrechter gemiddeld in de kostenverdeling 30% in mindering brengt op de hoeveelheid gevorderde uren. Zie ook L. Boersma, De kosten van de deelgeschilprocedure: enkele suggesties tot normering, TVP 2017, afl. 1, p. 18-28.

34. Rb. Gelderland 7 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:8.

35. Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7865; Rb. Oost-Brabant 24 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:912.

36. Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7865.

37. Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7865, r.o. 4.21.

38. Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7865, r.o. 4.21.

39. Rb. Oost-Brabant 24 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:912.

zendkracht die tijdens de uitvoering van wegwerkzaamheden van een rijdende aanhangwagen is gevallen en dientengevolge letsel heeft opgelopen. Hij verzoekt de rechtbank te beslissen dat de WAM-verzekeraar van het voertuig dat de aanhangwagen voortrok, aansprakelijk is. De verzekeraar beroept zich in zijn verweer op 100% eigen schuld van het slachtoffer. De rechtbank komt tot het oordeel dat de WAM-verzekeraar aansprakelijk is en dat geenszins sprake is van 100% eigen schuld. Wel is de schade in enige mate het gevolg van omstandigheden die aan het slachtoffer zijn toe te rekenen, doordat laatstgenoemde zelf op de aanhanger is gaan zitten en staan, en heeft geaccepteerd dat hij zijn werkzaamheden uitvoerde zonder dat op de aanhanger enige valbescherming aanwezig was en zonder dat de bestuurder zicht op hem had. Een precieze vaststelling van de mate van eigen schuld kan de rechtbank echter nog niet geven, omdat het debat tussen partijen daarover nog onvolledig is uitgekristalliseerd. Ofschoon in deze beschikking dus nog geen definitief oordeel over (het percentage) eigen schuld wordt gegeven, overweegt de rechtbank dat een volledige veroordeling in de kosten van het deelgeschil op haar plaats is. De motivering daarvoor is in dezelfde bewoordingen gevat als in de vorige beschikking.⁴⁰

De Rechtbank Oost-Brabant is aldus van mening dat een inperking van de vergoeding van deelgeschilkosten vanwege de eigen schuld van het slachtoffer niet strookt met de financiële laagdrempeligheid die de deelgeschilprocedure nu juist voor het slachtoffer beoogt te bieden. Ons inziens geeft de rechtbank met dit oordeel – de goede bedoelingen ten spijt – een onjuiste toepassing aan het driestappenmodel, zoals dat kan worden afgeleid uit Van der Slot/Manege Bergemo. De derde stap in het driestappenproces maakt het voor rechters weliswaar mogelijk af te wijken van de hoofdregel, mits daarvoor op grond van de billijkheid voldoende reden is. Maar de rechter dient in zo'n geval wel te beargumenteren dat en waarom billijkheidsargumenten in de gegeven omstandigheden nopen tot een herverdeling van de buitengerechtigde kosten. Een enkele verwijzing naar de parlementaire geschiedenis of het aanhalen van het doel van de deelgeschilprocedure is te algemeen en kan daarom bezwaarlijk worden gezien als een concreet toegepaste tweede billijkheidscorrectie.⁴¹

Volledigheidshalve merken wij op dat wij over een van de dertien uitspraken die wij onder de eerste stroming scharen, twijfelen of deze inderdaad onder de eerste stroming kan worden gebracht.⁴² In dit deelgeschil wordt de vordering tot vergoeding van de buitengerechtigde kosten reeds door verzoeker met de erkende 50% eigen schuld gecorrigeerd, zodat slechts een vordering tot vergoeding van de helft van de kosten resteert. Na correctie betreft dit een bedrag van € 4.490,68. De rechtbank wijst daar vervolgens slechts een deel van toe, aange-

zien, gelet op de aard en de complexiteit van de zaak, het gestelde aantal bestede uren de dubbele redelijkheidstoets niet doorstaat. Daarbij wordt niet meer gerept over de kwestie van eigen schuld. Meer concreet acht de rechtbank een besteding van tien uren gerechtvaardigd. Vervolgens begroot de rechtbank de kosten van dit deelgeschil op € 3.596,50, opgebouwd uit 10 uur x € 279,65 vermeerderd met het door de verzoeker betaalde griffierecht van € 800 en veroordeelt de rechtbank de aansprakelijke partij in deze kosten. Een correctie van 50% op door de rechtbank begrote kosten wegens eigen schuld blijft dus achterwege, reden waarom wij deze uitspraak ondanks onze twijfel toch onder de eerste stroming scharen. Het is evenwel niet uitgesloten dat de rechtbank wel een doorwerking van de door de verzoeker erkende eigen schuld heeft aangenomen in de begroting van de kosten, maar dit ongelukkig heeft geformuleerd.

Tot slot wijzen wij nog op een drietal andere zaken die gelinkt zijn aan deze stroming, maar er toch niet helemaal in thuishoren. Het gaat dan om zaken waarin nog niet is vastgesteld of en in welke mate sprake is van eigen schuld. Doortikken behoort dan nog niet tot de mogelijkheden. In een eerste zaak voor de Rechtbank Rotterdam staat nog niet vast of en in welke mate er sprake is van eigen schuld, maar volgt wel begroting van en veroordeling in de volledige kosten van de deelgeschilprocedure.⁴³ In een andere zaak wijst de Rechtbank Gelderland een deelgeschilverzoek af omdat nader deskundigenonderzoek nodig is, maar veroordeelt zij verweerster wel in de kosten van het deelgeschil nu laatstgenoemde (gedeeltelijke) aansprakelijkheid erkent.⁴⁴ Mogelijk is er echter eigen schuld in het geding. De aangesproken partij betwist immers primair het causaal verband met de schade en subsidiair beroept zij zich op eigen schuld. Dit alles kan in dit deelgeschil niet worden bepaald. Toch volgt een kostenveroordeling, zij het voor een aanzienlijk lager bedrag dan gevorderd. Voorts heeft ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een verweerster in de kosten van een (tweede) deelgeschil veroordeeld, hoewel er nog een discussie tussen partijen speelt over de omvang van de eigen schuld die in de bodemprocedure (in eerste aanleg) zal moeten worden beslecht.⁴⁵ Zoals ook uit het slot van de volgende paragraaf volgt, kunnen deze drie uitspraken ons inziens noch onder de eerste, noch onder de tweede stroming worden geschaard, omdat de betrokken rechters door de enkele veroordeling in de kosten nog geen kleur bekennen.

4.2 Uitspraken behorend tot de tweede stroming

Tegenover de dertien hierboven genoemde uitspraken staan 27 uitspraken die de tweede stroming vertegenwoordigen.⁴⁶ Dit zijn uitspraken waarin de kostenveroordeling, overeenkomstig de hoofdregel uit Van der Slot/Manege Bergemo, evenredig verminderd wordt met de mate van eigen schuld van het slachtoffer. In één van deze 27 uitspraken wordt evenwel

40. Rb. Oost-Brabant 24 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:912, r.o. 4.7.

41. Zie ook de (kritische) annotatie van P.J. Klein Gunnewiek bij Rb. Oost-Brabant 11 december 2015, JA 2016/76 en Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 38.

42. Rb. 's-Hertogenbosch 24 mei 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW6836.

43. Rb. Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1475.

44. Rb. Gelderland 17 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8266.

45. Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2137.

46. Deze 27 uitspraken worden genoemd in de noten 47 t/m 50, 52 en 58.

uiteindelijk op grond van billijkheidsargumenten beslist tot een volledige proceskostenveroordeling.⁴⁷ Hierin lezen wij een toepassing van de tweede billijkheidscorrectie, reden waarom deze uitspraak een aparte behandeling krijgt in een volgende subparagraaf (par. 4.3).

Evenals bij de eerste stroming zijn ook deze uitspraken vaak summierlijk gemotiveerd. Bij de tweede stroming is dit echter minder apart, aangezien er niet wordt afgeweken van de toepasselijke hoofdregel, zoals die bij de 'gewone' procedures geldt, maar deze hoofdregel integendeel wordt aangehaald. Vijftien van de 27 uitspraken volstaan met de vaststelling dat de kosten van het deelgeschil ingevolge artikel 1019aa Rv worden aangemerkt als kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW, en dat de veroordeling daarin daarom evenredig met de mate van eigen schuld dient te worden verminderd.⁴⁸ In nog een zestal andere uitspraken wordt dezelfde beperkte motivering gegeven, zij het dat daarin als aanvulling expliciet wordt verwezen naar het arrest Van der Slot/Manege Bergemo.⁴⁹

Een van de uitspraken valt op door de afwezigheid van enige motivering of toelichting.⁵⁰ Dit is een uitspraak in een zaak waarbij het slachtoffer meerijs met een beschonken autobestuurder en zwaar letsel oploopt als gevolg van een eenzijdig ongeval. De rechtbank komt tot het oordeel dat er sprake is van 40% eigen schuld, omdat het slachtoffer ervoor gekozen heeft om mee te rijden met een beschonken bestuurder en geen autogordel te dragen. Het percentage eigen schuld tikt de rechtbank door op de veroordeling in de kosten, waarbij enige motivering achterwege blijft. De rechtbank overweegt dien-aangaande slechts als volgt:

'Uitgaande van een hoofdsom van € 6.494,28 [aan deelgeschilkosten; AK & JB] overweegt de rechtbank het volgende. ZLM is aansprakelijk voor 60% van de door [eiser] geleden schade. Dat betreft een bedrag van € 3.896,59.⁵¹

47. Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228.

48. Rb. Utrecht 21 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY0648; Rb. Utrecht 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY2872; Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412; Rb. Utrecht 19 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY7764; Rb. Oost-Brabant 15 januari 2013, 252949/EX RK 12-185; Rb. Gelderland 10 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4791; Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5000; Rb. Den Haag 3 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2753; Rb. Midden-Nederland 9 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1525; Rb. Oost-Brabant 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6528; Rb. Amsterdam 4 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8085; Rb. Midden-Nederland 9 december 2015, C/16/398618/HA RK 15-197; Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7596; Rb. Midden-Nederland 20 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7257; Rb. Amsterdam 2 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1475.

49. Rb. Arnhem 2 januari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:3824; Rb. Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15014; Rb. Gelderland 22 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8216; Rb. Gelderland 9 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8301; Rb. Gelderland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7126; Rb. Midden-Nederland 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4058.

50. Rb. Oost-Brabant 15 januari 2013, 252949/EX RK 12-185.

51. Rb. Oost-Brabant 15 januari 2013, 252949/EX RK 12-185, r.o. 2.22.

Hiertegenover wijzen wij op twee uitspraken die in het oog springen vanwege een uitdrukkelijke motivering dat en waarom wordt gekozen voor de tweede stroming. Daarbij gaan de rechters hierover openlijk in discussie naar aanleiding van eerdere tegenstelde uitspraken van een andere rechtbank.⁵² De uitspraak waarin dit het meest uitgebreid wordt gemotiveerd, is afkomstig van de Rechtbank Gelderland, dateert van oktober 2016 en speelt in een zaak over een val van een paard. In het deelgeschil gaat het om de vraag of de manege, althans diens aansprakelijkheidsverzekeraar, aansprakelijk is voor de volledige schade die het slachtoffer als gevolg van die val heeft opgelopen. De rechtbank stelt het percentage eigen schuld van het slachtoffer primair op 33,3% vast, maar stelt dit, gelet op de ernst van het letsel en het feit dat de manege verzekerd is, met toepassing van de billijkheidscorrectie naar beneden bij tot 25%. Het boeiende aan deze uitspraak is dat uit de beschikking van de rechtbank kan worden opgemaakt dat het slachtoffer in deze zaak uitdrukkelijk heeft verzocht om volledige vergoeding van de gemaakte buitengerechtigde kosten, ondanks het feit dat eigen schuld in het spel is.⁵³ Om dit verzoek kracht bij te zetten heeft het slachtoffer verwezen naar de in de vorige paragraaf genoemde uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant uit maart 2016, waarin wordt bepleit dat de eigen schuld niet mag doorwerken op de vergoeding van gemaakte kosten in het deelgeschil. De Rechtbank Gelderland blijkt evenwel niet overtuigd van de argumenten die de Rechtbank Oost-Brabant aanhaalt, zo blijkt uit de volgende overweging:

'[Verzoekster] heeft onder verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant (ECLI:NL:RBOBR:2016:912), betoogd dat het naar evenredigheid van het percentage eigen schuld verminderen van de kosten van het deelgeschil, betekent dat de drempel om een deelgeschil te starten en tot een schikking te komen wordt verhoogd, hetgeen in strijd is met het doel van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. Dit standpunt wordt niet gevolgd. Juist voor de deelgeschilprocedure geldt dat is beoogd om aan dit bezwaar tegemoet te komen door niet het liquidatietarief te berekenen voor de proceskosten in deelgeschil, maar de redelijke kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW. Zowel in de beoordeling van de redelijkheid van de kosten als in de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 lid 1 BW kan op afdoende wijze met de omstandigheden van het geval rekening worden gehouden. In deze context heeft [verzoekster] haar stellingen niet geplaats. Bovendien zijn de expertisekosten volledig door Achmea vergoed, en is de korting enkel toegepast op de kosten van de advocaat. De rechtbank zal de veroordeling van [verweerder] in de kosten van het deelgeschil

52. Rb. Gelderland 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5470; Rb. Den Haag 22 augustus 2016, VR 2016/158.

53. Rb. Gelderland 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5470, r.o. 4.17.

daarom evenredig verminderen met het percentage van de eigen schuld van [verzoekster].⁵⁴

De Rechtbank Gelderland wijst hier op het feit dat slachtoffers in een deelgeschilprocedure reeds tegemoet worden gekomen doordat de kosten die in verband met een deelgeschil worden gemaakt, worden aangemerkt als kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW, zodat deze kosten in beginsel volledig voor vergoeding in aanmerking komen en niet slechts beperkt volgens een liquidatietarief, zoals bij gewone proceskosten gebruikelijk is. Het is daarom alleszins redelijk deze kostenvergoeding te verminderen zodra is vastgesteld dat het slachtoffer een percentage eigen schuld heeft. Daarnaast kunnen wij uit de overwegingen van de rechtbank afleiden dat het slachtoffer in deze specifieke zaak onvoldoende heeft beargumenteerd waarom met toepassing van een tweede billijkheidscorrectie toch een andere verdeling van de kosten zou moeten worden gerealiseerd.

De tweede uitspraak waarin uitdrukkelijk met oog voor de eerste stroming uiteindelijk toch wordt gekozen voor de tweede stroming is van de Rechtbank Den Haag.⁵⁵ Ook in die zaak verwijzen verzoekers naar het aangehaalde oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant (maar dan zoals neergelegd in zijn beschikking van december 2015) en voeren zij het argument aan dat het toepassen van de eigen-schuldverdeling op de kosten van de deelgeschilprocedure in strijd zou zijn met het doel daarvan.⁵⁶ De Rechtbank Den Haag wijst dit argument af en stelt dat de vermindering van de schadevergoedingsplicht op grond van artikel 6:101 BW ook voor de kosten van de behandeling van het deelgeschil geldt, nu deze kosten op grond van artikel 1019aa lid 2 Rv hebben te gelden als kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW.⁵⁷

De twee resterende uitspraken van deze stroming behoeven eveneens een aparte vermelding.⁵⁸ Deze beide deelgeschillen hebben gemeen dat de aansprakelijkheid van verweerder(s) weliswaar vaststaat en dat dus een kostenveroordeling in beginsel in de rede ligt, maar dat de eventuele eigen schuld van het slachtoffer nog niet kan worden vastgesteld. In beide zaken begroot de rechtbank de buitengerechtigde kosten, maar veroordeelt hij verweerder(s) nog niet tot vergoeding hiervan vanwege het feit dat het percentage eigen schuld nog moet worden vastgesteld. Hieruit blijkt uitdrukkelijk dat de rechtbank het percentage eigen schuld relevant acht voor de hoogte van de vergoeding van de buitengerechtigde kosten, reden waarom deze twee uitspraken onder de tweede stroming zijn ondergebracht.

De situatie zoals die zich in deze twee uitspraken voordoet, is voor slachtoffers niet optimaal, omdat zij hun kosten voor het deelgeschil niet vergoed krijgen van de wederpartij tot het moment waarop de mate van eigen schuld definitief vaststaat, ondanks het feit dat aansprakelijkheid van de wederpartij al wel vaststaat. Er is in zulke gevallen ook een andere, pragmatische oplossing denkbaar. Is mogelijk sprake van een beperkte aansprakelijkheid, maar is er nog geen duidelijkheid over de (mate van) eigen schuld, dan kan een volledige veroordeling voor de begrote kosten volgen, hetgeen zo nodig in een later stadium alsnog kan worden gecorrigeerd. Indien op een later moment (in de bodemprocedure) het percentage eigen schuld van het slachtoffer alsnog wordt vastgesteld, kan immers het bedrag dat verweerder in eerste instantie te veel heeft vergoed in mindering worden gebracht op de buitengerechtigde kosten die het slachtoffer dan nog krijgt vergoed. Deze werkwijze heeft als voordeel dat de rechter altijd als de aansprakelijkheid vaststaat of in het deelgeschil komt vast te staan een kostenveroordeling kan uitspreken, ook al is er nog geen duidelijkheid over (het percentage) eigen schuld, terwijl er tegelijkertijd recht wordt gedaan aan de uitspraak van de Hoge Raad inzake Van der Slot/Manege Bergemo.

4.3 Toepassing van de tweede billijkheidscorrectie

Aparte aandacht gaat, zoals hierboven aangekondigd, nog uit naar een uitspraak waarin met een beroep op de billijkheid een royale vergoeding van de kosten van het deelgeschil volgt. Het gaat om een uitspraak van de Rechtbank Gelderland uit maart 2017, waarin ondanks eigen schuld een veroordeling wordt uitgesproken tot vergoeding van de volledig begrote buitengerechtigde kosten.⁵⁹ De inzet in dit deelgeschil is een verklaring voor recht dat een WAM-verzekeraar volledig, of in ieder geval voor meer dan 75% aansprakelijk is voor een eenzijdig verkeersongeval waarbij het slachtoffer als passagier van de verzekerde auto betrokken is. De aansprakelijkheid van de WAM-verzekeraar staat vast, maar partijen twisten over de (mate van) eigen schuld. De verzekeraar voert aan dat sprake is van 25% eigen schuld wegens het niet dragen van een autogordel. Het slachtoffer betwist echter dat hij geen gordel droeg en beoogt bovendien dat de billijkheid eist dat zijn schade volledig wordt vergoed. Met dit laatste gaat de rechtbank niet mee en doordat zowel stelling als betwisting omtrent de autogordel voldoende is gemotiveerd, kan de rechtbank zonder bewijslevering niet vaststellen of het slachtoffer de gordel droeg. Dit betekent dat het verzoek in dit deelgeschil wordt afgewezen. Daarbij neemt de rechtbank overigens ook in aanmerking dat partijen eveneens twisten over welke invloed een eerdere breuk van de rechterpols en pre-existente rugklachten van het slachtoffer op diens schade hebben. Wat betreft de begroting van en veroordeling in de buitengerechtigde kosten werpt de rechtbank haar blik in de toekomst als mogelijkerwijs komt vast te staan dat het slachtoffer geen gordel heeft gedragen en aldus mogelijk eigen schuld heeft aan de omvang van de schade:

⁵⁹ Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228.

⁵⁴ Rb. Gelderland 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5470, r.o. 4.17.

⁵⁵ Rb. Den Haag 22 augustus 2016, VR 2016/158.

⁵⁶ Rb. Den Haag 22 augustus 2016, VR 2016/158, r.o. 4.11.

⁵⁷ Rb. Den Haag 22 augustus 2016, VR 2016/158, r.o. 4.14.

⁵⁸ Rb. Den Haag 8 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8828; Rb. Noord-Holland 26 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11084.

‘Zoals hiervoor is gebleken staat thans niet vast dat sprake is van eigen schuld. Indien echter veronderstellenderwijs met Goudse wordt aangenomen dat toepassing van art. 6:101 BW in dit geval zou leiden tot een vergoedingsplicht van 75% van de schade, geldt het volgende.’⁶⁰

Daarop overweegt de rechtbank dat een eventueel eigenschuldpercentage in beginsel doortikt op de aanspraak op vergoeding van de kosten van het deelgeschil:

‘Wanneer een schadevergoedingsplicht op de voet van artikel 6:101 BW wordt verminderd, wordt ook de verplichting om de in artikel 6:96 lid 2 BW bedoelde kosten te vergoeden, in beginsel in dezelfde mate verminderd (HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624, NJ 2008/241). Dit uitgangspunt geldt ook voor de kosten van de behandeling van het deelgeschil, nu deze kosten op grond van artikel 1019aa lid 2 Rv hebben te gelden als kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW.’⁶¹

De rechtbank getuigt er aldus van de tweede stroming te volgen. Vervolgens echter benadrukt de rechtbank, evenals de Rechtbank Oost-Brabant, die de eerste stroming volgt, dat de wetgever de kosten in het kader van het deelgeschil als buitengerechtigde kosten heeft aangemerkt met het doel laagdrempeligheid, ook in financiële zin, voor het slachtoffer te creëren:

‘In dit verband acht de rechtbank van belang dat de wetgever met artikel 1019aa Rv heeft beoogd de financiële drempel te verlagen voor de benadeelde om een oordeel van de rechter te vragen, door uit te sluiten dat de benadeelde in de proceskosten wordt veroordeeld en door voor te schrijven dat zijn proceskosten niet forfaitair maar volledig in aanmerking worden genomen. Dit past bij de deelgeschilprocedure als onderdeel van afwikkeling buiten rechte, aldus de wetgever. (Vergelijk TK 2007–2008, 31 518, nr. 3, p. 4, 12/13, 18/19 en nr. 13.)’⁶²

Daarop grijpt de rechtbank concrete omstandigheden aan om te oordelen dat in dit geval een volledige vergoeding van de proceskosten op haar plaats is:

‘Het verzoek was erop gericht ten behoeve van de afwikkeling buiten rechte duidelijkheid te verkrijgen over de eigen schuldvraag. Zover kon het niet komen. Tegen de hiervoor geschetste achtergrond eist de billijkheid dan dat verplichting van Goudse om de kosten die [verzoeker] heeft gemaakt om dit geschil door de rechter beslist te krijgen te vergoeden, niet wordt verminderd. Dus ook indien wordt aangenomen dat de schadevergoedingsplicht van Goudse vanwege het niet dragen van de gordel door [verzoeker]

tot 75% verminderd is, dient Goudse de proceskosten van [verzoeker] geheel te dragen.’⁶³

De rechtbank acht hier van belang dat het deelgeschil juist is gestart vanwege een impasse tussen partijen over de kwestie van eigen schuld. De verzekeraar verzet zich tegen volledige aansprakelijkheid met een beroep op eigen schuld, terwijl deze eigen schuld door het slachtoffer wordt betwist. De inzet van het deelgeschil is daarover duidelijkheid te verkrijgen. Deze duidelijkheid komt er niet, omdat de tijd en kosten die met de benodigde bewijslevering, waarschijnlijk in de vorm van getuigenbewijs, gepaard zullen gaan dusdanig hoog zijn, dat de rechtbank van oordeel is dat deze beslissing onvoldoende bijdraagt aan een vaststellingsovereenkomst. Onder deze omstandigheden acht de rechtbank het billijk dat de kosten die het slachtoffer voor dit deelgeschil heeft gemaakt, volledig worden vergoed. De rechtbank beroept zich hierbij expliciet op de eisen van de billijkheid. Hoewel de rechtbank niet met zoveel woorden de verdelingsmethodiek van artikel 6:101 BW aanhaalt, menen wij hierin toch de toepassing te mogen lezen van wat wij aanduiden als de tweede billijkheidscorrectie. Dit betekent dat deze uitspraak ons inziens het driestappenplan uit Van der Slot/Manege Bergemo toepast en daarmee in de tweede stroming thuishoort. Over de vraag hoe billijkheidsoordeelen zoals deze er naar onze mening uit zouden moeten zien, komen wij in het hiernavolgende nog te spreken.

5. Evaluatie en verbeterpunten

5.1 De tweede stroming is sterker

De tweede stroming wint terrein. Per eind 2017 staan 27 uitspraken die de tweede stroming vertegenwoordigen tegenover dertien uitspraken uit de eerste stroming. Dus de tweede stroming omvat inmiddels (ruim) twee derde deel ten opzichte van een derde deel dat de eerste stroming inneemt. Als bekeken wordt welke stroming van jaar tot jaar het meest in de rechtspraak terugkomt, kan worden geconcludeerd dat in 2012 beide stromingen gelijk opgingen, maar dat sindsdien de tweede stroming het sterkst wordt vertegenwoordigd. Zoals figuur 1 (zie p. 12) in beeld brengt, zijn de uitspraken waarin de tweede stroming wordt verdedigd, sinds 2013 (veruit) in de meerderheid.

Dat de tweede stroming inmiddels sterker vertegenwoordigd wordt, is in onze ogen een goede ontwikkeling. De kosten van het deelgeschil die aan de zijde van het slachtoffer vallen, worden volgens de wet uitdrukkelijk tot buitengerechtigde kosten gerekend en zijn daardoor (ook) naar onze mening onderhevig aan het driestappenproces uit Van der Slot/Manege Bergemo. Dit betekent dat eerst aan de hand van de dubbele redelijkheidstoets wordt beoordeeld in hoeverre de gemaakte kosten op grond van artikel 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking komen. Vervolgens dient het toepasselijke percentage van eigen schuld conform de verdelingsmaatstaven van artikel

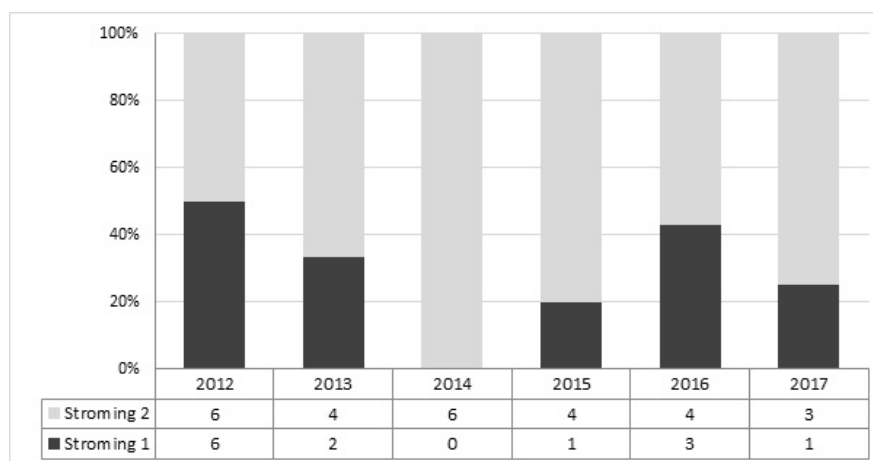
60. Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228, r.o. 2.14.

61. Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228, r.o. 2.15.

62. Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228, r.o. 2.16.

63. Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228, r.o. 2.16.

Figuur 1 De twee stromingen in beeld



6:101 BW hierop te worden doorgetikt en wordt aldus de vergoeding van de deelgeschilkosten primair verminderd met de mate van eigen schuld van het slachtoffer. Mocht dit in een concreet geval tot een onbillijke uitkomst leiden, dan kan met toepassing van de tweede billijkheidscorrectie alsnog een andere verdeling worden gerealiseerd en kunnen de kosten die het slachtoffer heeft moeten maken in het kader van het deelgeschil, bijvoorbeeld volledig voor rekening van de aansprakelijke partij worden gebracht.

5.2 De tweede billijkheidscorrectie ingekleurd

Hoewel het merendeel van de rechters de hoofdregel van Van der Slot/Manege Bergemo – in onze ogen met recht – van toepassing acht en de vergoedingsplicht voor de kosten van het deelgeschil op dezelfde wijze vermindert als de vergoedingsplicht voor de initiële schade, is de discussie hierover in de rechtspraak nog niet verstomd, zo leert het voorgaande. Bovendien blijkt uit onze bloemlezing dat de tweede billijkheidscorrectie in de praktijk nauwelijks toepassing vindt en onvoldoende uit de verf komt.⁶⁴ In het licht van de roep om een ruimhartigere vergoeding van kosten, zoals die in het kamp van de belangenbehartigers, in de kritische reacties in de literatuur en in een aantal tegendraadse uitspraken wordt gehoord, is dit opvallend. Een royale toekenning van kostenvergoeding is immers juist met deze tweede billijkheidscorrectie te realiseren.

Voorop gesteld zij dat de tweede billijkheidscorrectie te allen tijde maatwerk blijft, waarbij een breed palet aan omstandigheden kan meespelen. Juist vanwege deze complexiteit is het van belang dat de rechtspraak meer handen en voeten geeft aan deze tweede billijkheidscorrectie. Vooralsnog is onvoldoende naar voren gekomen welke concrete omstandigheden nu precies aanleiding (kunnen) geven voor toepassing van de tweede billijkheidscorrectie. Wij willen hier uitdrukkelijk voor

het voetlicht brengen dat toetsing aan de billijkheid in het kader van de (tweede) billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW niet tot uitzonderingsgevallen beperkt hoeft te blijven. Binnen de systematiek van dit artikel behelst de billijkheidscorrectie een volwaardig beoordelingsmoment.⁶⁵ De wetgever heeft de billijkheidscorrectie niet geformuleerd als een marginale toets die de causale afweging slechts bijstelt voor zover het resultaat daarvan onaanvaardbaar zou zijn. Voor toepassing van de billijkheidscorrectie is blijkens de tekst van artikel 6:101 BW niet meer nodig dan dat de billijkheid op grond van de omstandigheden van het geval een andere verdeling eist. Dit betekent dus dat ook binnen het systeem van de Hoge Raad maatwerk zeer wel mogelijk is. Het startpunt dat de vergoedingsplicht voor de buitengerechtelijke kosten in dezelfde mate wordt verminderd als de vergoedingsplicht voor de initiële schade zal menigmaal tot een billijk resultaat leiden. Zo zullen dus veel zaken worden afgehandeld. Dit is ook het beeld dat uit de (in par. 4 besproken) jurisprudentie naar voren komt. Is echter in een concreet geval een andere verdeling gerechtvaardigd, dan kan dat met toepassing van de billijkheidscorrectie worden gerealiseerd. Daarbij kunnen alle van belang zijnde factoren, omstandigheden en beginselen op de weegschaal van Vrouwe Justitia worden gelegd en is elke uitkomst mogelijk.

In de literatuur is (wél) een aantal omstandigheden aangedragen die aanleiding kunnen geven voor toepassing van de tweede billijkheidscorrectie. Het zijn met name de bijzonderheden in de opstelling van (een van beide) partijen bij de aansprakelijkstelling en bij de onderhandeling over de voldoening buiten rechte die de tweede billijkheidscorrectie inkleuren.⁶⁶ Denk aan een door een partij onredelijk ingenomen standpunt voortvloeiende aan de procedure, zoals een volstrekt onterecht

64. In Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 30 e.v. wordt in beeld gebracht dat ook in andere rechtszaken in het algemeen de tweede billijkheidscorrectie er bekaaid vanaf komt.

65. Zie A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; over eigen schuld aan het ontstaan van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 211-213, met verwijzingen naar jurisprudentie van de Hoge Raad, waaruit expliciet blijkt dat een herverdeling op grond van de billijkheidscorrectie niet alleen bij hoge uitzondering op haar plaats is.

66. Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 32.

beroep op een aansprakelijkheidsverweer, of aan het niet volledig gevolg geven aan een toezegging inzake de vergoeding van de kosten van een buitengerechtelijk traject.⁶⁷ Voorts kan de omstandigheid dat het deelgeschil door de verzekeraar wordt gestart of dat daaraan een gezamenlijk verzoek ten grondslag ligt, aanleiding zijn om de kostenveroordeling in het voordeel van het slachtoffer volledig in stand te laten, althans niet in dezelfde mate te verminderen als die waarin de initiële schadevergoedingsplicht wordt verminderd. Het kan immers onbillijk uitpakken om daar waar de aansprakelijke partij het initiatief tot een deelgeschilprocedure neemt het slachtoffer op te zadelen met een deel van zijn kosten van verweer in deze procedure.⁶⁸ Een ander argument dat in het kader van het extra billijkheidscorrectief gewicht in de schaal kan leggen, kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de inzet van het deelgeschil juist is om het percentage eigen schuld bij te stellen. In het geval het slachtoffer de zaak wint en zijn eigen schuld lager wordt vastgesteld dan door de aansprakelijke partij is gesteld, vindt bijvoorbeeld Keizer het niet logisch om de kosten van de deelgeschilprocedure dan toch deels – namelijk in evenredigheid met de uiteindelijk vastgestelde mate van eigen schuld – voor rekening van het slachtoffer te laten.⁶⁹ Het slachtoffer wordt dan immers genoodzaakt tot kosten door het achteraf onterecht gebleken standpunt van de aansprakelijke partij inzake eigen schuld. In de uitspraak die in paragraaf 4.3 uitgebreid aan de orde is gekomen, acht ook de Rechtbank Gelderland het bij de beoordeling van de omvang van de proceskostenveroordeling van belang dat het deelgeschil juist door het slachtoffer is gestart vanwege het dispuut tussen partijen over de eigen schuld, terwijl dit geschilpunt niet in het deelgeschil kan worden beslecht.⁷⁰ Onder de gegeven omstandigheden en in het licht van het doel dat de wetgever met artikel 1019aa Rv beoogt, vraagt de billijkheid volgens deze uitspraak om een volledige kostenveroordeling in het voordeel van het slachtoffer. Hier staat evenwel tegenover dat onder andere omstandigheden het feit dat het deelgeschil om de eigen schuld draait, bij de afweging in het kader van de extra billijkheidscorrectie juist ook in het nadeel van het slachtoffer kan werken. De kosten van het deelgeschil worden dan immers gemaakt als gevolg van het feit dat ook het slachtoffer zelf op toerekenbare wijze heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Dit verscherpt de ratio achter de doorwerking van eigen schuld op de kostenveroordeling, die gelegen is in het feit dat bij eigen schuld de schade en daarmee de kosten door toedoen van beide partijen zijn ontstaan. Hiermee is nog eens expliciet geïllustreerd dat het geen algemeenheden zijn die het billijkheidscorrectief voeden, maar dat het steeds aankomt op de concrete omstandigheden van het geval en op maatwerk.

Andere argumenten die de rechter kan meewegen in zijn afweging in het kader van de tweede billijkheidscorrectie zijn de bijzondere aard van het deelgeschil en de afwijkende regels die daarvoor gelden, gezien het doel en de grondslag van de deelgeschilprocedures, alsook de verzekerings- en vermogensposities van partijen. In zijn algemeenheid kunnen deze argumenten echter niet tot een standaardcorrectie leiden. Daartoe is meer vereist en moeten de bijzonderheden van het concrete geval leidend zijn.

Een laatste wegingsfactor die wij hier willen noemen, is de vorm van de in het geding zijnde eigen schuld. Het komt voor dat het slachtoffer geen eigen schuld heeft aan het ontstaan van de schade, maar wel aan de omvang daarvan. Dit doet zich voor als het schadegeval volledig en alleen door de aansprakelijke partij is veroorzaakt en enkel de ernst of omvang van de schadelijke gevolgen daarvan door het slachtoffer zelf wordt vergroot, bijvoorbeeld omdat het slachtoffer heeft verzuimd een autogordel of valhelm te dragen, of heeft nagelaten mitigerende maatregelen te treffen die onder de gegeven omstandigheden wel van hem konden worden gevegd. In zo'n geval komt de initiële schade, die ook zonder de fout van het slachtoffer zou zijn geleden, voor volledige vergoeding in aanmerking en moet de extra schade, die het slachtoffer had kunnen voorkomen, over beide partijen worden verdeeld overeenkomstig de maatstaven van artikel 6:101 BW.⁷¹ Deze opdeling in schadeposten betekent in de regel dat de buitengerechtelijke kosten onder de initiële schade vallen en dus voor volledige vergoeding in aanmerking komen. Immers, als de benadeelde geen eigen schuld heeft aan het ontstaan van de schade, maar enkel aan de omvang van de schade, is uitsluitend de dader verantwoordelijk voor het doen ontstaan van de schade en daarmee voor het feit dat buitengerechtelijke kosten moeten worden gemaakt om de ontstane schade af te handelen. Daaraan heeft het toerekenbare gedrag van het slachtoffer niet bijgedragen; het slachtoffer heeft slechts de omvang van de schade vergroot. Daarom verdient deze eigen schuld aan de omvang van de schade geen doorwerking op de aanspraak op vergoeding van de buitengerechtelijke kosten, nu deze kosten niet worden gerekend tot de zogenaamde extra schade die beide partijen hadden moeten voorkomen en bijgevolg over partijen wordt verdeeld. In dit licht is de uitkomst van de zaak die in paragraaf 4.3 is besproken verdedigbaar te achten.⁷² Nu het slachtoffer in die zaak mogelijk aan de omvang van de schade heeft bijgedragen door het niet dragen van een gordel, maar niet aan het ontstaan van het verkeersongeval, dat geheel aan de dader was te wijten, is dat een argument voor volledige vergoeding van de buitengerechtelijke kosten.

Het komt evenwel in de praktijk voor dat bij eigen schuld aan de omvang van de schade niet wordt uitgesplitst naar schadeposten die wel en die niet mede het gevolg zijn van het toerekenbare gedrag van het slachtoffer, maar dat alle schade op een hoop wordt gegooid en dat daarop een eigen-schuldpercentage

67. Vgl. Rb. Arnhem 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB7461; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:335.

68. Kolder 2008, p. 258. Zie ook Frenk 2010, p. 164 e.v.; Keizer 2014, p. 12; Keirse, Van Dongen & Van Onna 2016, p. 38.

69. Keizer 2014, p. 12. Keizer spreekt van 'naar boven' bijstellen, maar wij begrijpen dat hij bedoelt te wijzen op de situatie dat de mate van eigen schuld door het deelgeschil naar beneden wordt bijgesteld.

70. Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228.

71. Zie hierover uitgebreid Keirse 2003, p. 261 e.v.

72. Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4228.

wordt toegepast, dat dan dus ook doortikt op de aansprakelijkheid voor de buitengerechtelijke kosten. Als dat het geval is, kan de bijzondere vorm van eigen schuld als argument worden aangegrepen om in het kader van de billijkheidscorrectie een volledige vergoeding van de deelgeschilkosten te bepleiten. Een voorbeeld biedt de zaak waarin een reisbureau na weging van eigen schuld voor 75% aansprakelijk wordt gesteld voor de (letsel)schade die een vrouw lijdt omdat zij op een rondreis door Zuid-Afrika uit een kiepende truck is gevallen die van de weg is geraakt, terwijl zij geen gordel droeg.⁷³ Echter, in dit geval wordt tevens overwogen dat het feit dat alleen zij – in tegenstelling tot haar reisgenoten – ernstig letsel heeft opgelopen met name het gevolg is van het niet dragen van de gordel. Daardoor staat deze eigen schuld, ondanks de bijzondere vorm, juist wel – tezamen met de fout waarvoor het reisbureau aansprakelijk is – aan de basis van de onderhavige aansprakelijkstelling en het daaruit voortvloeiende deelgeschil. Dit rechtvaardigt dat de rechtbank in dit geval de veroordeling in de kosten van het deelgeschil vermindert met het vastgestelde percentage eigen schuld, overigens zonder aan deze kwestie inzake de vorm van eigen schuld woorden vuil te maken. Illustratief is daarnaast ook een zaak over een verkeersongeval dat veroorzaakt is door een beschonken bestuurder, waarvan de schadelijke gevolgen voor het slachtoffer door het niet dragen van een autogordel in ernstig mate zijn vergroot.⁷⁴ Het doortikken van het eigen-schuldpercentage van 15% op de kosten van het deelgeschil, zoals in deze zaak geschiedt, zou tegen deze achtergrond onbillijk geacht kunnen worden, ware het niet dat dit deelgeschil uitsluitend is ingesteld om de mate van eigen schuld vast te stellen. Terwijl de aansprakelijke partij 75% aansprakelijkheid erkent, is de inzet van dit deelgeschil een hoger percentage van aansprakelijkheid vastgesteld te krijgen. Dat is als gezegd tevens van belang bij de beoordeling van de vraag welk deel van de kosten naar billijkheid dient te worden vergoed.

Het bovenstaande leidt ons tot de conclusie dat de discussie die moet worden gevoerd, niet langer de vraag betreft of in het deelgeschil moet worden uitgegaan van een ander uitgangspunt over het doortikken van eigen schuld op de kostenveroordeling – die vraag verdient ons inziens een definitief ontkenkend antwoord –, maar veeleer of vervolgens niet meer ruimte moet worden geboden aan de werking van de tweede billijkheidscorrectie. Hier is primair de belangenbehartiger van het slachtoffer aan zet. Deze dient argumenten op grond van de concrete omstandigheden van het geval aan te dragen die nopen tot afwijking van de hoofdregel en een meer ruimschoots vergoeding van de kosten.

6. Slotbeschouwing: wat redelijk is, is niet altijd billijk

Hierboven is in kaart gebracht hoe de rechtspraak verdeeld is (geweest) over de vraag of het slachtoffer de gemaakte kosten

voor een deelgeschil deels zelf moet dragen indien hem eigen schuld kan worden verweten. Uit de resultaten blijkt dat de stroming die deze vraag bevestigend beantwoordt, de meeste aanhang heeft. Van de 40 relevante uitspraken behoren 27 (67,5%) tot deze stroming. Toch worden er vooralsnog elk jaar, met uitzondering van 2014, uitspraken gedaan waarin rechters (meestal ongemotiveerd) de andere stroming aanhangen, die ondanks eigen schuld een volledige vergoeding van de deelgeschilkosten voorstaat. Onze indruk is dat niet uitgesloten kan worden dat deze beslissingen veelal berusten op een vergissing. Dit verduidelijkt de urgentie om dit onderwerp onder de aandacht te brengen van de rechtspraak.

Wij scharen ons achter de sterkste stroming. De kosten van een deelgeschilprocedure worden nu eenmaal aangemerkt als buitengerechtelijke kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW en vallen daarmee onder de regels uit het arrest Van der Slot/Manege Bergemo inzake de vergoeding van buitengerechtelijke kosten bij eigen schuld. Dit betekent dat de kosten van het deelgeschil eerst met inachtneming van de dubbele redelijkheidstoets worden begroot en dat daarop de veroordeling in de vergoeding daarvan met het toepasselijke percentage eigen schuld wordt verminderd. Met behulp van de tweede billijkheidscorrectie kan vervolgens zo nodig worden voorkomen dat toepassing van deze algemeen geldende doortikregel tot onbillijke uitkomsten leidt. Wat in zijn algemeenheid redelijk is, is immers niet in alle gevallen onder alle omstandigheden ook billijk. Het driestappenmodel van de Hoge Raad met een dubbele redelijkheidstoets, een doortikregel en de mogelijkheid van een extra billijkheidscorrectie biedt tegen deze achtergrond in onze ogen alle nuance en mogelijkheden tot differentiatie die de praktijk zich kan wensen.

Wel dient de praktijk meer gestalte te geven aan deze tweede billijkheidscorrectie. Er zijn in de door ons geanalyseerde rechtspraak geen verwijzingen te vinden naar partijdebatten die zich richten op toepassing van de tweede billijkheidscorrectie, om zo in concrete gevallen een royale vergoeding van de kosten van het deelgeschil mogelijk te maken. Dat is ons inziens een gemiste kans. En hoewel er ook in de rechtspraak openlijk een lans wordt gebroken voor een ruimhartigere toekenning van vergoeding van deelgeschilkosten, wordt het instrument dat dit doel kan realiseren daarbij niet of nauwelijks ingezet. Deze bijdrage hoopt daarin verandering te brengen. Wij hebben niet alleen inzichtelijk willen maken wat de huidige stand van zaken is wat betreft de (vermeende) tweedeling binnen de rechtspraak aangaande de doorwerking van eigen schuld op de vergoeding van de kosten van het deelgeschil. Wij hebben ook de tweede billijkheidscorrectie en het samenspel van factoren die hierbij elk hun gewicht in de schaal leggen (opnieuw) onder de aandacht willen brengen, opdat niet alleen redelijke, maar ook billijke toerekeningen van kosten van deelgeschillen voorhanden zijn.

73. Rb. Den Haag 3 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2753.

74. Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5000.