

199. In de schaduw van het recht: procederen of schikken?

MR. DRS. T.S. JANSEN

In de bedrijfsjuridische en commerciële rechtspraktijk worden bedrijfsjuristen en advocaten regelmatig ingeschakeld om geschillen op te lossen. Dan doet zich de vraag voor of een geschil moet worden opgelost door het treffen van een schikking (al dan niet in mediation) of door het op een procedure voor de rechter (of arbiter) aan te laten komen. Maar tegen welke voorwaarden te schikken? Een schikking moet immers recht doen aan de juridische positie van de onderneming. Doet zij dat niet, dan is het conflict weliswaar opgelost maar wel door onnodige vernietiging van ondernemingswaarde. Deze bijdrage geeft praktische handvatten om de verwachtingswaarde van een conflict te bepalen. Uit die waarde volgt kristalhelder of schikkingsvoorwaarden recht doen aan de rechtspositie van de onderneming of dat haar belang gebaat is bij een procedure.

Inleiding

In de praktijk worden geschillen acht keer vaker door een schikking opgelost dan door een juridische procedure in enigerlei vorm.¹ Schikken is dus verreweg de belangrijkste vorm van geschillenbeslechting. Uit onderzoek blijkt dat schikkingen beter worden nageleefd dan vonnissen. In 31% van de verstekzaken is drie jaar na beëindiging van de procedure volledig aan het vonnis voldaan, bij vonnissen op tegenspraak is dat 74% en bij schikkingen 85%.² Die cijfers impliceren dat een schikking een intrinsiek betere uitkomst is omdat wie schikt zich meer gebonden voelt om de gemaakte afspraak na te komen.³ Afgezet tegen procederen, een relatief kostbare en tijdrovende aangelegenheid met onzekere uitkomst, lijkt een voorkeur voor afdoening van geschillen buiten rechte een praktisch gegeven. Advocaten zijn ook gedragsrechtelijk verplicht om steeds voor

ogen te houden dat een regeling in der minne veelal de voorkeur verdient boven een proces.⁴

Maar tegen welke voorwaarden te schikken? Een schikking moet immers recht doen aan de juridische positie van de onderneming. Doet zij dat niet, dan is het conflict weliswaar opgelost maar wel door onnodige vernietiging van ondernemingswaarde. Deze bijdrage geeft praktische handvatten om de verwachtingswaarde van een conflict te bepalen. Uit die waarde volgt kristalhelder of schikkingsvoorwaarden recht doen aan de rechtspositie van de onderneming of dat haar belang gebaat is bij een procedure.⁵

In de schaduw van het recht

Er moet dus rechtspositie bepaald worden of, anders gezegd, er moet rechtsvinding plaatsvinden: de vaststelling wat krachtens de regel in een bepaalde feitelijke verhouding behoort te geschieden.⁶ In dat proces van rechtsvinding zou iedere jurist, als hij oordeelt, een uitspraak moeten doen die hij als rechter zou doen.⁷ In feite moet dus worden beoor-

1 Vgl. B.C.J. Van Veldhoven en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtsingsdelta 2009, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, p. 199: 53,0% van de geschillen eindigt door gehele of gedeeltelijke overeenstemming tussen de partijen, terwijl bij 6,5% een beslissing door een derde het eindpunt vormt.

2 R.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken*, 2009, p. 13 – 14, hoewel het percentage van 85% schikking compliance genuanceerd moet worden bekeken, vgl. R.J. Eshuis, *Een verliezer is geen winnaar - De naleving van civiele rechtspraak, 15 jaar na Van Koppen en Malsch*, in: *Recht der Werkelijkheid*, aflevering 2, 2010.

3 R.J. Eshuis, *Een verliezer is geen winnaar - De naleving van civiele rechtspraak, 15 jaar na Van Koppen en Malsch*, in: *Recht der Werkelijkheid*, aflevering 2, 2010.

4 Regel 5 van de Gedragsregels 2018 van de Nederlandse Orde van Advocaten, met o.a. als toelichting: *'In het algemeen is het belang van een cliënt meer gediend met de-escalatie en een snelle en rechtvaardige oplossing.'*

5 De wenselijkheid daarvan volgt uit (gedateerd) onderzoek waaruit blijkt dat advocaten geneigd zijn proceskansen te optimistisch in te schatten, terwijl advocaten die rekening houden met de complexiteit van de zaak zorgvuldiger voorspellen en hun inschattingen beter kalibreren, vgl. Marijke Malsch (1990), *Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaken*.

6 Scholten, Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, par. 21, p. 97.

7 Vgl. Scholten, Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, par. 28, p. 134. Daarbij meent Scholten dat een goede rechter en jurist de plicht heeft om een daadwerkelijke keuze te maken. *'Een slecht rechter, of algemener, een slecht jurist, is hij, die zegt: "ik vind het zo, maar het kan ook anders"'*

deeld hoe op de vordering of het rechtsmiddel in geschil in rechte behoort te worden beslist, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de eisende partij heeft indien de vordering of het rechtsmiddel in rechte wordt ingesteld.⁸ Aldus werpt het rechterlijke proces van rechtsvinding zijn schaduw vooruit in deze pre-processuele rechtspositiebepaling en de daaropvolgende beslissing om te schikken of te procederen. Die beslissing vindt dus plaats in de schaduw van het recht.⁹

Het civiele beslissingsmodel als kompas

Om in die schaduw te treden ligt het voor de hand om het uit de art. 23-25 Rv voortvloeiende model te hanteren dat de civiele rechter heeft te volgen om de aan hem voorgelegde zaak te beoordelen. Dit ‘civiele beslissingsmodel’¹⁰ volgt in essentie de eenvoudigste regel uit de klassieke logica, het syllogisme: een *minor* premisse, plus een *major* premisse, die resulteren in een *conclusio*. In het beslismodel functioneert de feitelijke grondslag van de vordering of het verzoek¹¹ als *minor* premisse en de daarvoor aangevoerde rechtsgrond als *major* premisse. Wanneer toepassing van rechtsgrond op feitelijke grondslag tot het ingeroepen rechtsgevolg dwingt, wordt de vordering toegewezen.

Om in die schaduw van het recht te treden moet het civiele beslissingsmodel worden gevolgd

Langs dit stramien kan de (kern)argumentatie van de eiser worden vormgegeven of weergegeven. Het is aan de eiser om de voor het ingeroepen rechtsgevolg, de ingestelde vordering, noodzakelijke (rechts)feiten aan te voeren, de zogenaamde stelplicht. Wordt verzuimd een voor toepassing van de rechtsgrond essentieel feit te stellen dan moet de rechter de vordering afwijzen. Nu de rechter de zaak heeft te onderzoeken en te beslissen op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten gronde

hebben gelegd,¹² bepaalt de eiser in beginsel de omvang van de rechtsstrijd tussen partijen.

In de commerciële rechtspraktijk is zelden sprake van een zaak waarin één vordering wordt ingesteld, gebaseerd op één rechtsgrond en één feitelijke grondslag. Toch kunnen alle zaken, ook met meerdere betrokken partijen, in essentie worden teruggebracht tot deze vorm, waarin enkel de voor de beoordeling werkelijk relevante vorderingen, rechtsgronden en rechtsfeiten resteren. Door een zaak aldus te benaderen worden drogredenen (*argumentum ad hominem, ad absurdum, ad nauseam, et cetera*), cirkelredeneringen, stemmingmakerij en andere bijzaken van de hoofdzak onderscheiden – met opvallend scherp(er) zicht op de zaak tot gevolg.

Voor een gestileerd voorbeeld van een weergave van de argumentatie van een eiser verwijs ik naar de linkerkant van het **hieronder** weergegeven beslissingsmodel, waarin de kern van de in HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1783, *RvdW* 2018/1032 (*Aquila/MN Services*) berechte vorderingen, rechtsgronden en feitelijke grondslagen zijn weergegeven.¹³ Deze zaak betrof een door IT-ontwikkelaar Aquila tegen pensioenuitvoerder MN Services ingestelde vorderingen tot betaling van in totaal € 7,2 miljoen aan verschuldigde licentievergoedingen en verbeurde contractuele boetes. De (hypothetische) vraag die voorligt is of een schikking tegen betaling van € 1,5 miljoen recht doet aan de posities van partijen.

Omdat de rechter feiten en rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij niet of niet voldoende zijn betwist als vaststaand moet beschouwen, is het te goeder trouw¹⁴ betwisten van de feitelijke grondslagen van de vordering de primaire opdracht aan de gedaagde. Betwist de gedaagde partij voldoende gemotiveerd, dan mag de rechter de betreffende feiten slechts na bewijslevering als vaststaand aannemen.¹⁵ De bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, ligt bij de partij die zich op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten beroept.¹⁶ Komt een voor toepassing van de rechtsgrond essentiële feitelijke grondslag ook na bewijslevering niet vast te staan, dan moet de rechter de vordering afwijzen.

Naast betwistingen, kan de gedaagde (bevrijdende of zelfstandige) verweren tegen de vordering aanvoeren. Daarmee doel ik op feiten of rechten die de gedaagde ten grondslag legt aan een verweer dat ertoe strekt dat, hoewel de door de eiser ten behoeve van de door haar ingeroepen rechts-

8 Deze formulering is ontleend aan de norm voor aansprakelijkheid van een advocaat die wordt verweten dat hij niet tijdig een vordering of een rechtsmiddel heeft ingesteld ter beantwoording van de vraag of, en zo ja, in welke mate, zijn cliënt als gevolg van die fout schade heeft geleden, Vgl. onder (veel) andere HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257 (*Baijings*) en HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, *NJ* 2010/3.

9 Beeldspraak ontleend aan R.H. Mnookin & L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in: *Yale Law Journal*, 1979 (Vol. 88) p. 950-997.

10 Benaming ontleend aan de noten van F.P.J. Lock na HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3422, «JBPR» 2016/8 en HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, «JBPR» 2016/7 en de syllabus van een in 2016 door de auteur bijgewoonde cursus ‘*Vonnis schrijven voor advocaten*’, gegeven door Lock.

11 In het vervolg van dit artikel zal ik de terminologie van de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg zoals bedoeld in Boek 1, Titel 2, Rv gebruiken, maar het model is evengoed toe te passen op verzoekschriftprocedures.

12 Vgl. art. 23, 24 jo 149 lid 1 Rv.

13 De zaak is ook als casus gebruikt in een op 29 oktober 2020 samen met A.S. Schennink gegeven presentatie, getiteld *Met en = Weten, Decision Analysis als litigation management tool*, ter gelegenheid van de Dispute Resolution Denktank van het General Counsel Netherlands netwerk. De auteur of zijn kantoor heeft geen enkele bemoeienis gehad met deze procedure.

14 Art. 21 Rv.

15 Art. 149 Rv.

16 Art. 150 Rv.

Aquila	MN Services
Vordering I: Betaling van €700.000 aan licentievergoeding	
Rechtsgrond: Art. 9.4 Raamovereenkomst (ROVK): Indien opdrachtgever op enigerlei wijze samengaat met een andere organisatie en het informatiesysteem, ontwikkeld met behulp van de producten van leverancier, wordt ook ingezet bij de andere organisatie, dan zal hiervoor de overeengekomen fee uit de deelovereenkomst verschuldigd zijn aan leverancier.	
Feitelijke grondslagen	Betwistingen
<ol style="list-style-type: none"> Per 1/1/07 heeft MN Services de uitvoeringsactiviteiten voor PF PME en BPF KV overgenomen van SyntusAchmea. Vanaf die datum serviceert MN overnames met het Aquila IT Systeem. MN is bij uitbreiding van activiteiten met nieuwe pensioenfondsen, €140.000 per jaar licentievergoeding verschuldigd. Licentie fee over 2007 – 2011 (einde ROVK) telt op tot €700.000. 	<ol style="list-style-type: none"> Overname PME/BPF KV + fusie of overname van MN waarop art. 9.4 ROVK ziet. Zie woordkeuze 'samengaan' in art. 9.4 ROVK. MN is nooit eerder gesommeerd dus geen verzuim, dus geen rente verschuldigd. Als al rente verschuldigd dan gevone wettelijk rente, want ROVK is vóór 2013 aangegaan.
Vordering II: Betaling van € 6,5 miljoen aan verbruikte contractuele boetes	
Rechtsgrond: Art. 9.6 ROVK: Opdrachtgever heeft ten aanzien van lid 2, 3 en 4 een schriftelijke meldingsplicht naar leverancier. Uiterlijk twee weken nadat de beslissing voor het inzetten van het informatiesysteem, ontwikkeld met behulp van de producten van leverancier, is genomen, dient bedoelde schriftelijke melding te hebben plaatsgevonden. Voor elke week dat opdrachtgever met betrekking tot deze schriftelijke meldingsplicht in gebreke blijft is opdrachtgever leverancier een boete van €25.000,00 (zegge: vijftienduizend euro) per week verschuldigd. Deze boete is beperkt tot een maximum van vijf maal de oorspronkelijke productwaarde.	
Feitelijke grondslagen	Betwistingen
<ol style="list-style-type: none"> MN had uitbreiding binnen 2 weken schriftelijk moeten melden bij Aquila. Dat heeft MN nagelaten en daarmee is zij boete van €25k per week verschuldigd. Over periode 1/1/07 – 1/1/12 zijn 260 weken verstreken dus $260 \times 25k = 6,5$ miljoen. 	<ol style="list-style-type: none"> Aquila was vanaf 2005 betrokken bij overname van de uitvoeringsactiviteiten, dus schriftelijke mededeling was zonder zin. Aquila heeft zelf in 2011 zelfs nog een rapport over integratie geschreven. De CIO vindt dat je dan toch niet in 2012 alsnog een boete kan claimen, omdat je niet formeel schriftelijk zou zijn geïnformeerd. Als al boete verschuldigd dan ex art. 9.6 ROVK beperkt tot maximum van €700.000, 5x oorspronkelijke productwaarde van €140.000.
	Bevrijdend verweer: Art. 9.6 ROVK is niet van toepassing, omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW)
Betwistingen	Feitelijke grondslagen
Pacta sunt servanda.	<ol style="list-style-type: none"> Nu Aquila wetenschap had van de kwestie is de prestatie waartoe de boete prikkelt niet vereist. Hoe dan ook kon Aquila zich in de gegeven omstandigheden in goede gemoede niet 260 weken stilhouden om vervolgens een miljoenen boete te claimen.

gevolgen gestelde feiten en rechten juist zijn, die rechtsgevolgen toch niet intreden.¹⁷ Bijvoorbeeld het verweer dat een nakomingsvordering moet worden afgewezen omdat de gedaagde al is nagekomen of de vordering is verjaard. Stelplicht, bewijslast en –risico ten aanzien van bevrijdende verweren liggen bij de gedaagde. Komen de feiten en rechten waarop de gedaagde zich ter bevrijding van zijn aansprakelijkheid jegens eiser beroept niet vast te staan, dan moet de rechter de vordering toewijzen. Een gestileerde weergave van de betwistingen en verweren van de gedaagde partij (MN Services) is weergegeven aan de rechterzijde van het hierna weergegeven beslissingsmodel.

Het beslissingsmodel onderscheidt hoofd- en bijzaken van elkaar met verrassende scherpste tot gevolg

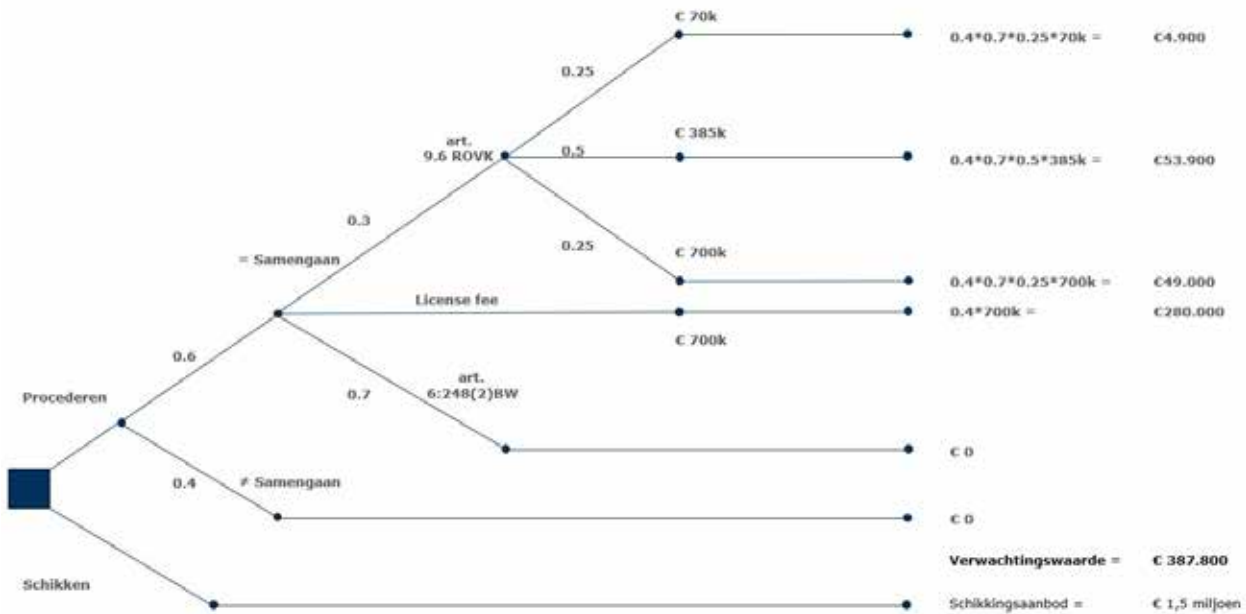
Dit civiele beslissingsmodel kan worden gebruikt als denkraam, of kompas, voor het bepalen van rechtspositie in het voorliggende (potentiële) geschil. Aldus wordt gestructureerd nagedacht over wat de waarschijnlijke uitkomst

van een procedure zal zijn. Positiebepaling in de schaduw van het recht.

Goede en kwade kansen

Het vangen van de wederzijdse argumenten in een beslissingsmodel levert weliswaar scherp inzicht in de kracht van de respectieve posities op, maar nog geen concreet bedrag of waarde waarop de beslissing om te schikken of te procederen kan worden gebaseerd. Dat bedrag moet worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen dat de vordering in rechte zal worden toegewezen, de zogenaamde verwachtingswaarde. Tegen de natuur van veel juristen in, vereist bepaling van de verwachtingswaarde van een zaak dat goede en kwade kansen kwantitatief, en niet kwalitatief, worden ingeschat. Immers, kwalificaties als 'verdedigbaar', 'waarschijnlijk', 'onaannemelijk', 'kansrijk', 'pleitbaar' en 'aanzienlijk risico', geven weliswaar enig gevoel bij de waarschijnlijke uitkomst maar dit gevoel is per definitie subjectief. Gevraagd om de kans dat 'een verdedigbaar standpunt' bij de rechter standhoudt uit te drukken in een percentage, geven advocaten antwoorden

¹⁷ Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/57.



die variëren tussen de 30 en 80%.¹⁸ Door goede en kwade kansen in percentages uit te drukken, worden deze kansen geobjectiveerd en bruikbaar als input voor de berekening van de verwachtingswaarde.

Door goede en kwade kansen in percentages uit te drukken, worden deze geobjectiveerd en bruikbaar

Die verwachtingswaarde kan worden bepaald door gebruik van de zogenaamde *Decision Analysis*-methode.¹⁹ Met deze in de petrochemische en farmaceutische industrie ontwikkelde methode worden de verschillende beslispaden, d.w.z. alle mogelijke uitkomsten van de essentiële deelbeslissingen die in een eindbeslissing resulteren, in een beslisboom weergegeven. Door de kans van iedere deelbeslissing in een percentage weer te geven en specifieke schadescenario's te bepalen, kan de verwachtingswaarde per beslispad worden bepaald. In feite vertegenwoordigt ieder beslispad één van de mogelijke scenario's waarlangs de aangezochte rechter tot een eindbeslissing kan komen. Door de verwachtingswaarden van die verschillende beslispaden bij elkaar op te tellen wordt de verwachtingswaarde van de zaak berekend. Deze waarde biedt het gezochte inzicht in de rechtsposi-

tie van de onderneming (als eiseres of gedaagde), op basis waarvan geïnformeerde besluitvorming kan plaatsvinden over de wijze waarop het geschil kan worden beslecht die recht doet aan de rechtspositie van de onderneming. De verwachtingswaarde van de in het beslissingsmodel weergegeven zaak volgt uit het bovenste gedeelte van de hieronder weergegeven beslisboom.

In bovenstaand figuur zijn de uit het beslissingsmodel volgende essentiële deelbeslissingen weergegeven:

- de uitlegvraag of er sprake was van een 'samengaan' zoals bedoeld in art. 9.4 ROVK (40%, 0.4, kans dat de rechter die vraag bevestigend beantwoordt, 60% kans negatief) en er dus een *licence fee* van € 700.000 verschuldigd is;
- de vervolgvraag of gebondenheid aan het in art. 9.6 ROVK neergelegde boetebeding in de omstandigheden van dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en dus geen boete verbeurd is (30%) of het boetebeding partijen wel degelijk verbindt (70%);
- of de rechter de in het licht van het in art. 9.6 ROVK maximale boete van € 700.000 toewijst (25%) of zal matigen tot € 385.000 (50%) of zelfs € 70.000 (25%).

Om van een beslissingsmodel een betekenisvolle beslisboom te produceren, helpen de navolgende vuistregels:

- in de beslisboom worden enkel deelbeslissingen opgenomen waarvan de uitkomst onzeker is; feiten of rechten die praktisch gesproken vaststaan (ca 100%), of niet (0%), zijn een feitelijk gegeven;
- betrek meerdere personen, liefst met uiteenlopende achtergronden, bij het inschatten van kansen op deelbeslissingen, ter bevordering van de kwaliteit van de inschatting en ter voorkoming van tunnelvisie en *biases*;

18 R.J. Philips, *Procederen of schikken? The war puzzle*, in: MvO 2017, nr. 8 en 9, p. 228. Vgl. ook John Celona, *Winning at Litigation through Decision Analysis*, Springer 2016, p. 19, die refereert aan 'angstaanjagende' verschillen. Advocaten (attorneys), vaak van hetzelfde kantoor, drukken met 'very likely' een kans uit van 60-75% terwijl hun collega's daarmee een 85-100% kans uitdrukken.

19 Met verwijzing naar Celona, zie hiervoor, Rein Philips, zie eerdere voetnoot in het artikel en L.A. van Amsterdam en Y. Steeg-Tijms, I know certainty freaks you out, Het nut en de noodzaak van decision analysis in de procespraktijk, in: MvO 2018, nr. 3 en 4, p. 97

- c. neem daarbij ook ‘zachte’ factoren in aanmerking, zoals de redelijkheid, billijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de diverse uitkomsten;
- d. de kansen van de diverse uitkomsten van een deelbeslissing moeten steeds tot 100% optellen;
- e. voorkom zo veel mogelijk 50/50 kans inschattingen, deze zijn nietszeggend²⁰;
- f. wanneer de beslisboom te groot wordt kunnen (delen van) beslispaden als een enkele deelbeslissing in de (hoofd)beslisboom worden weergegeven, terwijl de kansinschatting voor die enkele deelbeslissing met een afzonderlijke (sub)beslisboom wordt bepaald;
- g. schakel intuïtie niet uit, indien de (uitkomst van de) beslisboom niet in overeenstemming daarmee is, bevat deze waarschijnlijk een denk- of redeneerfout.

Van alle zes beslispaden in bovenstaande beslisboom (\neq Samengaan, = Samengaan + art. 6:248 lid 2 BW, = Samengaan, + art. 9:6 ROVK + € 700k, et cetera) kan de verwachtingswaarde worden berekend op de in het figuur weergegeven wijze. De 6 verwachtingswaarden bij elkaar opgeteld, resulteren in een verwachtingswaarde van een door Aquila te entameren procedure van € 387.800.

Procederen of schikken?

Door rechtspositie te bepalen volgens het civiele beslissingsmodel en goede en kwade kansen te wegen met de *Decision Analysis*-methode, hoeven Aquila noch MN Services lang na te denken over de aanvaardbaarheid van een voorstel van de wederpartij om de zaak tegen betaling van € 1,5 miljoen af te doen. Voor Aquila levert schikken ruimschoots meer op dan procederen dus indien MN Services een dergelijk schikkingsvoorstel zou doen, accepteert zij direct. Zou Aquila MN Services aanbieden de zaak tegen betaling van € 1,5 miljoen minnelijk af te doen dan noopt de rechtspositie van MN Services ertoe dit aanbod af te slaan en de zaak uit te procederen.

De *decision analysis* van deze gestileerde casus geeft veel inzicht in de rechtsposities van de betrokken partijen en de daarvan afgeleide verwachtingswaarde. In de praktijk dienen zaken zich echter niet gestileerd aan en zijn deze niet zo eenvoudig in een beslismodel en beslisboom te vangen. Die praktische complexiteit maakt het nu juist zo waardevol wanneer een dergelijk exercitie tóch wordt gedaan. In het bijzonder wanneer daar moeilijk(er) te begroten *externalities* in worden betrokken, zoals bijvoorbeeld het insolventierisico van de debiteur, het commerciële belang van de relatie met de wederpartij en de precedentwerking die het geschil kan hebben. De ervaring leert dat de hiervoor

uiteengezette gestructureerde analyse kan worden toegepast bij de oplossing van alle soorten geschillen: van collectieve actie tot individueel handelsgeschil. In al die gevallen is de methode van toegevoegde waarde omdat deze kwantitatief inzicht biedt in de rechtspositie van de onderneming. Door de verwachtingswaarde van een eventuele procedure te bepalen kan in de schaduw van het recht weloverwogen worden besloten te schikken of te procederen.

Een schikking moet aan de rechtspositie tegemoet komen, anders is sprake van onnodige vernietiging van ondernemingswaarde

Schikken veronderstelt evenwel dat de verwachtingswaarden van de partijen daarbij min of meer overeenkomen, *it takes two to tango*, of eigenlijk dat de gedaagde partij de zaak negatiever inschat dan de eisende partij, een situatie die zich in de rechtspraktijk maar zelden voordoet. Immers, de (netto) verwachtingswaarde van de eisende partij is veelal aanzienlijk hoger dan de (netto) verwachtingswaarde van de gedaagde, waardoor er geen schikkingsruimte bestaat.²¹ Veelal is dan de conclusie dat er maar een vonnis (of bindend advies) moet worden verkregen om de (weder) partij(en) realiteitszin bij te brengen, opdat de verwachtingen worden bijgesteld en er wel schikkingsruimte ontstaat. Als alternatief voor een rechtsgang kunnen de daaraan voorafgaande schikkingsonderhandelingen echter ook in de schaduw van het recht worden gevoerd (of vervolgd) aan de hand van beslissingsmodel en beslisboom.²² Leidt een dergelijke ‘litigotiation’²³ ook niet tot een minnelijke regeling tussen partijen dan rest hen niets anders dan de zaak uit te procederen.

Dit artikel is afgesloten op 21 april 2021.

Over de auteur

mr. drs. T.S. (Timo) Jansen

Advocaat te Amsterdam bij Lexence N.V. en raadsheer plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

- 21 Uit de rechtseconomische literatuur volgt dat er schikkingsruimte bestaat indien: $\text{Net Expected Value (NEV)} \leq \text{Expected Loss (EL)}$, waarbij: $\text{NEV} = P_p (D_p - C_p)$ en $\text{EL} = P_d (D_d + C_d)$, onder P = probability, p = plaintiff, d = defendant, D = decision amount, C = costs of litigation.
- 22 De gedaagde partij zal dan wel het vertrouwen moeten hebben dat de wederpartij te goeder trouw een regeling in der minne nastreeft. Anders zal zij geneigd zijn de kaarten aan de borst te houden in plaats van de processtrategie van de wederpartij aan te scherpen door haar zaakanalyse vooraf te delen.
- 23 Vgl. Marc Galanter, *Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process*, in: *Journal of Legal Education*, 1984 (Vol 4), pag. 268 e.v.: ‘There are not two distinct processes, negotiation and litigation: there is a single process of disputing in the vicinity of official tribunals that we might call litigotiation, that is, the strategic pursuit of a settlement through mobilizing the court process’. Citaat ook weergegeven in Freek Bruinsma e.a., *De Hoge Raad van anderen*, p. 144.

²⁰ En bovendien weinig eervol, vgl. voetnoot 7.