

P.J. van Koppen & J. ten Kate (1991) Procederen of niet? In: P.J. van Koppen & H.F.M. Crombag (red.), *De menselijke factor: Psychologie voor juristen* (pp. 69-79). Arnhem: Gouda Quint.

Procederen of niet?

P.J. van Koppen en J. ten Kate

In 1987 gaan de Verenigde Bedrijven Bredero failliet. De curator was van mening dat de voorzitters van respectievelijk de raad van bestuur en de raad van commissarissen door hun wanbeleid verantwoordelijk waren voor de ondergang van Bredero. Verliezen waren meggemoffeld en de aandeelhouders waren door deze misleiding ernstig benadeeld. De curator trachtte in onderhandelingen de voormalige bestuurders ertoe te brengen een deel van het negatieve vermogen na faillissement, 75 miljoen gulden, op zich te nemen. De ex-bestuurders waren daartoe niet bereid en de onderhandelingen leidden tot niets.

In 1989 lukt het de curator de Ondernemingskamer van het Amsterdamse Gerechtshof zich over de zaak te laten uitspreken. Het Hof was van oordeel dat Bredero in 1984 en 1985 de vooropgezette bedoeling had forse verliezen te verschuiven. Het bouwconcern had volgens het Hof gehandeld 'in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap'. Voorts sprak het Hof over wanbeleid van de vennootschap.

Na het arrest van het Hof spreekt de curator de verwachting uit dat hij met het arrest in de hand op korte termijn in onderhandelingen tot een schikking zal komen met de twee voormalige Bredero-bestuurders en dat het daarbij om een bedrag zal gaan van ettelijke miljoenen gulden.¹

Eerst wilden de ex-bestuurders niet schikken, maar na het arrest van het Hof zouden de onderhandelingen misschien wel tot resultaat kunnen leiden. Vóór het arrest van de Ondernemingskamer meenden de ex-bestuurders kennelijk dat zij een zodanige sterke positie hadden, dat zij in de onderhandelingen niet hoefden toe te geven. Na het arrest was dat anders.

Tijdens onderhandelingen in een civiel geschil staan beide partijen steeds voor de keuze: zal ik dooronderhandelen en eventueel het laatste bod van de tegenpartij accepteren of kan ik het beter op een rechterlijke beslissing laten aankomen? Men kan deze keuze ook als volgt omschrijven: Is het verstandiger om nu 100 procent zeker een gedeelte van de vordering te incasseren (c.q. betalen) of is het beter de altijd in zekere mate onvoor-

1. Voorbeeld ontleend aan L. Houben, 'Curatoren van Bredero eisen miljoenen van ex-bestuurders: Ondernemingskamer stelt bij bouwconcern wanbeleid vast.' (8 december) *De Volkskrant* 2 (1989).

spelbare beslissing van de rechter af te wachten? In dit hoofdstuk bespreken wij hoe partijen een dergelijk keuze maken.

Voor dit keuzeprobleem bestaat weliswaar een economisch rationele oplossing, maar de partijen in een civiel geschil blijken zich niet altijd volgens dat economische model te gedragen. Daarbij komt dat schikkingsonderhandelingen om twee redenen een bijzondere vorm van onderhandelingen zijn. In de eerste plaats kan één van de partijen bij schikkingsonderhandelingen — in tegenstelling tot bijvoorbeeld alledaagse onderhandelingen zoals op de markt — een beslissing door een derde, de rechter, afdwingen als de onderhandelingen spaak lopen. In de tweede plaats worden schikkingsonderhandelingen meestal gekenmerkt door de aanwezigheid van advocaten die de partijen vertegenwoordigen. De tussenkomst van deze juridische experts, die meestal kunnen bogen op ruime ervaring in schikkingsonderhandelingen, maakt deze vorm van onderhandelingen tot een bijzondere.

1. De economie van onderhandelingen

Een partij die de keuze moet maken tussen (door)onderhandelen en procederen dient het nut van beide activiteiten tegen elkaar af te wegen. Als het geschil uitsluitend om geld gaat, dient zij zich af te vragen hoeveel een civiele procedure te zijner tijd kan opbrengen en kosten en dat af te wegen tegen het batig saldo dat de onderhandelingen waarschijnlijk zullen opleveren.

Bij dit soort afwegingen staat in de economie het begrip *nut* centraal. Hoe meer geld iets opbrengt, hoe groter het nut is voor de verkrijger. Het nut van een bedrag kan echter niet gelijk gesteld worden aan het aantal gulden, omdat niet iedere gulden evenveel nut oplevert. Een bedrag van f 100 vertegenwoordigt voor een arm persoon veel meer nut dan voor een rijk persoon. Ook hoeft het nut van f 200 niet tweemaal zo groot te zijn als het nut van f 100.²

Een eiser kan tijdens onderhandelingen bijvoorbeeld kiezen tussen het accepteren van het laatste bod van de tegenpartij of het afbreken van de onderhandelingen en (verder) gaan procederen. Wat is nu het nut van procederen? Dat kan niet direct worden berekend, omdat de uitkomst van de procedure van een aantal onzekere factoren afhangt. In het algemeen hangt het nut van een civiele procedure voor de eiser af van (1) de omvang van de vordering, (2) de kans op winnen van de procedure en (3) de verwachte

2. Dit verschijnsel wordt meestal de wet van de verminderde meeropbrengst genoemd: elke gulden extra vertegenwoordigt minder nut dan elke gulden die men reeds in zijn bezit heeft.

kosten van die procedure.³ Hoewel de kosten en de omvang van de vordering bij het begin van een civiele procedure ook niet altijd vaststaan, is de meest onzekere factor van deze drie de kans op winnen. Van die kans zal een eiser een subjectieve schatting moeten maken op basis van bijvoorbeeld de kracht van zijn juridische argumenten, zijn bewijspositie, het te verwachten tegenspel van de gedaagde en de wijze waarop de rechter over deze gegevens zal beslissen.

Bij de te verwachten kosten van de procedure moet ook rekening worden gehouden met zogenaamde immateriële kosten, zoals de slapeloze nachten die een procedure met zich mee kan brengen, die immers ook, zij het negatief, nut vertegenwoordigen.⁴ Daartegenover kunnen echter immateriële opbrengsten staan, zoals de genoegdoening die verkregen wordt doordat men door de rechter in het gelijk wordt gesteld.

Als de drie genoemde factoren bekend zijn, kan berekend worden wat een procedure naar verwachting aan nut zal opleveren. Het verwachte nut van die procedure is altijd subjectief, mede doordat de berekening voor een deel is gebaseerd op subjectieve kansschattingen.⁵ Als nu de gedaagde tijdens de onderhandelingen een finaal bod doet, is de keuze, rationeel gezien, voor de eiser eenvoudig: als de gedaagde meer biedt dan het subjectief verwachte nut van de civiele procedure, komt een schikking tot stand; als de gedaagde minder biedt, breekt de eiser de onderhandelingen af en zal de rechter de beslissing moeten geven. Het bod van de gedaagde dat precies evenveel nut oplevert voor de eiser als zijn subjectief verwachte nut van procederen, wordt verder de *onderhandelingslimiet* genoemd. Voor de gedaagde kan een analoge redenering worden gevolgd: voor de gedaagde is de onderhandelingslimiet het bedrag dat de eiser uiteindelijk maximaal kan vragen om de gedaagde ervan te weerhouden de onderhandelingen af te breken en daarmee de eiser te dwingen zijn geld door middel van een rechterlijk vonnis binnen te krijgen.

Een rekenvoorbeeld kan het bovenstaande verduidelijken, waarbij voor de eenvoud ervan wordt uitgegaan dat geld direct in nut kan worden omgezet. Veronderstel dat de curator van Bredero van de ex-commissaris een bedrag vordert van f 3 miljoen. Als in dit geschil wordt geprocedeerd, zal

3. Uitgaande van de veronderstelling dat de gedaagde voldoende verhaalsmogelijkheden biedt.

4. Kosten kunnen ook zijn de verstoorde handelsrelatie tussen de partijen, wanneer het geschil niet in der minne wordt geregeld. Ook deze relationele kosten kunnen van groot gewicht zijn bij de bepaling van de keuze die de partijen moeten maken.

5. In de meest eenvoudige vorm ziet de formule er dan als volgt uit: verwacht nut procederen = $p \cdot U(V) - U(K)$, waarbij p de kans op winst voor de eiser is (uitgedrukt op een schaal tussen 0 en 1), U staat daarbij voor nut, V is de vordering en K is de som van materiële en immateriële kosten van de civiele procedure. Voor de gedaagde kan een vergelijkbare formule worden opgesteld.

de procedure waarschijnlijk langdurig zijn. De kosten waarmee de rest-BV van Bredero dan belast moet worden, worden door de curator bijvoorbeeld geschat op f 50.000. Daarnaast is het niet zeker dat de Rechtbank en eventueel het Hof in hoger beroep ook werkelijk de vordering zullen toewijzen. Met het arrest van de Ondernemingskamer heeft de curator weliswaar een sterke troef in handen, maar de uitkomst van een procedure is nooit zeker. Stel dat de curator de kans op toewijzen van de vordering schat op 60 procent. Met behulp van deze getallen kan nu de onderhandelingslimiet van de curator worden berekend: $(0,6 \times f 3.000.000) - f 50.000 = f 1.750.000$. Het is voor hem dus rationeel verantwoord, gegeven zijn subjectieve schattingen, om elk bod van de ex-commissaris te accepteren dat hoger is dan f 1.750.000.⁶

Veronderstel dat de ex-commissaris dezelfde verwachting heeft van de uitkomst van de procedure: hij schat de kans dat *hij* wint op 40 procent en ook zijn kosten worden begroot op f 50.000. Hij zal dan als onderhandelingslimiet hebben een bedrag van $((1-0,4) \times f 3.000.000) + f 50.000 = f 1.850.000$.⁷ Hij is derhalve bereid om in de onderhandelingen te gaan tot een bedrag dat hoger is dan wat de curator tenminste wil hebben. Het verschil tussen de onderhandelingslimieten van eiser en de gedaagde is de *onderhandelingsruimte*, die in dit geval — omdat beide partijen dezelfde verwachtingen hebben over de uitkomst van een civiele procedure — precies gelijk is aan de som van de kosten die eiser en gedaagde denken te moeten maken.

Uit deze formules kunnen ook enige verwachtingen worden afgeleid over de kans dat er een schikking tot stand komt. In de eerste plaats is de onderhandelingsruimte, en daarmee de kans op een schikking, afhankelijk van de verhouding van de verwachte kosten van de procedure tot de omvang van de vordering. Hoe hoger de kosten ten opzichte van de vordering, des te groter de onderhandelingsruimte van partijen. Ook de schatting van de winstkansen in een procedure zijn direct van invloed op de onderhandelingsruimte. Wanneer de eiser zijn kansen te optimistisch schat, heeft dat tot

6. De formule ziet er in het algemeen als volgt uit: $OL_{eiser} = p \cdot V - K_{eiser}$, waarbij OL staat voor de onderhandelingslimiet, p voor de kans op winnen bij de rechter en K voor de verwachte kosten. Deze formule kan nog op verscheidene punten aanzienlijk worden verfijnd. Dat is bijvoorbeeld het geval als men erin betreft dat de rechter de vordering ook gedeeltelijk kan toewijzen en dat de kosten onzeker zijn en gedeeltelijk afhangen van de rechterlijke beslissing. Zie in het algemeen hierover P.J. van Koppen, 'Justice and power in civil law negotiations.' 2(2) *Social Justice Research* 137-153 (1988); P.J. van Koppen, 'Risktaking in civil law negotiations.' 14(april) *Law and Human Behavior* 151-165 (1990); J. ten Kate, 'Schikken tijdens civielrechtelijke geschillen: Enige psychologische kanttekeningen bij het gedrag van onderhandelaars.' 10 *Recht der Werkelijkheid* 63-80 (1989).

7. De formule is $OL_{gedaagde} = (1-q)V + K_{gedaagde}$, waarbij q is de verwachte kans op winnen door de gedaagde en (1-q) dus zijn verwachtingen over de kans dat de vordering wordt toegewezen.

gevolg dat zijn onderhandelingslimiet hoger wordt, de onderhandelingsruimte kleiner wordt en derhalve de kans op een schikking afneemt.⁸ Aan de andere kant kan men de grootste schikkingskans verwachten bij zaken waarin beide partijen een te pessimistische schatting hebben van hun kansen voor de rechter.

De schatting van de winstkansen is natuurlijk een variabele die gedurende de schikkingsonderhandelingen en het verloop van de proceduree voortdurend kan veranderen. Gaandeweg zal een partij, doordat de wederpartij met zijn argumenten op tafel komt, een ander beeld kunnen krijgen van de krachtverhouding, waardoor er wellicht onderhandelingsruimte ontstaat die daarvoor niet aanwezig was. De juridische krachtpatserij, zoals die in de conclusies tijdens een procedure vorm krijgt, kan men dan ook zien als pogingen om de winstverwachtingen van de andere partij te verlagen en daardoor diens oorspronkelijke onderhandelingslimiet aan te tasten.

2. Wat doen partijen?

Het economische model dat wij hierboven bespraken, is een normatief model. Dat wil zeggen dat vooral beschreven wordt hoe men *zou moeten* beslissen. Mensen blijken zich slecht aan dit soort normatieve modellen te houden, nog afgezien van de vraag hoe reëel de (subjectieve) elementen in het model zijn. Advocaten blijken bijvoorbeeld slecht in staat hun kansen in een procedure voor de rechtbank te schatten.⁹ Voor onderhandelingen is echter niet direct relevant of advocaten hun kans te hoog of te laag schatten: bij onderhandelingen speelt immers niet de 'werkelijke' kans een rol, maar alleen de kans zoals die door de advocaat wordt waargenomen, want die kansschatting bepaalt in hoge mate hoe een partij zich in de onderhandelingen zal opstellen.

Voor veel partijen blijkt de onderhandelingslimiet niet gelijk te zijn aan het verwachte nut van procederen. Hoe dat komt, zou kunnen worden verklaard met behulp van de *prospect theorie* van Tversky en Kahneman.¹⁰ De prospect theorie voorspelt dat individuen anders beslissen bij keuzen tussen mogelijke opbrengsten (een zogenaamd *gain-frame*), dan bij keuzen tussen mogelijke verliezen (*loss-frame*). Wat het verschil tussen een *gain-frame* en

8. Als de gedaagde te optimistisch is over zijn proceskansen, zal zijn onderhandelingslimiet uiteraard juist lager worden, maar ook in dat geval wordt de onderhandelingsruimte kleiner.

9. Zie daarover M. Malsch, *Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaken*. Amsterdam: Swets & Zeitlinger (1990) (vertaling van M. Malsch, *Lawyers' predictions of judicial decisions: A study on calibration of experts*; ongepubl. diss. Leiden 1989) en haar hoofdstuk in dit boek.

10. Zie D. Kahneman & A. Tversky, 'Prospect theory: An analysis of decision under risk.' 47 *Econometrica* 263-291 (1979); en A. Tversky & D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice.' 211 *Science* 453-458 (1981).

een loss-frame teweeg brengt, kan met behulp van een voorbeeld worden duidelijk gemaakt. Aan twee groepen proefpersonen legden wij twee verschillende vragen voor. De ene vraag, vraag A, is een keuze tussen opbrengsten, de andere vraag, vraag B, is een keuze tussen verliesposten.

- A. Stelt u zich voor dat u een keuze moet maken tussen de volgende mogelijkheden:
1. Een kans van 45 procent om f 6000 te winnen
 2. Een kans van 90 procent om f 3000 te winnen
- B. Stelt u zich voor dat u een keuze moet maken tussen de volgende mogelijkheden:
1. Een kans van 45 procent om f 6000 te verliezen
 2. Een kans van 90 procent om f 3000 te verliezen

Bij elke vraag heeft alternatief 1 een even grote verwachte opbrengst (of verlies) als alternatief 2.¹¹ Vraag B is het spiegelbeeld van vraag A. Daarom zou men verwachten dat het voor de proefpersonen bij zowel vraag A als vraag B niet uitmaakt of zij alternatief 1 dan wel 2 kiezen: beide leveren een even groot verlies of een even grote winst op. De resultaten van dit onderzoek¹² wijken daarvan echter sterk af (zie tabel 1).

Tabel 1: Beslissingen in *gain-frame* en *loss-frame* (102 proefpersonen; de getallen zijn percentages).

	<i>Gain-frame</i> (Vraag A)	<i>Loss-frame</i> (Vraag B)
Veel risico (45% van f 6000)	14	87
Weinig risico (90% van f 3000)	86	13
Totaal	100	100

Wat is het verschil tussen alternatief 1 en alternatief 2 bij beide vragen? Een keuze voor alternatief 1 is een keuze die vrij veel risico inhoudt, terwijl alternatief 2 relatief weinig risico inhoudt. In een *gain-frame* blijken individuen vaker te kiezen voor het alternatief met weinig risico, terwijl zij in een *loss-frame* juist kiezen voor het alternatief met veel risico.

De verklaring die Tversky en Kahneman gaven voor dit curieuze fenomeen is de volgende. Individuen beoordelen een toekomstige situatie — zoals bijvoorbeeld de verwachte uitkomst van een civiele procedure — niet naar de hoeveelheid geld die zij uiteindelijk overhouden, maar zij denken veel

11. $0,45 \times f 6000 = 0,90 \times f 3000$

12. Zie Van Koppen (1990), op. cit. noot 6.

meer in termen van verlies of winst van geld ten opzichte van een eerder moment. Dat eerdere moment is in het algemeen de status quo op het tijdstip dat een beoordeling moet worden gemaakt. De status quo wordt echter alleen dan als referentiepunt gehanteerd, als de status quo ook als neutraal wordt beschouwd.

Wanneer wij nu veronderstellen dat de eiser in een civiele procedure de status quo als min of meer neutraal beschouwt, dan bevindt deze eiser zich tijdens schikkingsonderhandelingen in een gain-frame: hij kan kiezen uit een relatief lage, maar zekere winst via onderhandelingen en een relatief hoge, maar onzekere winst via een gunstige rechterlijke beslissing. Voor eisers zou dus verwacht kunnen worden dat hun onderhandelingslimiet over het algemeen lager is dan het verwachte nut van een rechterlijke beslissing. Zij mijden het risico van een civiele procedure en zijn daardoor tijdens onderhandelingen bereid meer toe te geven dan het economische model als rationeel voorschrijft. Voor gedaagden geldt precies het omgekeerde. De gedaagde bevindt zich in een loss-frame en is daardoor geneigd meer risico te zoeken. Daarom kan verwacht worden dat de onderhandelingslimiet van de gedaagde lager is dan het verwachte (negatieve) nut van procederen. Een gedaagde zou dan juist te weinig toegeven tijdens onderhandelingen.

Deze verwachtingen werden door ons getoetst in een aantal onderzoeken, waaraan zowel advocaten, rechtenstudenten als leken (in dit geval psychologiestudenten en een landelijke steekproef van volwassenen) meewerkten.¹³ Wij vonden echter een opmerkelijk verschijnsel. De hierboven geformuleerde verwachtingen bleken inderdaad te gelden voor de leken, maar niet voor de rechtenstudenten en de advocaten.

Wat is hier aan de hand? In het bovenstaande werd ervan uitgegaan dat zowel de eiser als de gedaagde de status quo ten tijde van de onderhandelingen hanteert als het 'neutrale' referentiepunt. Dat gaat kennelijk op voor leken, maar niet voor juristen en aankomende juristen. Men zou dus tot de conclusie kunnen komen dat de jurist de status quo tijdens de onderhandelingen niet gebruikt als referentiepunt voor de kwalificatie winst of verlies. Budescu en Weiss¹⁴ suggereren dat in situaties waarin onlangs grote veranderingen in de vermogenspositie van de individuen plaatsvonden, het

13. Zie Ten Kate (1989), op. cit. noot 6; Van Koppen (1990), op. cit. noot 6; P.J. van Koppen, H.W. Richters & J. ten Kate, *Schikken of procederen: Psychologische kanttekeningen bij de economie van civielrechtelijke geschillen*. Rotterdam: Erasmus Universiteit (rapport aangeboden aan de minister van justitie 1989), met name Hoofdstukken 6 en 11. De hier beschreven onderzoeken betroffen een simulatie van de positie van procespartijen in schikkingsonderhandelingen. De proefpersonen dienden in een bepaalde casus aan te geven waar voor hen de onderhandelingslimiet lag.

14. Zie D.V. Budescu & W. Weiss, 'Reflection of Transitive and Intransitive Preferences: A Test of Prospect Theory.' 39 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 184-202 (1987), p. 200.

referentiepunt kan afwijken van de status quo. Dat is het geval bij schikkingsonderhandelingen, waarbij het immers vaak gaat om de correctie van recente, grote veranderingen in de vermogenspositie van één van de partijen. De partijen kunnen bovendien nog op een andere wijze aankijken tegen het civiele geschil. Dat gezichtspunt houdt in dat partijen anticiperen op de mogelijke rechterlijke uitspraak. Beslissingen tijdens schikkingsonderhandelingen van een partij die meent een grote kans te hebben op een gunstige rechterlijke uitspraak zouden gezien kunnen worden als beslissingen in een gain-frame. Analooq daaraan zijn beslissingen tijdens schikkingsonderhandelingen van een partij met een kleine kans om te winnen te beschouwen als beslissingen in een loss-frame. De meest voor de hand liggende cesuur tussen een kleine en een grote kans om de procedure te winnen, is een kans van 50 procent.

Het effect van dit onderscheid tussen vermoedelijke winnaars en verliezers van een procedure op hun beslissingsgedrag in onderhandelingen, onderzochten wij bij drie groepen proefpersonen: advocaten, rechtenstudenten en leken. Uit dit onderzoek bleek dat de proefpersonen die meenden een grote kans te hebben om een procedure te winnen (dat wil zeggen groter dan 50 procent), risicomijdend gedrag vertoonden en dat proefpersonen die zichzelf een kleine kans gaven (dat wil zeggen kleiner dan 50 procent) zich juist risicozoekend opstelden.¹⁵ Dit effect werd gevonden bij advocaten, rechtenstudenten en bij leken.

Het verschil tussen vermoedelijke winnaars van een procedure en vermoedelijke verliezers heeft op de onderhandelingen een curieus effect. De vermoedelijke winnaar geeft, gezien zijn sterke positie, relatief te veel toe tijdens onderhandelingen; de vermoedelijke verliezer geeft juist, in verhouding tot zijn zwakkere positie, te weinig toe tijdens onderhandelingen. Vermoedelijke verliezers vergroten daardoor de kans dat de onderhandelingen worden afgebroken en het geschil door de rechter wordt beslecht, waarbij zij een relatief grote kans hebben om te verliezen. Vermoedelijke verliezers komen er in civiele geschillen dus niet alleen slechter vanaf omdat zij een zwakkere zaak hebben, maar ook omdat zij zichzelf in een zwakkere positie brengen door relatief veel risico te nemen.

3. Relatie advocaat en cliënt

Zoals eerder gezegd, vonden wij het—door de prospect-theorie voor-
spelde—verschil in risicogedrag tussen eisers en gedaagden wel bij leken,
maar niet bij juristen. Het gevolg van verschillen in risicogedrag tussen leken
en advocaten kan leiden tot problemen in de communicatie tussen cliënt en

15. Van Koppen (1990), op. cit. noot 6.

advocaat. Een gedaagde zal geneigd zijn meer risico te nemen dan zijn advocaat; een eiser is echter geneigd minder risico te nemen dan zijn advocaat. Dat komt doordat de cliënt in grotere mate dan de advocaat gericht is op wat hij moet gaan betalen of zal ontvangen, terwijl de advocaat in overwegende mate denkt in termen van winnen of verliezen van het geschil.

Nu lijkt het vrijwel onmogelijk om in algemene termen de relatie tussen advocaat en cliënt te beschrijven, aangezien deze relaties zeer divers kunnen zijn. Weliswaar heeft de advocaat vaak het overwicht van de expert, maar soms is bij de cliënt minstens evenveel know how aanwezig, bijvoorbeeld bij grote rechtspersonen. Het kan voorkomen dat een cliënt geheel vaart op de strategie van zijn advocaat, maar ook dat de advocaat niet veel meer is dan een tussenpersoon om de procedure te voeren.

Op een wat ander vlak ligt het door Galanter¹⁶ naar voren gebrachte onderscheid tussen verschillende soorten cliënten, namelijk *one-shotters* en *repeat-players*. One-shotters zijn personen die een enkele keer in hun leven betrokken raken bij een proces, repeat-players daarentegen zijn (rechts) personen die vaak civiele procedures voeren. Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke positie, nog afgezien van het verschil in juridische expertise die daarmee gepaard gaat, kan leiden tot verschillend beslissingsgedrag tijdens schikkingsonderhandelingen. Men kan zich bij voorbeeld voorstellen dat een doorsnee particulier, een one-shotter, die een grote vordering heeft op een andere partij, zich meer risicomijdend zal opstellen dan een repeat-player in dezelfde omstandigheden. De repeat-player kan in een procedure meer risico nemen, omdat het verlies in de ene procedure gecompenseerd kan worden door winst in andere procedures.

Tot slot mag niet worden vergeten dat cliënt en advocaat geheel verschillende belangen kunnen hebben. Hoewel de Gedragsregels voor Advocaten (1980) bepalen dat zoveel mogelijk moet worden gestreefd naar een minnelijke schikking, kan deze houding in financieel opzicht strijdig zijn met de wens om de omzet van het advocatenkantoor op peil te houden.

4. Wat doen advocaten?

Of men tijdens onderhandelingen tot resultaat komt, hangt ook af van de wijze waarop wordt onderhandeld. Daarbij gaat het vooral om de stijl van onderhandelingen van de advocaten. In de literatuur wordt daarbij in het algemeen een onderscheid gemaakt tussen een coöperatieve en een compe-

16. M. Galanter, 'Why the haves come out ahead: Speculations on the limit of legal change.' 9 *Law and Society Review* 95-160 (1974).

tatieve stijl van onderhandelen.¹⁷ De coöperatieve onderhandelaar is geneigd te streven naar een voor beide partijen bevredigende oplossing; een competitieve onderhandelaar probeert een maximaal eigen resultaat te bereiken. Deze stijlen brengen een heel scala van verschillende gedragingen met zich mee. Williams¹⁸ vroeg aan een groot aantal advocaten¹⁹ terug te denken aan een recente zaak of transactie, daarvan een beschrijving te geven en een vragenlijst te beantwoorden over de advocaat van de tegenpartij. Daarna gaven zij een oordeel over de effectiviteit van de advocaat van de tegenpartij. Williams vond op die manier dat 65 procent van de advocaten—in ieder geval in Phoenix, Arizona waar het onderzoek werd gehouden—geclassificeerd kon worden als coöperatief en 24 procent als competitief.²⁰ Coöperatieve onderhandelaars worden over het algemeen door de advocaat van de tegenpartij als effectievere onderhandelaars beoordeeld, hoewel ook effectieve competitieve onderhandelaars bleken voor te komen.

Wijzelf volgden een aantal advocaten gedurende een jaar—of zoveel korter als de onderhandelingen duurden—tijdens onderhandelingen over in totaal 156 geschillen.²¹ Vooraf vroegen wij de advocaten in welke mate zij zichzelf in het algemeen een flexibele onderhandelaar achtten. Dat oordeel bleek achteraf samen te hangen met de uitkomst van de onderhandelingen: flexibele onderhandelaars schikken vaker. Dat zou natuurlijk kunnen komen doordat flexibele coöperatieve onderhandelaars 'softies' zijn die te snel toegeven. Dat bleek echter niet het geval: flexibele onderhandelaars hebben niet een meer toegeeflijke onderhandelingslimiet dan niet-flexibele onderhandelaars. Evenmin vinden zij een ander bedrag redelijk, of proberen zij gemiddeld een beter of slechter resultaat te bereiken dan niet-flexibele onderhandelaars. Flexibele onderhandelaars zijn wel optimistischer over de kansen op een schikking; kennelijk terecht. In overeenstemming daarmee verwachten zij tevens dat de tegenpartij relatief meer zal toegeven.

17. In de literatuur worden voor deze twee stijlen ook wel de termen probleemgericht versus oplossingericht gebruikt. Zie bijvoorbeeld R. Fisher & W. Ury, *Succesvol onderhandelen: 'De Harvard aanpak'*. Utrecht: Veen (1984) (vert. van *Getting to Yes: Negotiating agreement without giving in*. Boston: Houghton Mifflin, 1981); en G.R. Williams, *Legal negotiations and settlement*. St Paul, Minn.: West (1983).

18. Zie Williams (1983), op. cit. noot 17.

19. Uit zijn gegevens kan niet worden afgeleid om hoeveel advocaten het gaat. Hij verzond 'approximately' 2000 vragenlijsten, maar hij vermeldt niet hoeveel hij er terugkreeg.

20. Het lukte hem dus niet 11 procent van de advocaten in een van deze twee categorieën onder te brengen.

21. Zie Van Koppen, Richters & Ten Kate (1989), op. cit. noot 13 en Ten Kate (1989), op. cit. noot 6.

5. Conclusie

Hierboven beschreven wij een aantal psychologische processen die van invloed kunnen zijn op het verloop van onderhandelingen. Het onderzoek laat zien dat de rol die men heeft tijdens civielrechtelijke onderhandelingen — eiser of gedaagde, vermoedelijke winnaar of vermoedelijke verliezer, advocaat of cliënt — van bepalende invloed kan zijn op de wijze waarop men zich opstelt tijdens onderhandelingen en op de mate waarin fouten gemaakt worden. Als een partij veel risico neemt, dan heeft dat op een aantal aspecten invloed. Die partij zal zich tijdens onderhandelingen harder opstellen, in ieder geval harder dan zij rationeel gezien zou moeten doen. Die partij zal ook eerder ertoe besluiten de onderhandelingen af te breken en te gaan procederen. Voor de risicomijdende partij geldt het tegenovergestelde: zij geeft tijdens onderhandelingen teveel toe, blijft te lang dooronderhandelen, terwijl een civiele procedure een hogere opbrengst zou kunnen geven.

Hierboven bespraken wij slechts een klein deel van het uitgebreide veld van onderhandelen. De belangrijkste reden daarvoor, naast de beperkte ruimte, is dat er nog bijzonder weinig onderzoek is gedaan naar onderhandelingen in civiele geschillen.²² Dat betekent niet dat over het onderhandelen op zich niet veel te melden is: naar bijvoorbeeld het onderhandelen in de pre-contractuele fase is wel veel onderzoek verricht.²³ Het onderhandelen in civiele geschillen heeft echter een aantal bijzondere kenmerken die samenhangen met het alternatief voor (mislukte) onderhandelingen. In de geschillen waarin de partijen niet tot een vergelijk komen, kan immers een rechterlijke beslissing worden afgedwongen. Advocaten dienen zich te realiseren dat zij niet alleen van hun cliënt verschillen in deskundigheid, maar ook door hun rol in het geschil. Door hun rol zijn zij geneigd minder of juist meer risico te nemen dan hun cliënt. Als advocaten hun cliënten wijzen op deze eigenaardigheden van het civiele geschil, zal dat de communicatie tussen hen en de effectiviteit van hun onderhandelingen kunnen bevorderen.

22. Buiten het onderzoek van Williams (1983), op. cit. noot 17, en ons onderzoek is het empirisch onderzoek zeer beperkt. Zie H. Genn, *Hard bargaining: Out of court settlement in personal injury actions*. Oxford: Clarendon (1987); en R.H. Mnookin & L. Kornhauser, 'Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce.' 88 *Yale Law Journal* 950-997 (1979).

23. Zie voor een overzicht H.H. Kelley & J.W. Thibaut, *Interpersonal relations: A theory of interdependence*. New York: Wiley (1978); D.G. Pruitt, *Negotiation behavior*. New York: Academic (1981); H. Raiffa, *The art and science of negotiation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1982); en J.Z. Rubin & B.R. Brown, *The social psychology of bargaining and negotiation*. New York: Academic (1975).