

# Procederen of schikken?

## The war puzzle

Mr. R. J. Philips\*

*Er wordt wereldwijd jaarlijks USD 150 miljard uitgegeven aan juridische procedures. In dit artikel onderzoekt de auteur waarom partijen er ondanks de hoge kosten voor kiezen zakelijke conflicten te beslechten door te procederen. Op basis van de uitkomsten bepleit hij aan de hand van een casus dat een meer kwantitatief financiële beoordeling van het nut van procederen veel procedures kan voorkomen.*

*'Always remember, however sure you are that you could easily win, that there would not be a war if the other man did not think he also had a chance.' (Churchill over de Anglo-Boerenoorlog, in: My Early Life: A Roving Commission, hoofdstuk 18 (With Buller to the Cape), p. 232)*

### 1 Inleiding

De jaarlijkse omzet van de wereldwijde juridische industrie uit procedures wordt geschat op bijna USD 150 miljard en groeit met 4% per jaar.<sup>1</sup> Ondernemingen ervaren toenemende druk van de kosten die gepaard gaan met het voeren, managen en beheersen van rechtszaken. De gemiddelde omvang van bedrijfsjuridische afdelingen neemt toe.<sup>2</sup>

De centrale vraag van dit artikel is: als procederen zo kostbaar is, waarom doen bedrijven het dan?

Deze vraag is geïnspireerd door een vraag die centraal staat in oorlogsstudies:

The central puzzle about war, and also the main reason we study it, is that wars are costly but nonetheless recur.<sup>3</sup>

Dit probleem staat ook wel bekend als 'the war puzzle'.<sup>4</sup> De relevantie van dit probleem voor civiele conflictbeslechting is gegeven in de eerste alinea. Stijgende kosten van juridische procedures zijn daarnaast niet alleen een probleem voor

ondernemingen, maar onderwerp van een breder maatschappelijk debat.

De literatuur over het probleem van groeiende proceskosten concentreert zich vaak op de financiering van het rechtssysteem en de effectiviteit van het systeem als zodanig.<sup>5</sup> Zonder iets af te doen aan de relevantie van die invalshoeken gaat dit artikel over de vraag waarom ondernemingen, gegeven de hoge kosten en het huidige systeem, er toch voor kiezen om conflicten op te lossen door middel van juridische procedures. Deze hoofdvraag is onderverdeeld in twee subvragen:

1. Wat zijn rationele motieven om juridische procedures te voeren (par. 2)?
2. Wat zijn irrationele motieven om juridische procedures te voeren (par. 3)?

Ten slotte bespreek ik op basis van de geïdentificeerde redenen voor procedures enkele mogelijke strategieën om procedures te voorkomen (par. 4).

### 2 Rationele motieven om te procederen

#### 2.1 Inleiding en aannames

In 1995 schreef James D. Fearon een invloedrijk artikel waarin hij de rationele oorzaken van oorlogen onderzoekt.<sup>6</sup> Hoewel Fearons artikel gaat over oorlogen tussen staten, bevat zijn analyse waardevolle inzichten voor een onderzoek naar de rationele verklaringen voor juridische procedures.

In deze paragraaf onderzoek ik welke rationele redenen partijen kunnen hebben om een juridische procedure te beginnen. 'Rationeel' is in deze context de keuze of uitkomst die, gegeven

\* Mr. R.J. Philips is medeoprichter en bestuurder van Redbreast, een procesfinancier in Amsterdam.

1. Market Line Global Legal Services Report (2016).

2. Norton Rose Fulbright, 2016 Litigation Trends Annual Survey. Perspectives from corporate counsel, te vinden op: [www.nortonrosefulbright.com/files/20160915-2016-litigation-trends-annual-survey-142485.pdf](http://www.nortonrosefulbright.com/files/20160915-2016-litigation-trends-annual-survey-142485.pdf).

3. J.D. Fearon, Rationalist explanations for war, International Organization (49) 1995, afl. 3, p. 379. Zie bijv. J.A. Vasquez, The war puzzle, Cambridge: Cambridge University Press 1993.

4. Zie bijv. Vasquez 1993.

5. M. Barendrecht, K. van Beek & S. Muller, Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?, HiiL Innovating Justice, te vinden op: [www.hiil.org/data/sitesmanagement/media/HiiL%20Menselijk%20en%20rechtvaardig%20Launch%203%20mei%202017%20def.pdf](http://www.hiil.org/data/sitesmanagement/media/HiiL%20Menselijk%20en%20rechtvaardig%20Launch%203%20mei%202017%20def.pdf); A. Brenninkmeijer, B. Baarsma, C. Schouten e.a., Zes suggesties voor verbetering van de toegang tot recht, NJB 2015/27, p. 1816-1820; O. Couwenberg, M.J. Schol & H.B. Winter, Toegang tot advocaten. – Een kwalitatief onderzoek naar belemmeringen in de toegang tot advocaten voor betalende particulieren en MKB-bedrijven, Faculteit Rechtsgeleerdheid en Pro Facto, Rijksuniversiteit Groningen 2009. Zie het wetsvoorstel duurzaam stelsel rechtsbijstand en de wisselende reacties in de consultatieronde van het voorstel, te vinden op: [www.internetconsultatie.nl/duurzaamstelselrechtsbijstand/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/duurzaamstelselrechtsbijstand/reacties).

6. Fearon 1995, p. 379-414. Zie ook J.S. Levy & W.R. Thompson, Causes of war, Oxford: Wiley-Blackwell 2010, p. 63-70.



de alternatieven en de juridische en economische machtsverhouding tussen partijen, in louter financieel opzicht het meest gunstig (of minst nadelig) is. Dat een uitkomst rationeel is, betekent dus niet noodzakelijkerwijs dat de uitkomst ook redelijk of eerlijk is.

Aan het onderzoek naar de rationale verklaringen voor procedures liggen drie aannames ten grondslag:<sup>7</sup>

1. Procederen is kostbaar.
2. Het voeren van een procedure is geen doel op zichzelf, maar een middel om een ander doel te bereiken.
3. De uitkomst van een procedure is voorspelbaar onvoorspelbaar. Dat wil zeggen dat er van tevoren geen zekerheid is te verkrijgen over de vraag wie de zaak zal winnen, maar dat rationele procespartijen het op basis van gelijke informatie wel eens zouden moeten kunnen worden over de mate van waarschijnlijkheid ('kans') dat de een of de ander de zaak wint of verliest en over de verwachte kosten van het procederen.

Zoals iedereen die ooit schikkingsonderhandelingen heeft gevoerd onmiddellijk zal opmerken, is de laatste aanname in de praktijk problematisch. Het gaat in dit artikel echter over wat zou gelden tussen zuiver rationeel handelende personen. De veronderstelling is dus dat zuiver rationele procespartijen en hun advocaten het eens kunnen worden over de proceskansen, mits zij over dezelfde informatie beschikken.<sup>8</sup>

Er is in dit artikel geen ruimte om overal eerst Fearons analyse van de oorzaken van oorlogen te bespreken en vervolgens na te gaan waarom en in hoeverre Fearons analyse relevant is voor de studie van de oorzaken van juridische procedures. In plaats daarvan zal ik, waar gepast en relevant, Fearons analyse direct toepassen op de vraag naar de redenen voor juridische procedures. In de noten zal ik aangeven waar de lezer het corresponderende argument van Fearon kan vinden.

In het vervolg van deze paragraaf noem ik drie rationale verklaringen voor juridische procedures (par. 2.2 t/m 2.5).

### 2.2 *Ondeelbaarheid van het onderwerp van conflict*

Als het onderwerp van het geschil ondeelbaar is ('alles of niets'), dan verkleint dat het aantal mogelijke schikkingen aanzienlijk en zal een juridische procedure eerder een rationele optie zijn.<sup>9</sup> Bij commerciële geschillen zal deze situatie zich niet vaak voordoen omdat het conflict meestal betrekking heeft op geld of op geld waardeerbare goederen of prestaties. In dat geval kan in het kader van een schikking, tenminste in theorie, altijd elke gewenste verdeling worden bereikt door het verrichten van (tegen)prestaties, door betalingen of anderszins

(*side payments*), aan de partij die het als ondeelbaar beschouwde object prijsgeeft.

Als een verdeling door *side payments* tot de mogelijkheden behoort, dan biedt de ondeelbaarheid van het onderwerp van conflict geen rationele verklaring voor het starten van een juridische procedure. Fearon wijst erop dat het onderwerp van conflict strikt genomen deelbaar kan zijn, maar door partijen toch als ondeelbaar kan worden ervaren. Men kan zich dat in ondernemingsrechtelijke geschillen ook voorstellen, bijvoorbeeld bij conflicten over de zeggenschap in een (familie)bedrijf. Hoewel de waarde van zeggenschap in beginsel is uit te drukken in geld, zal een conflict daarover in eerste instantie aandoen als een strijd om alles of niets.<sup>10</sup>

### 2.3 *Een positieve kosten-batenanalyse maakt procederen nog niet rationeel*

Een op het eerste gezicht rationele en ook veelgehoorde verklaring voor het starten van een procedure is dat de verwachte baten opwegen tegen de verwachte kosten. Dat geldt ook voor oorlogen. Fearon schrijft hierover:

'Perhaps the most common informal rationalist explanation found in the literature is that war may occur when two states each estimate that expected benefits of fighting outweigh the expected costs.'<sup>11</sup>

Fearon toont echter aan dat het wel noodzakelijk, maar niet voldoende is voor een rationele verklaring dat de verwachte baten opwegen tegen de verwachte kosten.<sup>12</sup> Zijn argumentatie is een-op-een toepasbaar op juridische procedures en wordt hieronder aan de hand van een eenvoudige casus geïllustreerd.

#### *Casus*

A en B hebben een geschil over een betaling van EUR 100.000. Als A een juridische procedure wint, moet B EUR 100.000 aan A betalen. Als A verliest, dan is B niets verschuldigd. De kans dat A een juridische procedure wint, is 50%.

De kosten van een procedure zijn voor beide partijen EUR 25.000. Elke partij draagt haar eigen kosten (geen rechtsbijstandsverzekering of procesfinanciering) en er is geen sprake van een kostenveroordeling (*American rule*).

A en B zijn risiconutraal. Dat wil zeggen dat zij niet bereid zijn om een premie te betalen voor de zekerheid van een schikking (risicoavers), maar ook niet bereid zijn risico te nemen voor de kans op een betere uitkomst van de procedure als een schikking wordt aangeboden waarin het risico van de procedure is verdisconteerd (risicozoekend). Het is partijen met andere woorden om het even of zij 100% kans hebben op een vordering c.q. aansprakelijkheid van EUR 50.000, of 50% kans

7. Fearon 1995, p. 379-414.

8. J.C. Harsanyi, Games with incomplete information played by 'Bayesian' players. Part III, Management Science (14) 1968, p. 486-502, geciteerd in Fearon 1995, p. 392.

9. Fearon 1995, p. 381-382.

10. Ibid.

11. Fearon 1995, p. 386.

12. Fearon 1995, p. 386-390.



hebben op een vordering c.q. aansprakelijkheid van EUR 100.000.

#### *Analyse van de casus*

Als het enige criterium voor het starten van een procedure zou zijn dat de verwachte baten de verwachte kosten overtreffen, dan zou A op basis van bovenstaande uitgangspunten zonder meer een procedure moeten starten. Wanneer men de verwachte baten vermindert met de verwachte kosten leidt dat voor A immers tot een positief resultaat:  $0,5 \times 100.000 - 25.000 = \text{EUR } 25.000$ . Een analyse van de schikkingsmogelijkheden laat echter zien dat er in deze redenering een stap wordt overgeslagen.

Aangezien A's risicobereidheid neutraal is, zal A elk schikkingsaanbod van B boven EUR 25.000 verkiezen boven procederen. Het zou voor A dus irrationeel zijn om een procedure te starten als B een schikkingsvoorstel doet van EUR 26.000. De waarde van de aansprakelijkheid van B is voorafgaand aan een procedure:  $0,5 \times 100.000 + 25.000 = \text{EUR } 75.000$ . Voor B is daarom elke schikking onder EUR 75.000 rationeel te verkiezen boven een procedure.

Er blijkt voor beide partijen dus een ruime marge te zijn waarbinnen een schikking rationeel te verkiezen is boven een procedure. De schikkingsmarge in deze zaak is:  $75.000 - 25.000 = \text{EUR } 50.000$ .

Dit simpele voorbeeld laat zien dat het voor een rationele verklaring van een procedure niet voldoende is dat de verwachte baten de kosten overtreffen. Procederen is alleen rationeel als er geen mogelijke schikking is die voor elke partij meer waard is dan de verwachtingswaarde van de vordering (of aansprakelijkheid) voorafgaand aan de procedure (berekend als: de kans van slagen maal het resultaat bij succes minus de verwachte kosten). Met andere woorden, procederen is alleen rationeel als de schikkingsmarge voorafgaand aan een procedure kleiner dan of gelijk is aan 0.

Zoals de lezer misschien heeft opgemerkt, is de schikkingsmarge in het voorbeeld gelijk aan de som van de kosten van A en B. Dat is geen toeval, maar geldt voor alle scenario's waarin partijen het eens zijn over de proceskansen en de omvang van

de vordering in geval van winst, ook in systemen met een reële kostenveroordeling (*English rule*).<sup>13</sup>

Nu de aanname is dat procederen altijd kosten met zich brengt, is de conclusie dat er voorafgaand aan een procedure altijd een schikkingsmarge is waarbinnen schikken te verkiezen is boven procederen. De enkele omstandigheid dat de verwachte baten van een procedure de kosten overtreffen, is dus geen afdoende verklaring voor het starten van een juridische procedure. Als aan die voorwaarde is voldaan, moet eerst nog de vraag worden beantwoord waarom partijen er niet in slagen om een schikking te treffen.<sup>14</sup>

#### 2.4 Informatieasymmetrie

##### *Verschillende inschatting van de proceskansen en private informatie*

Een veelvoorkomende verklaring voor het feit dat partijen er niet in slagen om een schikking te bereiken, is dat partijen hun proceskansen, begrepen als de kans dat een partij gelijk krijgt van de rechter, verschillend inschatten. Met andere woorden, partijen zijn het oneens over de relatieve kracht van hun argumenten. In conflictstudies in internationale betrekkingen is deze verklaring verwoord in een veel geciteerd argument van Geoffrey Blainey: 'Wars usually begin when two nations disagree on their relative strength.'<sup>15</sup>

Het is duidelijk dat een verschillende inschatting van de proceskansen van A in het voorbeeld hierboven de schikkingsmarge verkleint en uiteindelijk negatief kan maken, waardoor procederen voor partijen rationeel wordt. In een rationele wereld kan er echter alleen onenigheid zijn over de proceskansen als een partij beschikt over informatie die relevant is voor de inschatting van de uitkomst van de zaak, waarover de andere partij niet beschikt.<sup>16</sup> Een verschillende inschatting van proceskansen vormt op zichzelf dus nog geen rationele verklaring; er moet sprake zijn van wat Fearon noemt 'private informatie' (*private information*).

13. Uitgaande van een gelijke inschatting door A en B van de winkans van A is de schikkingsmarge zonder kostenveroordeling (wiskundige notaties zo veel mogelijk uitgeschreven): (A's winkans volgens B \* A's claim + B's kosten) - (A's winkans volgens A \* A's claim - A's kosten), en is gelijk aan de schikkingsmarge bij een reële kostenveroordeling, zijnde: ((A's winkans volgens B \* A's claim + B's kosten) + (A's winkans volgens B \* A's kosten) - ((1 - A's winkans volgens B) \* B's kosten)) - ((A's winkans volgens A \* A's claim - A's kosten) + (A's winkans volgens A \* A's kosten) - ((1 - A's winkans volgens A) \* B's kosten)). Merk op dat deze vergelijking niet meer opgaat als A zijn winkansen positiever inschat dan B. Als er sprake is van een reële kostenveroordeling, wordt de schikkingsruimte sneller negatief dan wanneer er geen sprake is van kostenveroordeling, naarmate de inschatting door A en B van de winkans van A verder uit elkaar loopt. Dat komt omdat de toewijzing van een kostenveroordeling ook afhankelijk is van de kans dat A wint (of verliest).

14. Fearon 1995, p. 390.

15. G. Blainey, *The causes of war*, New York: Free Press, 1973, p. 246, geciteerd in Fearon 1995, p. 391.

16. Zie noot 7.



*Andere soorten private informatie die een impasse kunnen veroorzaken*

Het bestaan van private informatie die de proceskansen beïnvloedt, is niet de enige private informatie die een impasse kan veroorzaken in schikkingsonderhandelingen. Daarnaast spelen ook de (inschatting van de) middelen die elke partij heeft om te procederen, de geschatte kosten van een procedure, de gepercipieerde waarde van een overwinning en de risicobereidheid van de partijen een rol.<sup>17</sup>

Informatie over de verwachte kosten van een procedure is niet alleen relevant voor het maken van de kosten-batenanalyse, maar ook voor de vraag of een partij de middelen heeft om een procedure te financieren. Als een partij in beginsel de middelen heeft (of kan krijgen) om te procederen, kan het vervolgens van belang zijn om te weten hoe die middelen zijn gefinancierd. Het antwoord op de vraag of een partij de middelen heeft om te procederen én het antwoord op de vraag hoe die middelen zijn gefinancierd, kunnen van grote invloed zijn op de proces- c.q. schikkingsbereidheid van een partij. Een klein bedrijf met een (goede) rechtsbijstandsverzekering kijkt anders naar een dreigende procedure over EUR 100.000 dan een vergelijkbaar bedrijf dat de proceskosten moet financieren uit zijn werkkapitaal of een multinational die praktisch renteloos geld kan lenen op de kapitaalmarkt.

Op basis van het voorgaande ziet het complete lijstje van, mogelijk private, informatie die medebepalend is voor de schikkingsruimte er als volgt uit:

1. de proceskansen;
2. de (verwachting van de) middelen die elke partij heeft (of niet heeft) om te procederen en hoe deze middelen zijn gefinancierd;
3. de kosten van een procedure;
4. de waarde van een overwinning (denk hierbij aan het verhaalsrisico, maar ook aan de bijzondere waarde die een overwinning of verlies kan hebben voor een partij, zoals reputatie-effecten en precedentwerking); en
5. de risicobereidheid van partijen.

Het bestaan van private informatie ten aanzien van een van de bovengenoemde elementen kan leiden tot een rationeel besluit van een partij om een inefficiënte procedure te starten.

*Motieven om informatie achter te houden of te verdraaien*

Fearon betoogt dat het bestaan van private informatie op zichzelf nog geen rationele verklaring biedt voor het fenomeen van inefficiënte oorlogen. Niets staat staten immers in de weg om in het kader van onderhandelingen relevante private informatie uit te wisselen. Staten hebben daar in beginsel ook belang bij omdat zij door de uitwisseling van informatie de schikkingsruimte in kaart kunnen brengen en de kosten van een oorlog kunnen vermijden.<sup>18</sup>

17. Fearon 1995, p. 393-395.

18. Fearon 1995, p. 391-393.

Er ontstaat dus pas een probleem als partijen er belang bij hebben om private informatie achter te houden of te verdraaien. Een hiermee samenhangend probleem is de interpretatie door de ontvanger van private informatie die afkomstig is van een partij waarvan bekend is dat zij er belang bij heeft om informatie verkeerd weer te geven.<sup>19</sup>

Dat landen gissen naar elkaars bereidheid en vermogen om een oorlog te beginnen, kunnen wij op dit moment dagelijks in de krant lezen als het over Noord-Korea gaat. De situatie met Noord-Korea laat ook goed zien dat de signalen die landen afgeven over hun bereidheid en vermogen om oorlog te voeren niet eenduidig zijn, althans niet eenduidig worden geïnterpreteerd.

Bij dreigende juridische procedures spelen vergelijkbare communicatieproblemen. Neem opnieuw de casus van A en B. Stel dat A aan B een brief stuurt waarin hij betaling van EUR 100.000 vordert. A en B schatten de kans dat A een eventuele rechtszaak zal winnen beiden in op 50%, maar B weet niet of A bereid en in staat is om hierover te procederen. B schat de kans dat A een procedure start als B niet betaalt op 50%. Als A niet bereid of in staat blijkt te zijn om te procederen, hoeft B niets te betalen. Dit heeft een significant effect op de verwachtingswaarde van de aansprakelijkheid van B en dus op zijn bereidheid om te schikken. In tabel 1 zijn de scenario's voor B weergegeven.

In het oorspronkelijke voorbeeld, waarin wij ervan uitgingen dat bij gebreke van een schikking sowieso een procedure zou volgen, was de schikkingsdrempel voor B nog EUR 75.000. Dit laat zien dat de schikkingsruimte afneemt naarmate de twijfels van B over A's vermogen om te procederen toenemen. Het laat ook zien waarom het rationeel is voor B om de bereidheid van A om te procederen te testen. Als A niet bereid blijkt om te procederen, hoeft B immers helemaal niets te betalen.

B zou natuurlijk simpelweg aan A kunnen vragen of hij echt gaat procederen als er niet wordt geschikt, maar die vraag wekt vermoedelijk alleen maar agressie op, terwijl het antwoord al bekend is. Ongeacht de daadwerkelijke bereidheid en het vermogen van A om te procederen, zal A aan B meedelen dat hij bereid en in staat is om te procederen. Immers, als A in werkelijkheid niet bereid of in staat is om te procederen, heeft hij er geen belang bij om daar eerlijk over te zijn tegen B.

De verlaging van het bedrag waaronder B bereid zou zijn te schikken, laat ook zien dat A er belang bij heeft om zijn woorden kracht bij te zetten door het nemen van rechtsmaatregelen, wanneer hij vermoedt dat B twijfelt aan zijn vermogen om

19. Fearon 1995, p. 395-401. Fearon beschrijft hoe de oorzaken van de Eerste Wereldoorlog en de Japans-Russische Oorlog (1904) te herleiden zijn tot de belangen van de betrokken landen om private informatie achter te houden of te verdraaien.



Tabel 1 De scenario's voor B

Scenario	Kans	Kosten	Veroordeling	Verwachtingswaarde aansprakelijkheid
A start geen procedure	50%	EUR 0	EUR 0	EUR 0
A start een procedure en verliest	25%	EUR 25.000	EUR 0	EUR 25.000
A start een procedure en wint	25%	EUR 25.000	EUR 100.000	EUR 125.000
Schikkingsdrempel B $((0,5 \times 0) + (0,25 \times 25.000) + (0,25 \times 125.000))$				EUR 37.500

te procederen. Ondertussen verkleinen de kosten van al deze 'communicatie' de schikkingsmarge.

Het is kortom niet moeilijk voor te stellen hoe het conflict tussen A en B eindigt in een procedure, ondanks het feit dat A en B eigenlijk niet willen procederen en bij elke stap een rationele afweging maken. Het punt is dat A, om B ervan te overtuigen dat het menens is, acties moet nemen die het risico in zich dragen dat het tot een procedure komt. In de woorden van Fearon:

'(...) a rational state may choose to run a real risk of (inefficient) war in order to signal that it will fight if not given a good deal in bargaining.'

### 2.5 Commitment problems

Naast de ondeelbaarheid van het onderwerp van conflict en het belang van partijen om private informatie niet of verdraaid te communiceren, bespreekt Fearon nog een derde mogelijke rationele verklaring voor oorlog: *commitment problems*. *Commitment problems* doen zich voor als er gerede twijfels zijn over de vraag of een partij een mogelijke schikking zal nakomen. Dit doet zich bij uitstek in internationale betrekkingen voor, omdat er geen rechter is bij wie nakoming van de schikking kan worden gevorderd.<sup>20</sup>

Toch kunnen zich ook tussen private partijen *commitment problems* voordoen. Men denke aan geschillen tussen partijen die zijn ingegeven door lange termijn commerciële machtsverhoudingen. Een bedrijf dat moet procederen om een vijandige overname van een groeiende concurrent te realiseren, zal niet snel bereid zijn een schikking te treffen, waardoor de overname op de lange baan wordt geschoven. In de toekomst kunnen de machtsverhoudingen immers gekeerd zijn.

### 3 Niet-rationele motieven om te procederen

Naast rationele motieven voor juridische procedures is er ook een drietal niet-rationele motieven te noemen (par. 3.1 t/m 3.3).

### 3.1 Cognitieve biases

In een eerder artikel in dit tijdschrift ben ik ingegaan op bepaalde cognitieve neigingen (*biases*) die ervoor zorgen dat wij, vaker dan wij ons bewust zijn, irrationele beslissingen nemen in complexe en onzekere situaties.<sup>21</sup> Ik herhaal hier alleen de belangrijkste voorbeelden van hoe cognitieve biases aan een rationele schikking in de weg zouden kunnen staan:

- de neiging om uit informatie alleen die zaken te selecteren die het oordeel of de wens van de lezer bevestigen (*selection bias, confirmation bias*);
- het overschatten van de kansen en/of opbrengsten van een zaak (*positive illusions, overconfidence*);
- het onderschatten van de tijd en kosten die met een procedure zijn gemoeid (*planning fallacy*);
- het afwijzen van een redelijke schikking omdat er nog een hele kleine kans is dat de vordering geheel wordt afgewezen, of, aan de kant van de eiser, er een hele kleine kans is dat een veel hoger bedrag wordt toegewezen (*possibility effect*); en
- een procedure doorzetten omdat er al zoveel kosten zijn gemaakt (*sunk loss bias*).

Voor een uitgebreide bespreking van deze en andere cognitieve biases die relevant zijn voor de procespraktijk en literatuurverwijzingen verwijs ik naar eerdergenoemd artikel.<sup>22</sup> Hier wil ik nog kort stilstaan bij twee andere fenomenen die aan een rationele schikking in de weg kunnen staan:

1. emoties en in het bijzonder *egocentric interpretations of fairness*;
2. Belangenconflicten.

### 3.2 Egocentric interpretations of fairness

Er is een rijkdom aan onderzoeken die bevestigen dat emoties ons beoordelingsvermogen beïnvloeden en aan rationele

20. Fearon 1995, p. 401-409.

21. R.J. Philips, Procederen of schikken? Lessen voor de procespraktijk uit *Thinking, fast and slow* van Daniel Kahneman, MvO 2016, afl. 8-9, p. 213-220.

22. Zie ook het boek zelf: D. Kahneman, *Thinking, fast and slow*, Londen: Penguin Books 2012; in 2011 gepubliceerd in de Verenigde Staten (New York: Farrar, Straus and Giroux).



besluitvorming in de weg kunnen staan.<sup>23</sup> Ik bespreek hier slechts twee – voor de vraag van dit artikel bijzonder relevante – experimenten, die betrekking hebben op hoe mensen redelijkheid ervaren in onderhandelingen. Het betreft experimenten die zijn beschreven in een artikel uit 1992 van Leigh Thompson en George Loewenstein, getiteld 'Egocentric interpretations of fairness and interpersonal conflict'.<sup>24</sup>

Aan de experimenten van Thompson en Loewenstein ligt de vraag ten grondslag die ook centraal staat in dit artikel: hoe is het mogelijk dat in conflicten waarin er potentieel een aanzienlijke ruimte bestaat voor overeenstemming en er alle gelegenheid is voor communicatie, de partijen toch in een impasse en kostbare conflicten belanden?<sup>25</sup>

Het is een bekend gegeven uit de gedragspsychologie dat het oordeel van mensen over de redelijkheid van een bepaalde uitkomst sterk wordt beïnvloed door hun perceptie van de uitkomst voor anderen. Wanneer men de indruk heeft dat men zelf meer heeft moeten 'inleveren' dan de anderen, dan wordt dat als onredelijk of oneerlijk ervaren.<sup>26</sup>

Voor de beantwoording van de vraag wat als een redelijke uitkomst van schikkingsonderhandelingen wordt ervaren, is dus van belang hoe de uitkomst voor de andere partij wordt gewogen ten opzichte van het eigen resultaat. *Egocentric interpretations of fairness* combineert dit gegeven over de perceptie van redelijkheid met een andere reeks bevindingen uit de gedragspsychologie, waaruit blijkt dat mensen geneigd zijn hun eigen contributie aan een project over te waarderen. Zo overstijgt de som van de inschattingen van echtelieden van hun bijdragen aan de huishoudelijke taken in de regel 100%.

De hypothese van *egocentric interpretations of fairness* kan als volgt worden samengevat. Partijen overwaarderden hun eigen bijdrage aan een schikking en onderwaarderden de bijdrage van de ander bij de beoordeling van wat een redelijke uitkomst is. Zo kan het gebeuren dat partijen die acht slaan op elkaars belangen, en 'eerlijk delen' tot uitgangspunt nemen van hun onderhandelingen, toch niet tot overeenstemming komen omdat eenieders perceptie van een eerlijke uitkomst onbewust neigt naar zijn eigen positie en belangen.<sup>27</sup>

23. Zie voor een goed overzicht van relevant onderzoek op dit terrein: J.S. Lerner, Y. Li, P. Valdesolo & K.S. Kassam, *Emotion and decision making*, *Annual Review of Psychology* (66) 2015, afl. 33, p. 1-25.

24. L. Thompson & G. Loewenstein, *Egocentric interpretations of fairness and interpersonal conflict*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* (51) 1992, p. 176-197.

25. Thompson & Loewenstein 1992, p. 177.

26. Hoewel een redelijke uitkomst in de hier bedoelde zin vaak ook rationeel zal zijn, is dat geenszins gegeven. Zo is het strikt genomen rationeel om iemand met een betwiste vordering niets te betalen als hij niet het vermogen heeft om te procederen, maar dat zal in de regel niet worden ervaren als een redelijke uitkomst in de hier bedoelde zin.

27. Thompson & Loewenstein 1992, p. 176-178.

### *De experimenten: onderhandelingen tussen werkgever en vakbond*

In beide experimenten kregen de participanten de opdracht om als werkgever en vakbond een overeenkomst uit te onderhandelen. Als zij hier niet in zouden slagen, zou een staking volgen die kostbaar was voor beide partijen. Het eerste experiment van Thompson en Loewenstein bevestigde de hypothese *egocentric interpretations of fairness*. Partijen zijn geneigd in hun beoordeling van wat een redelijke of eerlijke uitkomst van onderhandelingen is naar zichzelf en hun eigen belangen toe te redeneren.<sup>28</sup>

Dit verklaart misschien waarom advocaten zo vaak van hun cliënten te horen krijgen dat praten geen zin heeft, omdat de andere partij onredelijk is. Het geeft ook een objectieve onderbouwing voor de algemeen als wijsheid aanvaarde regel dat een advocaat zich niet te veel met de belangen van zijn cliënt moet identificeren. De advocaat moet een zekere objectiviteit bewaren, zodat hij (wel) oog houdt voor de mogelijkheid van een redelijke schikking.

Het tweede experiment van Thompson en Loewenstein onderzocht de rol van situationele complexiteit als oorzaak van *egocentric interpretations of fairness*. Hiertoe werden twee vormen van complexiteit geïntroduceerd: (1) complexiteit veroorzaakt door achtergrondinformatie over het geschil, en (2) complexiteit als gevolg van asymmetrie van de kosten van een staking, waardoor het niet bereiken van een schikking voor de ene partij kostbaarder zou uitpakken dan voor de andere partij.<sup>29</sup>

Het bleek dat elk van deze vormen van complexiteit leidde tot een grotere neiging om een redelijke uitkomst richting zichzelf en het eigen belang te interpreteren. Deze neiging was het grootst voorafgaand aan de onderhandelingen en werd afgezwakt door het onderhandelingsproces. Het bleek dat partijen zich achtergrondinformatie over het geschil selectief herinnerden in het voordeel van hun eigen positie. De omvang van de vooringenomen informatieselectie correleerde positief met de neiging om het eigen belang zwaarder te laten wegen bij het bepalen van een redelijke uitkomst.<sup>30</sup>

De experimenten van Thompson en Loewenstein laten zien dat de subjectieve beoordeling van de redelijkheid van een schikking de kans op een irrationele impasse vergroot, omdat partijen wat zij als redelijk en eerlijk beoordelen onbewust naar zichzelf en hun eigen belang toe redeneren.

### 3.3 *Belangenconflicten*

Als het belang van de persoon die beslist over de keuze om te schikken of te procederen niet gelijk gericht is met het belang van de (rechts)persoon die hij of zij vertegenwoordigt, dan kan dit ertoe bijdragen dat een zaak uitgedeed wordt, terwijl

28. Thompson & Loewenstein 1992, p. 183-184.

29. Thompson & Loewenstein 1992, p. 184-191.

30. Ibid.



een rationele schikking (vanuit het perspectief van de procespartij) voor de hand had gelegen.

Hiervan zijn talloze voorbeelden te bedenken, ik noem hier slechts enkele. Voor een werknemer in een grote ambtelijke organisatie die geconfronteerd wordt met een vordering kan het makkelijker en veiliger zijn om interne goedkeuring en budget te krijgen voor een procedure dan om te moeten verantwoorden waarom hij of zij een zaak naar eigen inzicht voor een bepaald bedrag heeft geschikt. Andere voorbeelden zijn weinig kansrijke procedures die worden gevoerd op basis van een toevoeging, een rechtsbijstandsverzekering, of, in geval van faillissement, op kosten van de boedel.<sup>31</sup> In al deze gevallen kan het overigens voor de geconflicteerde vertegenwoordiger wel rationeel zijn om het op een procedure te laten aankomen, maar bezien vanuit de vertegenwoordigde(n) leidt het tot inefficiënte procedures die wellicht voorkomen kunnen worden.

### 3.4 Tussenconclusie rationele en niet-rationele motieven om te procederen

Uit de analyse van de rationele oorzaken van juridische procedures volgt dat het beslechten van een geschil door een juridische procedure alleen rationeel kan zijn, indien:

1. er sprake is van ondeelbaarheid van het onderwerp van geschil (par. 2.2); of
2. er sprake is van private informatie én er een rationeel motief is om die informatie verkeerd weer te geven (par. 2.4); of
3. er sprake is van *commitment problems* (par. 2.5).

Ook als er sprake is van een rationele oorzaak voor een impasse in de schikkingsonderhandelingen heeft het natuurlijk zin om te onderzoeken of er een oplossing te bedenken is voor het gepercipieerde probleem. Bij dreigende juridische procedures ligt bijvoorbeeld het delen van private informatie vaak gevoelig. Vaak is dat terecht, maar niet altijd. Als het delen of opvragen van private informatie mogelijk de sleutel is tot het bereiken van een acceptabele schikking, dan heeft het zin om de veronderstelde negatieve effecten daarvan nog eens goed te onderzoeken en te bekijken of deze niet beheersbaar te maken zijn. Hierbij zou mediation een uitkomst kunnen bieden.

Als zich geen van de bovenstaande omstandigheden voordoen of deze omstandigheden niet de oorzaak van de impasse zijn, dan is er waarschijnlijk een niet-rationele oorzaak aan het werk. In dit artikel is in dit kader een aantal relevante cognitieve biases genoemd (par. 3.1) genoemd, die leiden tot niet-rationele besluitvorming in conflictsituaties. Daarnaast zijn

*egocentric interpretations of fairness* besproken, die ertoe kunnen leiden dat partijen er niet uitkomen ondanks een oprechte poging tot redelijkheid (par. 3.2). Ten slotte zijn belangenconflicten geïdentificeerd als mogelijke oorzaak van inefficiënte procedures (par. 3.3).

Het moge duidelijk zijn dat juridische procedures niet altijd te voorkomen zijn, zelfs niet als partijen en hun adviseurs volledig rationeel zijn. Desalniettemin biedt de analyse van de motieven om te procederen een aantal aanknopingspunten waarmee de hoeveelheid inefficiënte en belastende juridische procedures aanzienlijk moet kunnen worden teruggebracht. Hieronder volgen enkele suggesties (par. 4.1 t/m 4.3).

## 4 Strategieën om een juridische procedure te voorkomen

### 4.1 Het kwantificeren van proceskansen en het waarderen van zaken met behulp van *decision analysis*

*Decision analysis* is een methode die is ontwikkeld om complexe beslissingen te analyseren en de kwaliteit van beslissingen te verbeteren. In een juridisch conflict kan *decision analysis* partijen helpen om de proceskansen, de onzekerheden en de waarde van een vordering voorafgaand aan een juridische procedure scherp in beeld te brengen. *Decision analysis* verbetert niet alleen de kwaliteit van de eigen beslissing over het voeren van een procedure of het schikken van het conflict, maar kan ook de onderhandelingen met de wederpartij faciliteren en rationaliseren. Structurele toepassing van *decision analysis* bij het opstellen van procesadviezen en het voorbereiden van schikkingsbesprekingen zou de schikkingskansen van menig juridisch conflict aanzienlijk kunnen vergroten.<sup>32</sup>

*Decision analysis* wordt onder meer gebruikt in de olie- en gasindustrie en farmaceutische industrie voor het nemen van grote investeringsbeslissingen.<sup>33</sup> De basistechnieken van deze methode zijn eenvoudig toe te passen. Ik bespreek hier twee belangrijke voordelen van *decision analysis* ten opzichte van de gebruikelijke vorm van de beoordeling van juridische procedures:

1. Het uitdrukken van kansen en risico's in percentages sluit misverstanden over de omvang van de kans of het risico dat wordt beschreven uit.
2. *Decision analysis* biedt de mogelijkheid om op een coherente en navolgbare wijze de waarde van de voorliggende alternatieven te berekenen en met elkaar te vergelijken.

31. Zie over procedures die gevoerd worden door de boedel in faillissement, S.M. van der Zwan, Maclou in toga, TvI 2014/18, J.T. Jol, Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel?, FIP 2011, afl. 3, p. 68-71, M.L.S. Kalf, De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk, in: Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 27 e.v., J.J. van Hees & A. Ourhris, Kroniek van het insolventierecht, NJB 2016/748 en R.J. Philips, Litigation funding in faillissement, TvI 2016, afl. 11, p. 80-83.

32. J. Celona, *Winning at litigation through decision analysis*, Cham: Springer International Publishing 2016. Dit is bij mijn weten het eerste boek waarin de volledige theorie van *decision analysis* wordt toegepast op de rechtspraktijk.

33. Op YouTube vertelt John Kirkland, Vice Chairman van Chevron Corporation, over de belangrijke rol die *decision analysis* speelt bij het nemen van miljardeninvesteringen: [www.youtube.com/watch?v=JRCxZA6ay3M](http://www.youtube.com/watch?v=JRCxZA6ay3M).



*Het gebruik van percentages voorkomt misverstanden over de omvang van de gecommuniceerde risico's*

Een gebruikelijk procesadvies heeft de vorm van proza. De verschillende discussiepunten worden besproken en gewogen in paragrafen die worden afgesloten met het oordeel van de advocaat over de kansen bij de rechter. Omdat dit per definitie oordelen zijn over onzekere uitkomsten, zijn advocaten grootverbruikers van termen die een (graduele) mate van onzekerheid uitdrukken, denk aan woorden als 'verdedigbaar', 'waarschijnlijk', 'onaannemelijk', 'kansrijk', 'pleitbaar', 'aanzienlijk risico', enzovoort.<sup>34</sup>

Ook al is de analyse van de advocaat inhoudelijk juist, deze wijze van adviseren is problematisch omdat het uitdrukken van onzekerheden in proza kan leiden tot misverstanden over de omvang van de onzekerheid die men tot uitdrukking probeert te brengen. Op de vraag om de kans dat 'een verdedigbaar standpunt' bij de rechter standhoudt uit te drukken in een percentage, geven advocaten antwoorden die variëren tussen de 30 en 80%.<sup>35</sup> De interpretatie van de termen is niet kantoorgebonden, maar verschilt per persoon; er lijken binnen de kantoren geen (duidelijke) afspraken te bestaan over welke woorden welke mate van (on)zekerheid uitdrukken.

Het communiceren van juridische kansen is een kerntaak van een advocaat. Als advocaten het onderling niet eens zijn over de omvang van de onzekerheden die de door hen gebruikte termen uitdrukken, hoe kunnen zij die taak dan naar behoren uitoefenen? Percentages bieden een uniforme en wetenschappelijk verantwoorde manier om een oordeel over een kans, of – nauwkeuriger uitgedrukt – een mate van waarschijnlijkheid tot uitdrukking te brengen.<sup>36</sup> Waarom maken advocaten en, in bredere zin, juristen hier niet meer gebruik van?

Het enige argument tegen het gebruik van percentages in procesadviezen waar ik mee bekend ben, is dat percentages valse zekerheid zouden geven. Dat argument volg ik niet. Het gebruik van percentages geeft een cliënt meer zekerheid over de inschatting van zijn kansen door zijn advocaat, daar is niets vals aan. Hoewel elke vorm van communicatie over kansen en onzekerheden het risico op een verkeerde interpretatie met zich brengt, wordt dat risico eerder kleiner dan groter als de onzekerheid wordt uitgedrukt in percentage in plaats van (alleen) in woorden.<sup>37</sup>

34. Dit is in de VS niet anders, zie Celona 2016, p. 19.

35. Dit betreft data uit verschillende presentaties die ik over het onderwerp heb gegeven op advocatenkantoren en bevestigt het anekdotische 'bewijs' van Celona, Celona 2016, p. 19.

36. Celona 2016, p. 19. Zie ook F. Alkemade & H. Stikkelbroeck, Een praktische uitleg van een Bayesiaanse aanpak in het strafrecht. In onderling verband en in samenhang gezien, Trema 2015, p. 290.

37. O.a. als gevolg van de *bias of confidence over doubt*, Kahneman 2012, p. 113-114 en Celona 2016, p. 13-24.

*Het vergelijken van voorliggende alternatieven met behulp van decision analysis*

Een ander voordeel van *decision analysis* is dat daarmee tot uitdrukking kan worden gebracht hoe verschillende onzekerheden zich tot elkaar verhouden en het uiteindelijke resultaat beïnvloeden.<sup>38</sup> Dit maakt het mogelijk om de alternatieven met elkaar te vergelijken en te beoordelen op hun relatieve merites (utiliteit). Dat is in feite wat ik heb gedaan in paragraaf 2.4, waar ik de utiliteit van een procedure aan de hand van een zeer eenvoudige casus heb vergeleken met de utiliteit van de mogelijke schikkingen. Hier volgt nog een illustratie aan de hand van een casus waarin meerdere onzekere factoren een rol spelen bij de bepaling of procederen opportuun is.

Stel, een advocaat heeft de volgende discussiepunten geïdentificeerd ten aanzien van een door zijn cliënt in te stellen vordering op grond van onrechtmatige daad:

1. Is de Nederlandse rechter bevoegd?<sup>39</sup>
2. Is er voldoende bewijs van de gestelde feiten?
3. Als de feiten worden vastgesteld, kwalificeren deze dan als een onrechtmatige daad?
4. Is er een causaal verband met de gestelde schade?

Omwille van de eenvoud wordt aangenomen dat, indien een onrechtmatige daad wordt vastgesteld, vaststaat dat de schade EUR 500.000 bedraagt en dat er geen verhaalsrisico is.

In tabel 2 worden de conclusies van het procesadvies weergegeven, in woorden en in percentages.

Een partij die een procesadvies ontvangt waarin alleen de conclusies in de middelste kolom zijn opgenomen, interpreteert dit vermoedelijk als een behoorlijk positief advies. Stel nu dat zijn advocaat de kosten van een procedure met een aantal slagen om de arm inschat op EUR 50.000, voor welk bedrag zou een risiconeutrale partij dan bereid zijn te schikken om het risico en de kosten van een procedure te vermijden?

De schikkingsdrempel valt op basis van de beschikbare informatie niet exact te berekenen omdat de onzekere factoren die de verwachte uitkomst bepalen niet zijn gekwantificeerd. Het blijft dus gissen voor de cliënt. In de praktijk valt men dan vaak terug op algemene vuistregels die niet per se gecorrigeerd zijn aan de inhoud van de zaak. In schikkingen is '50/50' of 'ieder de helft' een vaak gehanteerde vuistregel. In dit geval zou dat betekenen dat de eisende partij niet bereid is te schikken voor minder dan EUR 250.000. Als blijkt dat de wederpartij in het kader van een schikking niet meer dan EUR 150.000 wil betalen, laat de eiser een dagvaarding uitbrengen.

Stel nu dat het advies met de percentages tot uitgangspunt wordt genomen. De advocaat die het advies zonder percentages heeft opgesteld, heeft het waarschijnlijk niet afgesloten met

38. Celona 2016, p. 20 e.v.

39. Waarbij de aanname is dat procederen buiten Nederland geen reële optie is.



Tabel 2 De conclusies van het procesadvies

Discussiepunt	Conclusie in woorden	Conclusie in percentages
Nederlandse rechter bevoegd?	'... waarschijnlijk bevoegd'	80%
Voldoende bewijs?	'... aannemelijk dat de rechter de feiten bewezen zal achten'	80%
Onrechtmatige daad?	'... goed verdedigbaar dat er sprake is van een onrechtmatige daad'	60%
Causaal verband?	'... zeer waarschijnlijk voldoende causaal verband'	90%

de woorden '... en dus achten wij de kans groot dat uw vordering wordt afgewezen'. Toch zou dat advies correct zijn.<sup>40</sup> Om schadevergoeding toegewezen te krijgen moet de eisende partij op elk van de discussiepunten gelijk krijgen. Dat betekent dat, om de kans op schadevergoeding te berekenen, de kansen dat de cliënt gelijk krijgt op elk van de discussiepunten met elkaar moeten worden vermenigvuldigd. Dat leidt tot de volgende berekening:  $0,8 \times 0,8 \times 0,6 \times 0,9 = 0,35$ .<sup>41</sup> Er is dus een kans van 65% dat de vordering wordt afgewezen.

Dit werpt een ander beeld op wat een aanvaardbare schikking voor de eiser zou zijn. De waarde van de vordering voorafgaand aan een procedure kan nu worden berekend:  $0,35 \times 500.000 - 50.000 = \text{EUR } 125.000$ . Dat is aanzienlijk lager dan gepercipieerd op basis van het procesadvies zonder percentages. Daarbij is de vraag of de eisende partij risiconutraal blijft, nu blijkt dat de kans dat een procedure eindigt met een verlies groter is dan de kans op winst. Hoe dan ook is duidelijk dat het eerdergenoemde schikkingsaanbod van EUR 150.000 rationeel aanvaardbaar is.

Het uitdrukken van proceskansen in percentages en het berekenen van de waarde van een procedure om deze te kunnen vergelijken met mogelijke schikkingsalternatieven hebben nog een ander belangrijk voordeel. Voor de meeste bedrijven geldt dat procederen geen onderdeel uitmaakt van de normale bedrijfsvoering. Daardoor ontstaat er meer ruimte voor instinctieve reacties en biases. Het maken van een kwantitatieve, financiële analyse kan helpen om de emoties te dempen en de beslissing over het starten van een juridische procedure terug te brengen tot een investeringsbeslissing die, net als elke andere investering, moet worden genomen op basis van de financiële merites en de overige bedrijfsbelangen.

40. Als wij het er tenminste over eens zijn dat een kans van 65% 'groot' te noemen is.

41. Omwille van de eenvoud is er hier van uitgegaan dat het onafhankelijke kansen betreft, dat wil zeggen dat de uitkomst van een van de discussiepunten niet de winkans op een ander discussiepunt beïnvloedt. Zie Celona 2016, p. 347-360 voor voorbeelden van en berekeningen met verschillende mogelijke uitkomsten die andere uitkomsten beïnvloeden (*dependent probabilities*).

#### 4.2 Het belang van een realistische kosteninschatting

Niet alleen de inschatting van de proceskansen, maar ook de inschatting van de kosten van een procedure heeft directe gevolgen voor de ruimte die partijen voorafgaand aan een procedure hebben om te schikken. Ook op dit onderdeel valt in de praktijk nog veel winst te behalen.

Een te optimistische kosteninschatting heeft directe negatieve gevolgen voor de schikkingsruimte van partijen. Een advocaat die zijn cliënt in het ongewisse laat over de kosten, of een inschatting geeft die is omgeven door voorbehouden – wat in feite op hetzelfde neerkomt –, doet het niet veel beter. Een advocaat die vaag is over de kosten dwingt zijn cliënt immers om zelf een inschatting te maken van de kosten. Dat is voor de meeste cliënten niet te doen en de kans is groot dat dit ook leidt tot een te positieve inschatting.<sup>42</sup>

Overigens zal een partij die haar schikkingsdrempel nauwkeurig wil bepalen ook stil moeten staan bij haar interne kosten. Hoeveel tijd van het management en het (juridisch) personeel zal de procedure de komende jaren in beslag nemen? Zeker bij complexere procedures met een groot belang of grote aantallen kleinere procedures kunnen deze kosten significant zijn.

Er wordt wel eens geklaagd over te optimistische kosteninschattingen of het gebrek daaraan door advocaten. Kahneman raadt aan om bij het maken van kosten- en tijdsinschattingen voor complexe projecten het gemiddelde gedeclareerde bedrag in vergelijkbare zaken als uitgangspunt te nemen (*base rate*).<sup>43</sup> Het goede nieuws is dat advocatenkantoren dankzij hun nauwkeurige tijdschrijfsystemen beschikken over data waarmee zij in de toekomst betere kosteninschattingen kunnen maken. Dit idee is niet nieuw, maar nog geen algemene praktijk. Technische ontwikkelingen op dit gebied stemmen echter optimistisch. Er is software op de markt (van Nederlandse bodem) die kantoren helpt bij het eenvoudig toegankelijk en inzichtelijk maken van hun tijdschrijfdata ten behoeve van, onder meer, het maken van kosteninschattingen.<sup>44</sup> Er is een

42. Philips 2016, p. 218-219.

43. Kahneman 2012, p. 252.

44. Clockimizer, opgericht door oud-advocaat Pieter van der Hoeven.



voorhoede van advocatenkantoren die, met of zonder hulp van buitenaf, serieus werk maken van *pricing*.<sup>45</sup>

Stel dat op het kantoor van de advocaat in de voorbeeldcasus hierboven net software is geïmplementeerd waarmee, met één druk op de knop, de kosten in vergelijkbare zaken op het scherm verschijnen. Het gemiddeld totaal gedeclareerde bedrag in vergelijkbare zaken blijkt EUR 100.000, dus het dubbele van de eerdere schatting van EUR 50.000. Stel dat er, gezien de verrichtingen in de vergelijkbare zaken, geen reden is om aan te nemen dat de onderhavige procedure aanzienlijk duurder of goedkoper zal uitvallen. Dan is de schikkingsmarge van zijn cliënt opens met EUR 50.000 verruimd.

#### 4.3 *Lessen van de experimenten van Thompson en Loewenstein*

Bij de beoordeling van wat een redelijke schikkingsuitkomst van een conflict is, is het voor mensen belangrijk om de indruk te hebben dat beide partijen ongeveer evenveel hebben ingeleverd. De experimenten van Thompson en Loewenstein tonen echter aan dat mensen geneigd zijn om hun eigen bijdrage aan een schikking over te waarden en de inbreng van de wederpartij onder te waarden. Hierdoor vertonen partijen bij de beoordeling van een schikking een bias richting hun eigen positie en belangen en kan een impasse blijven bestaan ondanks het feit dat partijen streven naar een redelijke uitkomst.

Dit suggereert dat, in een geval waarin een schikkingsvoorstel niet als redelijk wordt ervaren maar mogelijk wel rationeel is, het nuttig kan zijn om te bekijken of de redelijkheid van het voorstel wellicht te veel wordt geïnterpreteerd vanuit de eigen positie en belangen (*egocentric interpretations of fairness*). Een manier om dit te bewerkstelligen is door adviseurs in te schakelen die in staat zijn hun objectiviteit te bewaren én hun cliënt met overtuigingskracht kunnen tegenspreken. Mediation zou een ander middel kunnen zijn om het effect van *egocentric interpretations of fairness* te mitigeren.

De experimenten van Thompson en Loewenstein tonen verder aan dat uitgebreide informatie-uitwisseling niet noodzakelijk de toenadering tussen partijen in de hand werkt en zelfs contraproductief kan zijn. Dat komt doordat partijen bij het verwerken van de informatie een selectiebias hebben die ertoe leidt dat zij de informatie die hun positie versterkt, onthouden en geneigd zijn informatie die hun positie verzwakt te negeren. Mediators wensen, tot frustratie van de advocaten, vaak niet meer dan een paar A4'tjes te ontvangen van partijen met een beschrijving van het geschil en hun posities. Deze benadering lijkt door de experimenten van Thompson en Loewenstein te worden ondersteund.

Uit de experimenten van Thompson en Loewenstein blijkt ten slotte dat onderhandelingen *egocentric interpretations of*

*fairness* verkleinen en daarmee de kans op een schikking vergroten. Nog een gesprek met de wederpartij organiseren kan dus zin hebben, ook – en juist – als een partij zegt dat het geen zin heeft omdat de andere partij onredelijk is.

#### 5 Conclusie

Juridische procedures zijn voorlopig de wereld nog niet uit. Desalniettemin biedt de analyse van de oorzaken van juridische procedures een aantal aanknopingspunten om de hoeveelheid inefficiënte en belastende juridische procedures te reduceren.

Op basis van een analyse die in belangrijke mate is ontleend aan een onderzoek door James Fearon naar de rationele oorzaken van oorlog, volgt dat (het voeren van) een juridische procedure alleen rationeel kan worden verklaard, indien:

1. er sprake is van ondeelbaarheid van het onderwerp van geschil; of
2. er sprake is van private informatie én er een rationeel motief is om die informatie verkeerd weer te geven; of
3. er sprake is van *commitment problems*.

Als zich geen van de bovenstaande omstandigheden voordoen of deze omstandigheden niet de oorzaak van de impasse zijn, dan is er waarschijnlijk een niet-rationele oorzaak aan het werk. Het tweede deel van dit artikel biedt richtsnoeren om die oorzaken te onderzoeken en weg te nemen. Ik heb in dat kader onder meer:

1. een pleidooi gehouden voor het uitdrukken van proceskansen in percentages en een meer kwantitatief financiële benadering van procedures door gebruik te maken van de methodes van *decision analysis*;
2. gewezen op het directe belang van realistische kosteninschattingen door advocaten voor het bepalen van de schikkingsruimte; en
3. gewezen op het risico van *egocentric interpretations of fairness* in onderhandelingen en enkele suggesties gedaan om deze bias te voorkomen.

45. Zie bijv. de Litigation Valuator van Van Benthem en Keulen en de Alternative Fee Arrangement Guide van De Brauw Blackstone Westbroek.