

Decision analysis in de procespraktijk: verwachtingswaarde op basis van het civiele beslissingsmodel

T.S. JANSEN*

1. Inleiding

Decision Analysis kan worden omschreven als een gestructureerde kwantitatieve benadering en schematische weergave van alle relevante onzekerheden die samen de uitkomst van een vraagstuk bepalen.¹ De term Decision Analysis is bijna 60 jaar geleden gemunt door Ronald A. Howard van Stanford University en Howard Raiffa van Harvard² en de methode wordt veelal toegepast in de petrochemische, farmaceutische en luchtvaartindustrie. De beslissing om aanzienlijk in de ontwikkeling van een olieveld, medicijn of vliegtuig te investeren wordt veelal op deze wijze geanalyseerd. Procederen kan ook als een investeringsbeslissing worden gezien. Wegen de (alternatieve) kosten van dagvaarden of verweren op tegen de verwachte baten daarvan? Is een schikking opportuun of loont het om de zaak uit te procederen? Vragen die procespartijen, (beroeps)aansprakelijkheidsverzekeraars, procesfinanciers, curatoren, rechters-commissarissen en toezichthouders geregeld stellen, of zouden moeten stellen. Decision Analysis biedt een antwoord op deze vragen.³ Bijkomend voordeel is dat het op die wijze aanvliegen van een zaak de sterktes en zwaktes daarvan blootlegt en daarmee hoe dan ook tot een betere uitkomst leidt. Zo bezien resulteert Decision Analysis in 'decision hygiene',⁴ en dus in betere besluitvorming.

Ondanks deze voordelen wordt Decision Analysis voor zover de auteur bekend maar (zeer) beperkt in de civiele procespraktijk gebracht. Deze bijdrage beoogt daar verandering in te brengen door de praktische toepas-

sing van Decision Analysis en de voordelen daarvan te illustreren.

2. Het civiele beslissingsmodel: inventarisatie van beslispunten

Iedere civiele procedure resulteert in een vonnis,⁵ en ieder civiel vonnis kent min of meer dezelfde opbouw: verloop van de procedure; feiten; vordering(en); verweer; beoordeling; en beslissing. Deze opbouw volgt uit de wijze waarop de rechter volgens de artikelen 23-25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en artikel 149 e.v. Rv tot rechtsvinding komt, uit de 'marsroute' van de rechter op weg naar het civiele vonnis.⁶ Het redeneermodel dat daarbij wordt gehanteerd is dat van het syllogisme uit de klassieke logica. Een *major* premisse, plus een *minor* premisse, die resulteren in een *conclusio*. Het klassieke voorbeeld daarvan is: alle mensen zijn sterfelijk (*major*); Socrates is een mens (*minor*); dus Socrates is sterfelijk (*conclusio*).⁷ In het 'civiele beslissingsmodel'⁸ functioneert de feitelijke grondslag van de vordering dus 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.

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 te

* Mr. drs. T.S. Jansen is advocaat – Lexence Corporate Litigation – te Amsterdam, raadsheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en medewerker van dit tijdschrift.

1. Vgl. L.A. van Amsterdam & Y. Steeg-Tijms, "I know certainty freaks you out". Het nut en de noodzaak van decision analysis in de procespraktijk, *MvO* 2018, afl. 3-4, p. 97.
2. J. Celona, *Winning at Litigation through Decision Analysis*, Springer 2016, p. xi.
3. Over (de voordelen van) toepassing van de Decision Analysis in de Nederlandse procespraktijk schreven eerder: R.J. Philips, 'Procederen of schikken? The war puzzle', *MvO* 2017, afl. 8-9, p. 228; Van Amsterdam & Steeg-Tijms 2018, p. 97; en T.S. Jansen, 'In de schaduw van het recht: procederen of schikken?', *TOP* 2021, afl. 3, p. 18 e.v.
4. D. Kahneman, O. Sibony & C.R. Sunstein, *Noise, a flaw in human judgment*, Hachette Book Group USA 2021, p. 236 e.v.
5. In dit artikel wordt uitgegaan van (de terminologie van) een dagvaardingsprocedure in eerste aanleg zoals bedoeld in Boek 1, titel 2, BW, maar de benadering is evengoed toe te passen op verzoekschriftprocedures en de procedure in hoger beroep.
6. M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 202 e.v. en Bijlage I.
7. Scholten, *Asser/Scholten Algemeen deel** 1974, par. 28, p. 134. Vgl. ook de door Ahsmann 2020 op p. 7 genoemde voorbeelden waarbij een rechtsregel wordt toegepast op de feiten om tot een rechtsgevolg te concluderen.
8. 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.

stellen. Daartegenover worden de betwistingen van de gedaagde partij weergegeven, alsmede de door hem aangevoerde bevrijdende verweren.⁹

In de civiele procespraktijk is zelden sprake van een zaak waarin één vordering wordt ingesteld, gebaseerd op één rechtsgrond en één feitelijke grondslag. Toch kunnen alle zaken, ook die met meerdere betrokken partijen en meerdere vorderingen en rechtsgronden, in essentie worden gevangen in dit civiele beslissingsmodel, waarin enkel de voor de beoordeling daadwerkelijk relevante vorderingen, rechtsgronden en rechtsfeiten resterend. Door een zaak aldus te benaderen worden drogredenen, cirkelredeneringen, stemmingmakerij en andere bijzaken van de hoofdzaak onderscheiden – met opvallend scherp(er) zicht op de zaak tot gevolg.

Uit het beslissingsmodel volgt namelijk welke knopen de rechter moet doorhakken om tot een vonnis te komen. In feite betreft het een inventarisatie van de voor de berechting van de zaak essentiële deelbeslissingen, en daarmee vormt het de basis van een Decision Analysis.

Een gestileerd voorbeeld, 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 enerzijds, en de betwistingen en bevrijdende verweren anderzijds zijn weergegeven, is hieronder opgenomen. Deze zaak betrof 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.

Eiseres: Aquila	Gedaagde: 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 1. Per 1/1/07 heeft MN Services de uitvoeringsactiviteiten voor PF PME en BPF KV overgenomen van SyntusAChmea. 2. Vanaf die datum servicet MN haar overnames met het Aquila IT Systeem. 3. MN is bij uitbreiding van activiteiten met nieuwe pensioenfondsen, € 140.000 per jaar licentievergoeding verschuldigd. 4. Licence fee over 2007 – 2011 (einde ROVK) telt op tot € 700.000.	 Betwistingen 1. Overname PME/BPF KV ≠ fusie of overname van MN waarop art. 9.4 ROVK ziet. 2. Zie woordkeuze 'samengaan' in art. 9.4 ROVK. 3. MN is nooit eerder gesommeerd dus geen verzuim, dus geen rente verschuldigd. 4. Als al rente verschuldigd dan gewone wettelijk rente, want ROVK is vóór 2013 aangegaan.
Vordering II: Betaling van € 6,5 miljoen aan verbeurde 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: vijfentwintigduizend euro) per week verschuldigd. Deze boete is beperkt tot een maximum van vijf maal de oorspronkelijke productwaarde.'	
 Feitelijke grondslagen 1. MN had uitbreiding binnen 2 weken schriftelijk moeten melden bij Aquila. 2. Dat heeft MN nagelaten en daarmee is zij boete van € 25.000 per week verschuldigd. 3. Over periode 1/1/07 – 1/1/12 zijn 260 weken verstreken dus 260 x 25.000 = 6,5 miljoen.	 Betwistingen 1. Aquila was vanaf 2005 betrokken bij overname van de uitvoeringsactiviteiten, dus schriftelijke mededeling was zonder zin. 2. Aquila heeft zelf in 2011 zelfs nog een rapport over integratie geschreven. 3. De CIO vindt dat je dan toch niet in 2012 alsnog een boete kan claimen, omdat je niet formeel schriftelijk zou zijn geïnformeerd. 4. 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 Pacta sunt servanda.	 Feitelijke grondslagen 1. Nu Aquila wetenschap had van de kwestie is de prestatie waartoe de boete prikkelt niet vereist. 2. Hoe dan ook kon Aquila zich in de gegeven omstandigheden in goede gemoede niet 260 weken stilhouden om vervolgens een miljoenenboete te claimen.

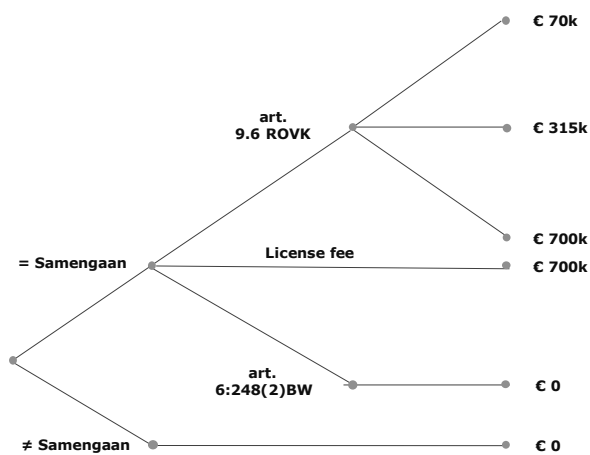
9. Feiten of rechten die de gedaagde ten grondslag legt aan een verweer dat ertoe strekt dat, hoewel de door de eiser ten behoeve van de door hem ingeroepen rechtsgevolgen gestelde feiten en rechten juist zijn, die rechtsgevolgen toch niet intreden, vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/57.

3. Van beslismodel naar beslisboom

Uit het beslissingsmodel in de *Aquila/MN Services*-casus kunnen de volgende essentiële deelbeslissingen worden afgeleid:

- de uitlegvraag of er wel of niet sprake was van een ‘samengaan’ zoals bedoeld in artikel 9.4 Raamovereenkomst (ROVK) en er al dan niet een *licence fee* van € 700.000 verschuldigd is;
- de vervolgvraag of gebondenheid aan het in artikel 9.6 ROVK neergelegde boetebeding in de omstandigheden van dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en er dus geen boete verbeurd zou zijn of dat het boetebeding partijen wel degelijk verbindt; en in het laatste geval
- of de rechter de in het licht van artikel 9.6 ROVK maximale boete van € 700.000 toewijst of deze zal matigen.

Weergegeven in een beslisboom zien deze essentiële deelbeslissingen en de uitkomsten daarvan er als volgt uit:



In feite vertegenwoordigt iedere tak van de beslisboom een van de mogelijke scenario's waarlangs de aangezochte rechter tot een eindbeslissing kan komen:

- het scenario waarin niet wordt aangenomen dat sprake is van een ‘samengaan’ in de zin van artikel 9.4 ROVK;
- het scenario waarin weliswaar ‘samengaan’ wordt aangenomen en er dus een licentievergoeding van € 700.000 verschuldigd is, maar geen contractuele boete op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid; en
- het scenario dat sprake is van ‘samengaan’ en boeteverschuldigdheid, waarna de vraag aan de orde komt of de maximale boete van € 700.000 wordt toegewezen of lagere boetes van € 70.000 of € 315.000.¹⁰

De schematische weergave in een beslisboom van de voor de berechting van de zaak noodzakelijke deelbeslissingen, of eigenlijk het denkproces dat aan het opstellen van het beslissingsmodel en de visualisering daarvan voorafgaat, is de eerste reden waarom Decision Analysis zo waardevol is. Die insteek dwingt ertoe de zaak tot op het bot te doorgronden om focus op de kern van de zaak te krijgen. Daarmee worden hoofd- en bijzaken onderscheiden en sterktes en zwaktes bloot gelegd.

4. Van kwaliteit naar kwantiteit: verwachtingswaarde

De tweede reden is dat bij een Decision Analysis de waarschijnlijke uitkomst van deelbeslissingen kwantitatief worden ingeschat om daarmee de verwachtingswaarde van een procedure te kunnen bepalen. Kwantificeren betekent dat een kans ondubbelzinnig en expliciet in de simpele vorm van een cijfer tussen 0 (gebeurt niet) en 1 (gebeurt wel) wordt uitgedrukt.¹¹ En dat dwingt tot duidelijkheid, anders dan het geval is bij de onder juristen gebruikelijkere kwalitatieve kansinschattingen. Kwalificaties als ‘verdedigbaar’, ‘waarschijnlijk’, ‘onaannemelijk’, ‘kansrijk’, ‘pleitbaar’ en ‘aanzienlijk risico’, zijn multi-interpretabel en daarmee nietszeggend. Gevraagd om de kans dat ‘een verdedigbaar standpunt’ bij de rechter standhoudt uit te drukken in een percentage, geven advocaten antwoorden die variëren van 30% tot 80%.¹² Dergelijke kwalificaties zijn onbruikbaar.

Maar hoe moet – over de *Aquila/MN Services*-casus gesproken – de kans dat de rechter ‘samengaan’ wel of niet zal aannemen dan wél gekwantificeerd worden? En de kans dat het beroep op derogerende werking slaagt of toch een boete verschuldigd is en, zo ja, van welke hoogte?

Die kansen kunnen niet worden bepaald met klassieke of frequentistische statistiek (in X% van de gevallen gebeurt Y). Er bestaat immers geen dataset met vergelijkbare gevallen waaruit objectieve kansen kunnen worden afgeleid of geëxtrapoleerd. Die kansen moeten worden bepaald door middel van het concept uit de Bayesiaanse statistiek van het subjectivistische kansbegrip, oftewel de subjectieve inschatting door een persoon over het al dan niet optreden van een gebeurtenis.¹³ Een Decision Analysis kan enkel met gebruikmaking van dergelijke Bayesiaanse subjectieve kansinschattingen worden gedaan, want: ‘unfortunately, decision-making is prospective, and data is always retrospective.

10. De maximale boete volgt uit art. 9.6 ROVK. De gematigde boetes van € 70.000 (10% van het maximale bedrag) en € 315.000 (mediaan van het verschil tussen 10% en de maximale boete) betreffen inschattingen van de auteur.

11. Of een percentage van 0% tot 100%. In dit artikel worden kansen in decimalen uitgedrukt omdat die direct in de berekeningen kunnen worden gebruikt.

12. Philips 2017, p. 228. Vgl. ook Celona 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.

13. R. Flohr, *De Bayesiaanse benadering. Basisprincipes en -technieken van de Bayesiaanse statistiek*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 10.

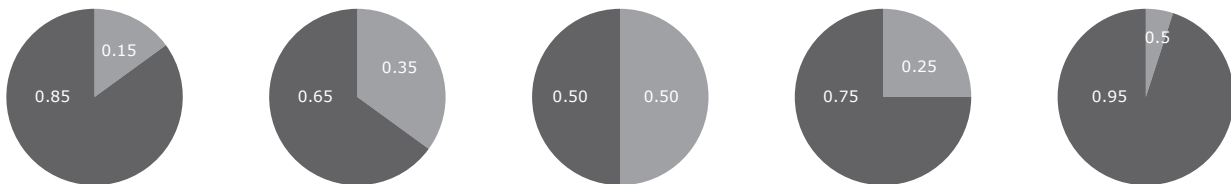
Most inconveniently, we have no data from the future. Subjective, Bayesian probabilities fill in the gap.¹⁴

Een Decision Analysis vereist dus dat per deelbeslissing een subjectieve kansinschatting wordt gemaakt, uitgedrukt in de simpele vorm van een cijfer tussen 0 en 1.0, in welk getal in feite alle (dossier)kennis, ervaring en intuïtie van de opsteller(s) wordt betrokken. Om al die informatie adequaat in een kansinschatting te betrekken, is het raadzaam om de argumenten voor en de argumenten tegen een uitkomst van de deelbeslissing schriftelijk te inventariseren en te wegen. In feite dus door een balans op te maken van de argumenten enerzijds en anderzijds. Pas nadat alle argumenten voor en tegen zijn opgesomd, besproken en gewogen, is het tijd om die weging in een getal uit te drukken. Bij de bepaling daarvan helpt het om het getal van de kansinschatting te visualiseren. Veel mensen hebben namelijk een slecht gevoel voor statistiek en doorvoelen niet werkelijk het verschil tussen een kans van 0.15 en een kans van 0.25 dat een gebeurtenis plaatsvindt. Visualisatie maakt dit verschil in één oogopslag duidelijk, zoals volgt uit onderstaande diagrammen.¹⁵

Vanzelfsprekend hangt de kwaliteit van een Decision Analysis af van de tijd, ervaring en kennis die wordt ingezet bij het inventariseren van de relevante beslis- punten en de opsomming en weging van argumenten bij de subjectieve kansinschatting. Om van een beslis-

singsmodel een betekenisvolle beslisboom te produceren, helpen de navolgende vuistregels:

- a. In de beslisboom worden enkel deelbeslissingen opgenomen waarvan de uitkomst onzeker is; feiten of rechten die praktisch gesproken vaststaan (1.0), of niet (0), zijn een gegeven, geen beslis- punt.¹⁶
- b. De kansen van de diverse uitkomsten van een deelbeslissing moeten steeds tot 1 optellen.
- c. 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 het beslechten van *biases*.
- d. Neem daarbij ook 'zachte' factoren in aanmerking, zoals redelijkheid en billijkheid, rechtvaardigheid, aanvaardbaarheid, proportionaliteit en subsidiariteit van de diverse uitkomsten.
- e. Voorkom zo veel mogelijk 50/50 kansinschattingen, deze zijn nietszeggend.
- 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 met de intuïtie is, bevat deze hoogstwaarschijnlijk een denk- of redeneerfout.

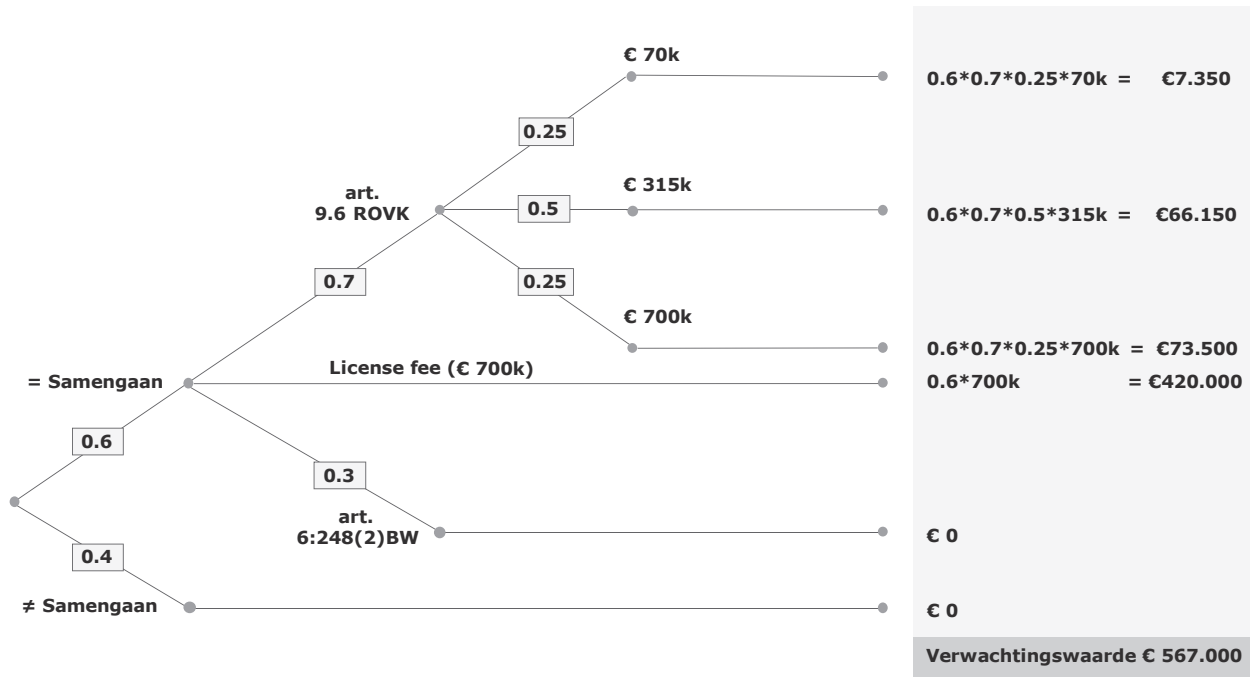


14. Celona 2016, p. 126.

15. In powerpoint of Excel kunnen eenvoudig diagrammen worden aangemaakt.

16. In de praktijk wordt dus veelal een voorschot genomen op de bewijsvoering om te bepalen of feiten en rechten als vaststaand hebben te gelden. Die afweging komt meestal niet terug in de beslisboom, waarin het veelal aankomt op de inschatting van deelbeslissingen op open normen, zoals uitlegkwesties, matiging, onaanvaardbaarheid, enz.

De subjectieve kansinschattingen van de auteur van de uitkomsten van de essentiële deelbeslissingen in de *Aquila/MN Services*-casus zijn weergegeven in onderstaande beslisboom, alsmede de berekening van de uit die kansen voortvloeiende verwachtingswaarde per scenario of marsroute.



De verwachtingswaarden van alle zes beslispaden bij elkaar opgeteld levert een totale verwachtingswaarde op van € 567.000 van de door Aquila te entameren procedure tegen MN Services tot betaling van € 7,2 miljoen.

5. Concluderend: Decision Analysis biedt waardevolle inzichten

De uit de Decision Analysis van de *Aquila/MN Services*-casus voortvloeiende verwachtingswaarde van € 567.000 is geen paragnostische toekomstvoorspelling maar het resultaat van de subjectieve kansinschattingen van de auteur op de door hem relevant geachte deelbeslissingen in de *Aquila/MN Services*-casus. Deze verwachtingswaarde is vanzelfsprekend gebaseerd op de op het moment van analyseren bekende feiten en rechten en is dus per definitie momentgebonden. Het ligt voor de hand om de analyse in de loop der tijd te actualiseren indien daar aanleiding toe bestaat, bijvoorbeeld na ontvangst van een processtuk, na bewijsverrichtingen, een vonnis of voorlopige zienswijze, of eenvoudigweg naar aanleiding van (team)overleg.

Decision Analysis biedt procespartijen (en degenen die daar toezicht op houden) inzicht in hun rechtspositie en de verwachte uitkomst van de procedure. Vanuit

die (rechts)positiebepaling kan voor procespartijen de optimale strategie worden uitgestippeld. Daarnaast blijkt uit de analyse kristalhelder of procederen überhaupt zin heeft¹⁷ en of een schikkingsaanbod aanvaardbaar is.¹⁸ Decision Analysis legt de zwaktes van de zaak bloot en dus de actiepunten om die te ondervangen en tot een beter resultaat te kunnen komen. Voor (beroeps)aansprakelijkheidsverzekeraars biedt Decision Analysis ten slotte een gestructureerde benadering voor *best-estimate-basis* reserveringen van schaderisico's.

De analyse van de gestileerde *Aquila/MN Services*-casus illustreert dat Decision Analysis veel inzicht biedt in de rechtsposities van de betrokken partijen en de daarvan afgeleide verwachtingswaarde van een procedure. In de praktijk dienen zaken zich echter zelden gestileerd aan en zijn deze niet zo eenvoudig en overzichtelijk in een beslismodel en beslisboom te vangen. De complexiteit van de werkelijkheid maakt het juist extra waardevol om een Decision Analysis te doen. Het belang om een ingewikkelde zaak – en juristen zijn associatieve denkers die de kwestie met hun argumenten meestal niet kleiner maken – tot de kern terug te brengen kan niet worden overschat. Dat vergt weliswaar (extra) inspanning bij aanvang van de zaak, maar daarmee wordt een hoop ellende in het verdere verloop daarvan bespaard.

17. In de *Aquila/MN Services*-casus lijkt het voor beide partijen zinvol om te procederen. MN Services kan haar betalingsverplichting van € 7,2 miljoen naar verwachting aanzienlijk verminderen tot € 567.000. Ook voor Aquila wegen de kosten van procederen (enkele tienduizenden euro's) op tegen de baten (€ 567.000), zij het dat zij haar verwachtingen ernstig zal moeten bijstellen.

18. Aquila noch MN Services hoeft 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 (€ 567.000), 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.