

J. ten Kate & P.J. van Koppen (2002) Schikken of niet.
In: P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H. Merckelbach &
H.F.M. Crombag (red.), *Het recht van binnen: Psychologie van het recht* (pp. 41-57). Deventer: Kluwer

Schikken of niet

*Jan ten Kate
Peter J. van Koppen*

Geschillen tussen twee of meer personen willen nog wel eens uitlopen op een civielrechtelijke procedure. Het geschil op zichzelf is vaak al vervelend voor de betrokkenen, maar als het komt tot een procedure voor de rechter zijn de partijen zeker niet te benijden. Niet alleen staat er dan meestal financieel veel op het spel, maar ook op het immateriële vlak zijn hun posities vaak zorgelijk: voortdurend moeten beslissingen worden genomen waarbij onzekere factoren van allerlei aard een rol spelen. Een voorbeeld om dit te verduidelijken.

In het Noorden des lands werd een paar jaar geleden aan iemand een huis verkocht. Nadat de koper al omvangrijke investeringen had gedaan, bleek dat onder de vloer een huiszwam tot ontwikkeling was gekomen die het noodzakelijk maakte alle vloerbalken te vervangen en het aangetaste metselwerk van de muren te herstellen; schade € 20.000. De koper wilde deze schade natuurlijk op de verkoper te verhalen, hij had immers niet gekregen wat hij op grond van art. 7:17 BW had mogen verwachten. De verkoper beweerde van niets te weten en te vermoeden dat de zwam door de leegstand ten gevolge van de verbouwing de kans had gekregen zich snel te ontwikkelen. Bovendien werd in het koopcontract elke aansprakelijkheid uitgesloten.

De koper kwam vervolgens te weten dat 2 jaar voor de koop in het naastgelegen pand ook huiszwam moest worden verwijderd en dat het reparatiebedrijf de burens hiervan op de hoogte had gebracht. De verkoper, toevallig een architect, kan zich alleen herinneren dat hij iemand die volgens hem om werk liep te leuren, buiten de deur had gezet. Verder was van belang dat de koper het pand voor de koop met een aannemer uitvoerig had bekeken en kennelijk niet de aanwezigheid van de zwam had kunnen constateren, evenmin als de verkoper. Zowel koper als verkoper wendden zich tot een advocaat.

Bij dit soort zaken is het lastig te bepalen hoe de rechter over de zaak zal beslissen, zeker als er geen jurisprudentie is van overeenkomstige praktijkgevallen. De onzekerheid betreft niet alleen de juridische aspecten, zoals de vraag hoe art. 7:17 BW zich verhoudt tot de exonerationclausule – waarmee de verkoper zijn aansprakelijkheid uitsluit – in het koopcontract. Het is ook kwestieus of de koper in staat zal zijn om voldoende bewijs te leveren dat de verkoper weet had van de aanwezigheid van de zwam en dus een mededelingsplicht. De eiser van de schade-

vergoeding, de koper, moet afwegen of het doorzetten van zijn eis verstandig is in het licht van de onzekere rechterlijke beslissing en de zekerheid van de kosten van zijn advocaat. En wat te doen als de verkoper zich ten langen leste bereid toont € 5.000 te restitueren? Doet de eiser er verstandig aan dat te accepteren en dus te schikken, of de procedure voort te zetten opdat er een hoger bod komt? En wat te doen als er geen beter bod komt? In dit hoofdstuk wordt hierop nader ingegaan. Aan de hand van een eenvoudig model zal de positie van procespartijen in een civielrechtelijke procedure vanuit verschillende gezichtspunten worden geanalyseerd.

De positie van procespartijen vanuit economisch gezichtspunt

Een (rechts)persoon die meent recht te hebben op iets dat een ander moet presenteren, verkeert in een lastig parket als de ander niet uit vrije wil daartoe bereid is. Deze positie is vergelijkbaar met die van de (rechts)persoon van wie – naar zijn mening ten onrechte – een bepaalde prestatie wordt gevorderd. Zij kunnen de rechter een oordeel vragen. Maar wanneer een van beide partijen, bijvoorbeeld vanwege de te verwachten kosten, een dreigende beslissing door de rechter wil ontlopen, kan worden geprobeerd om door onderhandelingen tot een schikking te komen. Deze zogenoemde schikkingsonderhandelingen hebben ondanks hun gemeenschappelijke kenmerken met andersoortige onderhandelingen, een bijzonder karakter: partijen kunnen niet naar believen en zonder verdere consequenties de onderhandelingen afbreken, zoals bijvoorbeeld op de markt.¹ De eiser kan de wederpartij dwingen kosten te maken voor zijn verdediging. De voordelen van een schikking zijn dat wederzijds kosten kunnen worden bespaard – vooral als in een vroeg stadium wordt geschikt – en dat door een schikking een overeenkomst tot stand kan komen die andere elementen bevat dan doorgaans in een rechterlijke beslissing mogelijk is. Daarbij kan worden gedacht aan de mogelijkheid om meer personen aan de overeenkomst te binden en andere kwesties bij de schikking te betrekken, waardoor een uitruil ontstaat die voor beide partijen winst oplevert.² Een dergelijke overeenkomst waaraan voor beide partijen voordelen zijn verbonden is in de praktijk overigens geen eenvoudige zaak. Om een optimaal resultaat te bereiken zouden partijen veel informatie moeten uitwisselen en ook informatie moeten prijsgeven die de wederpartij misschien in staat stelt daarvan misbruik te maken. Dat maakt onderhandelen tot een precaire aangelegenheid.

De winstkans

In de praktijk wordt het merendeel van de civielrechtelijke conflicten vroeg of laat geschikt. Het bedrag waarvoor wordt geschikt is mede afhankelijk van de

1. Tenzij natuurlijk de eiser niet verder procedeert of de gedaagde geheel aan de eis voldoet.
2. Bij Mnookin, Peppet & Tulumello (2000) – een warm voorstander van schikkingsonderhandelingen in plaats van procederen (*creating value through problem-solving negotiation*) – vindt men vele voorbeelden.

winstkans van de eiser.³ Hoe groot de kans is dat de eiser in een civiele procedure zal winnen, is natuurlijk vooraf onbekend. De partijen kunnen daarvan echter trachten een schatting te maken. Een sterke zaak levert voor de eiser in het algemeen een hoger schikkingsbedrag op dan een zwakke zaak. Vaak is de kwantificering van de winstkans echter hachelijk en laten juristen zich niet snel tot uitspraken daarover verleiden. Het gangbare taalgebruik wordt beperkt tot kwalificaties als sterk, zwak of kansloos, met als uitzondering fifty-fifty voor het geval er helemaal geen peil op te trekken valt. Toch moeten partijen zich wel een al dan niet vage voorstelling maken van de grootte van de winstkans van de eiser, omdat anders niet te beoordelen valt hoe een bepaald schikkingsaanbod, zoals in bovengenoemd voorbeeld € 5.000, moet worden gewaardeerd. In de praktijk zal men nooit precies te weten komen wat de winstkans van een bepaalde zaak is of is geweest als de rechter slechts kan kiezen tussen het geheel toewijzen van de eis of het geheel afwijzen, zoals in het vervolg van dit hoofdstuk wordt verondersteld. Afwijzing van een bepaalde eis kan namelijk ook gebeuren in een zaak waarin andere rechters, als die zaak aan hen was voorgelegd, in meerderheid de eis zouden hebben toegewezen.

Men kan eigenlijk alleen maar iets met redelijke zekerheid over de winstkans in een bepaalde zaak zeggen, als dezelfde zaak aan een groot aantal rechters zou zijn voorgelegd, die onafhankelijk van elkaar moesten beslissen. Het percentage toewijzingen zou men dan een operationalisering van de winstkans kunnen noemen. Deze werkwijze valt in de praktijk echter niet te verwezenlijken, ondanks de belangrijke rol die het begrip winstkans speelt in de opeenvolgende beslissingen om te procederen of te schikken.

Selectiehypothese

Het feit dat slechts een klein deel van de procedures eindigt met een rechterlijke beslissing heeft de aandacht getrokken in de rechtseconomische literatuur. Daarbij was vanaf het begin duidelijk dat de zaken waarover uiteindelijk door een rechter moest worden beslist, niet een afspiegeling waren van de totale 'populatie' van procedures op een bepaald gebied. Veel aandacht is uitgegaan naar de selectiehypothese van Priest en Klein.⁴ Die hypothese houdt in dat vooral zaken die dicht bij het omslagpunt liggen (decision standard) een grotere kans hebben om te worden berecht, dan zaken waarin de beslissing van de rechter op voorhand vrij zeker lijkt. De laatstgenoemde zaken zouden vaker worden beëindigd met een schikking, door het intrekken van de dagvaarding of het voldoen aan de eis. Deze selectie bewerkstelligt dat relatief meer 'onzekere en moeilijke' zaken voor de rechter worden gebracht. Ook impliceert de selectiehypothese dat

3. In vele opzichten zal in dit hoofdstuk de civielrechtelijke procedure alleen in drastisch vereenvoudigde vorm aan de orde komen. Dit betekent dat ervan wordt uitgegaan dat de vordering van de eiser, en dus ook een eventuele schikking en het rechterlijke vonnis, een bedrag in euro's betreft. Verder wordt de analyse vereenvoudigd door aan te nemen dat partijen alleen hun eigen proceskosten dragen, ook indien zij winnen en de rechter een bepaalde kostenverdeling vaststelt, aangezien de toegewezen kosten in de praktijk veelal maar een klein deel zijn van de in werkelijkheid gemaakte kosten. De analyse houdt ook geen rekening met op andere wijze gefinancierde rechtsbijstand. Verder beperkt de analyse zich, overigens zonder dat hierdoor wezenlijk andere conclusies zouden moeten worden getrokken, tot een eventuele rechterlijke beslissing die dichotoom is: de vordering wordt toegewezen of afgewezen.
4. Priest & Klein (1984).

4 Schikken of niet

voor de zaken die door de rechter worden beslist in 50% van de gevallen een tendentie bestaat de eis toe te wijzen. Deze implicatie van de selectiehypothese kan als volgt inzichtelijk worden gemaakt. Veronderstel in twee zaken, A en B, dat eisers en gedaagden een verschillende waardering hebben van de kans dat de eiser in het gelijk wordt gesteld: in zaak A respectievelijk 90% en 80% en in zaak B 55% en 45%. De kans dat zaak A wordt geschikt is groter dan in zaak B, waar het even grote verschil in de winstkans als in zaak A een veel groter effect heeft op de perceptie van de waarschijnlijkheid om te winnen.

Voor al in de Verenigde Staten is veel empirisch onderzoek verricht naar de selectiehypothese.⁵ In feite bleken er grote afwijkingen te bestaan ten opzichte van de verwachte 50% beslissingen in het voordeel van de eisers; naar gelang het rechtsgebied zowel boven als beneden de 50%. In veel gevallen zouden deze verschillen gedeeltelijk verklaard kunnen worden doordat niet aan de vooronderstellingen is voldaan die aan de hypothese van Priest en Klein ten grondslag ligt.⁶

Voorwaarden voor een schikking

Een noodzakelijke voorwaarde voor het totstandkomen van een schikking is dat uiteindelijk de eiser genoeg neemt met een bedrag dat lager is dan of gelijk aan het bedrag dat de gedaagde bereid is te betalen. Uitgaande van de homo economicus zal de eiser niet minder willen ontvangen dan hij verwacht dat een rechterlijke beslissing hem zal opbrengen. Omgekeerd zal de gedaagde niet meer willen betalen dan hij verwacht kwijt te zullen zijn bij een rechterlijke beslissing. In termen van een eenvoudig model⁷ is de minimale vraagprijs van een eiser bij een schikking gelijk aan de verwachte waarde van de rechterlijke beslissing, vermeerderd met de kosten van de schikking:

$$P_e V - K_e + S_e \tag{1}$$

hetgeen ook geschreven kan worden als:

$$P_e V - (K_e - S_e) \tag{2}$$

Hierbij staat P_e voor de schatting van de eiser dat hij door de rechter in het gelijk wordt gesteld, V voor het bedrag van de vordering en K_e en S_e respectievelijk voor de verwachte proceskosten voor de eiser en de verwachte kosten van een schikking. Evenzo is het bod van de gedaagde bij een schikking ten hoogste hetgeen hij verwacht kwijt te zijn bij een rechterlijke beslissing, verminderd met zijn kosten van de schikking:

5. S.R. Gross & Syverud (1991).

6. Zie bijvoorbeeld Kessler, Meites & Miller (1996). Het Priest-Klein-model gaat uit van een groot aantal assumpties, waaraan vaak in de praktijk niet is voldaan. Zo veronderstellen zij dat partijen gelijkwaardig zijn en over dezelfde informatie beschikken. Dat is zelden het geval, hoewel dat voor het ene rechtsgebied sterker geldt dan voor het andere.

7. Dat model wordt meestal *divergent expectation*-model genoemd. Zie Priest & Klein (1984, p. 12) en verkort weergegeven in Kessler, Meites & Miller (1996, p. 236).

$$P_g V + K_g - S_g \tag{3}$$

Hierbij staat P_g voor gedaagdes schatting van de kans dat de eiser door de rechter in het gelijk wordt gesteld en K_g en S_g respectievelijk voor de verwachte proceskosten van de gedaagde en zijn eigen schikkingskosten. Er kan alleen een schikking totstandkomen wanneer er onderhandelingsruimte is, dat wil zeggen indien de minimale vraag van de eiser kleiner dan of gelijk is aan het maximale bod van de gedaagde, dus als:

$$P_e V - K_e + S_e \leq P_g V + K_g - S_g \tag{4}$$

Deze ongelijkheid kan ook als volgt worden geschreven:⁸

$$P_e - P_g \leq \frac{K - S}{V} \tag{5}$$

waarbij $K = K_e + K_g$ en $S = S_e + S_g$. Wanneer niet aan deze ongelijkheid is voldaan, is het voor partijen rationeel om de voorkeur te geven aan een rechterlijke beslissing.

Uit de bovenstaande ongelijkheid kan een aantal conclusies worden getrokken. Aan de ongelijkheid is in elk geval voldaan indien eiser en gedaagde de kans dat de eiser wint even groot achten of indien de gedaagde de eiser een grotere winstkans toedicht dan de eiser zelf denkt te hebben.⁹ In dat geval hebben partijen bij een schikking een gezamenlijke winst te verdelen ter grootte van $(K - S)$, het bedrag waarmee de verwachte gezamenlijke proceskosten de gezamenlijke schikkingskosten overtreffen. Of partijen het ook eens worden over die verdeling van de onderhandelingsruimte is natuurlijk vers twee.

Ook indien de eiser denkt een grotere winstkans te hebben dan de gedaagde denkt dat de eiser heeft, dat wil zeggen P_e is groter dan P_g , is een schikking theoretisch nog wel mogelijk, indien de schikkingskosten relatief laag zijn ten opzichte van de te verwachten proceskosten en deze proceskosten relatief hoog zijn ten opzichte van de vordering. Deze wijsheid kent iedere praktijkjurist: het is onverstandig om voor kleine bedragen te gaan procederen.

Indien echter het verschil tussen P_e en P_g te groot wordt, is een schikking niet meer mogelijk. Een dergelijk verschil doet zich voor wanneer tenminste een van beide procespartijen te optimistisch is over zijn eigen proceskansen. Dit optimisme leidt namelijk bij de eiser tot een hogere P_e en bij de gedaagde tot een lagere P_g .¹⁰

Het bovenstaande model kent vele assumpties, bijvoorbeeld dat voor beide partijen hetzelfde op het spel staat. In de praktijk kan de grootte van het belang dat voor de partijen op het spel staat sterk uiteenlopen. Als een consument over een ondeugdelijk product procedeert tegen een producent, wint de eisende consument, als hij gelijk krijgt, vaak aanzienlijk minder dan de producent verliest. De producent moet namelijk ook rekening houden met haar reputatie en eventuele volgende procedures van andere consumenten. In dat geval moet onder-

8. Met als tussenstap $P_e V - P_g V \leq K_e + K_g - S_e - S_g$.

9. Uiteraard alleen indien de rechterheft van de ongelijkheid positief is, dat wil zeggen wanneer de schikkingskosten lager zijn dan de verwachte proceskosten.

10. Naarmate de gedaagde de kans om zelf te winnen hoger schat, wordt zijn schatting van de kans dat de eiser wint (P_g) kleiner.

4 Schikken of niet

scheid gemaakt worden tussen V_e en V_g – dat staat voor de waardering van de vordering door respectievelijk de eiser en de gedaagde – en wordt het model herschreven tot:

$$P_e V_e - P_g V_g < (K-S) \quad (6)$$

Hoe groter het belang is dat voor gedaagde op het spel staat ten opzichte van dat van de eiser, hoe groter de onderhandelingsruimte is, bij gelijkblijvende overige factoren. Omgekeerd zal, wanneer het belang van de eiser groot is in vergelijking met dat van de gedaagde, deze discrepantie de onderhandelingsruimte juist kleiner maken of zelfs doen verdwijnen.¹¹

Overschatting van de winstkansen

Als partijen niet gaan procederen, sparen zij gezamenlijk een bedrag uit ter grootte van de nog te verwachten proceskosten. Waarom zouden partijen dan toch de beslissing aan de rechter willen overlaten? Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat één van beide en vaak zelfs beide procespartijen te optimistisch zijn over hun kans op een gunstige rechterlijke beslissing. Hoewel geen omvangrijk empirisch onderzoek bekend is over de civielrechtelijke procedure, zijn er toch wel aanwijzingen dat in het algemeen een optimistische perceptie van de winstkans vaker voorkomt dan een pessimistische, niet alleen bij procespartijen, maar ook bij hun advocaten.¹² Men mag aannemen dat de bereidheid om de rechter te laten beslissen stijgt met de gepercipiëerde winstkans. Als wij aannemen dat zulks geldt voor het gehele domein van winstkansen, betekent dat dat de bereidheid de rechter te laten beslissen een monotoon stijgende functie is van de gepercipiëerde winstkans, zonder een uitspraak te doen over het precieze verloop van die functie.

Veronderstel dat een procespartij, voordat zij aan een procedure begint (of zich erin laat betrekken door niet aan de vordering van de eiser tegemoet te komen), een naar omstandigheden zo goed mogelijke schatting van haar winstkans betreft in de beslissing om wel of niet te procederen. Indien de gepercipiëerde winstkans van een eiser (P_e) normaal verdeeld is rond de objectieve winstkans (P_o),¹³ dan is de kans dat P_e kleiner of groter is dan P_o even groot. Alleen weet de eiser natuurlijk niet of zijn schatting daadwerkelijk kleiner of groter is dan P_o , anders zou hij zijn P_e wel aanpassen. Maar wanneer P_e feitelijk groter is dan P_o , is de kans groter dat hij een procedure begint dan wanneer P_e feitelijk lager is dan P_o . Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de gedaagde. Dit leidt tot de veronderstelling dat er in civielrechtelijke procedures meer optimistische procespartijen zijn dan pessimistische.

In de psychologie is sinds lang bekend dat mensen beoordelingsfouten maken bij het schatten van waarschijnlijkheden in onzekere situaties.¹⁴ Wanneer derge-

11. Zie Priest & Klein (1984, p. 26), waar de lezer nog meer Spielerei met dit model kan vinden.

12. Malsch (1990), voornamelijk in de strafrechtelijke procedure. Zie ook hoofdstuk 40.

13. De objectieve winstkans is bijvoorbeeld het percentage rechters dat de eis zou toewijzen indien de zaak aan bijvoorbeeld 100 rechters onafhankelijk van elkaar zou worden voorgelegd. Het begrip normaalverdeling wordt uitgelegd in hoofdstuk 53.

14. Kahneman, Slovic & Tversky (1982). Zie ook G. Loewenstein, Issacharoff, Camerer & Babcock (1993, p. 140) en hoofdstuk 43.

lijke beoordelingsfouten een structureel, althans niet toevallig karakter dragen, spreken wij van een bias. Van speciaal belang is in dit verband de zogenaamde *self-serving bias*.¹⁵ Mensen hebben in het algemeen de neiging om schattingen in het voordeel van zichzelf te laten uitvallen. Dit fenomeen kan eenvoudig gedomstreerd worden als men samenwonenden onafhankelijk van elkaar vraagt welk deel van de huishoudelijke werkzaamheden zij verrichten. De som van beider schattingen is vaak meer dan 100%.¹⁶

Het effect van de *self-serving bias* in een juridische situatie werd gedemonstreerd in een experiment van Loewenstein.¹⁷ Aan proefpersonen werd gevraagd om op basis van een echt procesdossier – een vordering tot schadevergoeding van een verkeersslachtoffer tegen een automobilist – paarsgewijs te onderhandelen over een eventuele schikking, de een als de eiser, de ander als de gedaagde. Voorafgaand aan de onderhandelingen, maar natuurlijk na lezing van het dossier, werd de proefpersonen gevraagd het bedrag te schatten dat de rechter als schadevergoeding zou hebben toegewezen. Als stimulans om dat zo goed mogelijk te doen, konden de proefpersonen een bonus verdienen door de door de rechter toegewezen schadevergoeding tot op \$5.000 nauwkeurig te schatten. Alle proefpersonen baseerden hun schattingen op hetzelfde dossier en we mogen aannemen dat zij gelijkelijk gemotiveerd waren een zo nauwkeurig mogelijke schatting te geven. In het onderzoek bleek er echter een aanzienlijk verschil te zijn: de proefpersonen die eiser speelden schatten de beslissing van de rechter op gemiddeld \$39.000, de gedaagden op gemiddeld \$24.000. De werkelijke schadeloosstelling bleek \$31.000 te hebben bedragen. Zowel de eisers als de gedaagden waren dus te optimistisch over wat zij van de rechterlijke beslissing konden verwachten. Deze resultaten doen de onderzoekers dan ook opmerken: '[I]t suggests that effective alternative dispute-resolution mechanisms, at least in part, should be directed at 'debiasing' parties rather than simply facilitating the exchange of information.'¹⁸

In een onderzoek, aansluitend bij het hiervoor genoemde experiment, werd het effect van de informatieverwerking en de rolverdeling op het totstandkomen van een schikking nader onderzocht. Daarbij werd onderscheid gemaakt tussen proefpersonen die hun rol als eiser of gedaagde kregen toebedeeld voordat zij het dossier lazen en proefpersonen die pas na lezing van het dossier een bepaalde rol kregen toegewezen. In de laatstgenoemde omstandigheid leidden de onderhandelingen bij 94% van de proefpersonen tot een schikking. In de conditie waarin de proefpersonen voor lezing van het dossier een bepaalde rol werd toegewezen, kwam slechts 72% van de proefpersonen tot een schikking.¹⁹ Dat zou erop kunnen duiden dat een onpartijdige (*debiased*) kennisneming van de feiten en omstandigheden van een bepaalde zaak leidt tot meer realistische verwachtingen, die uiteindelijk resulteren in meer schikkingen.

15. J. Greenberg, Pyszczynski & Solomon (1982), Pyszczynski, Greenberg & Holt (1985) en Duval & Silvia (2002).

16. Zo'n experiment werkt natuurlijk alleen in het huidige tijdsgewricht en in onze maatschappij waarin het sociaal wenselijk wordt geacht dat ook de mannen een gedeelte van het huishoudelijk werk voor hun rekening nemen.

17. G. Loewenstein, Issacharoff, Camerer & Babcock (1993).

18. G. Loewenstein, Issacharoff, Camerer & Babcock (1993, p. 159).

19. Issacharoff, Silver & Syverud (1996).

Strategisch onderhandelen

Met het hiervoor genoemde model van Priest en Klein kan men verklaren waarom in sommige situaties geen schikking tot stand kan komen, bijvoorbeeld omdat partijen geheel verschillende taxaties hadden van de winstkans van de eiser, zodat er geen onderhandelingsruimte was. Het model kan echter niet verklaren waarom in geschillen waarin feitelijk wél onderhandelingsruimte is, vaak toch wordt doorgeprocedeerd tot aan de rechter. In het Priest-Klein-model zou elk bod van de gedaagde dat hoger ligt dan de minimumprijs van de eiser moeten leiden tot een schikking, maar dat is niet zo.²⁰ Het ligt misschien voor de hand dat een eiser die bijvoorbeeld met € 10.000 genoegen had willen nemen wel een bod van € 11.000 van de gedaagde accepteert, maar dat is niet meer vanzelfsprekend als de eiser weet of een reden heeft om te vermoeden dat de gedaagde ook wel € 15.000 had willen betalen. Kennelijk is een onrechtvaardige verdeling van de onderhandelingsruimte een obstakel om tot een akkoord te komen.²¹

Het verschijnsel dat een schending van het gevoel van rechtvaardigheid een belangrijk gezichtspunt vormt om te begrijpen waarom mensen zich vaak anders gedragen dan aan de hand van louter economische analyses verwacht zou kunnen worden, kan op eenvoudige wijze worden geïllustreerd met het zogenaamde ultimatumspel.²² In een aantal experimenten hebben onderzoekers twee proefpersonen, A en B, gevraagd een bepaald bedrag, zeg € 10, te verdelen op de volgende wijze: A doet een voorstel voor de verdeling en B heeft alleen de keuze dit voorstel te accepteren of niet. Indien hij echter de verdeling niet accepteert, krijgt geen van beiden iets. Het zal geen verbazing wekken dat een voorstel van A, waarbij A € 9 zou ontvangen en B € 1, in veel gevallen niet door B werd geaccepteerd. Proefpersoon B ontvangt onder deze omstandigheden liever niets om te voorkomen dat de ander een in zijn ogen ongerechtvaardigd voordeel behaalt. Uiteraard voelt de verdeler dat zelf meestal ook wel aan. Vandaar dat in dit soort spelletjes de verdeler de ander gemiddeld 40% biedt, een weliswaar scheve verdeling, maar een die vaak nog wel wordt geaccepteerd. Bij een aanbod van minder dan 20% van het bedrag wordt het aanbod meestal geweigerd.²³

Onderhandelen in de schaduw van het recht

De schikkingsonderhandelingen tijdens civielrechtelijke procedures kunnen worden gezien als een probaat middel om een dreigende, min of meer onzekere, rechterlijke uitspraak te vermijden. Men kan dit gezichtspunt echter kantelen, waardoor niet de uitkomst van de procedure centraal staat, maar de nadruk komt te liggen op het onderhandelingsresultaat. In die zinswijze is het gebruiken van de civielrechtelijke procedure een krachtig wapen (naast andere) om bepaalde onderhandelingen zoveel mogelijk in eigen voordeel te beslissen door de wederpartij waar mogelijk onder druk te zetten. Deze manier van strategisch onderhandelen, die vaak treffend aangeduid wordt als *bargaining in the shadow of*

20. In het algemeen is de uiterste prijs die men wil betalen, casu quo wenst te ontvangen, afhankelijk van de waarde van het beste alternatief voor de schikking, de zogenaamde BATNA (best alternative to a negotiated agreement).

21. Van Koppen (1989).

22. Bazerman (1994, p. 115).

23. G. Loewenstein, Issacharoff, Camerer & Babcock (1993, p. 142).

the law,²⁴ kenmerkt zich onder andere doordat partijen een misleidende, althans geflatteerde indruk geven van hun bedoelingen, hun kansen om te winnen en hun bereidheid te schikken, teneinde in de onderhandelingen de ander tot zoveel mogelijk concessies te bewegen. Gezien vanuit die strategie is het niet van belang of de gedaagde meer biedt dan waarmee men wel genoeg zou willen nemen, maar telt alleen de vraag of een extra investering om de juridische druk te vergroten opweegt tegen de extra concessie die men nog van de wederpartij kan verwachten. Wanneer dit spel hard wordt gespeeld, zal af en toe een procespartij te veel risico nemen en zijn hand overspelen. De beslissing moet dan aan de rechter worden overgelaten: *trial as a failure*,²⁵ de onbedoelde uitkomst van een strategische misleiding die haar doel miste.²⁶

Als middel om de wederpartij onder druk te zetten is de civielrechtelijk procedure uitermate geschikt. Het starten van een procedure dwingt de andere partij om te reageren, ook die partij die tot dan toe niet van plan was geweest te reageren op de claim of de voorstellen om een conflict door onderhandelen op te lossen. Een ander aspect is dat de andere partij genoodzaakt wordt kosten te maken, die alsmar hoger worden naarmate de procedure langer duurt, ook indien de claim van de eiser – of het verweer van de gedaagde – juridisch niet veel voorstelt.

De druk die op de tegenpartij wordt uitgeoefend, heeft meer effect naarmate de claim geloofwaardiger is. Uit de schriftelijke stukken die tussen de advocaten worden gewisseld, spreekt ook vrijwel nooit een woord van twijfel over het eigen gelijk en de overtuiging dat de rechter er net zo over zal denken. Deze strategische positie wordt onder andere mogelijk gemaakt doordat partijen niet weten hoe groot de wederpartij zijn eigen winstkans schat. Bovendien geeft deze opstelling een kans op een groter deel van de onderhandelingsruimte, des te meer wanneer die partij er in slaagt de ander te overtuigen dat zij het juridische gelijk aan haar kant heeft, waardoor de andere partij haar onderhandelingslimiet aanpast.²⁷ Deze onderhandelingslimiet is immers voor de gedaagde afhankelijk van zijn verwachte waarde van de eventuele rechterlijke beslissing. Hetzelfde geldt voor de eiser, tenzij hij eigenlijk geen rechterlijke beslissing beoogde en hij de procedure louter als dreigement gebruikte.

Risicomijdende en risiconeutrale procespartijen

De afweging om een bepaald bod van de gedaagde te accepteren of af te wachten of er in de loop van de onderhandelingen nog een beter bod komt, is voor een groot deel een kwestie van gokken. In hoeverre mensen bereid zijn te gokken, hangt niet alleen af van verschillen tussen personen, maar ook van allerlei omstandigheden, zoals de grootte van het belang dat op het spel staat. Mensen

24. Mnookin & Kornhauser (1979).

25. S.R. Gross & Syverud (1991).

26. Hoe scherp dit 'spel' soms gespeeld wordt, bleek onder meer uit de schikkingonderhandelingen over de financiële gevolgen van de ondergang van Sport 7, de beoogde populaire voetbalzender. Twee minuten voordat de rechtbankpresident uitspraak zou doen, lieten de partijen weten het kort geding in te trekken. Tenminste een van de partijen moet behoorlijk hebben gebluft. Zie *NRC-Handelsblad*, 12 februari 1997, p. 1.

27. Ook indien de te verwachten opbrengst voor de eiser lager is dan de kosten kan een eiser geloofwaardig dreigen met een procedure, indien die kosten gespreid over een zekere periode moeten worden voldaan. Zie Bebhuk (1996).

zijn veel minder snel bereid om € 100 te betalen voor een kans van 50% op een prijs van € 200 (verwachte waarde eveneens € 100), dan pakweg € 5 voor een lot met de kans van 1% op € 500 (verwachte waarde eveneens € 5).²⁸ Zo kan een eiser, die een vordering van € 100.000 denkt te hebben op een verzekeringsmaatschappij voor een lastige beslissing komen te staan. Veronderstel dat de winstkans van de vordering van de eiser vrij groot is, 60%, en de proceskosten op € 10.000 worden geschat. Wat moet deze partij beslissen indien het laatste bod van de verzekeraar € 25.000 bedraagt? Zij moet dan kiezen tussen 100% zeker € 25.000 of een rechterlijke beslissing met 60% kans op € 90.000 en 40% kans op een schuld van € 10.000. Hoewel louter economisch gezien zij het bod niet zou moeten accepteren – de verwachte waarde van een rechterlijke beslissing is € 50.000²⁹ – is het psychologisch gezien niet onverklaarbaar dat de eiseres eieren voor haar geld kiest. Zij voorkomt hierdoor in elk geval dat zij spijt krijgt als later blijkt dat de rechter de eis niet toewijst en de eiser derhalve een bedrag van € 25.000 heeft laten schieten (*avoidance of decision regret*).³⁰ Als zij daarentegen het schikkingsaanbod heeft geaccepteerd, zal zij nooit weten hoe de rechter over deze zaak zou hebben beslist. Guthrie vond in zijn onderzoek over de *regret aversion theory* dat partijen procederen systematisch vermijden. Een schikking voorkomt dat men ooit tot de ontdekking komt dat een civiele procedure bij de rechter tot geen enkel resultaat zou hebben geleid of dat de rechterlijke beslissing veel slechter zou hebben uitgepakt dan het afgeslagen schikkingsaanbod.

In het bovenstaande voorbeeld maakt het nogal wat uit of een procespartij slechts in uitzonderlijke gevallen in een juridische procedure betrokken raakt of dat zij regelmatig in schikkingsonderhandelingen is betrokken; het bekende onderscheid tussen een *one-shotter* en een *repeat player*.³¹ Een typische *repeat player* – bijvoorbeeld een bedrijf – kan zich veel risiconutraler opstellen dan een *one-shotter* – de particulier die voor het eerst van zijn leven in een civiele procedure verzeild raakt – omdat de *repeat player* in de omstandigheid verkeert dat pech in de ene zaak kan worden gecompenseerd door geluk in een andere zaak. Bovendien kan de *repeat player* met de wetenschap dat individuen (meestal *one-shotters*) risicomijdend zijn, anticiperen op het risicomijdend gedrag van de tegenpartij. De winst die bijvoorbeeld een procespartij bij strategisch onderhandelen denkt te kunnen incasseren, is uiteindelijk gebaseerd op de verwachting dat de wederpartij meer risicomijdend is dan zijzelf.

Een vergaande vorm van strategisch onderhandelen is de strategie om als *repeat player* op geen enkele claim te reageren, ook al lijkt de claim gerechtvaardigd (*hardballing*).³² Op de lange duur levert deze perverse strategie in de verhouding tussen een *repeat player* en *one-shotters* het meeste op. De individuele eisers worden gedwongen veel te investeren in een procedure, zowel financieel als psychisch. Voor veel eisers zal dat toch een te hoge drempel blijken te zijn en zij haken af of nemen met een schijntje genoegen. De winst die dat oplevert voor de *repeat player* overtreft aldus gemakkelijk de kosten van af en toe verlies nemen in een zaak die door de eiser ondanks alle belemmeringen toch is doorgezet.

28. Zie hierover hoofdstuk 43.

29. $(0,60 \times € 90.000) + (0,40 \times -€ 10.000)$.

30. Raiffa (1982).

31. Galanter (1974). Zie echter hoofdstuk 46.

32. Goodpaster (1992, p. 232).

Uiteraard zijn er geschillen waarbij de *repeat players* vanaf het begin doelbewust naar een rechterlijke beslissing streven. Dat kan gebeuren als zij in verband met bijvoorbeeld toekomstige zaken belang hebben bij een rechterlijke eindbeslissing. De *repeat player* zal daarvoor uiteraard vooral een zaak uitkiezen waarin de feiten voor hem gunstig liggen.

Prospect Theorie

De mate van risicomijdend gedrag bij keuzes in onzekere situaties is ook afhankelijk van de context waarin de keuze gemaakt wordt. Partijen moeten tijdens schikkingsonderhandelingen voortdurend een afweging maken tussen alternatieven met elk een bepaalde mate van waarschijnlijkheid. Uit empirisch onderzoek blijkt dat bij dergelijke beslissingen afwijkingen geconstateerd worden van wat men theoretisch van een rationele beslisser zou verwachten. Belangrijk onderzoek op dit terrein werd verricht door Tversky en Kahneman.³³ De essentie van hun onderzoek en de daarop gebaseerde Prospect Theorie kan worden gedemonstreerd met een door hen gebruikte experiment. Aan proefpersonen werd het volgende probleem voorgelegd.

Een buitengewone Aziatische ziekte dreigt in de Verenigde Staten uit te breken en als er niets wordt ondernomen, zullen naar verwachting 600 mensen ziek worden en aan deze ziekte overlijden.

De ene helft van de proefpersonen (Groep 1) werd de volgende keuze voorgelegd:

- indien programma A wordt uitgevoerd, zullen 200 zieken worden gered;
- indien programma B wordt uitgevoerd, is er 33% kans dat alle zieken worden gered en 67% kans dat geen enkele zieke kan worden gered.

De andere helft van de proefpersonen (Groep 2) kreeg de volgende keuze voorgelegd:

- indien programma A wordt uitgevoerd, zullen 400 zieken overlijden;
- indien programma B wordt uitgevoerd, is er 33% kans dat niemand zal sterven en 67% kans dat alle zieken zullen sterven.

Hoewel de verwachte waarde van de beide programma's voor zowel Groep 1 als Groep 2 gelijk was, namelijk een verwachte waarde van 200 overlevenden, bleek bij de proefpersonen toch een duidelijke voorkeur te bestaan. In Groep 1 koos 76% van de proefpersonen voor programma A en 24% voor programma B, terwijl van in Groep 2 13% van de proefpersonen koos voor programma A en 87% voor programma B. Dit houdt in dat de meerderheid in Groep 1 de zekerheid dat 200 zieken worden gered, preferert boven de vrij kleine kans dat alle zieken worden gered en dat de meerderheid in Groep 2 een vrij grote kans dat alle zieken zullen overlijden verkiest boven de zekerheid dat 400 zieken zullen overlijden. Deze curieuze omkering van de voorkeur wordt bewerkstelligd doordat de vraagstelling van Groep 1 gesteld is in termen van winnen (in casu redden) en de vraagstelling bij Groep 2 in termen van verliezen. De proefpersonen in Groep 1 bevinden zich, in de terminologie van Tversky en Kahneman, in een *gain frame* en kiezen daarom voor het risicomijdende alternatief. De proefpersonen in

33. Kahneman & Tversky (1979), Kahneman & Tversky (1996), Tversky & Kahneman (1981) en Tversky & Kahneman (2000). Zie voor een uiteenzetting in het Nederlands Palmarini (1996). Zie echter Gigerenzer (1996).

Groep 2 kiezen voor het riskante alternatief omdat zij zich in een *loss frame* bevinden.

Er is een grote mate van overeenkomst tussen de experimenten waarop de Prospect Theorie is gebaseerd en de situatie waarin eiser en gedaagde zich bevinden tijdens schikkingsonderhandelingen. Veronderstel dat in een zaak waarin de eiser denkt behoorlijk sterk te staan, zeg 75% kans om te winnen, de wederpartij aanbiedt om 40% van de vordering van € 100.000 te betalen. De eisende partij staat nu voor de keuze tussen 100% kans op € 40.000 en 75% kans op de totale vordering van € 100.000. Een zuiver rationele beslisser – de bekende fictieve homo economicus – zou in dit voorbeeld gokken op de rechterlijke beslissing, maar op grond van de Prospect Theorie kan worden verwacht dat de eiser die zich in een *gain frame* bevindt, voor het zekere alternatief kiest. Evenzeer kan men een afwijking van de rationaliteit verwachten aan de zijde van de gedaagde. Veronderstel een gedaagde die voor de volgende keuze staat: aan het laatste schikkingsvoorstel van de eiser te voldoen om € 25.000 te betalen (25% van de vordering van € 100.000) of het laten aankomen op de rechterlijke beslissing, waarbij hij denkt dat eisers winstkans 50% is. Op grond van de Prospect Theorie kan men in het laatste voorbeeld de neiging tot een risicozoekende keuze verwachten.

De hiervoor genoemde verwachtingen zijn in een aantal experimenten onderzocht.³⁴ In deze experimenten met rechtenstudenten als proefpersonen bleek dat de proefpersonen die meenden dat zij het geding vermoedelijk zouden winnen (een winstkans tussen 100 en 50%), in de onderhandelingen risicomijdend waren vergeleken met de partijen die verwachtten te zullen verliezen (winstkans tussen 0% en 50%). Voor het optreden van dit effect maakte het niet uit of de proefpersonen de rol van eiser of gedaagde speelden. De meer omvattende hypothese dat dit verschil in risicogedrag zou optreden bij de vergelijking in het algemeen tussen eisers en gedaagden bleek dus niet of slechts zwak te worden ondersteund. Het enkele feit dat men in een geding de eiser is, ongeacht de winstkansen die men heeft, is niet voldoende om die partij in een *gain frame* te brengen, waardoor hij zich tijdens schikkingsonderhandelingen meer risicomijdend zal opstellen.

Valkuilen en andere belemmeringen voor een schikking

Entrapment

Hierboven is uiteengezet dat de hoogte van de nog te verwachten proceskosten van de partijen een stimulans vormt om tot een schikking te komen.³⁵ Als de procespartijen de eiser dezelfde winstkans toekennen, is er in beginsel een onderhandelingsruimte ter grootte van het totaal van de nog te verwachten proceskosten, en die onderhandelingsruimte is nu juist een noodzakelijke voorwaarde om tot een schikking te komen. Een goede reden om in een vroeg stadium te proberen tot een schikking te komen, is het feit dat de kosten die men door een schikking hoopt te besparen aan het begin van een procedure hoger zijn dan *cete-*

34. Van Koppen (1990b) en Van Koppen, Richters & Ten Kate (1989).

35. In het hier gevolgde betoog wordt voorbijgegaan aan de situatie waarin een of beide partijen een pro deo advocaat of een rechtsbijstandverzekering hebben.

ris paribus in een latere fase. In die latere fase is immers al een gedeelte van de kosten die men hoopte te besparen, werkelijkheid geworden. Maar er speelt tegelijkertijd een ander effect van de proceskosten mee: hoe meer geld en energie in de procedure is geïnvesteerd, des te meer belemmert deze investering dat die procespartij zich terugtrekt uit de procedure.

Wanneer eenmaal een juridische procedure in gang is gezet – meestal al een belangrijke en vaak onomkeerbare stap in de escalatie van een conflict – zijn er factoren die een verdere escalatie van het conflict bevorderen. Een zwaarwegend feit is dat mensen in het algemeen niet snel zullen afwijken van eerder genomen beslissingen. Sterker nog, de uitslag van daaropvolgende beslissingen heeft in veel gevallen de functie om de oorspronkelijke beslissing te rechtvaardigen.³⁶ Als eenmaal de beslissing is genomen om de ander in rechte aan te spreken, dan is men doorgaans gevoelig voor, zo niet op zoek naar informatie die deze beslissing verder onderbouwt. Dit maakt het minder waarschijnlijk dat men zich vervolgens zomaar terugtrekt of met een schikking genoegzaam neemt waarin men ook zelf een behoorlijke veer moet laten. Deze terugtocht, een soort psychische capitulatie, wordt nog moeilijker indien men zich publiekelijk heeft gecommitteerd aan een bepaalde eis of te maken heeft met een achterban die niets liever ziet dan dat hun vertegenwoordigers het onderste uit de kan proberen te halen. Het vermijden van gezichtsverlies is vaak een belangrijk motief voor menselijk handelen. Wanneer daarnaast ook een mogelijk financieel verlies aan de orde is, kan dit leiden tot irrationeel gedrag, zoals kan worden gedemonstreerd met experimenten die zijn gebaseerd op het zogenaamde Dollar auction game.³⁷

Het Dollar auction game, ook wel Escalation game of Entrapment game genoemd, is een experiment dat op dramatische wijze laat zien hoe normale, welkenkende mensen tot nogal bizar gedrag kunnen worden verleid. Wie is er nu bereid om op een veiling meer dan € 10 voor een tientje te bieden? Dat lukt met behulp van de volgende kleine aanpassing van de regels van de veiling: niet alleen de hoogste bieder, maar ook de op-één-na hoogste bieder moet zijn bod aan de verkoper betalen. Zo'n veiling, gehouden met een grote groep mensen, heeft in het begin meestal een vlot verloop; er lijkt voor de deelnemers immers alleen maar winst te behalen. Maar nadat de prijs is opgelopen, zal ongeveer de volgende situatie ontstaan. Veronderstel dat A op een bepaald moment met € 6 de hoogste bieder is en B met € 5 de op-één-na hoogste bieder. B heeft nu de keus de veiling verder voor gezien te houden en daarmee een verlies van € 5 te accepteren of een bod van € 7 uit te brengen, waarmee hij een kans op winst van € 3 behoudt. Het is duidelijk dat wanneer B het bod van A overtreft, dezelfde redenering vervolgens door A kan worden toegepast om op zijn beurt weer de hoogste bieder te worden. Dezelfde redenering gaat nog steeds op wanneer A inmiddels € 10 heeft geboden en B met € 9 de op-één-na hoogste bieder is. B heeft de keuze tussen een klein verlies, door € 11 te bieden en hopen dat de ander afhaakt, of een verlies van € 9 te accepteren. Het blijkt in de praktijk dat de € 10 grens meestal gemakkelijk wordt overschreden.³⁸

36. Neale & Bazerman (1991, p. 66).

37. Shubik (1971).

38. Raiffa (1982, p. 86) beschrijft een situatie waarin voor een ééndollarbiljet meer dan \$3 werd geboden. Zelf hebben wij deze experimenten tijdens colleges rechtspsychologie met enig succes herhaald. (vervolg)

Het spreekt haast vanzelf dat in deze fase van de veiling alleen nog de twee hoogste bidders iets doen, de overige deelnemers volgen wat verbaasd en lacherig hoe de twee hoogste bidders gaandeweg beseffen dat zij in een valstrik zijn gelopen. Als eenmaal de waarde van het te veilen object is gepasseerd, is de belangrijkste reden om nog hoger te bieden de hoop daardoor het verlies te kunnen beperken. Maar deze redenering geldt evenzeer voor de andere bidder en daardoor wordt het verlies van beide bidders alsmear groter. In dit opzicht heeft dit experiment alles van een valstrik: hoe meer je je best doet om er uit te komen, hoe vaster je komt te zitten. Teger signaleert dergelijk valstrikken ook in het zakenleven en de internationale politiek.³⁹ Zo zou het voortduren van de Vietnamoorlog gezien kunnen worden als een voorbeeld van het Dollar auction game-paradigma. Een van de redenen om de oorlog niet te beëindigen, was immers het feit dat in dat geval een groot aantal soldaten voor niets zou zijn gesneuveld. Maar door alsmear door te vechten werd het aantal gesneuvelden alleen maar groter en kreeg dit 'argument' om de oorlog niet te stoppen een steeds groter gewicht.

Wij vrezen dat procespartijen zich in een situatie bevinden die enige gelijkenis vertoont met het Dollar auction game. Over het algemeen geldt dat naarmate het proces voortschrijdt, de proceskosten oplopen. Dit betekent dat een procespartij gaandeweg in de procedure nogal wat geld investeert, geld dat zij uiteraard niet graag als weggegooid geld ziet. Het gevaar bestaat dat de oplopende kosten een extra prikkel vormen om er alles voor over te hebben om het proces te winnen, althans alleen een schikking te accepteren die zo voordelig is dat ze de investering rechtvaardigt. Wanneer beide partijen er nu zo over denken, of het zo voelen, dan vormen de oplopende proceskosten een serieus obstakel om in een latere fase van de procedure nog tot een schikking te komen.⁴⁰

Een van de aanbevelingen om niet in een valstrikachtige situatie te geraken is de regel om beslissingen alleen te baseren op de afweging van de opbrengsten (netto) die men vanaf dat moment van de openstaande alternatieven kan verwachten en niet op de kosten die men voor die tijd heeft gemaakt, want die moeten in elk geval als verloren kosten (sunk costs) worden beschouwd.⁴¹ Bij de keuze tussen procederen of het accepteren van een schikkingsvoorstel, zou men als rationele beslisser dan ook alleen dat voorstel en de actuele verwachte waarde van de rechterlijke beslissing moeten betrekken (als resultante van de geschatte winstkans op dat moment en de hoogte van de vanaf dat moment nog te verwachten proceskosten) en niet het totaal van de declaraties die men al heeft voldaan.

Techniek van onderhandelen

Ook als objectief gezien de voorwaarden voor een schikking aanwezig zijn, is er geen zekerheid dat de feitelijke onderhandelingen met succes worden afgerond. Partijen laten immers niet snel het achterste van hun tong zien en dat betekent dat bij onderhandelingen in het algemeen van beide zijden een of meer concessies moeten worden gedaan; en daaraan zitten nogal wat haken en ogen. Indien partijen bij de onderhandelingen denken dat de voorwaarden voor een schik-

38. Maar tot hoever de studenten zouden hebben geboden, weten wij niet. Als eenmaal goed en wel de magische grens van de waarde van het muntstuk was overschreden, braken wij de veiling af.

39. Teger (1980).

40. Tenzij uiteraard een procespartij in de loop van de procedure de schatting van haar kans op winst naar beneden moet bijstellen, waardoor ook haar onderhandelingslimiet verschuift.

41. Pruitt & Rubin (1986).

king ontbreken, is het raadzaam te onderzoeken in hoeverre door een problem-solving-instelling de wederzijdse opbrengsten van een schikking kunnen worden vergroot (*creating value*).⁴²

Het doen van een concessie is niet altijd even gemakkelijk: je geeft iets op van wat je had willen bereiken. Een concessie wordt extra moeilijk wanneer dat moet gebeuren ten gunste van iemand met wie de relatie erg slecht is, een situatie die in een civielrechtelijke procedure al snel kan optreden. Een praktisch hulpmiddel in dit verband is dat de concessie meestal voorwaardelijk wordt gedaan, op voorwaarde namelijk dat de andere partij ook een bepaalde concessie doet. In deze fase kan ook een bemiddelaar een nuttige rol spelen, zoals bijvoorbeeld een rechter tijdens een comparitie na antwoord. Wanneer het de rechter is die om bepaalde concessies vraagt, is het voor een procespartij namelijk gemakkelijker om daaraan toe te geven. Toegeven aan het verzoek van de rechter betekent immers minder gezichtsverlies dan wanneer de concessie door de tegenpartij wordt gevraagd.⁴³

Het tweede probleem is dat concessies vaak door de wederpartij worden gewantrouwd. De wederpartij vermoedt al snel dat de concessie gedaan wordt om er op een of andere wijze zelf beter van te worden, althans dat de concessie in elk geval minder voorstelt dan wordt voorgewend. Dit fenomeen, dat in de literatuur bekend staat als *reactive devaluation of concessions*, is fraai gedemonstreerd in een experiment waarbij aan toevallige voorbijgangers werd gevraagd wat zij vonden van een nieuw nucleair ontwapeningsvoorstel.⁴⁴ Alle proefpersonen kregen hetzelfde voorstel te horen, met dit verschil dat afwisselend het voorstel zogenaamd afkomstig was van de Verenigde Staten, van een neutraal land of van de Sovjet Unie (het speelt in de jaren tachtig). De waardering voor het nieuwe ontwapeningsvoorstel bleek afhankelijk te zijn van het feit of het afkomstig was van de Verenigde Staten of van de Sovjet Unie, met het neutrale land daartussenin. Proefpersonen konden zich niet voorstellen dat de Sovjet Unie niet bepaalde bijbedoelingen zou hebben. Meestal voelt degene die een concessie doet dat wantrouwen wel een beetje aan en daarom wordt in de praktijk bij het doen van een concessie vrijwel altijd een plausibele reden gegeven om eventuele achterdocht te bezweren, zoals 'Ik wil er van af zijn, dan kan ik met iets nieuws beginnen'.

Concessies passen ook slecht bij de toon die opklinkt uit de processtukken, waarin het eigen gelijk als een juridische vanzelfsprekendheid wordt gepresenteerd. Tegen die achtergrond kan het doen van concessies worden uitgelegd als teken van zwakte, waardoor de wederpartij kan denken dat zijn kansen stijgen. Omdat partijen hierop anticiperen zal er de neiging bestaan geen al te grote concessies te doen, laat staan het achterste van de tong te laten zien. Ook in dergelijke situaties zou bemiddeling een belangrijke rol kunnen spelen. Vooral de bemiddelingstechniek waarbij een bemiddelaar met partijen onder vier ogen praat, biedt mogelijkheden om de grenzen te verkennen, zonder dat partijen

42. Mnookin, Peppet & Tulumello (2000). Mnookin – die een groot voorstander is van een problem solving instelling van procespartijen en hun advocaten en om dat te bereiken veel praktische adviezen geeft – erkent dat er altijd ook aspecten aan een bepaalde zaak zijn die distributief onderhandelen noodzakelijk maken. Dat soort onderhandelingen zijn vaak moeilijk, omdat wat de een meer krijgt, krijgt de ander minder.

43. Raiffa (1982).

44. L. Ross & Stillingner (1991).

bang hoeven te zijn dat hun bereidwilligheid tot het doen van concessies hen extra kwetsbaar kan maken voor uitbuiting door de ander.

De advocaat

De hierboven genoemde belemmeringen bij het onderhandelen verliezen hun scherpe kantjes wanneer, zoals meestal gebeurt, partijen zich laten vertegenwoordigen door advocaten. Het voordeel hiervan is dat advocaten doorgaans minder emotioneel bij de zaak betrokken zijn, waardoor zakelijker kan worden onderhandeld. Onder zakelijk verstaan wij hier: ferm opkomen voor je zaak, maar tegelijkertijd zorgen dat de relatie met de onderhandelingspartner goed blijft. Een grote mate van flexibiliteit bij het zoeken naar oplossingen van het conflict wordt in het algemeen als een goede eigenschap gezien voor het onderhandelen. Een goede onderlinge verstandhouding houdt de communicatie tussen de partijen open, waardoor gemakkelijker wederzijdse wensen en eventuele voorstellen over oplossingen kunnen worden uitgewisseld. Advocaten zijn natuurlijk ook gebaat bij een goede verstandhouding omdat zij binnen een arrondissement regelmatig met elkaar te maken hebben. Fraai is in dit verband de gebruikelijke aanhef 'Amice' in het briefverkeer tussen advocaten.

Een ander aspect, dat wel in de Amerikaanse literatuur naar voren komt maar nauwelijks in de Nederlandse, is dat advocaten die per uur of per verrichting worden betaald, eigenlijk geen financiële prikkel ervaren om zo snel mogelijk een schikking te bereiken. Anders dan bijvoorbeeld bij makelaars, waarbij de courtage alleen in rekening kan worden gebracht als er een overeenkomst tot stand is gekomen, kan de advocaat onderhandelen zonder dat er voor hemzelf iets op het spel staat, afgezien van zijn reputatie en de wens om zijn cliënt zo goed mogelijk te helpen. Maar ook een beloningsstructuur die alleen gebaseerd is op een werkelijk totstandgekomen overeenkomst – bijvoorbeeld courtage voor makelaars of *contingency fee* voor advocaten in de Verenigde Staten – biedt de cliënt geen garantie dat zijn vertegenwoordiger het allerbeste resultaat bereikt. Er is in veel gevallen spanning tussen een suboptimaal resultaat dat in relatief korte tijd kan worden bereikt en een (niet zeker) optimaal resultaat dat de vertegenwoordiger veel meer tijd kost. In dat laatste geval is zijn beloning in verhouding tot het aantal gewerkte uren aanzienlijk lager. Een aardig voorbeeld van een beloningsstructuur die advocaten aanzet tot een schikking is de volgende. In Californië zijn tussen groepen advocaten met een echtscheidingspraktijk afspraken gemaakt dat zij, als zij er niet in slagen een schikking tot stand te brengen, het procederen zullen overlaten aan een andere advocaat.⁴⁵

Slot

In dit hoofdstuk is in het kort een aantal aspecten aan de orde gesteld die bepalend zijn voor de vraag of men gaat procederen of schikken. Door de grote diversiteit is het moeilijk aan te geven hoe deze aspecten gezamenlijk invloed uitoefenen op de afloop in een bepaalde zaak. Bovendien zou men dan ook moe-

45. Mnookin, Peppet & Tulumello (2000, p. 319). Uiteraard indien hun cliënten hiermee instemmen.

ten weten wat de motieven zijn van de procespartijen, iets waar wij in dit hoofdstuk niet op zijn ingegaan, zoals een partij die onder alle omstandigheden een schikking wil om de relatie niet te verstoren of de verzekeraar die hoe dan ook een rechterlijke beslissing wil, liefst in hoogste instantie, om duidelijkheid te krijgen over de uitleg van een polisbeding. In dat laatste geval valt er niets te onderhandelen en te schikken.

Ook de invloed van een onafhankelijke derde, bijvoorbeeld de rechter of een bemiddelaar, is maar zijdelings aan de orde geweest, hoewel het belang ervan erg groot kan zijn. In het voorbeeld waarmee wij dit hoofdstuk begonnen, kreeg de koper een bewijsopdracht om aan te tonen dat de huiszwam er al zat en dat de verkoper dat kon weten. De koper slaagde daar niet in, maar uit getuigenverklaringen concludeerde de rechter wel dat de vloer om welke reden dan ook slecht was en wees hiervoor een schadevergoeding van € 3.000 toe. Waar de partijen er niet in slaagden een compromis te vinden, lijkt de rechter hen daarin een handje te hebben kunnen helpen.

Aanbevolen literatuur

- Bazerman, M. H. (1994). *Judgment in managerial decision making* (3rd ed.). New York: Wiley.
- Kahneman, D., Slovic, P., & Tversky, A. (1982). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (1979). Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, 47, 263-291.
- Mnookin, R.H., Peppet, S.C. & Tulumello, A.S. (2000). *Beyond winning: Negotiating to create value in deals and disputes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Raiffa, H. (1982). *The art and science of negotiation*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Shubik, M. (1971). The Dollar auction game: A paradox in non-cooperative behavior and escalation. *Journal of Conflict Resolution*, 15, 109-111.
- Tversky, A., & Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, 211, 453-458.