

Wat is de waarde van hoger beroep?

Barendrecht, J.M.

Published in:
Hoger beroep in de steigers

Publication date:
2003

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (2003). Wat is de waarde van hoger beroep? In R. H. Happe, & et al. (Eds.), *Hoger beroep in de steigers* (pp. 241-248). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Wat is de waarde van hoger beroep?

Prof. mr. J.M. Barendrecht¹

Stelling: Hoger beroep is in zijn huidige vorm een voor de civiele rechtspraak erg kostbare, en een voor partijen erg belastende manier om de kwaliteit van individuele uitspraken in eerste instantie te waarborgen. Wie nu, in een tijd van schaarse middelen en lange wachtlijsten voor de civiele rechtspraak, een geschiloplossingsstelsel zou ontwerpen, probeerde het waarschijnlijk anders.

Dit is een stelling. Misschien is de stelling juist, misschien ook niet. In dit stukje kan ik niet meer dan aannemelijk maken dat deze stelling een mogelijke uitkomst zou kunnen zijn van onderzoek gericht op vragen die te weinig worden gesteld.

1 Op zoek naar de goede vragen

Want hoger beroep is een nauwelijks ter discussie gesteld instituut. De gedachte dat twee feitelijke instanties mogelijk moeten zijn, heeft nagenoeg beginselstatus. Toch is er aanleiding voor twijfel. De huidige wetgever is niet zonder meer geneigd mee te gaan met deze gedachte, getuige de aarzelingen om hoger beroep in te voeren of te handhaven in arbeidszaken, vreemdelingenzaken en fiscale geschillen. Een interessant gegeven is ook dat partijen die na het ontstaan van hun geschil arbitrage overeenkomen zelden kiezen voor hoger beroep. Wat is eigenlijk de waarde van hoger beroep?²

Hoger beroep dient volgens de meeste schrijvers vooral twee doelen.³ Enerzijds is dat controle, de correctie van fouten in de rechtspraak in eerste instantie gemaakt door rechters, maar ook door partijen zelf. Anderzijds gaat het om de bewaking van de rechtseenheid en de rechtsvorming. Hoe kunnen die taken, die overigens dezelfde lijken te zijn als die welke voor cassatie worden genoemd, optimaal worden vervuld? Wat is de optimale verhouding tussen de middelen en

1 Hoogleraar privaatrecht bij het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, Schoordijk Instituut, Universiteit van Tilburg.

2 Ik beperk mij tot het beroep in civiele zaken. Wie het hierna gestelde op andere soorten geschillen wil toepassen, moet er op bedacht zijn dat beroep daar ook het doel kan hebben van een dubbele bevestiging van de rechtmatigheid van ingrijpend overheidsoptreden, zie bijvoorbeeld de extra eisen gesteld aan een vernietiging van een vrijspraak in appèl, art. 424 Sv.

3 Sniijders & Wendels 1999, p. 5/6 met verdere verwijzingen.

menskracht die wordt ingezet voor de eerste aanleg en voor rechtsmiddelen als hoger beroep?

Dat zijn vragen die niet gemakkelijk zijn te beantwoorden. In deze fase gaat het er vooral om de juiste deelvragen op een rij te krijgen. Die zijn weergegeven in de kopjes van dit artikel. Hier en daar kom ik ook tot een voorlopig antwoord, mede omdat het antwoord op een eerdere vraag kan bepalen wat een zinnige volgende vraag is.

2 Vanuit welke achterliggende visie wordt het hoger beroep bekeken?

Vragen zijn altijd selectief en suggestief. Het is belangrijk om te weten waar ze vandaan komen. In debatten over rechtsmiddelen komen eigenlijk altijd weer de volgende twee basisvisies terug:

- De eerste visie, veel voorkomend onder appèl- en cassatierechters, houdt in dat de primaire taak van de civiele rechter is de aan hem voorgelegde zaken zo goed mogelijk te beslissen. Dat geldt ook in appèl en in cassatie. Rechtseenheid en rechtsvorming door uitspraken te doen waar mensen in andere geschillen ook wat aan hebben is een min of meer toevallig bijproduct van rechtspraak. Wie meer goede beslissingen wil, of meer van dat bijproduct, moet de rechterlijke macht meer geld geven voor meer rechters en ondersteuning. Krijgt zij dat niet, dan wordt er heel hard gewerkt, maar er zijn grenzen, en dus ontstaan er wachtlijsten. Te weinig rechtsvorming is een probleem dat de wetgever maar moet oplossen.
- De tweede visie is een bredere. Uitgangspunt daarvan is dat mensen de civiele rechtspraak nodig hebben in geschillen waar zij niet uitkomen en waarin zij het ook niet eens kunnen worden over een alternatieve manier van geschiloplossing. De capaciteit van de civiele rechtspraak is beperkt. Het monopolie dat de rechter heeft op geschiloplossing scheidt de verantwoordelijkheid om die capaciteit zo in te zetten dat civielrechtelijke geschillen zo rechtvaardig mogelijk worden opgelost, of zij nu aan de rechter worden voorgelegd of niet. Capaciteit kan worden ingezet voor de behandeling van meer zaken, voor meer kwaliteit in individuele zaken of voor vorming van recht dat in toekomstige zaken meer rechtvaardigheid oplevert. Bovendien kan de capaciteit ook worden vergroot bij gelijkblijvende middelen: door efficiëntieverbetering (met minder mensen en geld gelijkblijvende kwaliteit leveren) of door het aanbieden van rechtspraak met een lagere kwaliteit en een dienovereenkomstig lagere prijs.

3 Welke invalshoek past bij de gekozen visie?

Vanuit de eerste visie is de richting duidelijk als men tot verbetering van de appèl- of cassatierechtspraak wil komen. Zo goed mogelijk rechtspreken vergt betere mensen, meer middelen en mensen die nog meer hun best doen. Betere selectie en opleiding van appèlrechters zijn bijvoorbeeld zinvolle maatregelen. Om te voorkomen dat hogere rechters overbelast raken, moet tegelijkertijd de kwaliteit van de lagere rechtspraak worden verhoogd. De kwaliteit van het recht zelf zal vooral door betere wetgeving omhoog moeten gaan.

In de tweede visie gaat het om een bredere verantwoordelijkheid en daarmee wordt prioriteitstelling heel belangrijk. Wat nodig wordt, is een methode waarbinnen de voor- en nadelen van verschillende mogelijke procedurevormen systematisch in kaart worden gebracht. Men kan dat doen in een kwalitatieve vorm, waarin wordt volstaan met een opsomming van die voor- en nadelen. Maar vaak is het moeilijk om op die basis tot beslissingen te komen, want de omvang van de voor- en nadelen wordt zo niet zichtbaar. De meest in aanmerking komende methode om dat wel te doen is de rechtseconomische, hoe gebrekkig die methode ook is, omdat niet alle belangen die spelen gemakkelijk op geld te waarderen zijn. Toch komt men met die methode iets verder, omdat zij inzichtelijker kan maken welke waarde men toekent aan welke belangen wanneer bepaalde keuzes worden gemaakt. Meer dan iets verder te komen, is moeilijk, want er zijn zoveel voor- en nadelen van verschillende procedurevormen, dat het nodig is om er een aantal buiten beschouwing te laten, zonder dat men zeker weet welke invloed die hebben.

Een veel gebruikt beoordelingscriterium voor procedures is bijvoorbeeld dat het er om gaat de som van de lasten van beslissingen en die van fouten te minimaliseren.⁴ Bij de toepassing ervan zal men echter al snel geneigd zijn fouten alleen te zien als verkeerde beslissingen. Fouten die niet direct terug te vinden zijn in de beslissing, zoals sommige procedure- of bejegeningfouten, worden dan voorlopig buiten beschouwing gelaten. Ook bij de lasten van beslissingen maakt men het moeilijker naar mate men meer meeweegt. Neemt men alleen de kosten van advocaten en rechters; ook de kosten van deskundigen en getuigen; of mede de lasten die partijen zelf ervaren, zoals onzekerheid, verloren tijd en frustraties?

4 Hoe erg zijn individuele fouten in rechterlijke beslissingen?

De twee functies van hoger beroep zijn goed in deze benadering met beslissingskosten en foutkosten te plaatsen. Bij controle gaat het vooral om het herstellen van individuele fouten in de rechtspraak. Bij de bevordering van rechtseenheid en

⁴ Zie voor literatuuroverzichten Kobayashi & Parker 1999 en Kornhauser 1999.

rechtsontwikkeling gaat het meer om het voorkomen van fouten die anders in de toekomst in grotere aantallen beslissingen zouden worden gemaakt en om het reduceren van beslissingskosten. In hoger beroep zal de nadruk liggen op correctie van individuele fouten. Om te bepalen hoeveel beslissingskosten daaraan moeten worden besteed, want controle in appèl is voor partijen en voor de rechterlijke macht kostbaar en belastend, is het zinvol om na te gaan hoe groot de maatschappelijke belasting van rechterlijke fouten in individuele zaken eigenlijk is.

Bij de bepaling van de omvang van de schade die door verkeerde uitkomsten ontstaat, zijn de volgende aandachtspunten van belang. Om een indruk te geven van mogelijke afwegingen, worden in de voetnoten steeds zo realistisch mogelijke voorbeeldbedragen en percentages genoemd.

- Bij een verkeerde uitkomst mag worden verondersteld dat de belangen van degene voor wie de beslissing verkeerd uit valt, daardoor getroffen worden. In een 'alles of niets' procedure is de schade van een verkeerde beslissing voor de in het ongelijk gestelde partij tenminste gelijk aan het belang dat in geding is.⁵
- Iemand iets afnemen waar die recht op heeft is waarschijnlijk op zichzelf al een aantasting van het welzijn van die persoon. Zijn rechtvaardigheidsgevoel wordt daardoor geschaad.⁶
- Aan de andere kant is er een meevaller. Maar iedere jurist zal het erover eens zijn dat de welzijnsverhoging van de 'vergissing van de rechter in uw voordeel' die daar optreedt, minder is, of althans lager behoort te worden gewaardeerd, dan het toegevalen voordeel, dat veelal gelijk zal zijn aan het belang in geschil.⁷
- De totale schade die partijen over een reeks van zaken gemiddeld lijden wanneer verkeerde beslissingen worden genomen is dan de som van de schade door schending van het rechtvaardigheidsgevoel bij de verliezer en de verminderde waarde die het belang bij de onterechte winnaar heeft.⁸
- Achteraf ontstaat vaak het geloof dat de genomen beslissing de juiste was en een andere beslissing onjuist. Vaak lag dat objectief gezien, uit oogpunt van toepasselijke rechtsregels of van hoe de meeste rechters tegen de zaak zouden aankijken, veel minder duidelijk. Geschillen over bewijswaardering hebben bijvoorbeeld meer het karakter van een knoop, die even goed in beide richtingen kan worden doorgehakt. In zuivere 'knoop-doorhakgevallen' is

5 Wie ten onrechte een procedure over € 50.000 verliest, lijdt schade voor dat bedrag.

6 De waarde van deze schade zou bijvoorbeeld (aan de ruime kant) kunnen worden gewaardeerd op € 10.000. Dit is gelijk aan smartengeld toegekend aan een 100% arbeidsongeschikt geworden vrouw die lijdt aan hoofdpijnen, concentratiestoornissen, vermoeidheid en emotionele labiliteit; of aan een restauranthouder die bij een overval in zijn been is geschoten, twee keer in het ziekenhuis werd opgenomen en veel pijn heeft geleden, zie Smartengeld, Verkeersrecht, 2000, nr. 198 en 474.

7 Het voordeel is dus niet € 50.000, maar bijvoorbeeld slechts € 35.000, een verliespost van € 15.000.

8 Nadeel bij onterechte verliezer (€ 10.000) en vermindering waarde belang bij winnaar (€ 15.000) gesaldeerd levert dan een schade van € 25.000 op.

de schade door de 'fout' nihil, want hoe groot de effecten bij verlies of winst van zo'n procedure ook zijn, bij een tegengestelde beslissing zouden zij even groot zijn.

- De kans op fouten is kleiner waar het gaat om beslissingen die objectief gezien onjuist waren⁹ en groter naarmate het geval dichterbij ligt tegen een 'knoop-doorhakgeval'.¹⁰ Alleen in de eerste categorie is echter de omvang van de schade door de fout groot, wat tot de conclusie leidt dat de foutkosten gemiddeld over alle 'alles of niets' zaken vrij laag zijn.¹¹
- Veel rechterlijke beslissingen hebben niet het karakter van 'alles of niets' maar van meer of minder, zoals bijvoorbeeld die over de hoogte van schadevergoeding of de mate van eigen schuld. Omdat tussenoplossingen hier mogelijk zijn, is de kans op grote fouten hier nog kleiner. De kans op kleine fouten is veel groter, maar de gevolgen daarvan zijn geringer, zeker nu partijen de beslissing meer als een 'knoop-doorhakgeval' gaan ervaren naarmate deze dichterbij ligt bij wat als objectief redelijk midden kan worden beschouwd.
- Verstandig de voor- en nadelen van foutenvermijding afwegende partijen zullen daar dus voor ze aan civiele procedures beginnen relatief weinig aan willen uitgeven.¹²
- Er is een zeer omvangrijke literatuur over de waarde die mensen toekennen aan een behoorlijke procedure op zichzelf, ongeacht het resultaat. Het is echter de vraag of zij daarvoor veel bereid zijn te betalen.¹³ Voorts is de vraag of appèl veel kan doen aan herstel van wat een procespartij in dit opzicht miste in de procedure in eerste aanleg. Denk bijvoorbeeld aan wat tegenwoordig vaak 'bejegeningsfouten' worden genoemd.
- Verkeerde rechterlijke beslissingen in individuele gevallen hebben ook negatieve externe effecten (effecten op anderen dan partijen). Zij verminderen bijvoorbeeld het vertrouwen in de rechtspraak. Het is echter de vraag of men de lasten daarvan wel bij partijen neer mag leggen en dat doet men in ieder geval tot op zekere hoogte door deze fouten via appèl te corrigeren.

Resumerend: er is aanleiding om te veronderstellen dat de lasten voor partijen

9 Wellicht in de orde van 2 tot 5%.

10 Wellicht in de orde van 10 tot 20%.

11 2 tot 5% van € 25.000, maakt € 500 tot 1.250, voor de objectieve gevallen. En 10 tot 20% van bijvoorbeeld € 5.000, omdat de 'onrechtvaardigheids' en 'onterecht voordeel' percepties in deze gevallen minder sterk zullen zijn, maakt € 500 tot € 1.000, voor de 'bijna knoop doorhak' gevallen. Gemiddeld dus in de orde van € 500 tot 1.250 per in eerste instantie aan te brengen geschil over een bedrag van € 50.000. Dat is weinig, omdat het alle lasten omvat, behalve die van rechters ook die van advocaten en de lasten die partijen zelf ervaren.

13 Zie de literatuur over 'procedural justice', zie Lind & Tyler 1988; Röhl & Machura 1997. Zou een procespartij daarvoor bijvoorbeeld € 1.000 of € 2.000 extra over hebben boven de misschien wel € 10.000 die een procedure in eerste aanleg nu al kost?

van fouten in individuele uitspraken worden overschat: per zaak, maar gezien de kleine kans op grote fouten, ook gemiddeld over alle zaken heen.

5 Wat zijn de kosten en andere lasten van hoger beroep?

Aannemende dat hoger beroep vooral dient om fouten te corrigeren, dan is de volgende vraag wat die correctie kost. Voor de maatschappij is hoger beroep relatief duur, want het is rechtspraak met meer rechters en met beter betaalde rechters. Voor partijen is hoger beroep ook belastend, misschien iets minder dan een procedure in eerste instantie, maar toch. Voorts hangt de mogelijkheid van hoger beroep als een schaduw boven iedere procedure: het maakt procederen tegen mensen van wie wordt verwacht dat zij alle procedurele mogelijkheden benutten een stuk onaantrekkelijker. Dat heeft invloed op uitkomsten van schikkingsonderhandelingen, en op de manier waarop die onderhandelingen worden gevoerd.

Hoger beroep is ook duur, omdat er vaak hoger beroep zal worden ingesteld in gevallen waarin er geen fout is gemaakt en ook (maar minder vaak) in gevallen waarin de rechter in eerste instantie het goed had en de hogerberoeprechter niet. Soms levert hoger beroep niets op, behalve wellicht het gevoel bij betrokkenen dat er nog een keer naar hun zaak is gekeken. Dat roept de volgende vraag op:

6 Hoe goed selecteert hoger beroep zaken die meer kwaliteit nodig hebben?

Het Nederlandse procesrecht werkt vooral met zelfselectie. Welke geschillen worden behandeld, en in hoeveel instanties, hangt in beginsel af van de eigen afweging van ieder van partijen op ieder moment in de procedure. Eenmaal in een procedure zal een verliezende partij in eerste instantie vaak voor hoger beroep kiezen: het is gewoon een tweede kans. Als diezelfde partij voorafgaand aan de procedure in eerste instantie zou hebben moeten kiezen, zou zij wellicht gekozen hebben voor een procedure met één kans in plaats van twee, want ook de wederpartij krijgt met het openstellen van hoger beroep immers twee kansen. Tegenover verliezen bij de rechtbank met een nieuwe kans staat winnen bij de rechtbank met een nieuwe kans voor de wederpartij.

Wanneer de belangen van partijen gezamenlijk tot uitgangspunt zouden worden genomen, of nog breder ook de belangen van de rechtspraak als geheel, dan zouden zaken anders en beter geselecteerd kunnen worden dan door de huidige zelfselectie. Een correctiepoging levert immers, even afgezien van de waarde van een behoorlijke procedure op zichzelf, het meeste op indien daadwerkelijk correctie

plaatsvindt. Bovendien moeten de lasten van de te corrigeren fout opwegen tegen de extra beslissingskosten van de volgende instantie.

De selectie lijkt nu niet erg goed te werken. Op het eerste gezicht lijken de slagingspercentages van appèl (50%) en cassatie (25%)¹⁴ relatief hoog. Maar daar zitten veel procedurele vernietigingen bij die uiteindelijk niet tot een ander resultaat leiden, 'knoop-doorhakzaken' waarin het resultaat om het even was en, tenzij het gaat om onfeilbare hogere rechters, ook zaken waarin de rechter in de hogere instantie verkeerd beslist, en de rechter in eerste instantie het goed had. Uiteindelijk leidt appèl in tien zaken gemiddeld dus waarschijnlijk maar tot twee of drie terecht gecorrigeerde inhoudelijke verkeerde uitkomsten, terwijl met diezelfde middelen en mankracht misschien wel rond twintig extra zaken in eerste instantie zouden kunnen worden gedaan.

Betere selectie van zaken die echt een tweede instantie nodig hebben is moeilijk, maar er is waarschijnlijk wel meer over te zeggen dan dat er een verlostelsel moet komen. In paragraaf 4 bleek dat sommige fouten minder erg zijn dan andere. En onderscheiden tussen 'alles of niets' zaken en 'meer/minder' zaken kan zinvol zijn. Bij 'meer/minder' zaken zal zelfselectie waarschijnlijk beter werken dan bij 'alles of niets' zaken, omdat de verliezer dan ook nog meer kan verliezen als hij appèl instelt.¹⁵

7 Wat zijn de alternatieven voor kwaliteitsbewaking door rechtsmiddelen?

Wat zijn de alternatieven voor besteding van middelen aan hoger beroep? Zou de rechtspraak als geheel het misschien beter doen wanneer de middelen gestoken in hoger beroep zouden worden besteed aan het doen van meer zaken in eerste instantie? Nu haken mensen af, of nemen genoeg met onbevredigende schikkingen, omdat procederen te lang duurt. Wordt de capaciteit van de eerste instantie vergroot, en hangt de schaduw van een mogelijk hoger beroep niet meer over de procedure en de schikkingsonderhandelingen, dan kunnen meer zaken berecht worden en zal de kwaliteit van schikkingen wellicht toenemen: de toegang tot het recht in die zaken wordt beter.

Middelen voor kwaliteitsverbetering in individuele zaken, zoals die voor appèl en cassatie, kunnen ook op andere manieren worden ingezet. Correctie van redelijk gemakkelijk en objectief vaststelbare fouten kan wellicht ook via een eenvoudige herzieningsprocedure, in de lijn van verbetering door de eerste rechter zelf,¹⁶ maar misschien met iets meer extern toezicht, zoals in de nu in ontwikkeling zijnde klachtenregelingen voor bejegeningproblemen.

14 Zie Snijders & Wendels 1999, p. 8.

15 Behoudens de kans op een proceskostenveroordeling, die meestal laag is in verhouding tot het belang.

16 Zie art. 31 en 32 Rv.

De vraag zou ook kunnen zijn of die goede appèlrechters meer rendement zouden hebben als zij binnen de eerste instantie opleiding zouden geven. Of als zij daarbinnen de zaken zouden gaan doen die de meeste risico's op fouten opleveren en de meeste lasten wanneer fouten worden gemaakt.

8 Wat zijn de indirecte effecten van rechtsmiddelen op kwaliteit en proceslasten?

De afweging wordt anders wanneer appèl- en cassatierechtspraak indirecte effecten hebben op uitkomsten van andere zaken. Precedenten kunnen de kans op fouten in andere zaken verlagen of de proceslasten in die andere zaken verminderen. Het enkele feit dat de lagere rechter wordt gecontroleerd, zal bovendien al een kwaliteitsbevorderend effect hebben.

De omvang van de positieve uitstraling op de wijze van afdoening van andere zaken is echter onzeker. Voor hoger beroep lijkt die waarde relatief gering. In de civiele rechtspraak spelen precedenten van hoven maar een kleine rol.¹⁷ Nog meer dan cassatierechters, willen appèlrechters primair recht doen in individuele zaken. Voorts moet worden bedacht dat ook hier een vergelijking moet worden gemaakt met alternatieven. Wat zou er aan rechtseenheid en rechtsvorming kunnen gebeuren als honderd van de ongeveer tweehonderd goede civilisten die bij de appèl- en cassatierechtspraak zijn betrokken daar gericht voor worden ingezet?

9 Een keuze voor hoger beroep?

Als dit de goede vragen zijn, en dat staat natuurlijk te bezien, dan zou de conclusie dus uiteindelijk wel eens kunnen zijn dat hoger beroep in zijn huidige vorm een voor de rechtspraak erg kostbare, en een voor partijen erg belastende manier is om de kwaliteit van individuele uitspraken in eerste instantie te waarborgen. Wie nu, in een tijd van schaarse middelen en lange wachlijsten voor de civiele rechtspraak, een geschiloplossingsstelsel zou ontwerpen, probeerde het misschien anders.

¹⁷ Voor gespecialiseerde appèlcolleges ligt dit waarschijnlijk anders.