

Decision analysis: als de taart alleen maar kleiner wordt

Zakelijke partijen die zijn verwickeld in een *zero-sum* conflict, waarbij de winst van de een het verlies van de andere partij is, kunnen tevoren uitrekenen wat de verwachtingswaarde van een procesgang is. Hiervoor is *decision analysis* een veelgebruikte methode. Ook een mediator kan dit inzetten, om partijen beter inzicht te geven in hun alternatieven als geen overeenkomst wordt bereikt en om hen nader tot elkaar te brengen.

■ DOOR REIN PHILIPS

Soms kan – ook na een grondige inventarisatie van de achterliggende belangen – de taart waarover partijen strijden niet worden vergroot. Wat de ene partij ontvangt, moet de andere partij inleveren en andersom (*zero-sum game*). In de meeste zakelijke geschillen over wie wat moet betalen is dit in meer of mindere mate het geval. Maar ook partijen die strijden over een taart met een vaste omvang en geen enkel ander belang hebben dan opbrengstmaximalisatie, delen ten minste nog één belang: het beperken van de kosten van verdeling. De kosten van verdeling komen immers ten laste van de verwachte opbrengst. Voor de beslechting van dit soort geschillen is *decision analysis* een waardevol instrument.¹

Wat is decision analysis?

Decision analysis, in goed Nederlands: besluitkunde, is een verzamelnaam voor formele methodes die academici en bedrijven hebben ontwikkeld om onder onzekere en complexe omstandigheden zo goed en objectief mogelijk beslissingen te nemen. Decision analysis wordt al decennia gebruikt bij de analyse van investeringen in allerlei industrieën, in het bijzonder bij olie- en gasexploratie en medicijnontwikkeling. Dit soort investeringen hebben met juridische procedures gemeen dat op voorhand onzeker is wat een investering oplevert omdat de informatie waarop de investering wordt gedaan onvolledig is. Decision analysis wordt gedurende het hele proces gebruikt om (verdere) investeringen

te analyseren en te optimaliseren, wat er ook toe kan leiden dat een project halverwege wordt afgeblazen. In 2016 schreef John Celona het eerste handboek waarin decision analysis wordt toegepast op juridische conflicten en procesbeslissingen.²

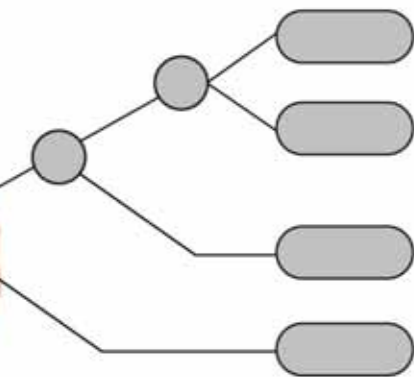
Omdat decision analysis een beroep doet op de rekenkundige kant van het brein en bij complexere analyses basiskennis van Excel vereist, was het tot voor kort niet voor iedere jurist weggelegd, maar nieuwe eenvoudig te hanteren software tools maken decision analysis voor iedereen, en dus ook voor mediators toegankelijk.³

Casus: discussie over meerwerk

Een opdrachtgever en een aannemer hebben een discussie over meerwerk. Het gaat om de nieuwbouw van een groot glazen kantoor. Vanwege problemen bij de leverancier van glazen puien, heeft de aannemer de puien in overleg met de opdrachtgever tegen hogere kosten bij een andere leverancier ingekocht. Hierdoor is de vertraging van de bouw beperkt gebleven tot twee maanden, maar de puien waren bij de nieuwe leverancier een stuk duurder. Volgens de aannemer is de opdrachtgever aansprakelijk voor de extra kosten van de glazen puien en de kosten die hij moet maken om zijn personeel een maand langer op het werk te houden. Volgens de opdrachtgever was de aannemer verantwoordelijk voor de tijdige levering van het materiaal en zijn zowel de extra



Rein Philips
is directeur van Redbreast.



kosten van de glazen puien als de kosten van vertraging voor rekening van de aannemer. Bovendien stelt de opdrachtgever ook schade te hebben geleden door de vertraging, omdat hij twee maanden langer heeft moeten huren op de oude locatie à € 60.000 per maand. Als de aannemer een arbitrageprocedure start, zal de opdrachtgever daarom een tegenvordering instellen ter hoogte van € 120.000 plus rente. De opdrachtgever biedt evenwel aan om, zonder erkenning van enige aansprakelijkheid, een bedrag van € 100.000 te betalen aan de aannemer om er vanaf te zijn.

Op basis van de aanneemovereenkomst is niet geheel duidelijk wie verantwoordelijk is voor het meerwerk. De desbetreffende bepalingen kunnen op verschillende manieren worden geïnterpreteerd. De vordering van de aannemer bedraagt in totaal maximaal € 500.000 plus wettelijke rente. Als partijen er onderling niet uitkomen, dan schrijft de overeenkomst bouw-arbitrage voor. De kosten van een arbitrage bedragen naar inschatting van de advocaten van beide partijen € 100.000 per partij. Voor het gemak gaan wij ervan uit dat iedere partij zijn eigen kosten van de procedure draagt, ongeacht winst of verlies.

De advocaat van de aannemer heeft een stevig procesadvies geschreven. De conclusie onderaan de streep is dat er een 'goede kans' is dat de vorderingen van de aannemer in arbitrage zullen worden toegewezen en dat in dat geval niet wordt toegekomen aan de inhoudelijke behandeling van de vorderingen van de opdrachtgever.

Is het voor de aannemer de moeite waard om te procederen?

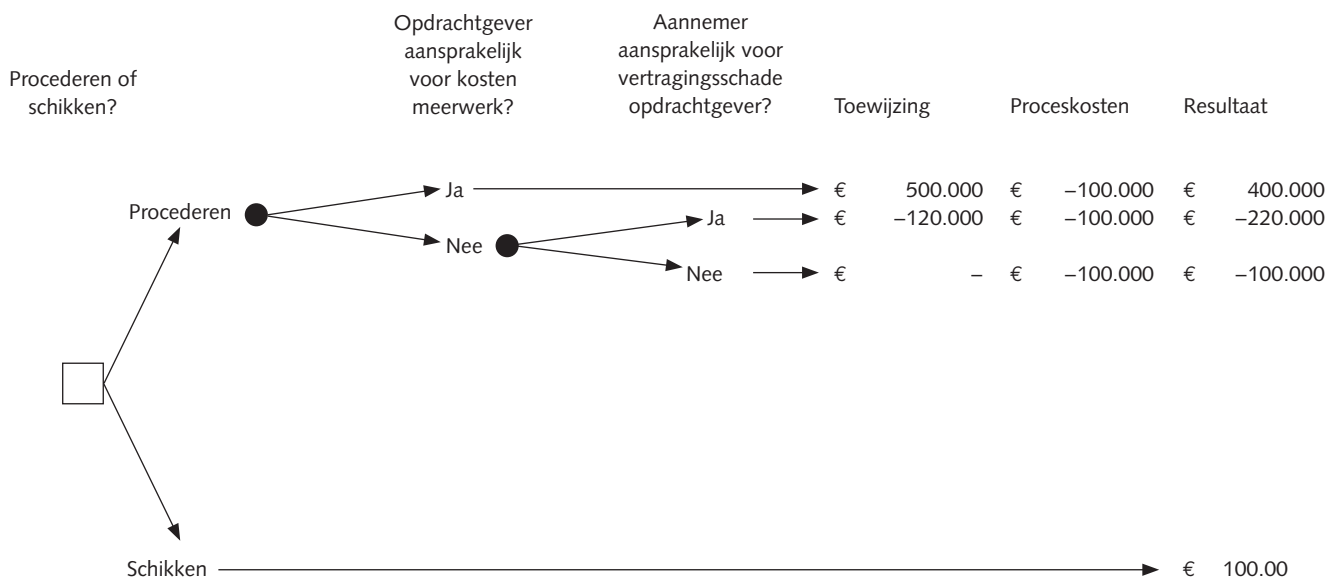
De beslissboom

De aannemer heeft twee opties: 1) schikken tegen € 100.000 waarbij de aannemer dit bedrag ontvangt, of 2) een arbitrageprocedure starten. Deze twee opties moeten tegen elkaar afgewogen worden om tot een goede beslissing te komen. Het resultaat van een schikking is gegeven, maar het resultaat van een arbitrageprocedure is onzeker. Het wegen van scenario's met een onzekere uitkomst is wat de beslissing complex maakt. Om geen appels met peren te vergelijken moet op een of andere manier de voorliggende schikking worden vergeleken met de uiteenlopende mogelijke uitkomsten van een arbitrageprocedure.

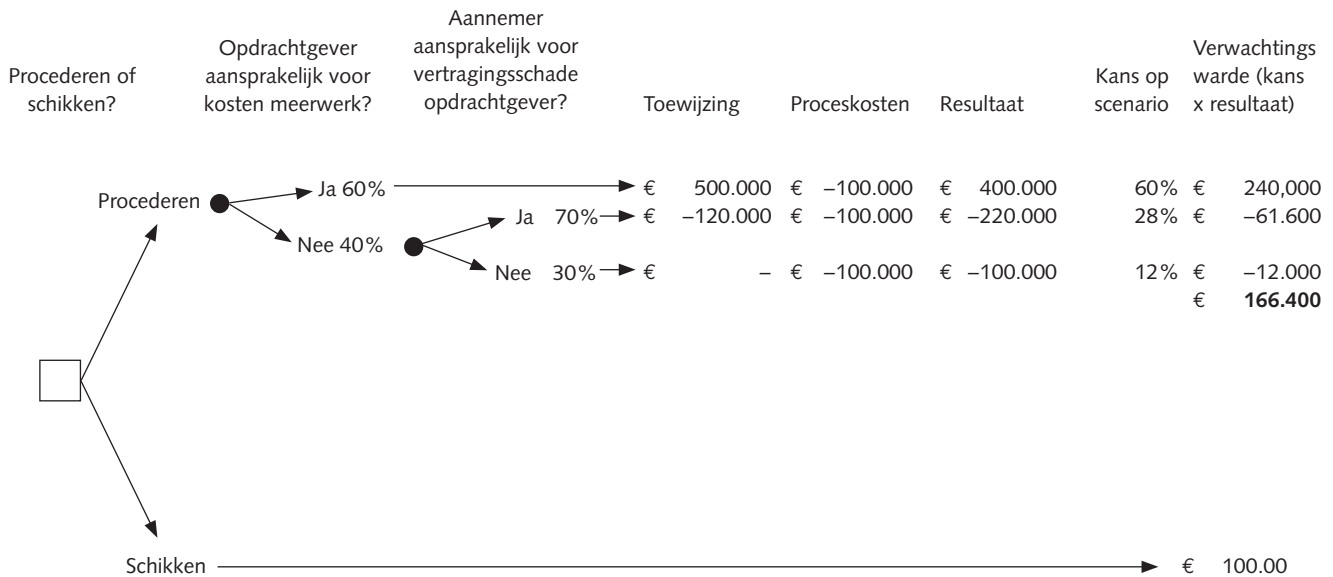
De beslissboom is een veelgebruikte visuele methode om de keuze tussen processen met onzekere uitkomsten inzichtelijk te maken. De beslissing van de aannemer zou kunnen worden weergegeven in een beslissboom als in figuur 1.

Er is niet één juiste manier om een beslissboom te maken maar er zijn wel een paar beginselen die moeten worden gevolgd om misstappen te voorkomen en het overzichtelijk te houden:

1. Begin met het vaststellen van de keuze die voorligt. In dit geval de keuze tussen procederen of schikken.⁴
2. Onderscheid vervolgens de onderwerpen waarover de rechter of arbiter een oordeel moet vellen om tot een einduitspraak te komen. Formuleer de oordelen als geïsoleerde vragen die met ja of nee kunnen worden beantwoord. In dit geval zijn twee belangrijke gebeurtenissen geïdentificeerd: a) het oordeel van de rechter over de aansprakelijkheid van de opdrachtgever en b) het oordeel van de rechter over de aansprakelijkheid van de aannemer.⁵



Figuur 1. Beslissboom van de aannemer.



Figuur 2. Beslisboom van de aannemer, inclusief kansen en verwachtingswaarde.

- Bepaal in welke volgorde de onderwerpen waarschijnlijk bij de rechter aan de orde zullen komen. In figuur 1 is aangenomen dat de rechter eerst beoordeelt of de opdrachtgever aansprakelijk is voor het meerwerk, en dat de rechter alleen toekomt aan de vraag of de aannemer aansprakelijk is tegenover de opdrachtgever als de eerste vraag ontkennend is beantwoord.
- Bepaal of schat welk bedrag zal worden toegewezen indien geconcludeerd wordt tot aansprakelijkheid en bepaal of schat ook welke kosten in ieder scenario moeten worden gemaakt om tot een einduitspraak te komen.⁶ Omdat wij de zaak beoordelen vanuit het gezichtspunt van de aannemer, is de uitkomst negatief als de tegenvordering van de opdrachtgever wordt toegewezen. De kosten zijn vanzelfsprekend altijd negatief.⁷

Kansinschatting

Nu moet een inschatting worden gemaakt van het oordeel van de rechter in de verschillende scenario's. Het is niet zeker hoe de rechter zal gaan oordelen, dus het gaat om de inschatting van een kans. Deze kans moet worden uitgedrukt in een percentage. Sommige advocaten schrikken hiervoor terug, maar in wezen is een percentage niets anders dan een getalsmatige weergave van het oordeel dat de advocaat ook geeft in een procesadvies. Door dat oordeel te vertalen naar een percentage, of een bandbreedte van percentages, wordt het mogelijk om ermee te rekenen en kunnen misverstanden worden voorkomen.

Wat bedoelt de advocaat met een 'goede kans'? Is dat 50%, 60% of 70% kans? Of is 40% al een goede kans? De ervaring leert dat advocaten van hetzelfde kantoor hier uiteenlopende ideeën over hebben.⁸

Laten wij ervan uitgaan dat de kans dat de arbiter zal oordelen dat de opdrachtgever aansprakelijk is voor het meerwerk 60% is. Dat betekent dat er 40% procent kans is dat de rechter de vordering van de aannemer zal afwijzen. Dan (en alleen dan) komt de arbiter toe aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering van de opdrachtgever. Dat betekent dat bij de inschatting van de kans dat de rechter de vordering van de opdrachtgever toewijst, gegeven is dat de vordering van

de aannemer is afgewezen. De casus geeft overigens geen informatie over de haalbaarheid van de vordering van de opdrachtgever. Omwille van het voorbeeld stellen wij de kans dat de arbiter, na afwijzing van de vordering van de aannemer, oordeelt dat hij aansprakelijk is tegenover de opdrachtgever 70%.

Berekening van de verwachtingswaarde

Nu kunnen wij berekenen wat de kans is dat ieder van de mogelijke uitkomsten van de procedure zich voordoet én kan worden berekend wat de verwachtingswaarde (*expected value*) is van de procedure voor de aannemer. Daarvoor moeten de kansen op de gebeurtenissen die nodig zijn om tot een bepaalde uitkomst te komen met elkaar worden vermenigvuldigd en ten slotte worden vermenigvuldigd met de uitkomstwaarden en kosten van dat scenario. Figuur 2 laat zien hoe dat eruit ziet.

Wat bedoelt de advocaat met een 'goede kans'? Is dat 50%, 60% of 70% kans?

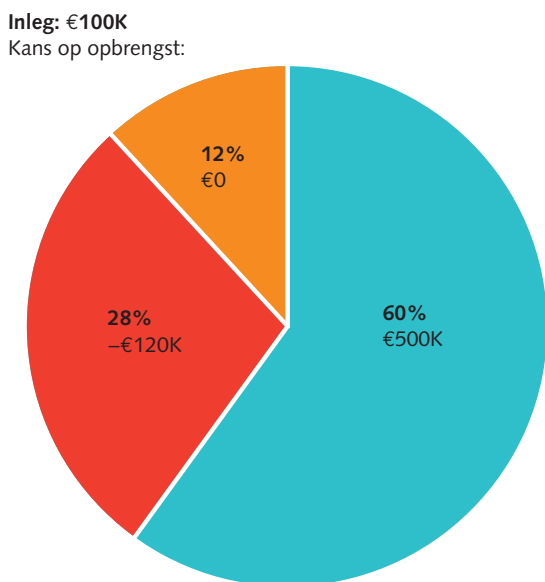
Analyse van het resultaat

Een van de uitkomsten van de berekening is dat de zaak een verwachtingswaarde heeft van € 166.400. Wat betekent dat? De verwachtingswaarde is niet de meest waarschijnlijke uitkomst van de zaak, maar de beste schatting van de huidige waarde van een betwiste vordering waarover nog geprocedeerd moet worden. In de verwachtingswaarde zijn zowel de kosten van een procedure als de kans op winst en verlies verdisconteerd.⁹ De verwachtingswaarde van een betwiste vordering is een logisch uitgangspunt om een mogelijke schikking te evalueren.

€ 166.400 is voor de aannemer de risico-neutrale schikkingsdrempel. Risico-neutraal betekent in deze context dat het de aannemer geheel om het even zou zijn of hij nu € 166.400 ontvangt of een procedure start. Volgens de berekening

vertegenwoordigen beide opties immers exact dezelfde economische waarde. In dat geval zou de voorgestelde schikking van € 100.000 op grond van het voorgaande dus niet aanvaardbaar zijn, maar zou de opdrachtgever ten minste € 166.400 moeten betalen.

Risiconeutraliteit kan echter niet zonder meer worden verondersteld. Om de aannemer goed te adviseren over de voorliggende schikking, moet worden onderzocht wat zijn risicobereidheid onder de gegeven omstandigheden is. De analyse van de mogelijke uitkomsten geeft inzicht in de risico's en de kansen, maar rijtjes met percentages en bedragen spreken niet bij iedereen evenveel tot de verbeelding. Het is daarom aan te raden om de kansen visueel weer te geven. Het taartdiagram, ofwel het rad van fortuin, is een goed voorbeeld (zie figuur 3).



Figuur 3. Taartdiagram van de aannemer.

Wat heeft voor de aannemer de voorkeur: nu € 100.000 in de hand, of € 100.000 inleggen om aan dit rad te mogen draaien? Voor welk bedrag zou de aannemer bereid zijn om af te zien van een slinger aan het rad? Indien en voor zover dat bedrag kleiner is dan € 166.400, is hij bereid een premie te betalen voor zekerheid (risico-avers). Voor zover dat bedrag

hoger is, is hij bereid een premie te betalen voor de kans op een (aanzienlijk) hogere opbrengst (risico-minnend).¹⁰

Analyse van de positie van de wederpartij

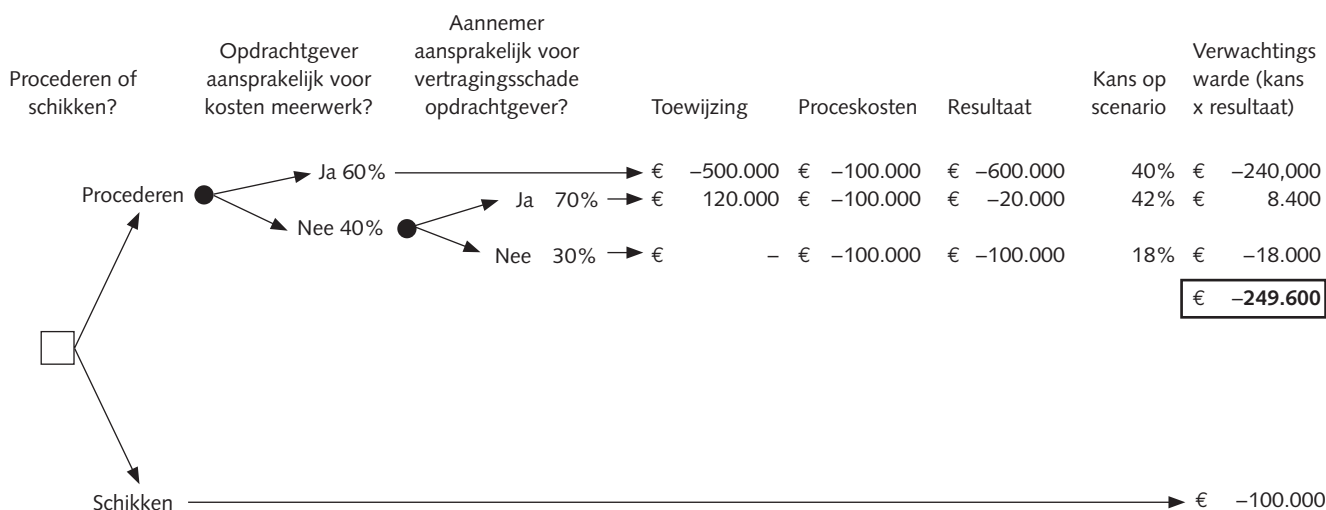
Als het bedrag waarvoor de aannemer bereid zou zijn te schikken is vastgesteld, is het met oog op de onderhandeling interessant om ook te kijken hoe de analyse zou uitpakken voor de opdrachtgever. Stel dat de advocaat van de opdrachtgever inschat dat de kans 60% is dat vordering van de aannemer wordt afgewezen en dat, in dat geval, de kans 70% is dat de vordering van de opdrachtgever wordt toegewezen. Dan laat figuur 4 de analyse van de verwachtingswaarde van de aansprakelijkheid en de proceskosten zien.

Merk op dat, ondanks het verschil in de kans-inschatting van de aansprakelijkheid, de verwachtingswaarde van het aansprakelijkheidsrisico van de opdrachtgever hoger uitvalt dan de verwachtingswaarde van de zaak voor de aannemer. Uitgaande van risiconeutraliteit zou iedere schikking van of beneden de € 249.600 voor de opdrachtgever aanvaardbaar moeten zijn. Met andere woorden, op basis van deze analyse zou er een *zone of possible agreement* zijn. Dit lijkt op het eerste gezicht misschien vreemd, maar er is een eenvoudige verklaring voor. Beide partijen moeten in het processcenario kosten maken. Bij de opdrachtgever komen deze kosten bovenop zijn aansprakelijkheidsrisico, terwijl de kosten bij de aannemer worden afgetrokken van zijn verwachte opbrengst. Hoe hoog de proceskosten ook oplopen, de taart waarover wordt gestreden blijft even groot en de uitkomst van het proces blijft onzeker.

Decision analysis in mediation

Een belangrijk obstakel om decision analysis in te zetten in een onderhandeling met een wederpartij, is dat het veronderstelt dat beide partijen bereid zijn om hun interne proceskansinschattingen te delen. In veel gevallen zal dit een brug te ver zijn. Mediation biedt in dat geval soelaas.

Zonder enige inhoudelijke invloed uit te oefenen, kunnen partijen onder begeleiding van de mediator hun eigen beslisboom maken, proceskansen inschatten, risico's analyseren en de verwachtingswaarde berekenen. Doordat zowel het



Figuur 4. Beslisboom van de opdrachtgever.

procesrisico als de proceskosten worden verdisconteerd, rekenen partijen onherroepelijk naar elkaar toe. Als er op een onderdeel een grote discrepantie is tussen de proceskansinschattingen, dan wordt dat direct duidelijk omdat deze worden uitgedrukt in percentages. De mediator kan dan uitzoeken wat hiervan de oorzaak is. Misschien is er een belangrijk stuk informatie waarover een van de partijen niet beschikt.

De afstand tussen de standpunten van partijen wordt verkleind of zelfs volledig geslecht

Als beide partijen met behulp van de analyse hun schikkingsdrempels hebben bepaald, kan de mediator met hun instemming aangeven of en zo ja hoever zij nog uit elkaar zitten. Zo kan decision analysis helpen om de zone of possible agreement en het beste alternatief zonder overeenkomst te bepalen. Ook als het resultaat uiteindelijk niet worden gedeeld, zal deze exercitie partijen helpen om de aandacht te verplaatsen van de vraag naar wie gelijk heeft, naar de onzekerheid over wie gelijk krijgt en wat het kost om daar te komen.

Conclusie

De analyse van de casus vanuit het gezichtspunt van de eiser en de gedaagde laat zien dat er – zelfs bij een verschillende inschatting van de proceskansen – een ruime schikkingsbandbreedte is waarbinnen schikken voor beide partijen gunstiger is dan procederen. In onze casus is iedere schikking tussen € 166.400 en € 249.000 voor beide partijen economisch gezien te prefereren boven een procedure.

De bandbreedte waarbinnen schikken gunstiger is dan procederen wordt bepaald door de omvang van de kosten die partijen moeten maken in een procedure, de perceptie van hun proceskansen, het (financiële) belang van de zaak en hun risicobereidheid. Decision analysis helpt om partijen inzicht te geven in deze factoren en ze te kwantificeren. Het resultaat is dat de afstand tussen de standpunten van partijen wordt verkleind of zelfs volledig wordt geslecht.

Decision analysis zal niet bij iedereen aanslaan. Mensen met een financiële achtergrond zullen zich over het algemeen meer thuis voelen bij deze benadering dan bij een uiteenzetting over causaliteit en toerekening. Partijen die erg emotioneel of principieel in de wedstrijd zitten, zullen zich doorgaans minder aangesproken voelen door een droge kwantitatieve analyse. Om spijt achteraf te voorkomen, kan het toch juist ook voor dat soort partijen goed zijn om de kansen en de kosten van de negatieve uitkomstscenario's onder ogen te komen.

Een bijkomend voordeel van het proces van het analyseren van de verwachtingswaarde van een zaak is dat het de aandacht vestigt op problemen die partijen delen: de kosten

van de zaak en de onzekerheid over het oordeel van de rechter. Mediation lijkt bij uitstek geschikt om decision analysis in de praktijk te brengen. Iedere partij kan in vertrouwelijkheid en onder begeleiding van de mediator of andere onafhankelijke derde, een berekening van de verwachtingswaarde van zijn kant van de zaak maken. Zo kunnen partijen dichter bij elkaar worden gebracht zonder dat zij zich in de kaarten hoeven te laten kijken. ■

NOTEN

1. Zoals zal blijken zijn de toepassingen van decision analysis veel breder. In beginsel kan decision analysis worden toegepast op ieder besluitvormingsproces.
2. J. Celona, *Winning at litigation through decision analysis*, Springer International Publishing 2016.
3. Eperot, een Zweeds bedrijf heeft een mooie en gebruiksvriendelijke tool ontwikkeld voor juridische toepassingen, zie eperoto.com. Redbreast heeft voor eenvoudige toepassingen een online tool ontwikkeld die gratis te gebruiken is, te vinden op redbreastlitigationanalysis.com/the-tool. (NB: de auteur heeft een belang in Redbreast.)
4. In de beslissboomanalyse wordt een keuze van de beslisser aangegeven door een vierkantje (*decision node*) en de andere gebeurtenissen die bepalend zijn voor de uitkomst door een punt (*event nodes*).
5. Wij houden het hier eenvoudig, maar vaak zullen meerdere subvragen bevestigend moeten worden beantwoord om tot aansprakelijkheid te concluderen, bijvoorbeeld: is er sprake van een tekortkoming in de nakoming? Ja → Is de tekortkoming toerekenbaar? Ja → Is er causaal verband met enige schade? Ja → Aansprakelijkheid. In dat geval kunnen die ook in de beslissboom worden opgenomen.
6. Als er, bijvoorbeeld door discussies over de omvang van de schade of eigen schuld, een ruime bandbreedte is van bedragen die kunnen worden toegewezen in geval van aansprakelijkheid, dan kunnen hier ook meerdere uitkomstscenario's worden opgenomen, bijvoorbeeld: hoog (25%), laag (25%) en meest waarschijnlijk (50%). Er bestaan geavanceerdere methodes om te rekenen met continue distributies van uitkomsten, zie Celona 2016.
7. In een procedure waarin ook een kostenveroordeling kan worden gevorderd, dient deze als afzonderlijke vordering te worden meegenomen.
8. Tijdens de cursus Masterclass decision analysis van CPO stel ik deze vraag door middel van een peiling aan de cursisten. De antwoorden van advocaten en bedrijfsjuristen op de vraag wat het betekent dat een zaak 'een goede kans van slagen heeft' schommelen tussen de 40 en 80%.
9. Op basis van de verwachte looptijd van de zaak kan door het toepassen van een rentevoet ook de waarde van het ontvangen van een bedrag nu versus het maken van kosten en het ontvangen van een bedrag in de toekomst worden meegenomen. Het voert te ver daar hier verder op in te gaan, maar nu de rentes weer oplopen is dit wel een factor om rekening mee te houden.
10. In de praktijk is zelden vooraf met zekerheid te zeggen wat de kosten van de zaak in totaal zullen of – in het scenario waarin de vordering wordt toegewezen – wat de exacte opbrengst zal zijn. Een algemene eigenschap van rechtszaken over betwiste vorderingen is dat er doorgaans wel een harde grens is aan de maximale opbrengst, maar geen harde grens aan de kosten. Het voert te ver om dat hier mee te modelleren, het volstaat hier op te merken dat het een drukkend effect heeft op de verwachtingswaarde van de vordering.