TBR 2020/44

Rechter en arbiter

Over de beperkingen van de jurist als adviseur en rechtspreker

– Mr. R.G.T. Bleeker[1]

1. Inleiding

Al ruim honderd jaar kiest de Rijksoverheid voor geschillenbeslechting in de bouw in beginsel voor arbitrage. Dezelfde keuze is ook gemaakt in de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 (naar het zich laat aanzien ook na herziening). Decentrale overheden kiezen de laatste jaren echter regelmatig voor de burgerlijke rechter. Die keuze dient, als afwijking van de UAV en UAV-GC, op basis van de Aanbestedingswet en Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit, te worden gemotiveerd. Die motiveringsplicht roept de vraag op of er geldige redenen zijn om voor geschillen over bouwcontracten de burgerlijke rechter (of een andere vorm van arbitrage of een andere vorm van geschillenbeslechting) te prefereren boven de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

Die vraag was en is natuurlijk ook relevant zonder de hiervoor bedoelde motiveringsplicht, voor iedere partij die een bouwcontract moet opstellen. En de vraag houdt sowieso iedere bouwrechtadvocaat bezig, omdat de verschillen in benadering door beide instituties voor een advocaat na een aantal jaar evident zijn en men voor die verschillen vanzelf een verklaring zoekt. Chao-Duivis betoogde in Cobouw dat bouwgeschillen beter door de Raad van Arbitrage kunnen worden beslecht dan door de rechtbank, waarbij zij er met name op wees dat "het gebrek aan technische kennis en proces van werken" bij de rechtbanken een zeker risico met zich brengt, en leidt tot inefficiëntie.[2] Dat is een belangrijke conclusie van een vooraanstaande wetenschapper met ervaring als rechter en arbiter. Tot dezelfde conclusie komen Mollema (eveneens rechter en arbiter) en Van Luik in hun bijdrage aan het vriendenboek voor Chao-Duivis.[3] Analyses van vergelijkbaar niveau met een tegenovergestelde conclusie zijn mij eigenlijk niet eens bekend.

Bij de beantwoording van de vraag kies ik in deze bijdrage iets andere invalshoeken, door mij in de eerste plaats te richten op de juridische vragen die in een geschil meestal beantwoord moeten worden en op de tweede plaats op de wijze waarop een rechtspreker tot haar of zijn oordeel komt. Deze twee aspecten hangen onderling sterk samen. De behandeling van beide aspecten leidt aan het slot tot een antwoord op de vraag of er een geldige reden is om van het arbitraal beding af te wijken.[4]

Maar eerst sta ik stil bij de oorsprong van de beide figuren, de rechter en de arbiter.

2. Arbiter

Zowel de figuur van de rechter als de arbiter stammen uit het Romeinse recht, ofschoon vormen van arbitrage in ieder geval ook al in Griekenland bestonden.[5] De oudst bekende schriftelijke Ro-

1 Rob Bleeker is advocaat bij Rozemond te Amsterdam.
2 *Cobouw*, 27 september 2018.
3 K.E. Mollema en J.S. van Luik, Wel bevoegd maar niet bekwaam, in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao en N. van Wijk-Van Gilst (red.), Eindafrekening met pepernoten, Vriendenboek Monika Chao-Duivis, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 837 e.v., waarin zij ook de ervaringen met medische tuchtrechtspraak betrekken, zie ook hierna in par. 5.
4 Aan deze vraag behoort eigenlijk de vraag vooraf te gaan hoe geschillen het best voorkomen of beslecht kunnen worden, waarbij ook andere vormen van geschilbeslechting in overweging kunnen worden genomen. Het uitgangspunt van deze bijdrage is dat uiteindelijk instituties vereist zijn die afdwingbare beslissingen nemen, en in deze bijdrage wordt de keuze beperkt tot die tussen arbitrage en de rechterlijke macht. In de preadviezen voor de NJV van 2017 over deze materie (*Afscheid van de klassieke civiele procedure*, L.M. Coenraad en P. Ingelse, p. 13-138) wordt wel deze ruimere vraag behandeld, maar opmerkelijk genoeg nauwelijks aandacht besteed aan de beide aspecten die in de onderhavige bijdrage centraal staan- behalve een plichtmatige opmerking over gebruik van andere disciplines in het familierecht, p.68.
5 Derek Roebuck, *Ancient Greek Arbitration*, The Arbitration Press, Oxford 2001

ARTIKEL

meinse wetgeving bestaat uit 12 stenen, waarvan de eerste drie procesrechtelijke regels bevatten. Op die tweede steen staat:

> quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des

hetgeen zoveel betekent als: In geval van een betwiste eis benoemt de *praetor* ofwel een *iudex* ofwel een *arbiter*.[6] Eerdere vermeldingen in Romeinse literatuur of inscripties van *iudex* of *arbiter* zijn niet bekend, zodat de geschiedenis van beide teruggaat tot dezelfde bron.[7] De bevoegdheden van *iudex* en *arbiter* zijn, zeker in deze beginfase van het Romeinse procesrecht, niet goed bekend. Het lijkt er op, dat de *iudex* aanvankelijk weinig discretionaire bevoegdheid had: hij kon vorderingen alleen toe- of afwijzen[8]. De *arbiter* daarentegen kon nuanceren in zijn beslissingen, en bepalen op welke betaling een eiser recht had. Dat is in ieder geval de situatie in de tijd van Cicero, die het verschil tussen een zaak voor een *iudex* en een *arbiter* als volgt beschrijft:

> Een procedure voor een *iudex* gaat over een bepaald bedrag; een arbitrage over een onbepaald bedrag. We verschijnen voor de *iudex* met de verwachting dat we de zaak of helemaal winnen of helemaal verliezen; we beginnen aan een arbitrage in de veronderstelling dat we noch eindigen met niks noch met alles wat we hebben gevorderd.[9]

De beslissing die de *iudex* moet geven, is gebaseerd op het uitgangspunt: als blijkt dat 50.000 sestertiën verschuldigd zijn, terwijl de beslissing van de *arbiter* moet zijn gebaseerd op het uitgangspunt: zoveel als billijker en gepaster zal blijken te

6 Ook in de volgende bepaling, over het verplaatsen van de zitting in geval van verhinderingen wordt de arbiter naast de iudex vermeld; zo ook in tabula 9 onder 3, waar de doodstraf is geregeld voor het aannemen van steekpenningen.

7 Derek Roebuck and Bruno de Loynes de Fumichon, *Roman Arbitration*, The Arbitration Press, Oxford 2004

8 Max Kaser, bearbeitet von Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 56 e.v.

9 Pro Roscius 4.10. Het verschil vloeit voort uit de rechtsvraag die de iudex alleen mat ja of nee mag beantwoorden.

zijn.[10] In die beschrijving ligt al een oordeel over de beide vormen van rechtspraak besloten. Kwesties van economische en technische aard werden door arbiters beslecht;[11] in sommige gevallen werden er dan drie benoemd. De bevoegdheid van arbiters berustte in dat laatste geval vaak op een *compromessum*, dus een overeenkomst tussen partijen.

Een andere vorm van arbitrage betrof de benoeming van een *vir bonus*, een aanduiding van de wijze waarop deze arbiter dient te beslissen, namelijk (zeggen wij nu) als goede persoon naar billijkheid.[12] Een belangrijk voorbeeld van deze categorie gaat over een geschil over oplevering, waarbij in het contract "de bepaling is opgenomen dat het werk moet worden verricht ten genoegen van de aanbesteder".[13] In dat geval wordt verondersteld dat een geschil over die beoordeling aan een *vir bonus* dient te worden voorgelegd, of althans op basis van die maatstaf moet worden beslecht.[14] Geschillen over de uitoefening van die bevoegdheid werden dus bij uitstek door een arbiter als *vir bonus* beslecht. Een andere vermelding van arbitrage gaat over schade die de aannemer veroorzaakt aan eigendommen van de opdrachtgever.[15] Daarmee staat arbitrage door de Raad van Arbitrage voor de Bouw als goede personen naar billijkheid (art. 1054 lid 3 Rv) dus in een lange traditie. Ook geschillen over de vaststelling van schade onder pachtcontracten en over grensgeschillen werden in beginsel door arbitrage beslecht[16] Kwaliteitsgeschillen, zoals over de conformiteit van olijfolie of wijn, werden in de regel door een *vir bonus* behandeld; zoals bij ons bijvoorbeeld ook gebruikelijk is in de bloembollenhandel .[17] Arbitrage door een *vir bonus* was zo gebruikelijk, dat *arbitrium boni viri* in Rome met een vaste afkorting werd aangeduid als ABV.[18] Alsof wij AGPB zouden zeggen in plaats van arbitrage door goede personen naar billijkheid.

Partijen konden in de gewone (door de *praetor* gecontroleerde) procedure binnen zekere grenzen ook een *iudex* kiezen, op basis van onder meer een *album* met namen. In een aantal gevallen konden partijen de *iudex* de bevoegdheid geven om een *arbitrium* te geven, een oordeel *ex bono et aequo*.[19] Deze combinatie van een keuze voor een *iudex* (in de regel geen jurist) en een keuze voor een *arbitrium* leidde tot een resultaat dat vergelijkbaar was met gewone arbitrage. Dat leidde ertoe dat in wetgeving op locaal en rijksniveau rechters en arbiters vaak in een adem werden genoemd, zoals in de tekst uit de twaalf tafelen uit het begin van deze paragraaf.[20]

De bevoegdheid tot keuze van een rechtspreker bestaat tegenwoordig alleen nog maar in arbitrage. Voor handelsgeschillen tussen professionele partijen met veelal gespecialiseerde advocaten, die een redelijk goed beeld hebben van de specifieke ervaring van de meeste arbiters, is dat een zeer belangrijk verschil, maar om dergelijke verschillen gaat het niet in deze bijdrage.[21]

Uit het voorgaande blijkt dat het ook in historisch perspectief bepaald niet vanzelf spreekt dat de hoofdregel is dat rechtspraak door een rechter geschiedt in plaats van door een arbiter. En nog niet: 96% van de geschillen gaat al buiten de rechtbank om, dus de hoofdregel is private geschillenbeslechting; natuurlijk niet voor straf- en bestuursrecht.[22] Bovendien zijn de karakteristieken van arbitrage in grote lijnen in twee opzichten nog steeds dezelfde als uit de begintijden: uitgangspunt voor de bevoegdheid van arbiters is overeenstemming tussen partijen; en de nadruk ligt meer op billijkheid- ondanks de wijziging van art. 1054 lid 1 Rv waarover later meer. Over het belang van die billijkheid voor

10 quantum aequius et melius sit dari, Pro Roscius 4.11. In ander verband schrijft Cicero dat hij niet alleen het uitgangspunt van arbitrage waardeert maar ook de uitdrukking daarvan in de formulering: wanneer partijen twisten (iurgant) in plaats van als vijanden strijden (litigare); De Re Publica 4.8. De nuance in de vertaling van beide begrippen is arbitrair maar voor Cicero kennelijk duidelijk: "Met *iurgum* is bedoeld een geschil tussen mensen van goede wil, met *lis* een geschil tussen vijanden".

11 Bijvoorbeeld levering van grond, Dig. 4.8.32.16, afgifte van slaven, Dig. 4.8.42, grensgeschillen, Dig. 4.8.44

12 Zie Digesten 17.2.76, Proculus en Digesten 19.2.24. In de Digesten wordt verder wel aandacht besteed aan arbitrage (boek 4.8.1-52), maar wordt de arbitrale procedure zelf nauwelijks behandeld. Onze kennis daarover komt uit epigrafisch materiaal, zie bijvoorbeeld I. Milotic, An outline of the arbitral procedure under Roman law, Forum historiae iuris 2013, http://www.forhistiur.de/zitat/1301milotic.htm>

13 Digesten 17.2.77, Paulus. Zie over deze categorie verder Roebuck en de Loynes de Fumichon, o.c. p. 46 e.v.

14 Ook is de uitleg denkbaar dat de opdrachtgever de beoordeling als *vir bonus* moet verrichten, en dat een geschil daarover door zowel *iudex* als arbiter mogelijk is, maar altijd op basis van die maatstaf, waarbij als *iudex* dan ook een *vir bonus* zal worden aangesteld. Zie Roebuck en de Loynes de Fumichon, o.c. p. 57 e.v.

15 Cato, De agri cultura, 145.3. In Nederlands vertaald door Vincent Hunink als *Goed boeren*, Atheneum Amsterdam 1996 en 2018.

16 Cato, *De agri cultura*, 149, resp. Roebuck en de Loynes de Fumichon, o.c., p. 53.

17 Cato, *De agri cultura*, 148.1, 144.2, 145.1.

18 In de verzameling afkortingen van M. Valerius Probus, De litteris singularibus fragmentum.

19 Corpus Iuris Civilis, *Instituten*, 4.6.31

20 Bijvoorbeeld in de omvangrijke verzameling van het stadje Irni in Spanje, L. Bablitz, Roman Courts and Private Arbitration, in: Paul. J. du Plessis, Clifford Ando and Kaius Tuori (red.),The Oxford Handbook of Roman Law and Society, Oxford 2016, p. 234 e.v.

21 Of andere belangrijke verschillen zoals de doorlooptijd, de rechterlijke macht (die door bezuinigingen veel te zwaar wordt getroffen) wordt ontlast. Geïnterviewde betrokkenen denken dat het ook zou helpen als rechtbanken een bouwkamer zou hebben, maar dan rijst de vraag hoe die eruit moet zien, zoals de Ondernemingskamer met experts erin, of alleen gespecialiseerde rechters? In een onderzoek van de RUN in 2012 inventariseerden onderzoekers dat de ondervraagden vonden dat er een gespecialiseerde kamer nodig was voor bouwgeschillen, vooral vanwege ontbrekende technische kennis, kennis van de gebruiken in de bouw, en van het bouwrecht (p.69). Ik heb ook nog gezocht naar een soort vergelijkend klanttevredenheidsonderzoek, maar dat heb ik niet kunnen vinden. Voor zover die vergelijking vanwege de verschillen in zaken al mogelijk is.

22 Hoofdredactioneel commentaar NRC 26 februari 2019, p. 17.

de bouwrechtspraak en de gevolgen daarvan gaan de volgende paragrafen.

3. Welke vragen moeten er in een bouwgeschil beantwoord worden?

Om te proberen te begrijpen welke kwaliteiten vereist zijn om de beste beslissingen te kunnen nemen in een bouwgeschil moet de vraag beantwoord worden waar bouwgeschillen over gaan, en welke beslissingen over welke rechtsvragen genomen moeten worden.[23]

De meeste geschillen betreffen waarschijnlijk aanspraken op bijbetaling door de aannemer. Des te groter, complexer en langduriger het werk, des te lastiger blijkt het te zijn op voorhand te bepalen welke werkzaamheden moeten worden uitgevoerd en hoeveel die werkzaamheden kosten en hoe lang dat zal duren. De geschillen gaan dan over de gebleken verschillen tussen de bij het sluiten van de overeenkomst en de werkelijke situatie tijdens of na uitvoering. Aanspraken van een opdrachtgever tot nakoming of schadevergoeding (eventueel in combinatie met ontbinding) zijn geringer in aantal. Het navolgende geldt zowel voor aanspraken van aannemer als van opdrachtgever.

3.1 Feiten

Het antwoord op iedere rechtsvraag begint met het onderzoek naar de relevante feiten. Soms verklaren advocaten daarbij plechtig: *ius in causa positum*.

Die woorden komen van een antwoord van Alfenus, een Romeinse rechtsgeleerde uit Cremona, die gevraagd was te adviseren over een casus waarin twee zwaarbeladen karren botsten op de Capitool in Rome, waarbij een slaaf verpletterd werd. De eigenaar van de slaaf vroeg advies om te kunnen beslissen tegen wie hij moest procederen. Alfenus wilde eerst precies weten welke betrokkenen zich op welke plaatsen bevonden en wat zij deden, omdat het antwoord op de aansprakelijkheidsvraag van die feiten afhankelijk was*: respondi in causa ius esse positum*.[24] Met het citaat wordt meestal bedoeld: als je de feiten goed op een rijtje zet dan volgt daar al bijna de oplossing uit.

Zowel (eerst) de advocaat als daarna de rechter of arbiter is het grootste deel van de tijd die hij aan een geschil besteedt bezig met *fact finding* en *fact checking*, wat zijn de relevante feiten, wat is de werkelijke oorzaak van het probleem? Het selecteren en rangschikken van relevante feiten is voor een jurist moeilijker dan voor een vakdeskundige, om niet te spreken van het opsporen van (of in ieder geval het informeren naar) relevante feiten die door partijen (vaak wellicht onopzettelijk) niet zijn aangevoerd.[25] Waar in geschillen het debat plaatsvindt tussen uitsluitend juristen is de kans vrij groot dat het geschil beslecht wordt op basis van een incompleet en onjuist beeld van de werkelijkheid. Dat geldt ook voor de belangrijkste juridische vragen die in een bouwgeschil aan de orde komen.

3.2 Wat is er overeengekomen; uitleg

De reden dat er een geschil is, is vaak het feit dat de tekst in het contract (inclusief toepasselijke voorwaarden) niet duidelijk genoeg is voor de omstandigheden waarin partijen verzeild zijn geraakt. Hoe een contract dan moet worden uitgelegd begint met het Haviltex-arrest van de Hoge Raad over een steekschuimsnijmachine: "Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht". [26] Men moet dus vaststellen wat de beroepsgroep in de gegeven omstandigheden had moeten begrijpen. Iemand die alleen rechten heeft gestudeerd kan dat alleen veronderstellen maar niet uit eigen wetenschap vaststellen. Vaak wordt dat door juristen opgelost met de kunstgreep van de bewijsopdracht, maar daarmee wordt het probleem alleen verplaatst of beter: teruggelegd bij partijen. Arbiters uit het vakgebied kunnen deze maatstaf veel beter en nauwkeuriger toepassen.

Voor de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst en de omvang van de verplichtingen is voorts van belang art. 6:248 lid 1 BW: de inhoud van de overeenkomst wordt ook bepaald door de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid, in objectieve zin. Een jurist kent die gewoonte zelf niet. Maar ook de redelijkheid en billijkheid zijn voor een jurist problematisch. Wat in de concrete omstandigheden van de bouwplaats redelijk en billijk is, is niet of veel lastiger te bepalen voor iemand die nooit langdurig op een bouwplaats heeft verkeerd.

23 Ik ben in de loop der jaren steeds meer beperkingen gaan zien in de mogelijkheden van juristen om die vragen goed te beantwoorden- voor zover die scepsis over de hoofdrol van de jurist hierna blijkt betreft dat steeds in de eerste plaats mijzelf.

24 Die uitleg wordt algemeen gevolgd sinds Scholten, onder meer in het Algemeen Deel; zo ook Spruit c.s. in de Nederlandse vertaling van het CIC, Dig. 9.5.2: ik heb geantwoord dat de juridische beoordeling afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Volgens Winkel moet het citaat vertaald worden als: ik heb geantwoord dat de juridische beoordeling afhankelijk is van de oorzakelijkheid; zie *AA* 1991/0785 en Smith en Kloosterhuis, *AA* 2019/0803.

25 Zie over deze kennisparadox (men weet niet wat men niet weet) Mollema en Van Luik, a.w. p.838

26 Ermes/Haviltex, HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635

ARTIKEL

3.3 Is er sprake van wanprestatie/toerekening?

Een van de hoofdvragen in de meeste geschillen betreft de vraag of de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst zijn nagekomen. Van aansprakelijkheid voor tekortkomingen is geen sprake wanneer een tekortkoming niet kan worden toegerekend aan de schuldenaar (art. 6:75 BW); en van toerekening kan geen sprake zijn wanneer de tekortkoming niet te wijten is aan schuld, of volgens wet of rechtshandeling, of op basis van verkeersopvattingen voor rekening komt van degene die tekort is geschoten . De jurist kan (afgezien van het voorgaande) wel vaststellen wat er staat in wet of overeenkomst (de rechtshandeling), maar zeker vaststelling van verkeersopvattingen over verplichtingen in het bouwproces valt buiten het bereik van de jurist. En geschillen gaan natuurlijk vaker over een dergelijke open norm dan over een duidelijke overeenkomst.

Ook bij de vraag wanneer verzuim intreedt (en bijvoorbeeld of op de juiste wijze in gebreke is gesteld) en vervolgens kan worden ontbonden speelt de redelijkheid en billijkheid inmiddels een overheersende rol, zoals de Hoge Raad onlangs heeft uitgelegd in het arrest Fraanje/Alukon.[27] Sterker nog, volgens de Hoge Raad in dat arrest, bij de vraag of een redelijke termijn is gesteld "kan mede een rol spelen of de gestelde termijn gebruikelijk is in de branche waarin partijen actief zijn". Die vraag kan eigenlijk alleen beantwoord worden door arbiters uit de branche.

3.4 Is er oorzakelijk verband?

Het feitelijk verband tussen verschillende technische gebeurtenissen tijdens een bouwproces is een kwestie van fysica of chemie en niet van recht en daarmee niet in de eerste plaats het domein van de jurist. Om oorzakelijk verband tussen gebeurtenis en schade te kunnen vaststellen moet de geschillenbeslechter bovendien kunnen inschatten of er geen andere oorzaken waren dan de aangevoerde verwijtbare handelingen (art. 6:98 BW). Dat geldt ook voor schade als gevolg van meerdere gebeurtenissen waarvoor verschillende personen verantwoordelijk zijn (artt. 6:99 en 6:101 BW). Ook hier schrijft de Hoge Raad toerekening naar redelijkheid voor, op basis van objectieve factoren.[28] Ook deze toerekening op basis van alle relevante factoren kan een jurist minder goed bepalen dat een deskundige.

3.5 Wat is de schade?

Bij de laatste stap, de begroting van de schade, verwijdert de rechter zich nog verder van juridisch houvast, omdat hij niet weet hoe schade hersteld moet worden en hoeveel dat kost. De begroting van schade moet zo nauwkeurig mogelijk geschieden, eventueel kan de schade abstract worden berekend of zelfs geschat (art. 6:97 BW).[29] Ook de hieraan verbonden causaliteitsvraag welke schade toerekenbaar is en verband houdt met de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst kan een deskundige beter beantwoorden dan de jurist.

3.6 Bouwrechtelijke bepalingen

Het geschil zal verder hoofdzakelijk specifiek bouwcontractuele bepalingen uit BW, UAV of UAV-GC betreffen, bijvoorbeeld over par. 29 lid 3 UAV voor de infra: waar mocht de aannemer redelijkerwijs op rekenen ter plaatse van het te baggeren kanaal; of gaan over de vraag of een gebrek voor de directie verborgen behoorde te zijn. Een bouwproject is een samenwerkingsvorm waarbij veel aannemers en adviseurs gedurende een bepaalde tijd intensief samenwerken en voor de uitvoering van hun eigen taak afhankelijk zijn van de anderen. Deze dimensies zijn voor een jurist niet goed zichtbaar, zelfs wanneer hij al jaren bouwrechtelijke zaken behandelt. Deze onderlinge relaties zijn gebaseerd op gebruiken en ongeschreven regels. Veel problemen ontstaan op de grensvlakken van deze taakverdeling, zoals geschillen over de waarschuwingsplicht van de aannemer, die bijna in ieder geschil opduikt. En wat mij betreft: ook voor de opdrachtgever en zijn adviseurs, want ik meen dat er wederzijdse waarschuwingsplichten zijn.[30]

De belangrijkste *juridische* vragen in het bouwrecht zijn dus vragen waarin billijkheidsoordelen en technische deskundigheid vereist zijn.

4. Samenstelling gerecht; procedure

Kortom, technische deskundigheid is in een procedure niet alleen vereist is om technische vragen te kunnen beantwoorden, maar ook om de belangrijkste juridische vragen te kunnen beantwoorden.[31] Maar het is de jurist die bepaalt welke vragen moeten worden beantwoord, en welke grondslagen in aanmerking komen, op basis van wet, overeenkomst en rechtspraak.[32] De juridisch secretaris of arbiter dient ook de goede procesorde te bewaken, voor en tijdens de zitting.

27 HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, ro 3.4.4.
28 Voor 6:98 BW: HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214 (Avi/Verweerster); toerekening van schadeposten vereist een weging van relevante gezichtspunten (zoals aard van de aansprakelijkheid, aard van de schade, voorzienbaarheid) .

29 HR 22 februari 2019 ECLI:NL:HR:2019:269.
30 Zie verder R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber en B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005, Over de problemen bij geïntegreerde contracten*, Den Haag 2016, p. 16 e.v..
31 Om deze reden zijn de mogelijkheden van *AI* in het recht ook beperkt, aldus Snijders, *TvA* 2019/1, p. 7.
32 Die vaststellingen bevatten dus ook al oordelen.

Voor een zo goed mogelijke beantwoording van de hiervoor bedoelde vragen is de praktische uitwerking van de procedure doorslaggevend. De beste resultaten kunnen worden geboekt door de gedachtewisseling tussen deskundigen en partijen tijdens een langdurige zitting over wat er feitelijk heeft plaatsgevonden. Die opzet is vruchtbaarder wanneer betrokkenen niet afzonderlijk als getuigen worden gehoord maar als informanten vrijmoedig aan het debat onder leiding van arbiters deelnemen. Bewijskwesties spelen dan in beginsel een ondergeschikte rol vanwege de vakkennis van arbiters en het vrije bewijsrecht (art. 1039 Rv). Tijdens een goed geleide zitting krijgt de kwestie perspectief en kleur door de bijdragen van scheidsgerecht, partijen en advocaten, men ziet het recht bijna tot stand komen.

Bij de gewone rechter gaat het horen van deskundigen op een nogal gekunstelde manier, waarbij wordt verondersteld dat partijen ook zonder ondervraging door deskundigen zinnig kunnen verklaren over bepaalde fragmenten van het geschil, en waarbij het deskundigenonderzoek zelf alle waarborgen mist die arbitrage geeft als de deskundige zelf arbiter is. De procedure leidt, afgezien van grote vertraging, per definitie tot een kunstmatige opsplitsing van de antwoorden op de belangrijkste rechtsvragen die hiervoor aan de orde kwamen.

5. Redelijkheid en billijkheid; oordeelsvorming

Bij de vraag hoe de hiervoor opgesomde beslispunten behandeld worden, is ook van belang hoe mensen inclusief rechters in het algemeen tot een oordeel komen, bij het afwegen van de waarde van wederzijdse argumenten en op basis van eigen veronderstellingen en opvattingen. Die argumenten van partijen hebben geen mathematische waarde, je kunt ze niet bij elkaar optellen. In een beetje geschil hebben beide partijen enkele goede en minder goede argumenten, anders was er geen geschil.

Het doorhakken van de knoop in zo'n geval wordt in de Nederlandse juridische traditie sinds Paul Scholten een "sprong" genoemd. Die sprong wordt niet gemaakt door een beslissing maar door de intuïtieve kant van ons brein, zo blijkt uit veel (neuropsychologisch) onderzoek dat de laatste jaren is gedaan, dat ook aan de orde komtin bestsellers zoals die van Swaab en de vertalingen van de Amerikaanse neuroloog Damasio en de Amerikaanse psycholoog (en Nobelprijswinnaar) Kahneman.[33]

Uit al die onderzoeken blijken twee beslissystemen naar voren te komen, door Kahneman bijvoorbeeld eenvoudig systeem 1 en systeem 2 genoemd, waarbij systeem 1 voorziet in snelle intuïtieve beslissingen en systeem 2 in bedachtzame overwegingen. Al die onderzoeken bevestigen natuurlijk oeroude veronderstellingen over het onderscheid tussen kiezen met hoofd of hart, zij het dat uit de onderzoeken blijkt dat keuzes met uitsluitend het verstand een illusie zijn.

Damasio vertelt van de Supreme Court Justice William Douglas, die een beroerte kreeg en daarna last had van anosognosia, het wegvallen van vrijwel alle emotionele capaciteiten. Sindsdien kon hij geen beslissingen meer nemen, hetgeen Damasio beschouwt als een bewijs voor de stelling dat kiezen zeker in laatste instantie intuïtief geschiedt.[34]

Het gaat hier om complexe koppelingen van aangeboren en door persoonlijke ervaring verworven sociale kennis, zegt Damasio.[35] Maar bij normatieve oordelen, de kern van het recht, speelt dat emotionele of intuïtieve proces een nog belangrijker rol. Volgens Swaab zelfs een doorslaggevende.[36] Een Nederlandse onderzoekster, Maria IJzermans, heeft veel van dat neuropsychologische onderzoek met name over rechtsvinding bestudeerd en concludeert in haar dissertatie dat de resultaten per saldo aantonen dat een rechterlijk oordeel ongeveer voor de helft rationeel en voor de helft intuïtief gevormd wordt, in een ingewikkelde samenhang.[37]

Die onderzoeken lijken de opvattingen van Scholten te bevestigen, behalve dat er niet sprake is van één sprong maar van veel meer sprongen en sprongetjes. De volgende vraag is welke gevolgen aan deze diagnose verbonden moeten worden voor rechtspraak.

Het aldus tot stand gekomen oordeel moet met logische argumenten worden gemotiveerd en ingepast in ons rationele juridische systeem, en daarmee als het ware geverifieerd, schrijft Scholten in zijn *Beschouwingen over recht* uit 1924:

> "De verantwoording kan alleen door motivering geschieden, waardoor de uitspraak in verband wordt gebracht met de factoren die gezag hebben in een bepaalde gemeenschap. In zoverre is ieder rechtsoordeel rationeel. In de verplichting tot motivering

33 Swaab, Wij zijn ons brein, Amsterdam 2010, p. 382 e.v. Damasio, *Het gelijk van Spinoza*, Amsterdam, 2003, Kahneman, *Thinking fast and slow* (Ons feilbare denken, Amsterdam 2016) en voor het belang van dat onderzoek voor het recht onder meer Van Toor, Soeharno en Smits, 'Makkelijk gedacht. Over (neuro)psychologie van oordeelsvorming door de rechter', *NJB* 2013/2616.

34 Zie Vlieger, A Ae 55 2006, p 195 e.v. en Damasio, De vergissing van Descartes. Gevoel, verstand en het menselijk brein, Amsterdam 2004.
35 Damasio, *Het gelijk van Spinoza*, p 135 e.v.
36 Swaab, *Wij zijn ons brein*, p. 383.
37 Ijzermans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel*, Den Haag 2011, p. 205, p. 246. Zie bijvoorbeeld ook Deelen, De invloed van het onbewuste van de rechter op het oordeel, *NJB* 2015 p. 356 e.v.

vindt deze zijde der rechtspraak haar volledige uitdrukking."[38]

En daarna zal de rechter of arbiter zich bewust of onbewust ook de vraag stellen "of het resultaat hem bevredigt", dus weer in intuïtieve zin.[39]

Uit het wetenschappelijke bewijs van de juiste veronderstelling van Scholten en de studies naar de relatie tussen beide processen worden verder nog nauwelijks conclusies getrokken voor de rechtspleging. Ook Vranken komt op basis van de hiervoor genoemde neuropsychologische onderzoeken in het laatste *Algemeen Deel* tot de conclusie dat intuïtie, ervaring en de persoon van de rechter van grote invloed zijn op de uitkomst van de procedure, en beschouwt dat fenomeen als een nieuw veld van onderzoek in Europa.[40] In andere disciplines is men daar aanzienlijk verder mee. In de medische wetenschap maakt het pluis/niet-pluisgevoel onderdeel uit van de diagnostische strategie. [41] Onjuiste toepassing is zelfs juridisch toetsbaar. Uitgangspunt is dat de intuïtie van een deskundige leidt tot een professionele oriëntatie in de richting van al dan niet gewenste onderzoeken. Die professionele intuïtie is natuurlijk van een geheel andere orde dan de intuitie van een vaktechnische leek, die niet is gestoeld op relevante kennis en ervaring.[42]

Dat beslissingen niet alleen op basis van argumenten werden genomen, maar ook op basis van niet rationele inzichten werd onder Romeinse advocaten al algemeen aangenomen. Aan alle advocaten werd in de eerste plaats geleerd hoe de logica werkte, wat enthymemen en epichiremen en syllogismen waren en nog veel meer soorten logische argumentaties, waarmee vergeleken de Nederlandse opleiding voor advocaten overigens volstrekt in het niet valt.[43]

Maar in de tweede plaats dienden ze te weten op welke wijze ze moesten omgaan met de niet rationele besluitvorming door de rechtspreker. De beste Romeinse advocaten, zoals Cicero en Quintilianus, geven tal van aanbevelingen. Wanneer de argumenten wederzijds in evenwicht zijn, en nog meer wanneer de wederpartij meer of betere argumenten heeft, komt het erop aan bij de rechter niet aanwezige emoties op te roepen of wel aanwezige te versterken, leerde Quintilianus zijn stagiaires.[44] Dat is geen theater, want die emoties kunnen alleen worden opgewekt en effectief gemanifesteerd wanneer de advocaat zelf geraakt was en Quintilianus stelde zeer hoge morele eisen aan de advocaat.[45] En vervolgens werkt Quintilianus uit hoe die overtuiging gerealiseerd kan worden.[46]

De rol van intuïtie is dus bepaald geen nieuwe ontdekking. Zoals zoveel in Rome gaat deze opvatting terug op Griekse wetenschap. De advocaat en hoogleraar Rechtspleging in rechtsfilosofisch perspectief Soeharno legde enkele jaren geleden uit dat de sprong van Scholten veel beter te begrijpen is tegen de achtergrond van de analyse van Aristoteles dat de rechterlijke intuïtie een combinatie is van onder meer ervaring en verworven kennis over recht en rechtvaardigheid, een mix van emoties en verstandelijkheid.[47] Het recht is niet alleen een logisch systeem van regels, maar ook een systeem dat voor concrete gevallen keuzes en beslissingen vraagt die intuïtief worden genomen, die in dat systeem worden ingepast, en die het systeem dynamisch en flexibel maken.[48] Het recht is niet alleen het domein van de rede, maar ook van het (rechts-)gevoel, de *ars aequi*, het proportionele en het passende. Wanneer dat element wordt verwaarloosd spreekt het recht niet meer aan.[49]

Het recente neuropsychologische onderzoek bevestigt nu wetenschappelijk dat de persoon van de rechter en zijn specifieke kennis en ervaring van groot belang is voor de uitkomst van een zaak.

6. Conclusie; integratie

In de eerste plaats vereisen dus niet alleen de belangrijkste technische maar ook de juridische vragen die in een procedure moeten worden beantwoord kennis van de bouwpraktijk, en dat gaat

38 Algemeen deel p. 130
39 P. 210, ook: Algemeen deel p. 130 e.v. Nieuwenhuis vertaalde het geweten van Scholten naar het maatschappelijk bewustzijn van moderne rechters, Luistert de stem naar het geweten? Leiden 2010.
40 Asser-Vranken *Algemeen Deel* ****, Deventer 2014/79-81
41 Zie bijvoorbeeld Stolper e.a., 'Hoe pluis is het niet-pluisgevoel', Huisarts en Wetenschap 2015;58(4), p. 192 e.v. en daar vermelde literatuur.
42 Zie over dergelijke intuïtie in andere vakken: C. van Bekkum, 'Intuïtie in commandovoering', Militaire spectator, januari 2019 en daar vermelde literatuur. En over ongewenste oriëntatie op intuïtie onlangs Kocken, Epidemisch vertrouwen op intuïtie versterkt huidige bubbel op de aandelenmarkt, *FD* 15 januari 2020.
43 Beter te kennen uit de werken van Cicero en Quintilianus, op hun beurt geïnspireerd door de Retorica van Aristoteles, dan uit secundaire literatuur.
44 Opleiding tot redenaar VI.2.24.
45 Opleiding tot redenaar XII.1.4
46 Ook dit aspect van de Romeinse beroepsopleiding is superieur aan de huidige Nederlandse, die op dit punt beperkt is tot advocatuurlijke anekdotiek.
47 Soeharno, Over rechterlijke intuïtie, Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie, 2005, p. 235-261. Zie voor een andere integratie van de ideeën van Scholten in moderne rechtswetenschap N. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, p. 42, Gouda 1998.
48 Sommige mensen hechten sterker aan rechtszekerheid, anderen minder, die bewegingen zijn niet alleen zichtbaar in wetenschap zoals de rechtsgeschiedenis maar ook in de geschiedenis van het christendom, van de debatten van Jezus met de Farizeeën tot *Gaudete et exsultate*, de apostolische exhortatie van de paus uit 2018. Daarin waarschuwt Franciscus onder meer voor de valstrik van de *gnose*, het herleiden van het christelijk geloof tot een gesofisticeerd kennissysteem.
49 Aldus de Tilburgse hoogleraar Wim Voermans in een interview naar aanleiding van zijn boek *Het verhaal van de Grondwet*, NRC 12 september 2019.

met een interdisciplinair tribunaal beter dan met de scheiding van deze vragen zoals de procedure bij de rechtbank die vereist.

In zijn eerder genoemde boek behandelt Scholten ook de vraag wat recht en billijkheid is. Om dat onverantwoord kort samen te vatten (maar inclusief de mooiste uitspraak over het recht van Aristoteles) "de materie van het menselijk handelen laat zich nu eenmaal niet vatten in algemene bepalingen", zodat de billijkheid in een specifiek geval van groter gewicht is dan de geschreven algemene regels: de mens is niet slim genoeg om een sluitend rechtvaardig systeem van regels te bouwen en moet een voorbehoud maken voor concrete gevallen.[50] Scholten gaat ervan uit dat de mens hoe dan ook een billijkheidsoordeel velt. Over arbiters zegt hij: "De grondslag zelve van ieder recht, de billijkheid, moet de grondslag van de rechtspraak van scheidslieden zijn. Zij mogen trachten haar zelve te grijpen", hetgeen net als de sprong wat al te plastisch is misschien.[51] In dezelfde overtuiging heeft Meijers het Burgerlijk Wetboek ontworpen, waarin de redelijkheid en billijkheid in alle cruciale bepalingen naar voren komt, zoals we hiervoor zagen. Vanwege die doorslaggevende rol van de billijkheid in het BW kon de wetgever onlangs bepalen dat arbiters in beginsel niet meer als goede personen naar billijkheid oordelen maar naar de regelen des rechts, want die bevoegdheid om een beslissing in laatste instantie op de redelijkheid en billijkheid te baseren kan nu aan het BW ontleend worden; bovendien inclusief handelsgebruiken (1054 lid 1en 4 Rv).

In de tweede plaats komt het oordeel van een rechter of arbiter dus maar gedeeltelijk (laten we aannemen voor de helft) tot stand op basis van logische argumenten. Voor het andere deel wordt het oordeel gevormd door intuïtieve processen, en dat is in combinatie met het overwegende belang van uit de aard der zaak vage billijkheidsnormen cruciaal. Want bij juristen zijn dergelijke intuïtieve oordelen niet of veel minder op relevante empirie gebaseerd. Er is dus een groot risico dat minder relevante vooronderstellingen en beperkte ervaring het oordeel bepalen, terwijl de intuïtie van vakdeskundigen is ontwikkeld en geschoold in decennia bouwervaring, en daarmee het juiste kader vormt voor de beoordeling van de casus in het geschil. Het is alsof de jurist zich moet vasthouden aan de relingen van het recht, zonder zich in het terrein van de billijkheid, dat zich tussen de lijnen van het recht bevindt, goed te kunnen oriënteren. Dan wordt de sprong van Scholten een sprong in het duister.

Het is niet voor niets dat bij de Raad van Arbitrage al lang geleden de gewoonte is ontstaan dat zowel een arbiter met opdrachtgeversachtergrond wordt benoemd, als een arbiter met aannemersachtergrond. Dan zijn twee perspectieven en ervaringswerelden in de beoordeling gewaarborgd, en iedere partij *weet* ook dat er in ieder geval een arbiter is die vanuit hetzelfde perspectief geneigd zal zijn te kijken. Die beide perspectieven leiden tot een beter beeld zoals je met twee ogen meer reliëf ziet dan met één.

Wanneer ik dan de vraag probeer te beantwoorden of een bouwrechtelijk geschil beter door de rechtbank kan worden beantwoord dan door arbiters moet ik na overweging van de hiervoor behandelde aspecten tot de conclusie komen dat het antwoord nee is. Wanneer de vraag in het kader van de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit beantwoord moet worden zou dat een vonnis van de rechtbank vergen. Het is allerminst een denkbeeldig scenario dat een rechtbank dan verwijst naar de Raad van Arbitrage voor de Bouw, want de meeste bouwrechtadvocaten hebben comparities meegemaakt waarin rechters die oplossing ongevraagd aan partijen voorstelden omdat zij dezelfde opvatting zijn toegedaan.

De conclusie lijkt mij dan ook onontkoombaar dat vakdeskundigen niet alleen in bouwgeschillen maar in alle handelsgeschillen een belangrijker inbreng moeten hebben, hetgeen mogelijk is in arbitrage maar helaas meestal niet in een civiele procedure.[52] Een bijkomend voordeel van zo'n opzet is de verlichting van de werkdruk van rechters en verbreding van het maatschappelijk fundament van rechtspleging, niet onbelangrijk in deze woelige tijden.[53] Maar dat zijn overwegingen ten overvloede in het kader van een bijdrage aan het *Tijdschrift voor Bouwrecht*.[54] ●

ARTIKEL

50 O.c. p. 207. Scholten vindt die overtuiging ook terug bij Celsus (*ius est ars aequi et boni;* Dig. 1.1.1) en beschouwt het als de verklaring van het ontstaan van het Engelse equity.

51 O.c.p. 198

52 Afgezien van uitzonderingen zoals bijvoorbeeld de Accountantskamer en de Ondernemingskamer

53 Deze benadering voert ook tot de conclusie dat advocaten niet per se juristen moeten zijn, al moeten ze wel voldoende van recht weten om procedurele fouten te voorkomen of procedurele mogelijkheden te benutten, maar die kennis kan ook van derden betrokken worden, zoals Romeinse advocaten deden, en in het buitenland wel gebeurt.

54 Zie daarover S.J.H. Rutten in A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao en N. van Wijk-Van Gilst (red.), *Eindafrekening met pepernoten*, Vriendenboek Monika Chao-Duivis, p. 859 e.v., Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019.