

Beter Burgerlijk Recht

Onder redactie van:

Prof.mr. A.L.M. Keirse

Prof.mr. S.D. Lindenbergh

Prof.mr. M.B.M. Loos

Prof.mr. A.J. Verheij

Jubileumbundel van de
Vereniging voor Burgerlijk Recht

Redactie:

A.L.M. Keirse
S.D. Lindenbergh
M.B.M. Loos
A.J. Verheij

Beter Burgerlijk Recht

Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Deventer – 2012

Inhoudsopgave

Voorwoord van de redactie / 7

A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh, M.B.M. Loos, A.J. Verheij

Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders? / 9

T. Hartlief

De toekomst van letselschadeafwikkeling / 17

J.L. Smeehuijzen

Beter recht: recht als optie / 25

J.M. Smits

Betere Europeanisering: made-to-measure / 33

R. Meijer

Een sluitende regeling voor schoon water / 41

P. Memelink

'The centre cannot hold': aansprakelijkheid voor moderne collectieven / 51

E. Tjong Tjin Tai

Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid / 57

W.H. van Boom

Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid (deel II) / 63

A.L.M. Keirse

Beter contractenrecht: een optioneel Europees contractenrecht in de rechtstoepassing verbinden met het BW leidt tot beter recht / 73

M.H. Wissink

Verwetenschappelijking van het juridisch onderzoek: een garantie voor beter recht? / 79

C. Cauffman

Het pandrecht op de schop / 89

F.M.J. Verstijlen

Beter burgerlijk recht: Naar een beter systeem van voorrechten – Een rechtseconomische analyse van voorrechten / 99

M.L. Tuil

Adempauze in plaats van ingebrekestelling / 107

A.G. Castermans

Adempauze (II) / 113

M.-J. van der Heijden

Beter burgerlijk recht door keuzes op metaniveau en via beter burgerlijk procesrecht / 121

I. Giesen

Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm / 131

C.M.D.S. Pavillon

Tijd voor de trust / 139

J.W.A. Biemans

Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen / 149

A.J. Akkermans

Een beter burgerlijk recht door een beter burgerlijk proces(recht): een goede toegang tot de rechter / 159

C.J.M. Klaassen

Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud / 169

M.B.M. Loos

Wie is verantwoordelijk voor hanteerbaar privaatrecht? / 179

A.J. Verheij

Beter Burgerlijk Recht, een balans / 191

A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh, M.B.M. Loos, A.J. Verheij

Over de auteurs / 199

Voorwoord v

Na afloop van de vo
Recht stelde voorzitt
te gaan eten. Zoals t
liet inspireren door
free lunch",¹ ging h
of het niet interessa
hun visie op beter
artikelen over wat er
in het Nederlands T
en het thema 'Beter
de voorjaarsvergader

De uitwerking verlie
om voor de jaargar
Burgerlijk Recht te l
siasst en Kluwer was

Ten opzichte van de
bijdragen: de tot ar
voorjaarsvergadering
wordt getracht enkel

Wij hebben het afgel
creatieve bijdragen v
ontwikkelingen op he
of alternatieve regelge

december 2011

Anne Keirse
Siewert Lindenbergh
Marco Loos
Albert Verheij

¹ W.H. van Boom, Be
pretium?', *Tijdschrift v*

Beter burgerlijk recht door keuzes op metaniveau en via beter burgerlijk procesrecht

I. Giesen¹

NTBR 2011/62

In deze bijdrage wordt bepleit om de zoektocht naar 'Beter burgerlijk recht' breed in te steken en daarbij ook het procesrecht en externe perspectieven op het privaatrecht mee te nemen. Als er bijvoorbeeld anders (beter) omgegaan zou worden met de mogelijke invloed van de 'confirmation bias' op het burgerlijk procesrecht, zou dat vervolgens ook gunstig kunnen zijn voor (de verwezenlijking van) ons burgerlijk recht.

1. Vooraf

In de voorgaande afleveringen van deze reeks zijn vele spannende oplossingen voor belangrijke bestaande en te verwachten nieuwe problemen van burgerlijk recht aan de orde geweest. Ik memoreer slechts het contractuele schadebegrip, de verzuimregeling, netwerkaansprakelijkheden, etc. Wat echter opvalt, is dat er eigenlijk geen aandacht wordt geschonken aan de *wijze waarop* beter burgerlijk recht – ongeacht de specifieke juridische kwestie die verbeterd zou moeten worden – zich zou kunnen manifesteren en gerealiseerd zou kunnen worden. De 'vormgeving' van het traject richting een beter burgerlijk recht dus.

Die vormgeving omvat ten minste twee 'velden'. Ten eerste is er de organisatie van het verbetertraject: welke 'stakeholders' worden op welke wijze betrokken bij de verbetering? Ten tweede zijn er de inhoudelijke keuzes die op 'metaniveau', dus los van het specifiek op te lossen probleem, gemaakt moeten worden bij het zoeken naar betere oplossingen: als we het burgerlijk recht willen verbeteren, zoeken wij dan naar oplossingen binnen het materiële burgerlijke recht, binnen het juridische domein of nog breder?

Over het eerste punt heb ik eerder al mijn zegje gedaan via een pleidooi voor een 'Periodiek Overleg voor Rechtsvormers' (POR) in aanvulling op de rol die

¹ Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en redacteur van dit blad.

wetgever en (vooral) rechter in het burgerlijke recht spelen, dus dat laat ik hier rusten.² Het tweede punt omvat in elk geval een vraag van methodologische aard: onderzoeken wij mogelijke verbeteringen van het burgerlijk recht binnen dat specifieke gebied of benaderen we de materie mede vanuit een breder perspectief, een breder intern-juridisch of zelfs een extern perspectief? Ik meen dat wij beide bredere perspectieven ook zouden moeten hanteren en licht dat vervolgens toe aan de hand van een voorbeeld.

2. Methodologische keuzes: ook procesrecht en externe perspectieven

Het is opvallend dat er in deze artikelenreeks nog nauwelijks aan bod is gekomen dat 'Beter burgerlijk recht' niet bereikt zal worden zonder dat we ook werken aan en nadenken over een 'Beter burgerlijk procesrecht'. De verwevenheid en wisselwerking tussen beide terreinen is te intens, de band tussen beide gebieden te nauw, om het één geheel los van het ander te kunnen beschouwen, aanpassen en verbeteren.³ Algemeen gesteld maakt een betere (of soepelere, snellere, efficiëntere, goedkopere) procedure immers dat het achterliggende burgerlijk recht dat de aanleiding vormde voor de procedure, beter (soepeler, etc.) tot verwezenlijkt kan worden, zodat het burgerlijk recht in zijn geheel eenvoudiger verwezenlijkt wordt. Kortom, verbetering van burgerlijk recht kan en moet ook buiten de contouren van het materiële burgerlijk recht gezocht worden.

In dat verband wordt het bijvoorbeeld hoog tijd dat de wetgever werk gaat maken van de eerder, in reactie op de herbezinning op ons burgerlijk procesrecht door de Commissie Asser/Groen/Vranken, aangekondigde herziening van rechtsvordering.⁴ Na de aankondiging van enkele hoofdlijnen is het immers stil gebleven op dat vlak, terwijl diverse belangrijke thema's aangekondigd zijn,⁵ zoals het ineenvlechten van de verzoek- en dagvaardingsprocedure tot een nieuw basismodel voor procedures.⁶ Dat de bestaande dichotomie in procesvormen wordt opgeheven, lijkt verstandig want de huidige situatie is onnodig complex. Ook zal de wetgever klare wijn moeten gaan schenken over onder andere het

- 2 I. Giesen en H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', AA 2006/3, p. 159-172; I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Monografieën Privaatrecht Deel 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 103-104, 119-121. Zie voor een vergelijkbaar concept ook A.J. Verdaas, 'Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht', NTBR 2010/47, p. 397 e.v.
- 3 Over die verwevenheid recent Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2011, nr. 7 e.v., diens Tilburgse oratie, *Het burgerlijk recht de baas?*, Deventer: Kluwer 2009; W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans*, Den Haag: Bju 2003; alsmede I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Bju 2001; en W.L. Valk, 'Stellen en bewijzen in geval van dwaling en non-conformiteit', WPNR 2010-6867, p. 910 (beide specifiek voor het bewijsrecht).
- 4 Zie *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 951, nr. 1.
- 5 In *Kamerstukken II*, 30 951, nr. 1, nrs. 119 e.v. staan ze opgesomd.
- 6 Zie *Kamerstukken II*, 30 951, nr. 1, nrs. 57-63.

concept van de '§ Vranken gelancee strijdtooneel staan, voortvarend, effici

Daarnaast geldt het burgerlijk procesrecht mede ingest blik tevens te richt te vinden zijn, in l dit graag nader to psychologie als ex

3. Een voort (proces)re

Mogelijk geïnspir lijn met de rechts EHRM,¹⁰ is ook i dezelfde civiele za de zaak die leidd klaagt de eiser in samenstelling die het hof eerder al e recht op een eerli het bijzonder om vaststaand hadder

De A-G van di

'Een rechterlijk omstandigheden ontbreekt aan c wanneer een re dezelfde partijer trial decision" e

- 7 Asser/Groen/Vranl
- 8 I. Giesen, *Handle (Oratie Utrecht), D Privaatrecht. Over g 2008.*
- 9 Vgl. HR (Strafkam Raad in eerdere ui rechterlijk college v de voorlopige hech aan.'
- 10 EHRM 24 mei 198
- 11 HR 16 januari 200

concept van de 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' zoals door Asser/Groen/Vranken gelanceerd, de gedachte dat procederende partijen niet slechts op een strijdtoneel staan, maar dat partijen en rechter samen zorg dragen voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van het proces.⁷

Daarnaast geldt zowel voor het terrein van het burgerlijk recht als voor dat van het burgerlijk procesrecht dat een verdere verbetering van ons burgerlijk (proces) recht mede ingestoken kan – en wat mij betreft: zou moeten – worden door de blik tevens te richten op kennis, inzichten en ontwikkelingen die buiten het recht te vinden zijn, in bijvoorbeeld de psychologie, economie, sociologie, etc.⁸ Ik licht dit graag nader toe via een voorbeeld dat zowel het burgerlijk procesrecht als de psychologie als externe 'bron' betreft.

3. Een voorbeeld: de 'confirmation bias' in het burgerlijk (proces)recht

Mogelijk geïnspireerd daartoe door de discussie op strafrechtelijk vlak,⁹ en in lijn met de rechtsvraag in de beroemde zaak *Hauschildt t. Denemarken* van het EHRM,¹⁰ is ook in civilibus de vraag gerezen in hoeverre één rechter in één en dezelfde civiele zaak meerdere malen zijn (bewijs)oordeel mag laten gelden. In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad van 16 januari 2009¹¹ klaagt de eiser in cassatie erover dat het hof de zaak heeft behandeld in een samenstelling die vrijwel (twee van de drie raadsheren) gelijk was aan die waarin het hof eerder al een tussenarrest had gewezen. Aldus is, volgens de klacht, het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdig gerecht geschonden, in het bijzonder omdat de twee raadsheren in het tussenarrest voorshands als vaststaand hadden aangenomen dat eiser valsheid in geschrift had gepleegd.

De A-G van dienst, Langemeijer, stelt de kwestie scherp (zie nr. 2.5):

'Een rechterlijk oordeel, gegeven in de fase voorafgaand aan het proces, kan onder omstandigheden bijdragen aan een objectief gerechtvaardigde vrees dat het de rechter ontbreekt aan onpartijdigheid. Deze functiecumulatie doet zich met name voor wanneer een rechter in een eerdere procedure over hetzelfde geschilpunt tussen dezelfde partijen een oordeel heeft gegeven of wanneer de rechter in een zgn. "pre-trial decision" een voorlopig oordeel heeft gegeven over datgene waarover in de

7 Asser/Groen/Vranken 2003, p. 78.

8 I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (Oratie Utrecht), Den Haag: BJu 2005; W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008.

9 Vgl. HR (Strafkamer) 18 november 1997, NJ 1998/244, waarin overwogen werd: 'Zoals de Hoge Raad in eerdere uitspraken heeft geoordeeld, tast de enkele omstandigheid dat een rechter of een rechterlijk college was betrokken bij een voorafgaand aan de terechtzitting gegeven beslissing omtrent de voorlopige hechtenis in het algemeen de onpartijdigheid van die rechter of van dat college niet aan.'

10 EHRM 24 mei 1989, Series A, no. 154, NJ 1990/627, Series A, no. 154 (*Hauschildt t. Denemarken*).

11 HR 16 januari 2009, NJ 2009/562 m.nt. H.J. Sniijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*).

hoofdprocedure nog moet worden beslist. Een voorbeeld van het eerste is een rechter die in hoger beroep zou moeten oordelen over een zaak welke hij in een vorige functie als rechter in eerste aanleg heeft behandeld. Een voorbeeld van het tweede is de rechter in een bodemprocedure, die als voorzieningenrechter reeds een voorlopig oordeel over hetzelfde geschilpunt heeft gegeven tussen partijen. Ook al valt er niets aan te merken op de behandeling in de voorafgaande fase – de rechter heeft gewoon zijn werk gedaan –, het neemt niet weg dat bij de rechtzoekende een objectief gerechtvaardigde vrees voor vooringenomenheid van de rechter kan bestaan. De rechtzoekende kan immers bevreesd zijn voor zgn. “confirmation bias” (het verschijnsel dat een beoordelaar bewust of onbewust bevestiging zoekt voor het eerder door hem ingenomen standpunt).¹²

Volgens de A-G spelen beide genoemde varianten in dit geval echter niet. Het gaat hier (slechts) om een oordeel in een tussenarrest, als onderdeel van één rechterlijk oordeel dat ‘toevallig’ verspreid wordt over meerdere schriftelijke uitspraken in dezelfde instantie, hetgeen typisch is voor het Nederlandse burgerlijke procesrecht. Langemeijer: ‘Het bewijsvermoeden en de beslissing over de bewijslastverdeling in het tussenarrest (...) maken deel uit van het rechterlijk oordeel zelf: zij vormen niet een “vooroordeel”, maar het “oordeel” van de rechter.’¹³ Uiteraard heeft Langemeijer hier gelijk, dit is de gebruikelijke wijze waarop de Nederlandse civiele rechter tot een eindoordeel komt, maar een zelfstandig argument ligt in een dergelijke gebruikelijke handelwijze nog niet besloten; als iets altijd op onjuiste wijze is gegaan, zal het alsnog anders moeten.

De Hoge Raad lijkt zich bij zijn A-G aan te sluiten door zijn verwerping van het middel te baseren op de gedachte dat het om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat:

‘3.3 Voor zover het middel berust op het uitgangspunt dat de rechter die eenmaal heeft geoordeeld dat een bewijsvermoeden bestaat ten gunste van de ene partij waartegen de andere partij tegenbewijs mag leveren, niet meer onbevangen en onpartijdig dit tegenbewijs kan waarderen en beoordelen omdat hij al ten nadele van deze partij heeft geoordeeld en zich niet van dit oordeel kan losmaken, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het enkele feit dat de rechter in een eerdere fase van de procedure een beslissing in het nadeel van een der partijen heeft genomen, brengt niet mee dat sprake is van partijdigheid waartegen art. 6 EVRM bescherming biedt. (...)’

Waarna de Hoge Raad nog overweegt dat het in overeenstemming met de eisen van een behoorlijke rechtspleging is dat de rechter die een oordeel heeft gegeven over de noodzaak van (tegen)bewijslevering, in dezelfde instantie ook zoveel mogelijk moet meebeslissen over de verdere bewijsvoering, indachtig art. 155 Rv. Het lijkt hier overigens niet zozeer om een behoorlijke rechtspleging, maar eerst

¹² Zie zijn conclusie voor HR 16 januari 2009, NJ 2009/562 m.nt. H.J. Sniijders (Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting).

en vooral toch om e
uitgedrukt, weinig e
in een lopende proc

Voor de civiele r
dat de rechter die ee
heid van een bepaak
tegenbewijs mag be
gevend waren,¹⁴ lijkt
die Langemeijer wel
zijn.¹⁵

4. De ‘confirm

Omdat deze ‘confirm
is het goed om daar
om alleen die infor
bestaande opvatting
sen (en dus ook rech
geloven (het bekend
wel en negatieve ir
worden in het oorde
geheten.¹⁸ Daarna
neutrale informatie
overtuiging.¹⁹ Deze

¹³ Dat is dan in lijn met *Lady Justice. Judicial In* (Leiden), Nijmegen: W met de noodzaak van
¹⁴ Vgl. I. Giesen en L.M. Het is ook toegestaan (Rotterdam), Deventer:
¹⁵ We moeten overigens teren; die efficiëntie is een inhoudelijk oord informatievoorsprong p. 347 e.v.; Smits 200 rechtvaardigt geen vre
¹⁶ Een overzicht bidet bi Guises’, *Review of Gen*
¹⁷ Zie bijv. E. Rassin, ‘I *Privaatrecht*, Den Haag
¹⁸ Vgl. ook J. Baron, *Thi*
¹⁹ Rassin 2008, p. 76.

en vooral toch om een efficiënte rechtspleging te gaan.¹³ Het is immers, zacht uitgedrukt, weinig efficiënt om steeds weer nieuwe rechters in te moeten zetten in een lopende procedure.

Voor de civiele rechtspleging in Nederland betekent deze uitspraak derhalve dat de rechter die een vermoeden aanvaard of van de voorshandse aannemelijkheid van een bepaald feit uitgaat, vervolgens gewoon het eventueel aangebrachte tegenbewijs mag beoordelen. Dat redenen van efficiëntie hier uiteindelijk maatgevend waren,¹⁴ lijkt te meer logisch als bedacht wordt dat de 'confirmation bias' die Langemeijer wel noemt maar niet weerlegt, wel degelijk problematisch kan zijn.¹⁵

4. De 'confirmation bias' en 'debiasing'

Omdat deze 'confirmation bias' ook in het burgerlijk (proces)recht van belang is, is het goed om daarover kort iets meer te zeggen.¹⁶ Het betreft hier de tendens om alleen die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen.¹⁷ Zo is uit psychologisch onderzoek gebleken dat mensen (en dus ook rechters, procespartijen en hun advocaten) geloven wat ze willen geloven (het bekende 'wishful thinking'), waarbij positieve indicaties (of bewijs) wel en negatieve indicaties niet (nader) gezocht en zeker niet meegewogen worden in het oordeel. Dit is dan de 'confirmation bias', ook wel de 'my-side bias' geheten.¹⁸ Daarnaast kan aangenomen worden dat mensen de hen aangereikte neutrale informatie zodanig interpreteren dat deze steun levert aan de eigen overtuiging.¹⁹ Deze bias kan soms zelfs resulteren in 'overconfidence', met als

13 Dat is dan in lijn met de ontwikkeling op het niveau van het EHRM zoals M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 448, die ziet: meer 'door de vingers zien' in verband met de noodzaak van efficiency.

14 Vgl. I. Giesen en L.M. Coenraad, 'Toegang tot de rechtspleging anno 2008', *NJB* 2009/14, p. 892. Het is ook toegestaan daarop acht te slaan, zie P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 313.

15 We moeten overigens oppassen om de gedachte dat efficiency mag meespelen, hier te verabsoluteren; die efficiëntie is niet allesbepalend. Als het om voorlopige oordelen gaat is maatgevend of er een inhoudelijk oordeel over de merites van de zaak is gegeven en of de rechter vanuit zijn informatievoorsprong een grote invloed kan uitoefenen op zijn mede-rechters. Zie Kuijer 2004, p. 347 e.v.; Smits 2008, p. 313. Vgl. ook *T&C Rv* (Van Mierlo), art. 36, Aant. 2 (eerdere bemoeienis rechtvaardigt geen vrees, maar wel als rechter vooruit is gelopen op einduitspraak).

16 Een overzicht bidet bijv. R.S. Nickerson, 'Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises', *Review of General Psychology* 1998, Vol. 2, No. 2, p. 175-220.

17 Zie bijv. E. Rassin, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 75.

18 Vgl. ook J. Baron, *Thinking and Deciding*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 203.

19 Rassin 2008, p. 76.

gevolg dat men niet wil luisteren, niet tot een compromis en niet tot samenwerking wil komen; het kan zelfs leiden tot 'belief overkill'.²⁰ Het gaat hier steeds om vormen van 'bias', cognitieve illusies of vertekeningen,²¹ die beslissingen door mensen voortdurend, en veelal onbewust, beïnvloeden.

Die invloed is overigens niet eenvoudig tegen te gaan want pogingen om meningen van proefpersonen met genuanceerde informatie te veranderen, falen of hebben zelfs een tegengesteld effect.²² Een wellicht wel mogelijke oplossing die in de psychologie wordt aangedragen, is om van houding te veranderen, om te komen tot 'actively open minded thinking', waarbij met kwantitatieve gegevens gewerkt wordt om goed beargumenteerde beleidsdoelen te kunnen aangeven.²³ Vertaald naar het burgerlijk procesrecht zal de rechter dus vooral een frisse houding ten opzichte van de feiten moeten kunnen innemen. Lukt dat niet (meer), dan is wellicht een nieuwe, frisse rechter de aangewezen manier om tot verkeerde beslissingen leidende halsstarrigheid te voorkomen. Een minder vergaand alternatief is om in elk geval extra aandacht aan de verantwoording (in het civiele procesrecht: de motivering) te schenken, want dat leidt tot een (meer) 'open mind' en daarmee doet de rechter dan aan 'debiasing'.²⁴ De nogal beperkte motiveringsplicht die momenteel geldend recht is als het om de bewijswaardering gaat,²⁵ brengt de civiele rechter dan echter niet op het juiste spoor.

5. Belang: verdere doorrekening binnen het burgerlijk procesrecht

Deze 'confirmation bias' maakt dat ik wat minder gemakkelijk dan bijvoorbeeld Smits over diverse, in de procespraktijk van belang zijnde vormen van 'eerdere bemoeienis met dezelfde zaak' heen kan stappen.²⁶ Dat is allicht vervelend voor die praktijk, de rechterlijke macht voorop, maar het mensenrechtelijk perspectief weegt (ook) in deze zwaar. Waar Smits dan ook geen probleem ziet als het gaat om een comparitierechter die een voorlopig oordeel geeft over de proceskansen van partijen, waarna deze vervolgens later zelf het vonnis (of arrest, comparities worden in hoger beroep steeds vaker ingezet) concipieert, omdat dat efficiënt is, heb ik daar meer moeite mee. De Hoge Raad zal zeggen dat het ook hier om een tussenstap en om een oordeel in een eerdere fase van de procedure gaat, maar ik

20 J. Baron, *Judgment misguided*, New York: Oxford University Press 1998, p. 9-14. Zie over 'overconfidence' (te veel vertrouwen hebben en daardoor te veel risico's accepteren) ook nog S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993, p. 217 e.v., en D. Kahneman, P. Slovic and A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 287 e.v.

21 R. Vonk (e.a.), *Cognitieve sociale psychologie*, Utrecht: Lemma 2001, p. 338; Baron 1998, p. 14.

22 Rassin 2008, p. 77.

23 Baron 1998, p. 7-8; Baron 2008, p. 199 e.v.

24 Zie Baron 2008, p. 221 e.v.

25 Recentelijk nog HR 8 juli 2011, *LJN BP6996 (Zürich/X)*.

26 Zie Smits 2008, p. 315-316. Vgl. Giesen/Coenraad 2009, p. 892.

vrees dat ook als d
opgegaan, lastig da
zijn reputatie ('wee

Ook heb ik – zo
dan Smits²⁷ met
inneemt (en gereg
zoals dat bijvoorbe
schappij Veghel,²⁸
zijn bevoegdheid
geschilpunten die
onder andere de v
onpartijdig zou ku
hoger beroep tege
verwerpt de klacht c
met het nogal apod
partijdigheid als w
niet kan worden ge
geen strijd is met a

Waarschijnlijk l
Franx. Op de keepe
rechter in eerste a
mag en moet beslis
noodzakelijkerwijs
moet en kan doen (

dit in strijd met a
procesrecht, en nie
Uiteraard zit he
stevige bijl aan de
meer door de Straat
het zou de organisa
Raad schrikt daar –
zou zijn dat voorlop
door een andere rec
door te rouleren of
meer omdat het i
'confirmation bias'

27 Smits 2008, p. 314.
Kluwer 2009, p. 34.

28 HR 30 juni 1989, *NJ*

29 Zie ook HR 16 januari
en de verzuchting van
de Hoge Raad een d

vrees dat ook als de rechter later inziet dat hij iets te snel een bepaalde kant is opgegaan, lastig daarvan terug zal (kunnen) komen. Het is immers niet best voor zijn reputatie ('weet niet wat hij wil') om dat te doen.

Ook heb ik – zonder per se tot een andere afweging te komen – meer moeite dan Smits²⁷ met de rechter die in een incidenteel vonnis al een standpunt inneemt (en geregeld moet innemen) over een geschilpunt uit de hoofdzaak, zoals dat bijvoorbeeld aan de orde was in het arrest *De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*,²⁸ waarin de rechter in eerste aanleg niet alleen de vraag naar zijn bevoegdheid beantwoordde, maar daarbij ook al oordeelde over enkele geschilpunten die in de hoofdzaak aan de orde waren. In cassatie was daarna onder andere de vraag aan de orde of de rechter in eerste aanleg nog wel onpartijdig zou kunnen oordelen (hetgeen dan reden zou kunnen zijn om wel hoger beroep tegen de bevoegdheidsbeslissing toe te laten). De Hoge Raad verwerpt de klacht dat de rechter niet als onpartijdig rechter zal kunnen beslissen met het nogal apodictisch overkomende oordeel dat zulks onjuist is, omdat 'van partijdigheid als waartegen genoemde verdragsbepaling waakt in zodanig geval niet kan worden gesproken'. Ofwel: er is geen strijd met art. 6 EVRM omdat er geen strijd is met art. 6 EVRM.

Waarschijnlijk leunde de Hoge Raad hier op de uitvoerige conclusie van A-G Franx. Op de keeper beschouwd zegt Franx echter ook niet veel meer dan dat de rechter in eerste aanleg na het gewone verloop van de procedure onbevangen mag en moet beslissen over de eerder al besproken beslispunten (doch niet dat noodzakelijkerwijs gebeurt), dat deze dat in andere processuele gevallen ook moet en kan doen (wat niet zegt dat het ook gebeuren zal), en dat de stelling dat dit in strijd met art. 6 EVRM zou zijn, een structurele aanval is op het hele procesrecht, en niet past bij de strekking van dat artikel.

Uiteraard zit hem in die 'aanval' de echte kneep, want het zou inderdaad een stevige bijl aan de wortel van het procesrecht zijn als voorlopige oordelen niet meer door de Straatsburgse beugels van onpartijdigheid zouden passen. Althans, het zou de organisatie van ons procesrecht stevig door elkaar schudden. De Hoge Raad schrikt daar – op zichzelf niet onterecht – van terug,²⁹ hoewel het denkbaar zou zijn dat voorlopige beslissingen zoals in casu aan de orde, genomen worden door een andere rechter dan degene die de zaak inhoudelijk beslist (bijvoorbeeld door te rouleren of via een 'voorvragen'-kamer). Die laatste gedachte klemt te meer omdat het idee dat een rechter ten prooi zou kunnen vallen aan de 'confirmation bias' een steviger antwoord verdient dan tot nu toe gegeven is.

27 Smits 2008, p. 314. Zo ook P.A. Stein en A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 34.

28 HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/382 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

29 Zie ook HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562 m.nt. H.J. Sniijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*) en de verzuchting van Sniijders, onder 2b.: 'Men mag er niet aan denken wat er was gebeurd indien de Hoge Raad een dergelijke grond had gehonoreerd.'

Ook de overweging van Franx³⁰ dat 'iedere rechter met praktijkervaring' die neiging kent, doch dat deze zich daarvan bewust is en die neiging weet te onderdrukken is een empirisch ongefundeerde claim waarbij toch vooral de wens de vader van de gedachte lijkt te zijn.

Als motivering voldoet dit dan ook niet (meer). Dat de rechter in de hoofdzaak rechtens niet gebonden is door zijn (voorlopige beschouwingen) in het tussenvonnissen, is waar, maar omdat de rechter ongetwijfeld enige 'zelfbinding' zal voelen, althans de besproken menselijke neiging tot consistent oordelen niet licht zal kunnen onderdrukken, en dus vooral bevestiging zal zoeken (ook al voegt het partijdebat na het tussenvonnissen nieuwe elementen toe), ligt de zaak hier al snel complexer dan de Hoge Raad doet voorkomen. Uiteraard zal de mogelijkheid van hoger beroep een sussende rol spelen, maar om procespartijen (en de maatschappij) niet onnodig de rechtsmiddelen (en kosten) in te jagen, verdient een oplossing in eerste aanleg de voorkeur. Dat het procesrecht 'as such' hiermee in problemen komt, is uiteraard heel vervelend, maar het vormt wat mij betreft op zichzelf geen voldoende zwaar argument om dan maar niets te doen.

6. En dus zijn steeds wisselende rechters nodig?

Betekent dit dan dat in elke civiele zaak na elk voorlopig bewijsoordeel de rechter (s) vervangen moet(en) worden? Geenszins. Dat zou ons systeem ook eenvoudig niet aankunnen, terwijl er mijns inziens wel een alternatieve oplossing voorhanden is. Omdat, als gezegd, de gebruikte motivering niet (meer) volstaat, zou een rechterlijke motivering die meer aansluit bij de eisen die art. 6 EVRM stelt, passender zijn. Kuijer³¹ onderscheidt in dit verband vijf factoren die getoetst worden. De rechter zou die factoren voorafgaand aan zijn eindbeoordeling zelf kunnen – en wat mij betreft: ambtshalve moeten³² – nalopen:

- Is de juridische vraag inhoudelijk dezelfde?
- Was er al bewijs voorhanden bij de eerste beoordeling?
- Was een rechter al betrokken als onderzoeksrechter?
- Kan de betrokken rechter de anderen beïnvloeden?
- Wat was feitelijk het gedrag in de eerdere fase?

In dat verband kan dan de vraag beantwoord worden of de voorlopige (bewijs) waardering zodanig afwijkt van hetgeen voorligt bij de waardering ten behoeve van het eindoordeel, dat dezelfde rechter dat tweede oordeel nog onbevangen kan geven. Als het in eerste instantie om een 'summary assessment' gaat, lijkt dat

³⁰ Zie diens conclusie onder nr. 6.5.4, voor HR 30 juni 1989, NJ 1990/382 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

³¹ Kuijer 2004, p. 347-349.

³² Een heroverweging 'op verzoek' van een der partijen, gaat de 'bias' niet direct tegen. Bovendien zullen partijen schroom voelen om aan de rechter te vragen zijn eigen eerdere afweging nog eens goed over te doen omdat zij die rechter dan moeten ervan 'beschuldigen' dat niet al zelfstandig te zullen gaan doen.

mogelijk.³³ Het gaat rechter van zijn eige

7. Conclusie

De hier beschreven u een actieve, open h enigszins indammer nodig zijn en wordt vaardiger, hoewel mi afgestemd op art. 6 oordeelsvorming en leidt, wordt zodoend

³³ Kuijer 2004, p. 350.

³⁴ Dat is de toets die Kuij

mogelijk.³³ Het gaat dan immers niet om een 'review' of 'quasi appeal' door een rechter van zijn eigen handelen.³⁴

7. Conclusie

De hier beschreven uitvoeriger motiveringswijze zal tot steviger nadenken, en tot een actieve, open houding kunnen leiden, en kan zo de 'confirmation bias' enigszins indammen. Daarmee wordt voorkomen dat steeds nieuwe rechters nodig zijn en wordt het burgerlijk procesrecht en de civiele procedure rechtvaardiger, hoewel misschien niet per se efficiënter en sneller, en nauwkeuriger afgestemd op art. 6 EVRM. Omdat die verbeterde civiele procedure tot betere oordeelsvorming en dus tot betere (materieelrechtelijke) vonnissen en arresten leidt, wordt zodoende ook 'Beter burgerlijk recht' gecreëerd!

³³ Kuijer 2004, p. 350.

³⁴ Dat is de toets die Kuijer 2004, p. 364, aanlegt.