

ANNOTATIE

Uitgangspunt is dat partijen in beginsel aan de uitkomsten van een gezamenlijk expertiserapport gehouden zijn. Onder welke omstandigheden kunnen partijen niet aan een gezamenlijke rapportage worden gehouden?

mr. S.M.P. van Reedt Dortland

*Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 04-04-2019,
ECLI:NL:RBAMS:2019:2441 (PS-2019-0624)*

Een benadeelde zelfstandige, die in 2009 bij een verkeersongeval betrokken was, heeft rugletsel opgelopen. Er wordt onderzocht wat de re-integratiemogelijkheden zijn. Aan de arbeidsdeskundige is eenzijdig door de benadeelde een aanvullende vraag voorgelegd over wat hij had kunnen verdienen. Hierop baseert de benadeelde zijn verlies van arbeidsvermogen. De rechtbank oordeelt dat de aansprakelijke partij niet gebonden is aan de uitkomsten van de gezamenlijke rapportage op dit punt. Het rapport kan op dit punt niet als 'gezamenlijk' worden bestempeld volgens de rechtbank. Deze uitspraak laat goed zien op welke gronden een 'gezamenlijk rapport' van tafel kan worden geveegd.

Verzoekschrift deelgeschil, is de rapportage nog wel gezamenlijk?

De benadeelde start deze procedure 4,5 jaar nadat de onderhandelingen over de omvang van de schade zijn vastgelopen en de verzekeraar een slotbetaling heeft gedaan. Hij stelt in deze deelgeschilprocedure dat voor de bepaling van de hoogte van het verlies van arbeidsvermogen, de rapporten van de arbeidsdeskundige bepalend dienen te zijn. Het is alleen in dit geval de vraag in hoeverre de gezamenlijke rapportage op dit punt nog gezamenlijk is. De benadeelde

heeft namelijk op het punt van het inkomen in de *would-be*-situatie een eenzijdige vraag gesteld aan de arbeidsdeskundige die buiten de oorspronkelijke opdracht lag. Kortom, de benadeelde doet ruim 4,5 jaar na de laatste betaling een poging om alsnog een hogere schadevergoeding te verkrijgen door een deelrapport van de arbeidsdeskundige als een gezamenlijk rapport te laten bestempelen.

Verkeersongeval van een zelfstandige in 2009

Het gaat hier om een benadeelde zelfstandige die op 29 september 2009 slachtoffer is geworden van een verkeersongeval. Hij heeft hierdoor rugletsel opgelopen. Hij was nog maar kort hiervoor begonnen met zijn eigen bedrijf in *smart repair*, reparatie van kleine deukjes in auto's. Er was maar een referteperiode van net negen maanden, waardoor het erg lastig was om de *would-be*-situatie voor deze start-up te onderbouwen. In eerste instantie wordt met behulp van een arbeidsdeskundige gekeken naar wat de re-integratiemogelijkheden zijn en er zou een re-integratieplan worden opgesteld. Dat was de opdracht aan de arbeidsdeskundige die medio 2010 door partijen werd ingeschakeld. Ook werd er een aanzienlijk voorschot van € 63.000 betaald door de verzekeraar.

De arbeidsdeskundige rapporteert verschillende malen in het kader van de gegeven opdracht. Er wordt in eerste instantie gezien of de benadeelde op termijn kan re-integreren in *smart repair*. Aan de arbeidsdeskundige wordt door partijen ook gevraagd om informatie te vergaren over het inkomstenpatroon van de benadeelde over de afgelopen tien jaar. Enkel de cijfers over 2008 en 2009 zijn boven water gekomen. Daarnaast is de arbeidsdeskundige in gesprek gegaan met iemand die ook in de *smart repair* had gewerkt om een beeld te krijgen van hoe het met de wereld van *smart repair* staat. Het gaat hier om een relatie van de benadeelde; een aangetrouwde neef. Deze relatie heeft laten weten dat er binnen de *smart repair* zeker een omzet van € 3.500 tot € 4.000 per week werd gehaald.

(Eenzijdige?) aanvullende vraag over *would-be*-situatie

Op deze informatie wordt door de belangenbehartiger van de benadeelde doorgevraagd aan de arbeidsdeskundige op 15 november 2011. Wat zou de benadeelde als zelfstandige naar de inschatting van de arbeidsdeskundige concreet hebben verdiend met *smart repair*? Met andere woorden: hier wordt gevraagd naar de inkomsten in de *would-be*-situatie. Hierop wordt direct op 13 december 2011 bezwaar gemaakt door de schaderegelaar van de wederpartij. De vraagstelling zou te beperkt zijn en er zou een ruimer onderzoek nodig zijn om helder te krijgen hoe de benadeelde als zelfstandige in de markt van *smart repair* zou hebben geopereerd. Duidelijk wordt aangegeven dat de wederpartij de uitkomsten van deze vraag niet zal volgen.

Er volgt een rapport op 20 januari 2012 waarin de arbeidsdeskundige vaart op hetgeen hij van de relatie van de benadeelde heeft gehoord over de omzet die gemiddeld werd gegenereerd. Vanuit deze gegevens wordt een berekening bij benadering gemaakt van de nettowinst. Het zou gaan om € 76.500 per jaar. Er wordt gediscussieerd door partijen over de omvang van het verlies van arbeidsvermogen. De verzekeraar betaalt uiteindelijk in januari 2014 een slotbedrag en breekt de onderhandelingen af. Als reden geeft zij hiervoor dat de benadeelde weinig tot geen informatie heeft gedeeld over zijn inkomsten voor het ongeval, ondanks dat daar al verschillende keren naar is gevraagd.

Oordeel van de rechter

De rechtbank oordeelt (4,5 jaar na de slotbetaling) in deze zaak niet in het voordeel van de benadeelde. De uitspraken en berekeningen van de arbeidsdeskundige vielen volgens de rechter namelijk niet onder de overeengekomen opdracht/vraagstelling. Het onderzoek van de arbeidsdeskundige zag duidelijk alleen op de re-integratiemogelijkheden van de benadeelde en het opstellen van een re-integratieplan. Hieronder valt niet het in kaart brengen van de would-be-situatie van de benadeelde en de berekening van het verlies van arbeidsvermogen. Daarbij komt dat de schaderegelaar tegen deze aanvullende vraag expliciet bezwaar heeft gemaakt. Dat er hierna niet direct bezwaar is gemaakt tegen de inhoud van het nadere rapport, betekent niet dat het antwoord van de arbeidsdeskundige op de eenzijdige vraag daarmee stilzwijgend is geaccepteerd. Daarnaast kan het rapport niet overeind blijven omdat sprake is van zwaarwegende en steekhoudende bezwaren tegen de inhoud van het rapport. De rapportage van de arbeidsdeskundige is namelijk alleen gebaseerd op de beperkte cijfers over 2008 en 2009 en de uitspraken van een relatie van benadeelde. Deze relatie was een aangetrouwde neef. Deze uitspraken zijn niet getoetst en er is geen marktonderzoek gedaan. Het rapport is dan ook veel te mager onderbouwd.

Het rapport is dus niet bindend tussen partijen omdat het rapport op dit punt niet meer als 'gezamenlijk' kan worden gekwalificeerd en omdat er inhoudelijk zwaarwichtige bezwaren zijn. Daarmee kan de benadeelde zijn gestelde verlies van arbeidsvermogen niet aannemelijk maken. Het voorschot wordt afgewezen en de kosten worden niet begroot.

Bewijs leveren van de would-be-situatie

De kern van het probleem in deze zaak is dat gedurende het schaderegelingstraject de benadeelde geen, althans erg weinig informatie heeft verstrekt ter onderbouwing van zijn schade. Dit terwijl hij wel de bewijslast heeft van de would-be-situatie (HR 13 december 2002, NJ 2003/212). Er zal voor de schadevaststelling een vergelijking gemaakt moeten worden tussen de situatie met en zonder ongeval. Voor deze vergelijkingshypothese worden vaak

bedrijfseconomen en rekenaars ingeschakeld om cijfermatig deze vergelijking te maken althans in te schatten. Zover is het in deze zaak niet gekomen. Problematisch is dat de benadeelde geen informatie over zijn inkomsten tot tien jaar voor het ongeval heeft verstrekt, ondanks verzoeken daartoe en daarover gemaakte afspraken. Ook heeft hij niet inzichtelijk gemaakt hoe zijn bedrijf smart repair (een start-up) ervoor stond in 2009, hoe de markt was waarin hij opereerde en wat zijn concrete plannen voor de toekomst van het bedrijf waren. Hij heeft dus geen bewijs geleverd om zijn schade aannemelijk te maken. In deze zaak ligt er alleen een grove inschatting van de arbeidsdeskundige over het inkomen in de would-be-situatie. De benadeelde heeft er dan ook veel belang bij dat het rapport over de would-be-situatie als bindend tussen partijen wordt verklaard omdat hij anderszins het bewijs niet rond wist te krijgen.

Gezamenlijk deskundigenrapport en waardering door de rechter

Van een deskundigenrapport op gezamenlijk verzoek of op aanwijzing van de rechter, wordt in beginsel alleen afgeweken indien er zwaarwegende bezwaren tegen het rapport bestaan (HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/433 en HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5172). Dit is anders in geval van een eenzijdige partijrapportage, die gelijkgesteld wordt aan een partijverklaring en dus beperkte bewijswaarde heeft (HR 16 januari 1998, *VR* 1998/119). Wat uiteraard niet wil zeggen dat een eenzijdig rapport nooit bindend tussen partijen zou kunnen zijn (zie bijv. Rb. Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4760). De feitenrechter is namelijk vrij in de waardering van een (eenzijdig of gezamenlijk) deskundigenrapport ex artikel 152 lid 2 Rv en dus ook in de beantwoording van de vraag of er wel of niet zwaarwegende bezwaren bestaan tegen een gezamenlijk rapport (HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478 en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1902). Voor het wel of niet volgen van een gezamenlijk rapport is ook de motiveringsplicht van de rechter beperkt (HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478). De inhoud van deze motiveringsplicht is afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van precisering van de daartegen door partijen aangevoerde bezwaren. Indien er voldoende specifieke en gemotiveerde bezwaren worden aangevoerd tegen een gezamenlijk rapport (HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2921 en HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:295), wordt er meer van de motivering verwacht. De rechter zal in zijn uitspraak voldoende inzicht moeten geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Het is ook van belang dat als er bezwaren zijn daarover tijdig wordt geklaagd (HR 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1067 en Rb. Midden Nederland 6 maart 2019, www.letselschademagazine.nl/2019/RBMNE-o60319).

Wanneer is er sprake van zwaarwegende en steekhoudende bezwaren tegen een gezamenlijk rapport?

Aan een gezamenlijk rapport kunnen een drietal minimale vereisten worden gesteld: (1) het rapport is een middel om duidelijkheid te krijgen over de aansprakelijkheid dan wel de schadeomvang; (2) tussen partijen is overeenstemming over de persoon, de vraagstelling en de voor te leggen stukken; (3) partijen moeten op- en/of aanmerkingen hebben kunnen maken en de deskundige moet hierop zorgvuldig hebben gereageerd (zie ook A. de Hoogh, 'Het deskundigenrapport buiten rechte op gezamenlijk verzoek', *Letsel & Schade* 2018, nr. 4). De meeste rapporten kunnen deze minimale test goed doorstaan. Een partij moet dan van goeden huize komen om een rapport van tafel te vegen.

In de onderhavige zaak van de Rechtbank Amsterdam kan het nadere rapport van de arbeidsdeskundige deze minimale test niet doorstaan. Simpelweg omdat over de vraag naar de would-be-situatie en het daarmee samenhangende inkomen geen overeenstemming was tussen partijen. Er was zelfs uitdrukkelijk op voorhand bezwaar gemaakt door de verzekeraar. Niet onbegrijpelijk omdat dergelijke vragen meer op het terrein van een bedrijfseconoom liggen. Bezwaar tegen de inhoud van het nadere rapport was dus al bij voorbaat gemaakt.

Bezwaren zullen buiten deze minimale vereisten pas als zwaarwegend en steekhoudend kunnen worden gekwalificeerd als zij zien op de wijze waarop een deskundige zijn werkzaamheden heeft verricht (procedureel) of als de inhoud van het rapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen van onpartijdigheid, consistentie, inzichtelijkheid en logica. De drempel hiervoor ligt hoog. Uit de rechtspraak volgt dat als een partij het niet eens is met de uitkomst, dit niet afdoende is (zie bijv. Rb. Limburg 13 mei 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4054). Een partij zal met een goed onderbouwd standpunt moeten komen.

Procedurele bezwaren tegen de totstandkoming van een gezamenlijk rapport

Als het gaat om procedurele bezwaren kan de rechter dat vaak goed zelf beoordelen. Hierbij kan gedacht worden aan het schenden van het beginsel van hoor en wederhoor doordat een van de partijen niet op het rapport heeft kunnen reageren (Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5050). Ook moet een deskundige in het rapport voldoende blijken geven dat hij de opmerkingen van partijen in zijn definitieve rapport heeft betrokken. Kleine omissies zullen niet per definitie leiden tot zwaarwegende en steekhoudende bezwaren. Vaak kunnen deze door de deskundige of partijen worden hersteld. Hierbij kan gedacht worden aan het schenden van het blokkeringsrecht, terwijl de benadeelde nadien nergens uit laat blijken dat hij van zijn blokkeringsrecht gebruik had willen maken (Rb. Limburg 12 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8504).

Inhoudelijke bezwaren tegen een gezamenlijk rapport

Als het over de inhoud van een rapport gaat, is de rechter vaak ook een leek. Deze beoordeling

is voor een rechter dan ook lastiger dan de procedurele bezwaren. Vaak zal het oordeel van een andere (eenzijdige) deskundige nodig zijn om de bezwaren *overtuigend* te onderbouwen. Die kan dan beargumenteren dat de gezamenlijk ingeschakelde deskundige in redelijkheid niet tot zijn conclusies had kunnen komen. Soms lukt dat doordat iedere onderbouwing voor een conclusie ontbreekt (Rb. Amsterdam 20 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1537). Of als een deskundige zich niet aan de gedragscode voor arbeidsdeskundigen heeft gehouden doordat is uitgegaan van de subjectieve beperkingen in plaats van de objectief vastgestelde beperkingen, waardoor de objectiviteit en onpartijdigheid in het gedrang komt (Rb. Midden-Nederland 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5718).

In de onderhavige zaak oordeelt de deelgeschilrechter dat het op de inhoud van het rapport ook mank gaat. De uitkomsten van de would-be-situatie en de daarop gestoelde berekening zijn namelijk gebaseerd op het verhaal van één relatie die ook nog eens aan de benadeelde is gerelateerd. Daarmee is de inhoud van de rapportage niet objectief en zijn de conclusies onvoldoende onderbouwd en logisch. De rechter kon in deze zaak dan ook uit de voeten zonder een ander (eenzijdig) expertiserapport en heeft mijns inziens terecht het verzoek afgewezen. De sanctie van de rechter dat er ook geen begroting van de kosten plaatsvindt in deelgeschil is fors. Een tendens die we vaker zien nu er meer ervaring is met de deelgeschilprocedure. Maar nu het rapport zelfs niet aan de minimale vereisten voldeed, was het starten van deze procedure tegen beter weten in. Ik vraag mij af of de rechter ook zo streng zou zijn geweest als het enkel was misgegaan op de inhoudelijke bezwaren. Dat is vaak niet zo, zie ook Rechtbank Rotterdam 27 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9799. Op dit punt is het vaak niet meteen evident dat de bezwaren als 'zwaarwegend' kunnen worden gekwalificeerd.