

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

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.²

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 wetgever en (vooral) rechter in het burgerlijke recht spelen, dus dat laat ik hier rusten.³ 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.⁴ 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.⁵ Na de aankondiging van enkele hoofdlijnen is het immers stil gebleven op dat vlak, terwijl diverse belangrijke thema's aangekondigd zijn,⁶ zoals het ineenvlechten van de verzoek- en dagvaardingsprocedure tot een nieuw basismodel voor procedures.⁷ 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 concept van de 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' zoals door Asser/Groen/Vranken gelanceerd, de gedachte dat procederende partijen niet slechts op een strijd-toneel staan, maar dat partijen en rechter samen zorg dra-

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

² Deze bijdrage betreffende beter burgerlijk recht is ter viering van het vijftienvintig jarig jubileum van de Vereniging voor Burgerlijk recht geschreven op uitnodiging van de redactiecommissie beter burgerlijk recht bestaande uit Anne Keirse, Siewert Lindenbergh, Marco Loos en Albert Verheij. Zie voor meer informatie *NTBR* 2011/4, p. 24, alsook www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl.

³ 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.

⁴ Over die verwevenheid recent Asser *Procesrecht/Van Schuick* 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, *Ten 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).

⁵ Zie *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 951, nr. 1.

⁶ In *Kamerstukken II*, 30 951, nr. 1, nrs. 119 e.v. staan ze opgesomd.

⁷ Zie *Kamerstukken II*, 30 951, nr. 1, nrs. 57-63.

gen voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van het proces.⁸

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.⁹ 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,¹⁰ en in lijn met de rechtsvraag in de beroemde zaak *Hauschildt t. Denemarken* van het EHRM,¹¹ 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 2009¹² klaagt de eiser in cassatie erover dat het hof de zaak heeft behandeld in een samenstelling die vrijwel (twee van de drie raadsheeren) 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 raadsheeren 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 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).'

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 waarden 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

⁸ Asser/Groen/Vranken 2003, p. 78.

⁹ 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.

¹⁰ 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.'

¹¹ EHRM 24 mei 1989, Series A, no. 154. *NJ* 1990/627, Series A, no. 154 (*Hauschildt t. Denemarken*).

¹² HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*).

¹³ Zie zijn conclusie voor HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/562 m.nt. H.J. Snijders (*Veldhof/Leonhard-Woltjer Stichting*).

zozeer om een behoorlijke rechtspleging, maar eerst en vooral toch om een efficiënte rechtspleging te gaan.¹⁴ 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 aanvaardt of van de voorhandse aannemelijkheid van een bepaald feit uitgaat, vervolgens gewoon het eventueel aangebrachte tegenbewijs mag beoordelen. Dat redenen van efficiëntie hier uiteindelijk maatgevend waren,¹⁵ lijkt te meer logisch als bedacht wordt dat de *confirmation bias* die Langemeijer wel noemt maar niet weerlegt, wel degelijk problematisch kan zijn.¹⁶

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.¹⁷ Het betreft hier de tendens om alleen die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen.¹⁸ 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.¹⁹ Daarnaast kan aangenomen worden dat mensen de hen aangereikte neutrale informatie zodanig interpreteren dat deze steun levert aan de eigen overtuiging.²⁰ Deze *bias* kan

soms zelfs resulteren in *overconfidence*, met als gevolg dat men niet wil luisteren, niet tot een compromis en niet tot samenwerking wil komen; het kan zelfs leiden tot *belief overkill*.²¹ Het gaat hier steeds om vormen van *bias*, cognitieve illusies of vertekeningen,²² 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.²³ 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.²⁴ 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*'.²⁵ De nogal beperkte motiveringsplicht die momenteel geldend recht is als het om de bewijswaardering gaat,²⁶ 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.²⁷ 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 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.

14 Dat is dan in lijn met de ontwikkeling op het niveau van het EHRM zoals M. Kuijter, *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.

15 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.

16 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 Kuijter 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)

17 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.

18 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.

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

20 Rassin 2008, p. 76.

21 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.

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

23 Rassin 2008, p. 77.

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

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

26 Recentelijk nog HR 8 juli 2011, *LJN* BP6996 (Zurich/X.).

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

Ook heb ik – zonder per se tot een andere afweging te komen – meer moeite dan Smits²⁸ 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*,²⁹ 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 casuatie 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 keper 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,³⁰ 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. Ook de overweging van Franx³¹ 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 tussenvonnis, 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 tussenvonnis nieuwe elementen toe), ligt de zaak hier al snel complexer dan de Hoge Raad doet voorkomen. Uiteraard zal de mogelijkheid van hoger beroep een suspensieve 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. Kuijer³² 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 moeten³³ – 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 mogelijk.³⁴ Het gaat dan immers niet om een *review of quasi appeal* door een rechter van zijn eigen handelen.³⁵

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

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

30 Zie ook HR 16 januari 2009, NJ 2009/562 m.nt. H.J. Sniijders (*Veldhoff/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.'

31 Zie diens conclusie onder nr. 5.5.4, voor HR 30 juni 1989, NJ 1990/382 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Regt Beton/Beheermaatschappij Veghel*).

32 Kuijer 2004, p. 347-349.

33 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.

34 Kuijer 2004, p. 350.

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

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!