De gang op gestuurd

Een kwalitatief empirisch onderzoek naar het proces van schikken tijdens vermogensrechtelijke procedures in Nederland

Lucas Lieverse

De gang op gestuurd

Een kwalitatief empirisch onderzoek naar het proces van schikken op de gang tijdens vermogensrechtelijke procedures in Nederland

Lucas Lieverse

2022

©2022 Lucas Lieverse

ISBN/EAN: 978-94-6469-066-8
NUR: 820

Omslagontwerp: Simone Golob, www.sgiv.nl
Eindredactie Engelstalige samenvatting: Maud Bovelander, www.emdash.nl
Gedrukt door: ProefschriftMaken || www.proefschriftmaken.nl

De gang op gestuurd

Een kwalitatief empirisch onderzoek naar het proces van schikken op de gang tijdens vermogensrechtelijke procedures in Nederland

Directed to the corridor to settle the case

A qualitative empirical study of the process of settling in the corridors of courthouses during civil litigation in the Netherlands (with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Utrecht
op gezag van de
rector magnificus, prof. dr. H.R.B.M. Kummeling,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 18 november 2022
te 12:15 uur

door

Lucas Lieverse

geboren op 30 december 1977
te Utrecht

Promotoren:

Prof. mr. dr. R.J. Verschoof
Prof. dr. P.M. Langbroek
Prof. dr. mr. H.J.L.M. van de Luijtgaarden

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. dr. E. Mak
Prof. mr. dr. K.G.F. van der Kraats
Prof. mr. dr. R. Rijnhout
Dr. mr. M.A. Simon Thomas
Prof. mr. dr. M. Barendrecht

Woord vooraf

Als mensen een juridisch probleem hebben, kunnen ze dat aan de rechter voorleggen. Dat doet lang niet iedereen. Maar als ze dat doen, dan is het gebruikelijk dat de rechter samen met de betrokkenen bekijkt of zij dat probleem zelf, zonder vonnis, kunnen oplossen. Dat heet 'schikken' of 'regelen' in jargon. Als daarvoor ruimte is, schorst de rechter de zitting, zodat partijen (en hun advocaten) op de gang kunnen praten en onderhandelen. Die 'gang' is ook jargon. Soms overleggen partijen daadwerkelijk op een gang, soms in een centrale hal, dan weer in een enquêtekamer. En soms zeggen ze geen woord tegen elkaar. Het is een boeiende praktijk. Dat vond ik al toen ik advocaat (2004-2011) was en dat vind ik nog steeds.

Eerdere studies naar schikken richtten zich vooral op de zitting en de rechter. Daaruit is bekend dat in ongeveer 30 procent van de zaken wordt geschikt, welke schikkingsinterventies van rechters effectief zijn en welke minder goed werken, maar bijvoorbeeld ook dat niet iedereen die schikt tevreden is. Maar wat gebeurt er nu eigenlijk op de gang? Die vraag heb ik in dit proefschrift beantwoord.

Ik heb er met buitengewoon veel plezier en enthousiasme aan gewerkt. Ik voel me bevoorrecht dat ik dit onderzoek heb mogen doen. Hoewel ik er vaak voor ben gewaarschuwd, had ik geen last van eenzaamheid. Dat zegt misschien iets over mij, maar ook over de mensen om mij heen.

Er zijn veel mensen die ik dankbaar ben. Mensen die me hebben gevormd en blijven vormen, en mensen die dicht bij me staan, zoals mijn (schoon)ouders, mijn broers, mijn goede vrienden en mijn lieve Wendy, Fin en Mink omdat zij mij elke dag weer levenszin en vreugde geven. Zij maken mij tot wie ik ben.

Mijn werkgever, Zuyd hogeschool, ben ik dankbaar; mijn fijne collega's met wie het zo prettig werken is. Dries, Martijn, Martijn, Koen, Eric en Annemie bedank ik voor hun vertrouwen in mij, hun levenslessen en humor.

En dan zijn er mensen die ik in het bijzonder wil noemen vanwege hun bijdrage aan dit onderzoek. Allereerst mijn promotoren. Zonder hen was dit proefschrift er in de huidige vorm niet gekomen. Rick, Philip en Eric wisten precies wat ik in de begeleiding nodig had.

Ze gaven me de ruimte, maar niet onbeperkt - anders was dit boek nooit afgekomen – en daagden me uit. Rick vertelde me over het rechtersvak en zijn eigen onderzoek en gaf me slimme en praktische tips om meer informatie van de geïnterviewden te krijgen. Philip wees me stelselmatig op het belang van relativeren en versterkte mijn methodologische kennis en vaardigheden. Eric stond dag en nacht voor mij klaar. Hij was altijd bereid alles uit zijn handen te laten vallen om mijn stukken te controleren en te sparren. Rick, Philip en Eric namen met een half antwoord geen genoegen. Ze waren kritisch, maar ook altijd positief en enthousiast. Door hen sta ik volledig achter dit onderzoek en heb ik er met zoveel genoegen aan gewerkt.

De leden van de beoordelingscommissie ben ik zeer dankbaar voor het nemen van de tijd en moeite om mijn manuscript te beoordelen en voor het door hen uitgesproken vertrouwen.

Zonder medewerking van de Raad voor de Rechtspraak, de rechtbanken Midden-Nederland en Limburg en de meewerkende rechters, advocaten en procespartijen was dit onderzoek in het geheel niet mogelijk geweest. Het was niet altijd makkelijk medewerking te krijgen, daarover doe ik uitgebreid verslag in dit boek, maar ik ben ontzettend dankbaar voor de vele mensen die onzelfzuchtig meewerkten, die mij mee lieten meekijken tijdens de zitting en op de gang, die mij vertrouwden en deelgenoot maakten. Een rijkdom.

De griffies, bodes en administraties van de rechtbanken heb ik met extra werk opgezadeld. Desondanks voelde ik me telkens welkom ondanks de druk die al op die ondersteunende diensten lag, mede vanwege Covid.

Wendy stond altijd voor me klaar. Ze luisterde geduldig naar mijn verhalen, stelde scherpe vragen, nam mijn overuren voor lief, net als mijn blik als ze me terechte feedback op mijn schrijfsels gaf (ik schijn nogal chagrijnig te kunnen kijken). Ze liet me met rust als ik diep verzonken in gedachten niet reageerde op vragen en zei me liefdevol dat ik 'niet zo diep nadenken' moest. Soms probeerde ze daarbij de frons op mijn voorhoofd glad te strijken. Tevergeefs. Die gaat niet meer weg.

Lucas Lieverse, september 2022

Inhoud

Inhoud 7
Een ochtend in de rechtbank 13
1 Inleiding: een onderzoek naar schikken op de gang 15
1.1 Aanleiding voor dit onderzoek 15
1.2 Leeswijzer 16
1.3 Relevantie van dit onderzoek 18
1.4 Plaatsbepaling 21
1.4.1 Perspectieven op de relevantie van dit onderzoek 21
1.4.2 Perspectief 1. Effectiviteit 21
1.4.3 Perspectief 2. Dwangschikkingen 22
1.4.4 Perspectief 3. Ervaren (procedurele) rechtvaardigheid 23
1.4.5 Perspectief 4. Maatschappelijk effectieve rechtspraak 26
1.4.6 Perspectief 5. Conflictoplossing naast geschilbeslechting? 30
1.4.7 Perspectief 6. Voorkomen van nodeloze procedures 40
1.5 De zaken 42
1.6 Conclusie 43
2 Methodologie en wetenschappelijke inbedding 45
2.1 Inleiding 45
2.2 Systematisch literatuuronderzoek 45
2.3 Empirisch onderzoek 48
2.3.1 Methode van dataverzameling 48
2.3.2 Aantal observaties en interviews: punt van verzadiging 50
2.3.3 Data-management 51
2.3.4 Analyse en verslaglegging 53
2.3.5 Selectie van zaken 54
2.3.6 Methodologische aandachtspunten 61
2.4. Conclusie 66
3 Systematisch literatuuronderzoek 67
3.1 Inleidende opmerkingen 67
3.2 Rechtseconomische benadering 68

3.2.1 Inleiding 68
3.2.2 Het standaardmodel: rational choice 68
3.2.3 Divergerende verwachtingen 70
3.2.4 Asymmetrische informatie 72
3.2.5 Strategisch onderhandelen (scheve/oneerlijke verdeling surplus) 73
3.2.6 Advocaten hebben een eigenbelang bij procederen 74
3.2.7 Gevolgen van een economisch machtsverschil 76
3.3 Gedragseconomische benadering 77
3.3.1 Inleidende opmerkingen 77
3.3.2 Het effect van het delen van (asymmetrische) informatie 77
3.3.3 Succesfactoren en valkuilen 78
3.3.4 Rechtvaardigheid (equity/fairness) 80
3.3.5 Denkfouten 80
3.4. Empirie: de Nederlandse zittings- en schikkingspraktijk 85
3.4.1 Inleidende opmerkingen 85
3.4.2 Geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken 85
3.4.3 Onderzoek van Ippel & Heeger-Hertter 86
3.4.4 Onderzoek van Van der Linden 88
3.4.5 Onderzoek van Eshuis 90
3.4.6 Onderzoek van Praagman 91
3.4.7 Onderzoek van Van der Kraats 92
3.4.8 Onderzoek van Verschoof & Van Rossum 92
3.4.9 Onderzoek van Wijntjens 98
3.5 Overig 99
3.6 Conclusies 100
4 Wat aan de zitting voorafging 103
4.1 Inleidende opmerkingen 103
4.2 Vermeende zwart-wit-zaken 103
4.2.1 Empirisch materiaal 103
4.2.2 Reflectie 105
4.3 De vreemde ogen van de rechter dwingen 107
4.3.1 Empirisch materiaal 107
4.3.2 Reflectie 109
4.4 Rechtshulp werd (te) laat ingeroepen 112
4.4.1 Empirisch materiaal 112

4.4.2 Reflectie 115
4.5 Voorbereidingen van schikkingsonderhandelingen 118
4.5.1 Empirisch materiaal 118
4.5.2 Reflectie 120
4.6 Conclusies 121
5 Wat gebeurde er tijdens de zitting? 125
5.1 Inleidende opmerkingen 125
5.2 Schikkingsinterventies algemeen 126
5.3 Er is geen uniforme zittingsaanpak 130
5.3.1 Empirisch materiaal 130
5.3.2 Reflectie 138
5.4 Rechters vertellen dat gekeken wordt of er ruimte is om te schikken, maar… ..142
5.4.1 Empirisch materiaal 142
5.4.2 Reflectie 143
5.5 Rechters toetsen veronderstellingen omtrent schikken regelmatig niet 145
5.5.1 Empirisch materiaal 145
5.5.2 Reflectie 147
5.6 Advocaten en procespartijen vertellen niet waar zij behoefte aan hebben 150
5.6.1 Empirisch materiaal 150
5.6.2 Reflectie 153
5.7 Advocaten benutten het hervattingsmoment niet. Rechters ook niet. 154
5.7.1 Empirisch materiaal 154
5.7.2 Reflectie 157
5.8 Ik zag geen schikkingsdwang 161
5.8.1 Empirisch materiaal 161
5.8.2 Reflectie 165
5.9 Conclusies 168
6 De gang op of niet? 171
6.1 Inleidende opmerkingen 171
6.2 Zaken waarin niet werd geschorst 171
6.2.1 Kredietverzekering 172
6.2.2 Inhoudelijk te complex/nieuwe stellingen 172
6.2.3 Ondeelbare vordering 172
6.2.4 Belang voor rechtsontwikkeling? 174
6.2.5 Reflectie 174

6.3 Er werd geschorst, maar niet serieus onderhandeld 182
6.3.1 Inleidende opmerkingen 182
6.3.2 Principes en zwart-wit-zaken 183
6.3.3 Reflectie 186
6.3.4 Te ver uit elkaar 187
6.3.5 Reflectie 188
6.3.6 Gedwee de gang op 193
6.3.7 Reflectie 195
6.4 Op de gang werd onderhandeld en soms geschikt 196
6.4.1 Distributieve versus integratieve onderhandelingen 196
6.4.2 Vooral distributieve onderhandelingen 198
6.4.3 Reflectie 205
6.4.4 Werkafspraken 205
6.4.5 Reflectie 210
6.4.6 Weinig enthousiasme voor mediation 211
6.5 Conclusies 212
7 Wat werd mij (verder) verteld? 215
7.1 Inleidende opmerkingen 215
7.2 Over rechters en rechterlijke interventies 215
7.2.1 Er is een hardnekkig beeld: rechters schikken uit eigenbelang 216
7.2.2 Reflectie 217
7.2.3 Effectiviteit van voorlopige oordelen 220
7.2.4 Reflectie 224
7.2.5 De effectiviteit van wijzen op het bazo 225
7.2.6 Reflectie 227
7.3 Over de invloed van advocaten 229
7.3.1 Er is een hardnekkig idee: advocaten procederen uit eigenbelangen 229
7.3.2 Reflectie 233
7.3.3 Deskundigheid en karakter 235
7.3.4 Reflectie 238
7.4 Conclusies 244
8 Wat betekent dit nu? Conclusies en aanbevelingen 247
8.1 Inleidende opmerkingen 247
8.2 Conclusies met betrekking tot de literatuur 247
8.3 Conclusies ten aanzien van de methodologie 248

8.3.1 Generaliseerbaarheid 248
8.3.2 Validiteit 250
8.3.3 Betrouwbaarheid 251
8.4 Conclusies over pre-procedurele schikkingspogingen 252
8.4.1 Een gesprek over pre-procedurele schikkingspogingen 252
8.4.2 Over ingebrekestellingen en conceptdagvaardingen 253
8.4.3 Over voorbereidingen en uitgangsposities 254
8.4.4 Vreemde ogen dwingen 255
8.5 Conclusies met betrekking tot de zitting 255
8.5.1 Over de zittingsaanpak 255
8.5.2 Over de doelen van de zitting en de zittingsagenda 256
8.5.3 Rechters manageden de verwachtingen maar heel beperkt 256
8.5.4 Over de zaken waarin niet geschorst werd 257
8.5.5 Hervattingsgesprek 258
8.6 Conclusies over wat er op de gang gebeurt 258
8.6.1 Er werd nauwelijks onderhandeld 258
8.6.2 Er werd distributief onderhandeld 259
8.6.3 Over werkafspraken 259
8.7 Overige conclusies 260
8.7.1 Over voorlopige oordelen 260
8.7.2 Over het bazo 261
8.7.3 Over deskundigheid, karakter en ervaring van advocaten 261
8.7.4 Over eigenbelangen 262
8.8 Aanbevelingen 263
8.9 Hoe nu verder? 265
8.10 Tot slot 267
SAMENVATTING 269
SUMMARY 275
LEVENSLOOP 281
BIJLAGEN 283
LITERATUUR 293

Een ochtend in de rechtbank

Een anekdotisch verslag.

Voorjaar 2019. Vlak voordat ik vertrek, kijk ik nog een laatste keer in de spiegel, naar mijn observatietenue zal ik het maar noemen. Mijn oog valt op een vetvlek op een plek op mijn pantalon waar – mocht je al geen problemen hebben met vetvlekken in het algemeen – geen vlekken wilt hebben. Een vloek volgt, gevolgd door een sprintje naar boven. Snel een andere broek aantrekken.

Gelukkig had ik mijn tas met observatieschema's, mijn drie keer opgeladen dictafoon, een reservepen voor mijn reservepen en een notitieblok al een dag eerder gepakt. Ik ben ruim op tijd. Heel ruim op tijd. Ik weet uit ervaring dat ik nog tenminste een half uur werkloos in de centrale hal van de rechtbank zit voordat de eerste partij binnenkomt. Procespartijen komen het eerst. Meestal vlak na elkaar. Zij zien elkaar, maar zoeken geen toenadering. Sterker, gaat de een naar links, gaat de ander naar rechts. Hun advocaten komen regelmatig pas een paar minuten voor aanvangstijd binnenrennen. Net op tijd om wat spullen te droppen in de advocatenkamer, de toga dicht te knopen, de papieren te ordenen, de eigen cliënt gedag te zeggen, de wederpartij, diens advocaat en mij en om nog wat urgente zaken met de cliënt te wisselen. In de haast is er geen tijd om de bef te fatsoeneren. Soms reikt een cliënt de helpende hand. Mannelijke cliënten wijzen en maken een opmerking, vrouwelijke trekken de bef van hun advocaat zelf recht. Advocaten lijken soms meer gespannen dan hun cliënten.

Over mijn tenue. Het lijkt zo onbeduidend. Zelf dacht ik hier pas vlak voor mijn eerste observatie over na. Wat doe je eigenlijk aan? Maar is de keuze wel zo onbeduidend of kan de outfit van de observerend onderzoeker invloed hebben op wat hij ophaalt? Ik heb er geen onderzoek naar gedaan, maar mijn kledingkeuze is overwogen. Gekleed, maar niet formeel. Een keurige broek, gesteven overhemd, colbert en schoenen die op de plavuizen van de rechtbank geen opvallend geluid maken (geen leren zolen/piepend rubber). Want daarop was de opzet gericht, het zonder aandacht op me te vestigen kunnen volgen van het proces. Het tenue van een *fly on the wall* in de rechtbank.

Het kostte veel moeite om deze zitting bij te wonen. Weken geleden al kreeg ik de zittingslijsten van de rechtbank. Zoals gebruikelijk vergeleek ik die direct met mijn agenda. Van de zaken die ik zou kunnen bijwonen, schreef ik de advocaten aan met het verzoek om deel te nemen aan mijn onderzoek.

Ik belde ze na en legde uit wat ik onderzocht en hoe. Ze klonken welwillend en vonden het onderzoek relevant, maar moesten uiteraard met hun cliënten overleggen. Ze zouden me op de hoogte houden.

Beide advocaten hadden mij medegedeeld dat zij deze zaak niet geschikt vonden om te onderzoeken: "Partijen schikken niet". Ik had ze daarop uitgelegd dat ik van tevoren niet schift. Ook zaken waarin partijen niet verwachten te schikken zijn interessant voor deze studie. Ik kreeg gisteren pas groen licht. Dit onderzoek is ontzettend lastig te plannen. Regelmatig moet ik mezelf eraan herinneren dat het mijn onderzoek is en dat ik blij moet zijn met elke partij die mee wil werken. Bovendien weet ik ook nog wel uit mijn eigen advocatenpraktijk dat cliëntgesprekken meestal pas vlak voor de zitting worden gepland. Dit hoort er nu eenmaal bij.

Het is vroeg. Ik zit in de rechtbank. Ik zie verschillende mensen binnendruppelen. Zou dat een van de procespartijen zijn? Of die daar? Dat zijn procespartijen. Dat zie je. Ze zien elkaar, herkennen elkaar, maar wenden hun blik af. Ze kijken stiekem over hun schouder naar elkaar en vingerwijzen soms opzichtig voor hun achterban.

De advocaten ken ik van de profielfoto's op hun websites. Wat lijken die websites op elkaar en die profielfoto's... Vaak in het blauw gekleed, rechtopstaand, kordate zelfverzekerde blik, de armen over elkaar.

Ik stap op een van de advocaten af, schud hem de hand. Dat was usance in het pre-corona tijdperk en stel me voor: "Goedemorgen, ik ben Lucas Lieverse, onderzoeker". Hij kijkt me wat verrast aan: "O, ja", en wendt zich tot zijn cliënt: "Dat moest ik je nog zeggen. Dit is meneer Lieverse. Hij doet onderzoek naar schikkingen. Hij komt vandaag de zitting bekijken. Daar heb je verder geen last van. Ik heb hem al verteld dat de kans klein is dat we vandaag gaan schikken."

1 Inleiding: een onderzoek naar schikken op de gang

1.1 Aanleiding voor dit onderzoek

In augustus 2004 werd ik beëdigd als advocaat. Ondanks mijn vierjarige academische opleiding, mijn werkervaring als juridisch medewerker bij de Kinder- en Jongerenrechtswinkel en een advocatenkantoor was ik maar beperkt voorbereid op de praktijk. Op kantoor ontwikkelde ik me tot 'procestijger'. Ik vond het heerlijk om mooie processtukken te schrijven en me te richten op rechtsontwikkeling. Ik kon daarin mijn creativiteit kwijt. Kantoorgenoten zagen op tegen zittingen. Ik niet. Ik vond ze spannend en intrigerend. Het ging om zoveel meer dan enkel de toepassing van (materiële en formele) rechtsregels. Er speelden grote belangen van échte mensen. Mensen – zoals alle mensen – met tekortkomingen, met emoties, met eigen waarden, normen en denkbeelden, met eigen persoonlijkheden, maar allemaal mensen die probeerden recht te doen of recht te krijgen. Op het moment dat je beëdigd wordt, denk je dat je klaar bent voor het avontuur, maar dan begint het eigenlijk pas. Over de interactie tussen mensen en de dynamiek van een zitting bijvoorbeeld had ik erg weinig geleerd tijdens mijn opleiding. In de schikkingspraktijk spelen niet alleen juridische argumenten. Schikken is een complex en dynamisch proces.

Toen ik de kans kreeg promotieonderzoek te doen, wist ik direct dat de zitting in civielrechtelijke zaken 'mijn' onderwerp moest worden. Inmiddels had Van der Linden onderzoek gedaan naar de zittingspraktijk en ervaren rechtvaardigheid en was bekend dat in ongeveer 30 procent van de door haar onderzochte zittingen werd geschikt, maar dat in 42 procent daarvan tenminste een van de procespartijen de schikking als een dwangschikking ervoer.[1] Van der Linden legde bloot wat in de advocatenkamers, op de gangen van de rechtbanken, tijdens cursussen en borrels van de Jonge Balie, kortom onder advocaten werd besproken: niet iedereen was te spreken over de schikkingspraktijk en er werd nogal eens met tegenzin geschikt.

[1] Van der Linden 2010, p. 83 ev.

Mijn eigen ervaringen en de resultaten uit het onderzoek van Van der Linden prikkelden me. Want wat maakt dat in een relevant aantal zaken pas of juist alsnog ter gelegenheid van de zitting een regeling wordt gesloten en wat maakt dat zoveel procespartijen schikken terwijl zij het gevoel hebben dat die schikking hen wordt opgedrongen?

In eerste instantie wilde ik me richten op rechterlijke interventies: welke schikkingsinterventies werken zonder druk op te leggen?[2] Verschoof & Van Rossum bleken daar al onderzoek naar te doen. De verslaglegging daarvan verscheen in 2018.[3]

Er bleef een blinde vlek. De onderzoeken van Van der Linden en van Verschoof & Van Rossum richtten zich op de zitting zelf en niet op het proces op de gang[4] en dat gaf aanleiding voor een onderzoek naar een antwoord op de vraag: wat gebeurt dáár eigenlijk? Die vraag heb ik beantwoord met dit kwalitatief empirisch onderzoek.

1.2 Leeswijzer

In het vervolg van dit hoofdstuk beantwoord ik de vraag wat dit onderzoek relevant maakt en geef een plaatsbepaling. Welke rol heeft 'de gang' in het burgerlijk procesrecht in Nederland? Ik ga in op de volgende vijf perspectieven:

- dat dwangschikkingen vóorkomen (en voorkómen moeten worden);
- dat niet alleen de juridische uitkomst telt, maar ook de ervaren (procedurele) rechtvaardigheid;
- dat rechtspraak maatschappelijk effectief behoort te zijn;
- dat onduidelijk is hoe conflictoplossing zich verhoudt tot de klassieke functies van burgerlijk procesrecht;
- dat een gerechtelijke procedure een *ultimum remedium* is. Wat maakt nu dat het procespartijen voorafgaand aan de procedure niet (ge)lukt (is) hun juridisch geschil op te lossen, terwijl dat tijdens de procedure wel lukt?

---

[2] Deze vragen zijn impliciet normatief. Ik heb niets tegen schikkingen, sterker ik ben voor goede regelingen, maar justitiabelen mogen niet van hun recht worden afgehouden.
[3] Verschoof & Van Rossum 2018.
[4] De praktijk is dat de zitting wordt geschorst zodat partijen op de gang eventuele oplossingen kunnen exploreren.

In hoofdstuk 2 ga ik in op de methodologische aspecten. Ik beschrijf hoe ik data heb verzameld en geanalyseerd. Ik heb een systematisch literatuuronderzoek gedaan en heb zittingen geobserveerd bij de rechtbanken Midden-Nederland (locatie Utrecht) en Limburg (locaties Roermond en Maastricht). Wanneer die zittingen geschorst werden zodat partijen konden proberen te schikken, volgde ik het schikkingsproces op de gang. Na afloop interviewde ik de rechtsbijstandsverleners[5] en procespartijen om mijn observaties (en de interpretaties daarvan) te toetsen. Ik bespreek zowel de voordelen als de aandachtspunten van de gekozen methodologie. Beide bepalen in hoeverre mijn onderzoeksresultaten en conclusies kunnen worden gegeneraliseerd.

In hoofdstuk 3 staat mijn literatuuronderzoek centraal, dat de vraag beantwoordt wat uit eerder onderzoek bekend is over het schikkingsproces. Conclusie van mijn literatuurstudie is dat ik geen direct vergelijkbaar onderzoek heb gevonden, maar wel veel literatuur[6] die relevant is voor een goed begrip van het schikkingsproces op de gang. Die literatuur bespreek ik in hoofdlijnen in hoofdstuk 3 en waar door mij gevonden literatuur duiding kan geven aan mijn eigen observaties, dan wel wanneer mijn observaties schuren met eerder onderzoek, bespreek ik die literatuur (ook) bij die onderzoeksresultaten.

De rest van het boek is gewijd aan het empirisch onderzoek, waarvan ik thematisch verslag doe. Allereest ga ik in hoofdstuk 4 in op hoe rechtsbijstandsverleners hun cliënten voorbereiden op de zitting en het schikkingsproces. Dit hoofdstuk is gebaseerd op wat procespartijen en advocaten mij daarover in de interviews vertelden. Ik heb die voorbereidingen niet zelf geobserveerd. Toch zijn de bevindingen relevant. Partijen verwachtten heel regelmatig weinig van schikken tijdens de zitting en zij bereidden (in hun perceptie) schikkingsonderhandelingen nauwelijks voor, terwijl in bijna alle gevallen daadwerkelijk schikkingspogingen zijn verricht. Zouden met een betere voorbereiding meer schikkingen getroffen kunnen worden? Zouden die schikkingen ook beter[7] zijn? Zou de ervaren rechtvaardigheid toenemen bij betere voorbereidingen?

---

[5] Ik gebruik de termen rechtsbijstandsverlener en advocaat door elkaar. Slechts in één zaak was de rechtsbijstandsverlener niet ingeschreven als advocaat.

[6] Vooral rechtseconomische en gedragseconomische literatuur over onderhandelen en empirische studies naar conflictoplossingsgedrag en de Nederlandse zittingspraktijk.

[7] Het woord 'beter' duidt op een normatief kader. Ik heb dat begrip niet geoperationaliseerd. Hoe je dat doet, is afhankelijk van het perspectief dat je kiest. Is een regeling goed wanneer daarbij geen

Hoofdstuk 5 gaat in op wat ik tijdens de zittingen heb waargenomen en wat niet, en de mogelijke effecten van beide voor het schikkingsproces op de gang. Ik verbind in dit hoofdstuk mijn eigen observaties voornamelijk met de onderzoeken van Van der Linden en Verschoof & Van Rossum.[8]

Ik heb zittingen geobserveerd, maar – gelet op de onderzoeksvraag vanzelfsprekend – ook het proces op de gang. Van wat er op de gang gebeurde, doe ik verslag in hoofdstuk 6.

In de interviews vertelden procespartijen en advocaten mij ook dingen die ik niet zelf heb kunnen waarnemen. Vaak gingen die over het voortraject, of over wat zij dachten en vonden, bijvoorbeeld over welke interventies van rechters helpen en wanneer en welke juist niet. Ze abstraheerden vaak ook van de voorliggende zaak en vertelden me over andere advocaten en welke rol advocaten en procespartijen spelen bij schikken. De inzichten die ik vooral uit de interviews putte, bespreek ik voor zover ik ze niet eerder aan bod laat komen in hoofdstuk 7.

Hoofdstuk 8 geeft ten slotte na een synthese antwoord op de vraag wat er feitelijk op de gang gebeurt en wat er wat mij betreft moet gebeuren.

1.3 Relevantie van dit onderzoek

Een standaard civielrechtelijke procedure bestaat uit een dagvaarding, een conclusie van antwoord, een mondelinge behandeling en een vonnis of een schikking.[9] In

---

rechten/aanspraken worden prijsgegeven, of wanneer je het grootste deel van de koek krijgt? Of zijn dat onjuiste criteria: zijn er wel objectieve criteria, of gaat het om de (subjectieve) waardering door partijen?

[8] Van der Linden 2010; Verschoof & Van Rossum 2018.

[9] De wet bepaalt expliciet dat de mondelinge behandeling gebruikt kan worden om een minnelijke regeling te beproeven. Art. 97 lid 2 Rv luidt sinds 1 oktober 2019: "Tijdens de mondelinge behandeling stelt de rechter partijen
a. in de gelegenheid hun stellingen toe te lichten en kan de rechter:
b. partijen verzoeken hem inlichtingen te geven,
c. partijen gelegenheid geven hun stellingen nader te onderbouwen,
d. een schikking beproeven,
e. met partijen overleggen hoe het vervolg van de procedure zal verlopen, en
f. die aanwijzingen geven of die proceshandelingen bevelen die hij geraden acht, voor zover de rechter dit in overeenstemming acht met de eisen van een goede procesorde."

Nederland eindigt ongeveer een op de drie civielrechtelijke zaken met een schikking.[10] Schikkingen zijn niet nieuw.

Integendeel, ze zijn van alle tijden,[11] maar de rol van rechters verschuift sinds een paar decennia steeds meer naar een actief bemiddelende.[12] Ook de eisen die aan schikkingen worden gesteld lijken te veranderen. Een schikking zou, zo lijken de meeste auteurs te vinden, zoveel mogelijk moeten bijdragen aan een duurzame en effectieve oplossing van het geschil en recht moeten doen aan de onderliggende belangen (of onderliggende conflicten; zie ook par. 1.4.6). Hoe dan ook, schikken is een belangrijk fenomeen binnen de civielrechtelijke procespraktijk in Nederland, met meer dan honderdduizend pogingen per jaar.[13]

Hoe gaat dat schikken anno nu in de praktijk? Het schikkingsproces begint ter zitting. Rechters onderzoeken met partijen of er mogelijkheden zijn voor een minnelijke oplossing. Als die er zijn, wordt de zitting geschorst zodat partijen op de gang (buiten aanwezigheid van de rechter) verder kunnen exploreren of zo'n oplossing haalbaar is. Zij onderzoeken de contouren of onderhandelen over concrete voorwaarden.

Als ze een oplossing vinden, dan eindigt daarmee (een deel van) de procedure. De regeling wordt vervolgens opgenomen in een proces-verbaal (in verband met de executoriale werking: art. 87 lid 3 Rv)[14] en de zaak wordt geroyeerd. Zien partijen ruimte voor een minnelijke oplossing, maar lukt het niet om die in de beperkte tijd[15] van de schorsing uit te onderhandelen, dan kan de zaak voor korte tijd (meestal twee

---

[10] Van der Linden 2010, p. 79; Verschoof & Van Rossum 2018, p. 29 en p. 52.

[11] De Kock (1874) schreef daarover in 1874: "Ten allen tijde is men er op uit geweest gedingen zooveel mogelijk te voorkomen en uit den weg te ruimen, niet alleen om de onkosten, die zij na zich slepen, maar vooral ook om het onheil, dat zij in huisgezin en maatschappij stichten kunnen. Vandaar het voorschrift, dat de rechter de gedingvoerende partijen zoveel mogelijk tot een schikking moet trachten te brengen en tusschen haar een vereeniging beproeven. De eerste sporen van zulk een poging tot minnelijke schikking vinden wij bij de Romeinen." Verschoof & Van Rossum (2018, p. 83) halen eerder werk aan: van Willem de Groot uit 1667 (Inleyding tot de practyck, Van den Hove van Holland, 's-Gravenhage 1667 (2e dr.), waarin gesproken wordt over de schikkingscomparitie bij het hof (*'op hoope van accoordt'*).

[12] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 30-31.

[13] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 29.

[14] De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2015:3423) heeft overigens geoordeeld dat ondanks de executoriale titel de kortere verjaringstermijn van vijf jaren geldt omdat het een vordering uit overeenkomst betreft (art. 3:307 lid 1 Rv), en niet de langere verjaringstermijn van twintig jaren die geldt voor de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een vonnis ex art. 3:324 BW.

[15] De duur van de schorsingen varieert. Ik heb schorsingen bijgewoond van een paar minuten, tot enkele uren. Verschoof & Van Rossum vonden eveneens dat de duur van schorsingen varieert (2018, p. 112) en dat de gemiddelde tijden op de gang bij de drie uitkomsten voortprocederen, schikken en een werkafspraak respectievelijk 14, 31 en 28 minuten waren (2018, p. 113).

weken) worden aangehouden. Bereiken procespartijen geen regeling, dan wordt de procedure voortgezet.

Er wordt in Nederland in vermogensrechtelijke zaken regelmatig geschikt. Van de door Van der Linden in de periode juni 2006 tot en met maart 2007 bekeken zaken eindigde 32 procent in een schikking.[16] Eshuis en Geurts onderzochten de gevolgen van de herziening van de gerechtelijke kaart.[17] Van de door hen bestudeerde kantonzaken leidde 29,2 procent tot een schikking en van de civiele zaken 27 procent.[18] Verschoof & Van Rossum vonden een paar jaar later een vergelijkbaar schikkingspercentage (29 procent).[19]

Dat om en nabij een op de drie zaken[20] geschikt wordt, rechtvaardigt een systematisch onderzoek naar de schikkingspraktijk. De eerdere studies van Van der Linden c.s. en Verschoof & Van Rossum richtten zich op de zitting,[21] op (de effectiviteit van) schikkingsinterventies van rechters, het doelbereik en op de procesbeleving van procespartijen.[22] De praktijk als gezegd is echter dat wanneer ter zitting blijkt dat het exploreren van een minnelijke regeling kans van slagen heeft, de zitting wordt geschorst, zodat partijen en hun rechtsbijstandsverleners *op de gang* kunnen proberen te schikken. Dat proces op de gang is in eerder onderzoek niet betrokken. Daarover is buiten de beroepsgroep van procesjuristen weinig bekend. Het schikkingsproces op de gang is een *black box*. Bezoekers van rechtbanken zien het pendelen van advocaten, soms met procespartijen, soms zonder, maar wat er daadwerkelijk gebeurt en tussen hen besproken wordt, is onbekend.

---

[16] Van der Linden 2010, p. 79.
[17] Waarbij rechtbanken werden samengevoegd en hoven fuseerden.
[18] Eshuis & Geurts 2016, p. 208.
[19] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 52, tabel b3.24. Ook mijn ervaring als voormalig advocaat (periode 2004-2010) is dat in een substantieel deel van de zaken ter zitting een schikking werd bereikt. In de periode 2004 – 2010 was ik advocaat in loondienst met een overwegend civielrechtelijke praktijk gericht op met name ondernemers (vooral kleinbedrijf).
[20] Uit de geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken lijken lagere percentages te volgen. Het meest recente geschilbeslechtingsdelta-onderzoek burger meldt bijvoorbeeld dat slechts in 3 procent van de ervaren conflicten een procedure werd geëntameerd en dat in 8,5 procent van die zaken werd geschikt (in 6 van de 71 procedures; Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 124 en 130). Opmerking daarbij verdient dat in de rapportage geen onderscheid is gemaakt naar rechtsgebied (bestuursrecht, of een van de civielrechtelijke onderwerpen).
[21] Met name naar doelbereik, ervaren rechtvaardigheid en (effectiviteit) van rechterlijke interventies.
[22] Van der Linden 2008; Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009; Van der Linden 2010; Verschoof 2014; Verschoof & Van Rossum 2018; Verschoof 2019.

Dit onderzoek geeft antwoord op die vraag: wat gebeurt er *feitelijk* op de gang tijdens vermogensrechtelijke procedures? Het vult daarmee het eerdere onderzoek naar de civiele schikkings- en zittingspraktijk aan.

1.4 Plaatsbepaling

1.4.1 Perspectieven op de relevantie van dit onderzoek

Het belang van dit onderzoek is gegeven door het percentage schikkingen enerzijds en de blinde vlek in eerdere studies anderzijds (zie hiervoor par. 1.3). Het belang is daarenboven afhankelijk van met welk perspectief naar schikkingen en de schikkingspraktijk wordt gekeken.

1.4.2 Perspectief 1. Effectiviteit

Inzicht in het schikkingsproces op de gang kan bijdragen aan de effectiviteit van het schikkingsproces, want hoe effectief is dat nu eigenlijk? Wat zegt dat schikkingspercentage van om en nabij 30 procent daadwerkelijk? Is dat hoog of laag? Welk percentage is wenselijk, welk realistisch? Bij welk percentage wordt de schikkingspraktijk effectief geacht? Is een percentage schikkingen überhaupt een geschikte toets om effectiviteit van rechtspraak te meten? Of moet je kijken naar de inhoud van de afspraken, de tevredenheid daarmee (direct na afloop of op termijn), de nakoming ervan of een combinatie? De ene schikking is de andere niet. Je kunt schikken om louter proceseconomische redenen, maar ook omdat daarmee een onderliggend conflict duurzaam wordt opgelost.[23] Hoewel het beproeven van een schikking een wettelijke mogelijkheid[24] is en schikkingen wellicht nagestreefd zouden moeten worden, worden cijfers daarover niet structureel bijgehouden/ gepubliceerd.

Inzicht in het schikkingsproces kan bijdragen aan effectievere interventies en een effectiever onderhandelingsproces, waarmee het percentage schikkingen kan worden vergroot, terwijl het aantal dwangschikkingen wordt verminderd, waarmee de ervaren rechtvaardigheid wordt verhoogd; en waarmee zoveel als mogelijk onderliggende conflicten worden opgelost. Ook kan dat inzicht betekenis hebben voor het pre-procedureel schikkingsproces.

---

[23] Galanter & Cahill 1994.
[24] Van der Linden spreekt over doelstelling (2010, p. 77).

Dit onderzoek kan als opmaat voor dergelijke doelstellingen dienen, maar is zelf niet instrumentalistisch van aard. Ik heb enkel willen onderzoeken wat er *feitelijk* tijdens het schikkingsproces op de gang gebeurt.

1.4.3 Perspectief 2. Dwangschikkingen

Uit het eerdere onderzoek blijkt dat niet alle procesdeelnemers in alle gevallen even enthousiast zijn over de schikkingspraktijk. Er komen zelfs dwangschikkingen voor. Dat zijn schikkingen waarbij ten minste een van de procesdeelnemers zich gedwongen voelde te schikken. Uit het onderzoek van Van der Linden blijkt dat in 42 procent van de zaken waarin geschikt werd, tenminste één van de procesdeelnemers die schikking als een *dwangschikking* ervaren heeft.[25]

Verschoof & Van Rossum hebben die ervaren dwang ook onderzocht. Ervaren dwang is een subjectieve beleving, die vaker voorkomt bij zittingen die eindigen in een schikking dan die eindigen in een vonnis en die meestal door één partij wordt ervaren, onafhankelijk van het aantal schikkingsinterventies.[26] Wellicht tegen de verwachting in, ervoer ook 27 procent van de deelnemende procespartijen "enige druk" te schikken bij 'de Spreekuurrechter', een van de pilots in het kader van MER (maatschappelijk effectieve rechtspraak; zie hierna par. 1.4.5).[27] Ik heb schikkingsdwang niet onderzocht, maar deed wel observaties die voor het onderwerp relevant kunnen zijn. Inzicht in het schikkingsproces en hoe procespartijen die beleven, kan dwangschikkingen helpen voorkomen en dat lijkt me belangrijk.[28]

Karakteristiek aan de civiele procedure is immers dat burgers en rechtspersonen de overheid in de vorm van een gerechtelijke procedure mogen en kunnen inschakelen om hun rechten te verwezenlijken.[29] Burgerlijke rechten zijn inhoudsloos wanneer ze niet te gelde kunnen worden gemaakt en afgedwongen.[30] Het ligt in de rede dat

---

[25] Van der Linden 2010, p. 81-87. Omdat partijen mogelijk niet bekend waren met het begrip dwangschikking heeft Van der Linden de stelling die daarop betrekking had als volgt geformuleerd (p. 81): "Ik voelde mij door het gedrag van de rechter gedwongen te schikken met de andere partij."
[26] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 395.
[27] Hertogh e.a. 2018, p. 70.
[28] Je kunt daar overigens heel anders over denken. Je zou ook kunnen stellen dat wanneer justitiabelen niet in staat zijn hun problemen zelf op te lossen en zij zich overgeven aan een juridische procedure, zij zich hebben neer te leggen bij de uitkomst van de procedure (schikking of vonnis), of die hen nu welgevallig is, of niet. Voor zover de uitkomst een vonnis is, is dat inherent aan de procedure. Voor de minnelijke regeling is dat niet (per se) zo.
[29] Giesen 2015, p. 12.
[30] Van der Kraats 2017, p. 1.

opgedrongen schikkingen rechtszoekenden ontevreden maken en zelfs bij kunnen dragen aan rechtsvervreemding.

1.4.4 Perspectief 3. Ervaren (procedurele) rechtvaardigheid[31]

Wanneer is een procedure eerlijk en rechtvaardig? Een jurist beantwoordt die vraag onder verwijzing naar wet- en regelgeving (waaronder RO, RV, art. 6 EVRM en gedragsrecht). Een procedure die daaraan voldoet is *juridisch* gezien eerlijk en rechtvaardig. Dat wil niet zeggen dat procespartijen de procedure ook als eerlijk en rechtvaardig *beleven*. Het sociaalpsychologisch leerstuk *ervaren rechtvaardigheid* ziet juist op die *beleving*, op de subjectieve rechtvaardigheidsperceptie. Het is een paraplu voor vier onderscheiden concepten:

> *1. Procedurele rechtvaardigheid* gaat over procedurele aspecten. Worden de juiste procedures gebruikt? Worden procesdeelnemers daarbij betrokken; worden ze (beiden) door de rechter gehoord (*voice*) en luistert de rechter daadwerkelijk (*due consideration*)?
>
> *2. Interpersoonlijke rechtvaardigheid* ziet op hoe de rechter de procespartijen behandelt. Doet hij dat met respect; stelt hij gepaste vragen?
>
> *3. Informatieve rechtvaardigheid* gaat over de informatievoorziening. Is de rechter eerlijk en open in zijn communicatie en legt hij beslissingen uit (*explanation*)?[32]
>
> 4. Als dat allemaal goed gaat, kan dat bijdragen aan de ervaren rechtvaardigheid van de uitkomst (distributieve rechtvaardigheid).[33]

---

[31] Zie ook: Lieverse 2021a en Lieverse 2021b.

[32] Elk van de componenten bestaat uit verschillende elementen. Procedurele rechtvaardigheid: Procedures zijn door de tijd consistent en voor alle deelnemers hetzelfde; procedures en beslissers zijn vrij van vooroordelen; er zijn correctiemogelijkheden; de informatie die gebruikt wordt voor de besluitvorming is nauwkeurig verzameld en tot stand gekomen; de deelnemers aan de procedure voelen zich vertegenwoordigd; het besluitvormingsproces is in overeenstemming met morele en ethische waarden van het individu. Interpersoonlijke rechtvaardigheid: beslissers vermijden onbeleefd en agressief gedrag en stellen gepaste vragen. Informatieve rechtvaardigheid: beslissers zijn open en eerlijk in hun communicatie en geven voldoende uitleg. Vgl. Van der Linden 2010, p. 22-23.

[33] Van der Linden beschrijft overigens dat er binnen het onderzoeksveld geen overeenstemming is over de vraag of rechtvaardigheid is opgebouwd uit één, twee (distributieve en procedurele rechtvaardigheid), drie (distributieve, procedurele en interactieve rechtvaardigheid) of vier concepten (distributieve, procedurele, interpersoonlijke en informatieve rechtvaardigheid). Zie: Van der Linden 2010, p. 23-24.

Het leerstuk ervaren rechtvaardigheid gaat in de kern dus om de vraag aan welke eisen een procedure moet voldoen om ervoor te zorgen dat een procespartij, ook degene die verliest, de procedure als rechtvaardig *ervaart*.[34]

Ervaren rechtvaardigheid is geen materieel juridisch, maar een sociaalpsychologisch begrip, dat iets subjectiefs zoals een beleving meet.[35] Onderzoek heeft allerlei gevolgen aangetoond van procedurele (on)rechtvaardigheid.[36] Onbekend terrein voor veel juristen. Toch is het leerstuk ook voor juristen relevant, niet alleen omdat het nastreven van een als rechtvaardig ervaren procedure op zichzelf waardevol is, maar ook omdat een rechtvaardig *ervaren* procedure volgens onderzoek belangrijke voordelen heeft.[37] Zo leidt die tot een positievere perceptie van de rechtvaardigheid van de uitkomst (distributieve rechtvaardigheid).[38] Oftewel, heb je als procespartij het idee dat je eerlijk en rechtvaardig bent behandeld, dan vind je de uitkomst ook (eerder) eerlijk en rechtvaardig. Acht een procesdeelnemer een procedure rechtvaardig verlopen, zal hij zich sneller neerleggen bij de uitkomst, zelfs als hij de procedure verliest.

Er is ook een verband tussen ervaren (procedurele) rechtvaardigheid en vertrouwen in rechters.[39] Vertrouwen in rechters is belangrijk, want het ligt voor de hand dat vertrouwen de legitimiteit van rechters vergroot en leidt tot een groter nakomingspercentage van uitspraken, betere naleving van wet- en regelgeving, de eigenrichting vermindert en het vestigingsklimaat (voor ondernemers) verbetert.[40] Ervaren rechtvaardigheid reikt daarmee verder dan de ene procedure tussen partijen, want de procesbeleving beïnvloedt het algemene oordeel over het rechtssysteem, en

---

[34] Klaassen 2017, p. 9.
[35] Grootelaar 2018; Klaassen 2017, p. 9.
[36] Grootelaar, Hulst en Van den Bos wijzen erop dat ervaren procedurele onrechtvaardigheid nauw verwant is aan gevoelens van woede en afgunst, psychologische depressie, morele verontwaardiging en protestgedrag, terwijl procedurele rechtvaardigheid verband houdt met iemands houding tegenover de politiek, bereidheid om beslissingen te accepteren, bereidheid om de groep te helpen, verbondenheid en inzet voor de organisatie, gehoorzaamheid aan de wet en conflictvoorkomend- en oplossend gedrag (Grootelaar, Hulst en Van den Bos 2018, p. 98-99).
[37] Geeraets wijst erop dat in onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid veelal een consequentialistische (instrumentalistische) benadering wordt gekozen in plaats van een deontologische terwijl procedurele rechtvaardigheid instrinsiek waardevol is, los van de (eventuele) effecten ervan: Geeraets 2021, p. 50-62.
[38] Van der Linden 2010, p. 29.
[39] Grootelaar & Van den Bos 2018; Grootelaar 2018.
[40] Grootelaar & Van den Bos 2018.

daarmee de mate waarin burgers zich aan de wet houden en in het verlengde daarvan de acceptatie van autoriteit in het algemeen.[41]

Het schikkingsproces blijkt invloed te hebben op ervaren rechtvaardigheid. Uit onderzoek van zowel Eshuis als Van der Linden blijkt dat de ervaren rechtvaardigheid van zowel uitkomst als procedure hoger is bij zaken die met een vonnis zijn beslecht dan bij zaken die met een schikking zijn geëindigd.[42] Dat is opmerkelijk. Zelfs procespartijen die de schikking niet als een dwangschikking hebben ervaren zijn minder positief dan partijen die geen schikking hebben bereikt.[43] Deze conclusies zijn contra-intuïtief en druisen in tegen het gevoel van rechtvaardigheid. Van der Linden verklaart deze conclusies als volgt:

> *"Blijkbaar gaat de wijze waarop de rechter een schikking beproeft bij een aantal procesdeelnemers ten koste van hun gevoel van participatie/inbreng, van hun gevoel met respect door de rechter te worden behandeld en ten koste van hun gevoel goed geïnformeerd te worden door de rechter over wat er gaande is tijdens de zitting."* [44]

De invloed van het gedrag van rechtsbijstandsverleners en het schikkingsproces op de gang op de procesbeleving zijn onderbelicht in onderzoek naar ervaren (procedurele) rechtvaardigheid in Nederland.[45] Het is zonneklaar dat rechtsbijstandsverleners invloed hebben op de procesbeleving van procespartijen.[46] Ik heb in mijn onderzoek de ervaren (procedurele) rechtvaardigheid niet gemeten, maar inzicht in het

---

[41] Van der Kraats 2017, p. 1, onder verwijzing naar Van der Linden 2008, p. 6, 23 en 24 en Velthoven 2011, p. 14, die overigens kritisch is over de vermeende positieve effecten. Zie ook: Van den Bos 2017, pp. 14-15. Mak (2020) wijst er in het algemeen op dat in de perceptie van gezag de juristerij als instituut voorop staat: "Inhoudelijke kwaliteit, een bijdrage aan normontwikkeling en maatschappelijk gezag zijn kenmerken die allereerst worden toegeschreven aan het collectief. Dit is herkenbaar in de wijze van berichtgeving over rechtszaken, waarin melding wordt gemaakt van een uitspraak van 'de rechtbank' of 'de Hoge Raad'. Ook de vormgeving van processen is gericht op deze weergave van een instituut, met de toga als anonimiserend attribuut voor de professionele hoofdrolspelers in de rechtszaal."

[42] Lieverse 2017, p. 26, onder verwijzing naar Eshuis 2009, p. 89-92 en Van der Linden 2010, p. 160.

[43] Van der Linden trekt de conclusie voor de drie door haar gemeten varianten van ervaren rechtvaardigheid (procedurele, interpersoonlijke en informatieve rechtvaardigheid) en geeft daarbij aan dat de uitkomst van de procedure een rol lijkt te spelen, doordat in zaken waarin men de uitkomst al weet (schikkingen) de ervaren rechtvaardigheid minder is dan in de zaken waarin men de uitkomst nog niet kent: Van der Linden 2010, p. 160.

[44] Van der Linden 2010, p. 86-87.

[45] Lieverse 2021a en Lieverse 2021b.

[46] Eerder pleitte ik ervoor dat advocaten en rechtsbijstandsverleners zich wat van het onderzoek naar ervaren rechtvaardigheid moeten aantrekken en dienen bij te dragen aan een positieve procesbeleving, zie Lieverse 2021b.

schikkingsproces kan mogelijk helpen bij het vinden van verklaringen voor de genoemde opmerkelijke onderzoeksresultaten van Eshuis en Van der Linden en kan mogelijk bijdragen aan het verbeteren van de procesbeleving van procespartijen.[47]

1.4.5 Perspectief 4. Maatschappelijk effectieve rechtspraak

Er is de afgelopen jaren stevige kritiek geuit op de rechtspraak. De kritiek heeft vooral betrekking op de toegankelijkheid van het recht en de effectiviteit van rechtspraak.[48] De Commissie 'fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht' stelde bijvoorbeeld dat procedures te lang duren, te kostbaar en te ingewikkeld zijn.[49] Ook De Bock is van mening dat procedures te lang duren en te kostbaar zijn.[50] De Groot stelt dat een geschil 'smaller' en 'breder' kan zijn dan het daadwerkelijke conflict tussen de strijdende partijen (zie ook hierna par. 1.4.6).[51] Barendrecht e.a. menen dat de gerechtelijke procedure niet altijd aansluit bij de behoeften van partijen. Ook zij zijn van mening dat rechtspraak kostbaar is en niet levert wat mensen nodig hebben.[52] Rechtspraak is volgens Barendrecht e.a. soms zelfs ronduit schadelijk: procedures zouden tekortschieten in het samen vinden van oplossingen.[53]

In het rapport *Rechtspraak die ertoe doet* reflecteerden rechters op de rechtspraak anno 2016. De toenmalige voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak mr. F.C. Bakker tekende in het voorwoord op:

> *"Rechtspraak grijpt diep in het leven van mensen in. Rechtspraak is alleen effectief als de interventie van de rechter als rechtvaardig en nuttig wordt beschouwd. Bij alles wat de rechter doet, geeft hij of zij zich rekenschap van het effect van het handelen. Rechters moeten zich niet uitsluitend laten leiden door juridische aspecten; waar nodig moeten zij ook aandacht hebben voor onderliggende conflicten en belangen. Dat betekent maatwerk leveren, regie*

[47] Lieverse 2021a en Lieverse 2021b.
[48] Vergelijk Van Mourik 2019, p. 29 ev.
[49] Asser e.a. 2006, p. 13.
[50] De Bock 2017, p. 19.
[51] De Groot 2012, p. 12-13.
[52] De vraag is wat mensen nodig hebben en wie dat bepaalt.
[53] Barendrecht e.a. 2017, p. 2 en 14. Kritisch over dit rapport zijn Hulst & Van den Bos 2017 en Vranken & Snel 2019.

voeren, de mogelijkheden voor schikkingen onderzoeken, maar ook knopen doorhakken." [54]

In een blog op NJB.nl schreef Bakker:

> *"Rechters signaleren dat veel vraagstukken die zij voorgelegd krijgen in feite een juridische vertaling zijn van een conflict dat veel breder is dan dat. Dat er in veel gevallen sprake is van allerlei onderliggende - niet-juridische - conflicten en belangen. Daarbij realiseren rechters zich (...) dat de wijze waarop procedures thans vorm zijn gegeven, bijdragen aan het vertalen in juridische termen van het conflict en ook dat het nemen van de juridische beslissing daarom in veel gevallen (lang) niet alles oplost, soms vrijwel niets oplost."* [55]

Daarom zet rechtspraak sinds enige jaren in op MER (maatschappelijk effectieve rechtspraak):

> *"Goede rechtspraak bestaat niet alleen uit juridische knopen doorhakken. Goede rechtspraak is ook, waar dat kan en gepast is, proberen de problemen van de mensen in de samenleving écht op te lossen. Nu zitten soms wetten en regels in de weg en lopen mensen tegen juridische muren op."* [56]

MER is kortom ontstaan uit de gedachte dat een juridische uitspraak partijen niet altijd verder brengt en legt meer nadruk op de consequenties, op de effecten van rechtspraak en minder op het formeel-juridische kader. [57] MER gaat over het doorhakken van juridische knopen én het bijdragen aan effectieve, efficiënte en duurzame oplossingen voor (juridische) problemen. MER wordt politiek gedragen. MER was onderdeel van het regeerakkoord 2017-2021 *Vertrouwen in de toekomst* van de toenmalige coalitiepartijen:

> *"Bestaande juridische procedures zijn complex en voldoen niet altijd voor het oplossen van alledaagse problemen van burgers. Maatschappelijk effectieve rechtspraak vereist innovatieve wetgeving die ruimte biedt (...) om te*

---

[54] https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rechtspraak-die-ertoe-doet.pdf
[55] Bakker 2016.
[56] https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Kwaliteit-van- de-rechtspraak/Paginas/Maatschappelijk-effectieve-rechtspraak.aspx (geraadpleegd 17 mei 2021).
[57] Verberk 2020, p. 33. Verberk spreekt overigens van juridische oplossing in plaats van uitspraak.

experimenteren met eenvoudige procedures die partijen bij elkaar brengen en conflicten niet op de spits drijven." [58]

In het huidige coalitieakkoord 2021-2025 van VVD, D66, CDA en ChristenUnie, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, staat:

> *"We zetten meer in op maatschappelijk effectieve rechtspraak en herstelrecht; laagdrempelige alternatieve geschillenbeslechting, al dan niet in combinatie met partners uit het sociale domein naar het voorbeeld van buurtrechtspraak en 'mediation'."* [59]

Onder de vlag MER zijn er diverse pilots gestart waarmee gepoogd wordt rechtspraak toegankelijker te maken, [60] en zo betekenisvol mogelijk te laten zijn voor de rechtzoekende én de samenleving. [61] Daarbij besteedt de rechter aandacht aan onderliggende persoonlijke of maatschappelijke problematiek en houdt hij zich bezig met probleemoplossing. [62]

MER komt sinds 2016 stelselmatig voor in de visie, missie en beleidsstukken van de Raad voor de Rechtspraak, staat op de politieke agenda [63] en heeft de aandacht van de wetenschap, [64] maar in de jaarverslagen van de Raad voor de Rechtspraak vind je behoudens de doorlooptijden bij de gerechten geen *key performance indicators* voor de mate van 'maatschappelijke effectiviteit', mogelijk omdat MER moeilijk te meten is. [65] De visitatiecommissie 2018 heeft gekeken in hoeverre is gewaarborgd dat de

---

[58] https://www.rijksoverheid.nl/regering/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst/1.-investeren-voor- iedereen/1.1-justitie-en-veiligheid

[59] https://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/coalitieakkoord-2021-2025.pdf

[60] Zoals de pilots 'De Spreekuurrechter', 'Rotterdamse regelrechter', 'Wijkrechter', 'Overijsselse Overlegrechter', 'Bouwrechter', het 'Huis van het Recht'. Er worden o.a. oplossingen gezocht voor (v)echtscheidingen, schuldenproblematiek, multi-problematiek en bouwgeschillen. Zie ook Bauw e.a. (red.) 2019; Grootelaar e.a. 2020.

[61] Verberk 2020, p. 33.

[62] Verberk 2020, p. 33.

[63] Zo is MER opgenomen in het regeerakkoord van Rutte III, terwijl de politieke steun volgt uit de wet van 24 juni 2020, houdende regels inzake invoering van een tijdelijke mogelijkheid voor experimenten in de rechtspleging (Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging).

[64] Er is zelfs een bijzondere leerstoel Maatschappelijk effectieve rechtspraak, gehouden door Rogier Hartendorp.

[65] Zie overigens Langbroek 2020 p. 133-158, waarin hij beschrijft dat onderzoek naar de organisatie van rechtspraak en het functioneren van rechters de afgelopen decennia een specialisme geworden is, alsmede waarin hij een bloemlezing geeft van dit onderzoek. Er wordt in Nederland veel onderzoek gedaan: er is ook een hele wereld te onderzoeken.

rechtspraak maatschappelijk effectief is, oftewel: het onderliggende probleem oplost, zodat er geen extra rechtszaken nodig zijn. De commissie concludeerde:

> *"De visitatiecommissie heeft met bewondering kennisgenomen van de vernieuwende initiatieven (…). Ze kunnen in belangrijke mate bijdragen aan het toekomstbestendig houden van de rechtspraak. Ook het Platform Innovatieve Projecten, dat landelijk de lokale initiatieven inventariseert en op de kaart zet, draagt hieraan bij. Tegelijkertijd constateert de commissie dat het veelal gaat om persoonlijke initiatieven, deels in privétijd opgezet door bevlogen rechters, die binnen het lokale gerecht – en soms zelfs binnen het desbetreffende team – onbekend zijn."* [66]

Hoe verhoudt de schikkingspraktijk zich tot MER? Het behoeft geen betoog dat de meeste mensen geen procedure willen, maar een oplossing voor een probleem. Als daartoe een procedure nodig is, is dat prima, maar als het probleem eerlijker, sneller, goedkoper, effectiever en efficiënter kan worden opgelost, dan zal daar weinig bezwaar tegen zijn. Een schikking eindigt (een deel van) de procedure. Goed voor de doorlooptijden. Het lijkt op het eerste gezicht voor de hand te liggen dat een schikking een duurzamere oplossing is dan een eenzijdig opgelegd vonnis, maar daarnaar is voor zover mij bekend geen onderzoek gedaan [67] en dit is niet zonder meer zo. Een schikking kán vanzelfsprekend een efficiënte en effectieve oplossing zijn voor juridische problemen. Er hoeft niet te worden doorgeprocedeerd en dat scheelt tijd, kosten en (psychologische) belasting, maar de ene schikking is de andere niet. Partijen kunnen om heel veel verschillende redenen schikken. Een reden kan zijn dat daarmee het (onderliggend) conflict wordt opgelost (zie hierna par. 1.4.6), maar schikkingen worden ook aangegaan wegens procedure-moeheid, waarbij partijen schikken om 'er maar vanaf te zijn' of vanwege proceseconomische redenen (tijd, kosten). Een schikking kan zelfs voer zijn voor nieuwe conflicten en geschillen.

Kortom, niet elke schikking is per se een duurzame oplossing. Los van de vraag wanneer rechtspraak voldoende maatschappelijk effectief is (en hoe je dat meet), is een onbeantwoorde vraag in hoeverre de schikkingspraktijk daadwerkelijk bijdraagt

---

[66] Van As 2018, p. 11 en p. 25.
[67] Wel naar de vraag of schikkingen beter worden nagekomen dan vonnissen, hetgeen niet het geval bleek te zijn (Eshuis 2009). Dat is een contra-indicatie voor het vermeende duurzame karakter ervan.

aan MER en of daar verbeteringen mogelijk zijn. Mijn onderzoek legt een aantal pijnpunten bloot.

1.4.6 Perspectief 5. Conflictoplossing naast geschilbeslechting: een nieuwe functie?

Rechtspraak die maatschappelijk effectief is, is een ambitie van de rechtspraak die meer omvat dan conflictoplossing alleen (zie par. 1.4.5). In deze paragraaf focus ik op het element conflictoplossing. Reden daarvoor is dat er sprake lijkt te zijn van een transformatie binnen het rechtssysteem waarin de klassieke juridische geschilbeslechtingsfunctie (een van de juridische probleemoplossingsstrategieën) concurrentie krijgt van de conflictoplossingsfunctie,[68] waarbij van rechtspraak mag worden verwacht dat zij zich rekenschap geeft van achterliggende belangen en een bijdrage levert aan de oplossing van onder het juridisch geschil liggende problemen en conflicten. Die gedachte heeft aan betekenis gewonnen door de visie dat rechtspraak maatschappelijk effectief behoort te zijn en het daarop gebaseerde beleid (zie par. 1.4.5).

Er is een verschil tussen geschillen en conflicten. Er zijn verschillende definities van het begrip conflict. Ik volg de definitie van De Dreu:

> *"Een individu of een groep ervaart dat een ander individu of groep iets doet of (na)laat of zal gaan doen of (na)laten, dat negatieve gevolgen heeft voor de eigen belangen, opvattingen of normen en waarden."* [69]

Een conflict is dus een gevoel, de ervaring, dat er iets kan gebeuren waar je last van kunt krijgen. Een conflict is daarnaast een dynamisch proces. Conflicthantering door de ene partij roept reacties op bij de tegenpartij.[70]

---

[68] Zie de visiestukken met betrekking tot MER (par.1.4.6) en bijv. de verschillende bijdragen in: Akkermans, De Groot & Marseille 2020 (en dan met name Akkermans 2020, Verberk 2020 en Marseille 2020). Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem is een centraal onderzoeksthema in het kader van de Nationale Stimuleringsactie *Empirical Legal Studies*, een van de speerpunten in het sectorplan rechtsgeleerdheid, een voorstel voor de vorming van en consortium in het kader van de Nationale Wetenschapsagenda, 'Onderzoek op Routes door Consortia', afgekort NWA-ORC, route 'Tussen conflict en coöperatie Overheidsrechtspraak.

[69] De Dreu 2008, p. 8.

[70] De Dreu 2008, p. 9.

Een conflict is op zichzelf niet positief of negatief. Het kan positieve en negatieve gevolgen hebben. Prein beschrijft bijvoorbeeld dat conflicten beschouwd kunnen worden als:

> *"een bron van verandering doordat het de vindingrijkheid en creativiteit van de betrokkenen stimuleert, een appel doet op het actief benutten van ieders mogelijkheden, bewust maakt van de problemen die er zijn en motiveert er oplossingen voor te vinden. Een conflict kan ook gezien worden als een middel om de eigen identiteit uit te testen en te bevestigen."* [71]

Je kunt proberen met recht een conflict op te lossen. Dan is er sprake van een geschil. Een geschil is een gejuridiseerd conflict.[72] Het conflict wordt daarbij vertaald naar (juridische) rechten en aanspraken en daartegenover staande weren. Die vertaling levert mogelijkheden op voor conflictoplossing: je kunt erover procederen en je kunt de uitspraak afdwingen. De vertaling in rechten en plichten heeft ook beperkingen. Barendrecht & Chabot beschrijven hoe het systeem, door hen toernooimodel genoemd, partijen tegenover elkaar zet:

> *"Een jurist zoekt een regel die is geschonden en bepaalt een strategie om de rechter van de fout te overtuigen. Er komen klachten, claims en beschuldigingen. (...) De beschuldigde partij kan zich verdedigen en fouten ontkennen. Bovendien mag de gedaagde zich proberen te onttrekken aan de procedure. (...) De vele juridische varianten van iemand van het kastje naar de muur sturen zijn gekmakend en kunnen jaren duren."* [73]

Bij het vertalen van een onderliggend belang of conflict naar een rechtspositie (de vertaling in rechten en plichten) gaat regelmatig wat mis. De vertaling is onvolmaakt.

---

[71] Prein 2017, p. 97.

[72] Er is in literatuur overigens geen eenduidigheid over de definitie van conflicten en geschillen. Verschoof & Van Rossum hanteren bijvoorbeeld in hun onderzoek de volgende definitie (p. 31): "Als een conflict voor de rechter wordt gebracht, is het in juridische vorm gegoten: de casus, de juridische interpretatie daarvan en de eis die daarop is gebaseerd. Het op deze manier vormgegeven en aan de rechter voorgelegde conflict wordt in dit onderzoek 'het geschil' genoemd. Kijken we breder naar wat niet aan de rechter in die rechtszaak is voorgelegd, dan noemen wij dat 'het conflict'. Het gaat om iets onderliggends of achterliggends, waarover geen vonnis hoeft te worden uitgesproken of waarover een vonnis niet kan worden uitgesproken en dat buiten beeld blijft als de rechter zich alleen richt op het te beslissen geschil. Er is niet altijd sprake van een conflict achter een geschil." Wanneer wordt uitgegaan van de definitie van De Dreu is er sprake van een conflict wanneer – vrij vertaald – partijen *ervaren* dat hun beider belangen niet direct te verenigen zijn. Er is daarbij altijd sprake van een conflict wanneer partijen besluiten te procederen. Een conflict gaat dan over wat partijen in essentie verdeeld houdt.

[73] Barendrecht & Chabot 2020, hoofdstuk 4; zie ook Barendrecht 2019, p. 100.

Soms bestrijkt een geschil het volledige conflict. Het conflict is dan gelijk aan het geschil. Vaak is dat niet het geval. Conflicten kunnen soms bijvoorbeeld niet goed vertaald worden in juridische aanspraken. Conflicten kunnen namelijk op van alles betrekking hebben, terwijl juridische aanspraken meestal (slechts) gaan om financiële genoegdoening/(schade)vergoeding of een ge- of verbod.[74] Het geschil kan daarnaast bijvoorbeeld om praktische en/of juridische redenen beperkt zijn tot een deel van het conflict.[75] Partijen kunnen ook afspreken om (slechts) een deel van het conflict aan de rechter voor te leggen.[76] Juridische vorderingen kunnen tenslotte ook ingezet worden als pressiemiddel om in het conflict iets (anders) te bewerkstelligen. Kortom, er is een verschil tussen conflicten[77] en geschillen en bijgevolg tussen *conflictoplossing* en *geschilbeslechting*. Simon Thomas & Kosters stellen:

---

[74] Voorbeeld: Een voormalig bestuurder van een rechtspersoon eist na beëindiging van het dienstverband betaling van niet-genoten vakantiedagen (geschil). De procedure is daartoe beperkt. Het onderliggende conflict heeft evenwel geen betrekking op niet-genoten vakantiedagen, maar op onvrede van de voormalig bestuurder met de door het nieuwe bestuur ingezette koers en de niet-nakoming van de (niet bewijsbare) overeenkomst waarbij de oud-bestuurder na het einde van het dienstverband door de rechtspersoon opdrachten zouden worden verstrekt. De oud-bestuurder voelt zich bekocht. De vordering tot betaling van niet-genoten vakantiedagen heeft hij ingesteld om enige genoegdoening te voelen.

[75] Voorbeeld: De gewezen echtelieden A en B hebben een geschil over de nakoming van een omgangsregeling. A weigert de omgangsregeling na te komen omdat zij vindt dat B een slechte invloed op de kinderen heeft. B vindt gijzeling van A te ver gaan en besluit alimentatiebetalingen op te schorten. A stelt zich op het standpunt dat dat niet kan, omdat de alimentatieverplichting los staat van de omgangsregeling. A vordert in rechte nakoming van de alimentatieverplichting. Het geschil is (juridisch) beperkt tot de alimentatieverplichting, terwijl het conflict voortspruit uit het niet nakomen van de omgangsregeling.

[76] Voorbeeld: Partij A raakt gewond bij een ongeval en lijdt schade. Hij houdt daarvoor partij B aansprakelijk, die ontkent aansprakelijk te zijn, maar stelt voorts (subsidiair) dat partij A eigen schuld heeft aan het ongeval, zodat (een deel van) de schade voor zijn eigen rekening moet blijven, en betwist (secundair) de hoogte van de gestelde schade. Partijen voorzien, gelet op de diverse rechtsvragen en de bewijsbaarheid van hun stellingen, een kostbare en langdurige procedure indien zij hun conflict volledig aan de rechter zouden voorleggen. Zij besluiten enkel de vraag aan de rechter voor te leggen of partij B onrechtmatig heeft gehandeld jegens partij A, om op basis van de uitkomst van de procedure met elkaar in overleg te treden over de afwikkeling.

[77] Conflicttheorie onderscheidt verschillende conflicten. (Vgl. Prein 2017, p. 104 t/m 105: Er zijn zakelijke of taakinhoudelijke conflicten, die gaan over niet-persoonlijke, materiële en structurele aspecten. Zakelijke conflicten kunnen weer worden onderscheiden in instrumentele conflicten (meningsverschillen over prioriteiten, doelstellingen, middelen), belangenconflicten (over verdeling van schaarse goederen) en machtsconflicten. Er zijn belangenconflicten over de verdeling van schaarse goederen en waardenconflicten over principes die de identiteit van partijen raken. Er zijn sociaal-emotionele conflicten die gaan over de wijze waarop betrokkenen met elkaar omgaan en die voortkomen uit de manier waarop partijen de situatie waarnemen en beleven. Deze conflicten kunnen worden onderscheiden in relationele en waardenconflicten. Waardenconflicten (morele conflicten) zijn moeilijk op te lossen, als dat al mogelijk is. Relationele conflicten worden veroorzaakt door sterke emoties, mispercepties en stereotyperingen).

> *"Het is een feit: de civiele rechter houdt zich steeds vaker bezig met conflictoplossing en bemiddeling naast geschilbeslechting. De klassieke taak van de rechter – het beslechten van een juridisch geschil – is aan het veranderen. Deze verandering wordt enerzijds bottom-up vanuit de rechtspraktijk vormgegeven, getuige de verschillende pilots en experimenten waarbij de rol van de rechter en die van bemiddelaar tot elkaar worden gebracht. Anderzijds wordt deze ontwikkeling top-down door de Raad voor de Rechtspraak opgelegd onder de paraplu van Maatschappelijk Effectieve Rechtspraak (MER)."* [78]

De aandacht voor conflictoplossing[79] in rechte is de afgelopen jaren ontegenzeggelijk toegenomen[80], overigens niet alleen in Nederland.[81]

De overheidsrechter houdt zich ook volgens Akkermans steeds meer bezig met conflictoplossing naast geschilbeslechting: de klassieke taak van de civiele rechter om het geschil te beslechten is aan het veranderen. Finale geschilbeslechting zou het doel moeten zijn en daarvoor is aandacht nodig voor zowel de rechten en plichten van partijen als voor hun wensen, belangen en emoties.[82] Van Mourik spreekt van rolvermenging tussen de conflict oplossende en geschil beslechtende taken van de civiele rechter.[83] Die transformatie raakt de kern van rechtspraak. Waartoe dient rechtspraak eigenlijk? Juridische geschillen beslechten, conflicten oplossen of beide?

Rechtspraak heeft in het systeem van juridische probleemoplossing verschillende functies. De *klassieke* functies van rechtspraak zijn:[84]

> De *rechtsverschaffingsfunctie*, die ziet op handhaving van het objectieve recht en op de beïnvloeding en handhaving van subjectieve rechten. Het gaat om (a) de vaststelling, (b) de totstandbrenging, (c) de wijziging, (d) de

---

[78] Simon Thomas & Koster 2021, p. 15.
[79] De klassieke functies van overheidsrechtspraak zijn gericht op geschilbeslechting, maar niet op het oplossen van (onderliggende) conflicten (vgl. bijv. de door Snijders, Klaassen & Meijer 2017, par. 1.2 genoemde functies).
[80] Conflictoplossing is niet nieuw. Er is weliswaar meer aandacht voor, maar ik denk dat er de afgelopen decennia niet veel rechters zijn geweest die daar waar mogelijk hebben laten liggen om conflicten op te lossen. 'Conflict oplossende instituties' is een van de vijf speerpunten van het sectorplan rechtsgeleerdheid (https://sectorplanrechtsgeleerdheid.nl/speerpunten/conflict-oplossende-instituties).
[81] Zie bijv. voor Israël: Alberstein 2015 en voor Engeland: Richards 2016.
[82] Akkermans 2020, p. 14.
[83] Van Mourik 2019, p. 25.
[84] Vgl. Snijders, Klaassen & Meijer 2017.

beëindiging en/of (e) de effectuering van materiële rechten en verplichtingen. Anders gezegd, je kunt krijgen waar je recht op hebt.

De *bedreigingsfunctie*, die werkt als 'stok achter de deur' om schuldenaren te bewegen na te komen. Komt de schuldenaar niet na, dan kan de schuldeiser hem immers laten veroordelen tot nakoming (de rechtsverschaffingsfunctie).

De *politionele functie*, die beschermt tegen eigenrichting. Adequate mogelijkheden om je recht te krijgen leiden, zo is de gedachte, tot een kleinere neiging het recht in eigen hand te nemen.

De *rechtsontwikkelingsfunctie*, die meebrengt dat op grond van de voorgelegde casus rechtsregels kunnen worden bevestigd, geïntroduceerd of geherformuleerd die (ook) relevant zijn voor soortgelijke gevallen. Maatschappelijke opvattingen veranderen en rechtspraak reflecteert die maatschappelijke opvattingen.

De *rechtseenheidsfunctie*, die ervoor zorgt dat gelijke gevallen, gelijk behandeld worden (art. 1 Gw), maar ook bijdraagt aan rechtszekerheid doordat rechterlijke uitspraken (tot op zekere hoogte) consistent zijn.

Burgers hebben in civiele (handels)zaken de keuze om hun geschil voor te leggen aan een alternatieve (private) geschilbeslechter of zelf op te lossen, al dan niet met behulp van derden; pas als de uitkomst van de private geschilbeslechting of conflictoplossing moet worden afgedwongen, komt de (civiele) rechter in beeld.[85]

Hoewel partijen slechts in een klein deel van de civielrechtelijke problemen een procedure aanhangig maken[86], kan de relevantie van rechtspraak, ook waar het conflictoplossing betreft, nauwelijks worden overschat. Als alternatieven niet tot een voor partijen bevredigende uitkomst leiden,[87] staat nog altijd de weg naar de rechter open (bedreigingsfunctie).

---

[85] Bauw & Roos 2021, p. 101.

[86] Burgers in slechts 3 procent volgens het meest actuele geschilbeslechtingsdelta-onderzoek (zie ook par. 1.3.). Geschat wordt dat maar een tot vijf procent van de personenschadezaken aan de rechter wordt voorgelegd, maar dat dit wel de langlopende letselschadezaken lijken te zijn; zie Rijnhout 2021, p. 64. Ook in het arbeidsrecht wordt maar een beperkt deel van de zaken aan de rechter voorgelegd (zie Van der Kraats & Kruit 2021, p. 199.

[87] Er is in Nederland een 'delta' aan conflictoplossers ontstaan; zie: Dubbelaar e.a. 2021, p. 1 onder verwijzing naar de verschillende geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken.

Overheidsrechtspraak is een laatste redmiddel, een *ultimum remedium*, maar (desondanks) onmisbaar bij het oplossen van dagelijkse juridische problemen. Je kunt je recht krijgen, desnoods met behulp van politie en justitie. Dat werkt als een stok achter de deur en voorkomt eigenrichting. Hebben partijen een probleem en weten ze hoe de rechter in soortgelijke gevallen beslist, dan geeft dat richting aan de oplossing (schaduwwerking). Een toegankelijke en voorspelbare rechtsgang is daarvoor essentieel.[88] Het goed kunnen inschatten wat in een procedure wordt toegekend, leidt tot rechtszekerheid. Daarmee worden partijen geholpen om voor de procedure tot regelingen te komen. De klassieke functies van rechtspraak ondersteunen kortom een goede schaduwwerking en het vinden van minnelijke oplossingen zonder dat daarvoor (in die gevallen) rechtspraak nodig is.[89]

De vraag is of conflictoplossing (middels MER) niet langzaamaan een nieuwe functie van overheidsrechtspraak aan het worden is. In diens brief aan de kamer van 20 januari 2020 schreef de Minister voor Rechtsbescherming:

> *"Daarnaast zal het voorgenomen wetsvoorstel bepalingen bevatten die zorgen voor een betere aansluiting tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke geschiloplossing. (...) Het kabinetsbeleid is erop gericht zowel gerechtelijk als buitengerechtelijk te bevorderen dat geschillen op een zo duurzame, passende en efficiënt mogelijke wijze opgelost worden. Of het nu om afspraken rondom een echtscheiding, een arbeidsconflict of een geschil met de overheid gaat: rechtzoekenden zijn geholpen met oplossingen waarmee ze langere tijd vooruit kunnen. Zo steunt dit kabinet de aanpak die onder de noemer 'maatschappelijk effectieve rechtspraak' binnen de rechtspraak is ontstaan en die het bereiken van overeenstemming in onderling overleg, onder begeleiding van een rechter, bevordert."*[90]

Voorzichtigheid lijkt evenwel geboden. Dat rechters zich ook met conflictoplossing zouden moeten bezighouden en dat zij daarvoor de capaciteiten (zoals tijd, besef) en

[88] Lieverse 2020.
[89] Zie ook par. 1.4.7. over preventive law.
[90] Kamerstukken II 2019/20, 35300-VI, nr. 102.

(mediationachtige) vaardigheden hebben is in de wetenschap omstreden.[91] Vranken & Snel zijn bijvoorbeeld kritisch:

> *"Het verlangen naar probleemoplossing door de civiele rechter berust op wensdromen of, in de woorden van Jan Leijten[92], getuigt van een gevaarlijke arrogantie."* [93]

Ik vind het zinvol om de volgende thema's te onderscheiden:

1. Wat *mag* anno nu van overheidsrechtspraak worden verwacht? Behoort moderne rechtspraak conflicten op te lossen, of (enkel) geschillen te beslechten?[94] Dit is een normatieve, rechtsfilosofische vraag.[95]
2. Wat is het positiefrechtelijk kader: als conflictoplossing daadwerkelijk een doel en een functie van overheidsrechtspraak is, hoe verhouden conflictoplossing en geschilbeslechting zich dan tot elkaar? Conflictoplossing en geschilbeslechting zijn verweven, maar staan soms ook haaks op elkaar. Voor het oplossen van het conflict is bijvoorbeeld soms het prijsgeven van informatie (bijvoorbeeld over onderliggende belangen) nodig, welke openbaring gevolgen kan hebben voor de rechtspositie van partijen. Soms zijn juridische interventies nodig om rechten veilig te stellen (denk aan sommaties, stuitingshandelingen e.d.), maar die kunnen eenvoudig bijdragen aan escalatie. Door de fundamentele herbezinners[96] werd de vraag aan de orde gesteld of partijen door met elkaar in geschil te raken tot een bepaalde verplichtende rechtsverhouding tot elkaar komen te staan:

> *"Zodra partijen in een geschil zijn betrokken staan zij in een verhouding tot elkaar die normerend moet zijn voor hun gedrag. Zij dienen dan in elk geval rekening te houden met elkaars belangen met het oog op de beëindiging van hun*

---

[91] Voorstanders zijn bijvoorbeeld Suzan Verberk (zie bijv. Verberk 2020), Dick Allewijn (zie bijv. Allewijn 2020) en Rogier Hartendorp (zie bijv. Hartendorp 2020). Er zijn tegenstanders en kritische geluiden van bijvoorbeeld Lieke Coenraad (zie Coenraad 2017, p. 131-135); Margreet Ahsmann (zie Ahsmann 2021), Jan Vranken en Marnix Snel (zie: Vranken & Snel 2019) en Albert Klijn (Klijn 2020). Zie ook: Simon Thomas & Koster 2021, p. 30-34.

[92] Leijten was rechtsgeleerde en AG bij de Hoge Raad. Hij overleed in 2014.

[93] Vranken & Snel 2019, p. 865.

[94] Het antwoord daarop zal overigens diverse (praktische) gevolgen hebben, bijv. voor het aanname- en scholingsbeleid van rechters, de tijd die gepland wordt voor zittingen, de financiering van rechtspraak en het meten van kwaliteit: wat zijn relevante *key performance indicators*?

[95] In Nederland zijn er zoals gezegd voor- en tegenstanders (zie voetnoot 91).

[96] Zo werden de leden van de Commissie 'fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht' bestaande uit W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken ook wel genoemd (zie: Asser e.a. 2003).

geschil en hun geschil niet nodeloos te laten escaleren maar integendeel te proberen het in der minne te beëindigen. Zij moeten elkaar in verband met het geschil niet meer schade berokkenen dan strikt nodig is voor de handhaving van het eigenbelang dat bij het geschil betrokken is en verdere schade zoveel mogelijk voorkomen en waar mogelijk beperken. De voorfase moet er ook voor dienen om de feitelijke grondslag van het geschil zo snel mogelijk duidelijk te krijgen, doordat partijen elkaar snel en zo volledig mogelijk informeren over het eigen standpunt en de feiten waarop dat berust. Voorkomen van escalatie en het verkrijgen van beter inzicht is het parool."

Dit voorstel van de fundamentele herbezinners heeft het destijds niet gehaald, maar een beperktere norm wordt inmiddels wel gevonden in de meergenoemde kamerbrief met betrekking tot het wetsvoorstel mediation:

"Naast een wettelijk register voorziet het voorgenomen wetsvoorstel in een betere aansluiting tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke procedures waardoor rechtzoekenden hiertussen beter kunnen schakelen, zowel in het privaatrecht als in het bestuursrecht. Bij dit schakelen kan van partijen in een conflict in redelijkheid verwacht worden dat zij waar mogelijk proberen dit in onderling overleg op te lossen voordat een beroep op de rechter wordt gedaan. (...) Het voorgenomen wetsvoorstel zal verschillende voorzieningen bevatten die gericht zijn op het stimuleren van onderling overleg. Ik denk hierbij onder meer aan de in het regeerakkoord opgenomen passage dat schuldeisers eerst een betalingsregeling dienen te onderzoeken voor een zaak voor de rechter wordt gebracht. Ik onderzoek de mogelijkheden om partijen zich bij de rechter te laten uitspreken over of en zo ja hoe zij hebben geprobeerd hun geschil buiten rechte op te lossen (...)." [97]

3. Wat mag gelet op de functies van rechtspraak en het positiefrechtelijk kader redelijkerwijs van rechters, advocaten en procespartijen worden verwacht? Welke eisen mogen aan de kennis en kunde van rechters en belangenvertegenwoordigers worden gesteld; welke aan het procesgedrag van betrokkenen? Zijn proces verstorende gedragingen (nog) toegestaan en zo ja,

[97] Kamerstukken II 2019/20, 35300-VI, nr. 102 (Kamerbrief).

wanneer en onder welke omstandigheden?[98] Wat betekent een en ander dan voor gedragsregels en tuchtrecht? Advocaten zouden bijvoorbeeld een rol moeten spelen in het voorkomen van procedures die het procederen niet waard zijn. Gedragsregel 5 luidt: "De advocaat dient voor ogen te houden dat een regeling in der minne veelal de voorkeur verdient boven een proces." Gedragsregel 6 brengt mee dat de advocaat dient te waken voor het maken van onnodige kosten. Deze beide gedragsregels, alsmede de gedachte dat een gerechtelijke procedure een ultimum remedium is, zouden onnodige procedures moeten voorkomen. Tegelijkertijd mag niet uit het oog worden verloren dat advocaten partijdige belangenbehartigers zijn. De Minister voor Rechtsbescherming zegt daarover:

> *"Ook advocaten worden opgeleid om, waar het kan, te komen tot voor beide partijen aanvaardbare oplossingen, maar zij doen dit vanuit een andere grondhouding dan mediators. Een advocaat streeft waar mogelijk naar minnelijke oplossingen, maar een advocaat is ook partijdig en dient principieel de belangen van zijn cliënt. Een mediator moet bovenal onpartijdig zijn en als een neutrale derde naast partijen staan. Vanuit dit perspectief moet de mediator een partij-overstijgende blik op de gezamenlijke en tegengestelde belangen hebben. De kans dat partijen hun kaarten open leggen en aldus tot een oplossing komen die ook aan de gezamenlijke belangen recht doet, lijkt bij een neutrale derde groter."* [99]

De vraag is hoe partijdige belangenbehartiging zich verhoudt tot het voorschrift minnelijke regelingen te beproeven. Ik denk dat hoewel partijdige belangenbehartiging escalerend kan zijn, er geen fundamentele tegenstelling is. De gedragsregel van partijbelangenbehartiging zegt niet dat niet ook andere belangen in acht moeten worden genomen, maar belangrijker is het inzicht dat een oplossing van het échte probleem, van datgene waar het de cliënt daadwerkelijk om gaat, per definitie in het belang is van de cliënt. Met MER en de (nieuwe) conflictoplossingsfunctie ontstaat wat mij betreft een nieuwe gedragsregel, waarvan de contouren langzaamaan duidelijk worden. De hoofdrolspelers in een procedure mogen met hun handelen de conflictoplossingsfunctie niet frustreren; zij moeten in hun handelen oog houden

---

[98] Lieverse 2021b, p. 685, onder verwijzing naar Van Regteren Altena 2017; Van Domselaar 2020, p. 3305; Van Zelst 2020, p. 1145; en De Wolff 2018.
[99] Kamerstukken II 2019/20, 35300-VI, nr. 102 (Kamerbrief)

voor waar het de cliënt daadwerkelijk om gaat, dat een juridische uitspraak veelal een substituut, zelfs een surrogaat is; zij zouden niet nodeloos mogen bijdragen aan escalatie, maar die juist moeten tegengaan.[100]

4. Wat doen procesdeelnemers *feitelijk* in de praktijk en met welk *resultaat*?[101] Met meer inzicht in interventies die werken, kunnen procesdeelnemers effectiever zijn. De vraag blijft anno nu of (onderliggende) problemen van rechtszoekenden daadwerkelijk en effectief worden opgelost. Dat zij schikken is voor een antwoord op die vraag onvoldoende. Een schikking is een momentopname. De vraag is welke effecten die schikking vervolgens heeft in de sociale context van degenen die schikten.

Deze onderwerpen staan niet los van elkaar. De antwoorden op vragen beïnvloeden elkaar. De essentie van rechtspraak is dat je je (materiële) rechten kunt inroepen en zo nodig afdwingen. Daar mag je niet van worden afgehouden. Tegelijkertijd, mensen zullen niet snel procederen om het procederen zelf. Zij willen een probleem opgelost hebben. Daar kan een uitspraak bij helpen, maar als een betere, duurzamere oplossing mogelijk is, zou die (voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is) nagestreefd moeten worden.

Dat is niet (altijd) eenvoudig en er is nog veel te leren en ontdekken. Misschien werkt conflictoplossing in de rechtspleging niet optimaal of kan dat wel helemaal niet. Dat wil niet zeggen dat duidelijke lessen niet in de praktijk gebracht kunnen worden en gestreefd kan worden naar meer conflictoplossing, naar echte oplossingen voor

---

[100] Dat gaat dus verder dan de op advocaten toepasselijke gedragsregel die verplicht je te realiseren dat een minnelijke regeling de voorkeur heeft boven een procedure. Niet elke minnelijke regeling is immers een regeling die recht doet aan belangen van de betrokkenen. Zo wordt er regelmatig geschikt louter vanwege proceseconomische redenen. Dat zijn geen schikkingen die iets onderliggends oplossen, of partijen een positieve ervaring met rechtspleging brengen.

[101] Wat rechters doen (zie het onderzoek van Van der Linden (2010) en van Verschoof & Van Rossum (2018)) zal ook afhankelijk zijn van hun taakopvatting (zie Praagman (2011)) en van hun vaardigheden. En dat geldt ook voor advocaten en andere procesdeelnemers. Maar zeker niet alleen. Dat zou een te simplistisch beeld geven. Rechters en belangenbehartigers opereren in complexe situaties, waarin veel factoren invloed hebben, te denken valt aan de persoonlijkheid van de rechter, het voorliggende dossier (rechtsgebied, belangen, hoogte van de vordering), de mate van conflictescalatie, de opstelling van partijen en advocaten, de mogelijke precedentwerking van het antwoord op de litigieuze rechtsvraag, maar ook minder voor de hand liggende aspecten als het tijdstip van de zitting, uitgerustheid van procesdeelnemers, hun bloedsuikerwaardes, de (professionele) relatie tussen advocaten en zoveel meer. Kahneman 2015, p. 51 beschrijft onderzoek van Danziger, Levav & Avnaim-Pesso 2011 onder Israelische rechters waaruit bleek dat het tijdstip van de zitting (dichter of verder gelegen van een snackmoment) invloed had op de uitspraak: wel of geen vervroegde vrijlating.

juridische problemen en minder geschilbeslechting. Dit onderzoek kan daaraan een bijdrage leveren.

1.4.7 Perspectief 6. Voorkomen van nodeloze procedures

Voor elke procedure geldt dat het partijen om wat voor reden niet is gelukt om de procedure te voorkomen, bijv. door het treffen van een minnelijke regeling. Wanneer het vervolgens in de procedure wel lukt om een regeling te treffen, dan kan de vraag worden gesteld of het pre-procedureel minnelijk overleg wel voldoende effectief is geweest. Hadden partijen de kosten van de procesverrichtingen niet beter kunnen besparen (en verdelen)?

Niet alleen de kosten kunnen nopen tot het voorkomen van (onnodige) procedures. Hoewel procedures *therapeutic benefits* kunnen hebben,[102] blijkt uit onderzoek ook dat rechtszaken een destructief emotioneel effect kunnen hebben op procesdeelnemers en zelfs kunnen leiden tot gezondheidsschade.[103] Het is (daarom) niet verrassend dat Verschoof & Van Rossum noteerden dat relatief vaak de behoefte aan rust en het door willen met 'mijn' leven werden genoemd als reden om te willen schikken.[104] Vaker dan bijvoorbeeld het besparen van oplopende proceskosten, dat er onderhandelingsruimte is voor een redelijke oplossing en het invloed kunnen hebben op de uitkomst.[105]

---

[102] Gutheil (2000, p. 6): *"Such benefits might include empowerment and the sense of being heard; relief from traumatic helplessness by bearing witness; making someone aware of having wronged or injured you; satisfaction at overcoming another's denial; and calling attention to a social or civil problem in need of remedy. Such potential benefits may be explicitly sought and even be cited as inducements to litigate by attorneys, friends, relatives and the media. The present discussion aims at reducing the harms and fostering the benefits."* De geschilbeslechtingsdelta 2019 meldt bijvoorbeeld als positief effect het gevoel te zijn opgekomen voor de eigen rechten (Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 143).

[103] Tumelty (2021, p. 634) verwijst o.a. naar Gutheil 2000 die de term *critogenesis* muntte, welke term ziet op de *"intrinsic and often inescapable harms caused by the litigation process itself, even when the process is working exactly as it should"*. Volgens deze auteurs kan gezondheidsschade het gevolg zijn van vertraging, tegenspraak, herhaalde traumatisering, schending van grenzen, verlies van privacy, en uitgestelde genezing. Lees-Haley (1989) schaarde de groep stressproblemen die een gevolg zijn van procederen onder de term *Litigation Response Syndrome (LRS)*. Het onderzoek ziet op medische aansprakelijkheidszaken. Het risico op schade zal in die zaken mogelijk groter zijn, maar ik denk dat negatieve aspecten ook in andersoortige zaken spelen. Respondenten in het Nederlands geschilbeslechtingsdelta-onderzoek noemen relatief vaak stress (32 procent), slaapproblemen (17 procent) en gezondheidsproblemen (15 procent) als neveneffect van juridische conflicten (Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 143).

[104] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 102.

[105] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 102.

Hoe juridische problemen kunnen worden voorkomen of vroegtijdig kunnen worden opgelost is onderwerp van *preventive law*. Daar waar juristen gewoon zijn problemen (reactief) op te lossen, leert *preventive law* juristen problemen en gerechtelijke procedures te voorkomen.

Van de Luijtgaarden stelt dat rechtspraak per definitie niet preventief is.[106] Toch is rechtspraak ook voor *preventive lawyers* relevant. Rechtszoekenden kunnen met consistente rechtspraak inschatten wat zij (ongeveer) in een procedure zullen krijgen. Als je de uitkomst van een procedure adequaat kunt inschatten, is het voeren van die procedure onnodig. In de schaduw van het recht kunnen zij hun problemen oplossen en escalatie voorkomen. En daarvoor zijn uitspraken nodig. Wanneer te veel zaken geschikt worden, blijven partijen namelijk verstoken van de precedenten die de kaders vormen voor hun (particuliere) schikkingsonderhandelingen.[107] Bovendien moeten er soms juridische knopen worden doorgehakt, waarna partijen zelf hun (juridische) problemen kunnen oplossen.

Met meer inzicht hoe mensen hun problemen (liefst effectief en duurzaam) oplossen, zouden nodeloze procedures voorkomen kunnen worden (*preventive law*). Zo bezien, kan dit onderzoek bijdragen aan de *body of knowledge* met betrekking tot *preventive law*.

Dat het voormalig kabinet het vroegtijdig oplossen van conflicten belangrijk vindt, blijkt ook uit de kamerbrief van de Minister voor Rechtsbescherming d.d. 20 januari 2020:

> *"Voor een goed functionerende samenleving is het belangrijk dat geschillen zoveel mogelijk vroegtijdig opgelost worden. Partijen kunnen voor de oplossing van hun geschillen kiezen uit verschillende mogelijkheden. Deze hebben elk voor- en nadelen, mede afhankelijk van de aard van het probleem. De kans op een duurzame oplossing is het grootst als partijen hun geschillen zoveel mogelijk in onderling overleg oplossen, zo blijkt uit onderzoek. Mede daarom is het kabinetsbeleid erop gericht geschillen, waar mogelijk, op te lossen door middel van het bereiken van onderlinge overeenstemming, al dan niet met hulp van een derde."*[108]

---

[106] Van de Luijtgaarden 2017, p. 186.
[107] Lynch 2019, p. 1238.
[108] Kamerstukken II 2019/20, 35300-VI, nr. 102 (Kamerbrief).

1.5 De zaken

In deze paragraaf ga ik heel kort in op de zaken die in mijn onderzoek betrokken zijn. Ik heb 24 vermogensrechtelijke zaken bijgewoond en 59 mensen geïnterviewd (zie par. 2.3.2.).

De zaken waren uiteenlopend. Ik heb vier bouwgeschillen geobserveerd. Dat waren telkens inhoudelijk complexe zaken. Partijen waren verdeeld over wat ze hadden afgesproken en of het geleverde voldeed aan de gerechtvaardigde verwachtingen, maar vaak ook over de kwaliteit van het geleverde werk. Het financiële belang liep uiteen van een paar duizend euro tot honderdduizenden euro's. Geen van deze zaken is ter zitting geschikt en gelet op de behandeling ter zitting, mijn observaties en de interviews betwijfel ik of deze zaken (vlak) na de zitting zijn geregeld.

Ik heb drie zaken geobserveerd waarin buren tegen elkaar procedeerden. Er was sprake van vergaande escalatie. Die zaken zijn allemaal ter zitting geschikt. Toch is in die zaken de vraag gerechtvaardigd in hoeverre die schikkingen bijdragen aan herstel van de relatie of het rustig woongenot.

In één zaak procedeerden familieleden (ouders en zoon) tegen elkaar onder andere over de terugbetaling van een geldleningovereenkomst. Die zaak is geschikt, maar er was tijdens de zitting, noch op de gang aandacht voor de bijzondere familiaire relatie. Ook in die zaak is de vraag in hoeverre de schikking een duurzame oplossing is. Er was sprake van zeer vergaande conflictescalatie, waarbij er geen enkel contact tussen ouders en hun zoon en hun kleinkinderen meer was. De zoon voelde zich door de schikking "genaaid".

In zes zaken procedeerden (voormalig) compagnons/zakenpartners tegen elkaar. In twee ervan verklaarden partijen dat ze vroeger heel goed bevriend waren, maar dat de persoonlijke en zakelijke relaties behoorlijk bekoeld waren. Een van die zaken is verwezen naar mediation, maar op het moment dat ik partijen en hun advocaten interviewde, hadden ze daar geen hoge verwachtingen van. De andere zaken zijn niet geschikt.

In drie zaken procedeerden (voormalig) huurders tegen hun (voormalig) verhuurders. De zaken gingen over vermeende ongerechtvaardigde verrijking, tekortkomingen in de nakoming aan de zijde van verhuurder en een huurprijsverhoging. Een ervan is verwezen naar een meervoudige kamer, zulks vanwege het (publicitaire) belang (de

betrokken partijen waren in de regio bekende partijen) en het juridische belang van de zaak. De beide andere zaken zijn niet geschikt.

Twee zaken betroffen vorderingen tot verdeling van gemeenschappelijke schulden van voormalig echtelieden. Een ervan is geschikt. De schikking werd in een paar minuten bereikt. In de andere zaak maakten partijen werkafspraken en leek de intentie er te zijn samen tot oplossingen te komen.

De overige zaken gingen over vermeende smaad/laster (niet geschikt), over onrechtmatige concurrentie en inbreuk op auteursrechten (geschikt) en over gestelde tekortkomingen in de nakoming (een keer werkafspraak en twee keer geen schikking).

De conflicten in de meeste zaken die ik bijwoonde, duurden al jaren. In acht van de 24 zaken hadden partijen zelfs al eerder een of meerdere procedures tegen elkaar gevoerd.

1.6 Conclusie

Dit onderzoek is relevant, omdat procespartijen in een relevant deel van de vermogensrechtelijke zaken (om en nabij 30 procent) schikken. Eerder onderzoek naar de schikkingspraktijk beperkte zich tot de zitting. Dit kwalitatief empirisch onderzoek, dat bestaat uit observaties en interviews, betrekt daarbij het schikkingsproces op de gang tijdens een schorsing. Inzicht in het schikkingsproces kan bijdragen aan de effectiviteit ervan.

Dit onderzoek naar hoe procespartijen hun juridisch geschil oplossen (of niet) is ook om andere redenen van belang. Eerder onderzoek naar de schikkingspraktijk legde bloot dat procespartijen regelmatig onder 'ervaren dwang' schikken. Inzicht in hoe procespartijen de schikkingspraktijk beleven kan bijdragen aan het verminderen van gepercipieerde dwang. Dat lijkt zinvol wanneer die procesbeleving serieus genomen wordt.

De proceservaring speelt ook een rol binnen het sociaalpsychologische leerstuk ervaren (procedurele) rechtvaardigheid. Als partijen zich gedurende de procedure eerlijk en rechtvaardig behandeld voelen, zullen zij de uitkomst eerder eerlijk en rechtvaardig vinden. Ze zullen die (dan ook) eerder accepteren en nakomen. Maar de procesbeleving reikt verder dan de individuele zaak, want die beïnvloedt het vertrouwen in de rechtspraak en daarmee de legitimiteit van de rechter.

Rechtspraak zet de afgelopen jaren in op MER (maatschappelijk effectieve rechtspraak). MER is ontstaan uit de gedachte dat een juridische uitspraak partijen niet altijd verder brengt. MER gaat over het doorhakken van juridische knopen én het bijdragen aan effectieve, efficiënte en duurzame oplossingen voor (juridische) problemen. MER legt meer nadruk op de effecten van rechtspraak en minder op het formeel-juridische kader.[109] Rechters moeten stilstaan bij de gevolgen van de uitspraak en zich realiseren dat het juridisch probleem vaak maar een deel van het volledig (onderliggende) probleem is, dat er vaak iets anders achter de juridische vertaling schuilgaat. De maatschappelijke effectiviteit van rechtspraak is lastig te meten. Er zijn geen duidelijke *key performance indicators*, behalve wellicht voor de doorlooptijden. MER is dan ook meer een handreiking, een gouden standaard voor goed rechters werk.

Recht is in ontwikkeling. Er wordt ontegenzeggelijk steeds meer nadruk gelegd op conflictoplossing door rechters. Die tendens wordt in de wetenschap zowel bejubeld als bekritiseerd. De voorstanders zeggen terecht dat mensen niet procederen omdat zij een vonnis willen. Zij willen een probleem opgelost hebben en gebruiken recht om dat te doen. Als een betere oplossing voorhanden is dan een (zwart-wit) vonnis moet dat ze gegeven worden. Dat het moeilijk is en er nog veel te leren is, onthoudt rechters er niet van te onderzoeken hoe procespartijen geholpen kunnen worden. Daarop wordt evenwel ook terechte kritiek geleverd. Zijn rechters eigenlijk wel in staat om onderliggende problemen duurzaam op te lossen binnen de beperkte zittingstijd en binnen de geformaliseerde context van de zitting? De kritiek ziet op meer dan kennis en kunde van rechters op het gebied van conflictoplossing. In essentie gaat het om de vraag waartoe rechtspraak dient en de vraag of conflictoplossing een mogelijk nieuwe functie van burgerlijk procesrecht is en hoe die zich verhoudt tot de klassieke functies.

Inzicht in hoe procespartijen hun geschil tijdens de procedure oplossen, kan bijdragen aan de ontwikkeling van pre-procedurele behandelrichtlijnen voor juridische problemen waarmee escalatie en nodeloze procedures worden voorkomen.

Mijn proefschriftonderzoek naar wat er feitelijk op de gang gebeurt, levert een bijdrage aan het denken over deze perspectieven (theoretiseren) en kan daarmee bijdragen aan overwogen besluitvorming en het ontwikkelen van behandelrichtlijnen.

---

[109] Verberk 2020, p. 33.

2 Methodologie en wetenschappelijke inbedding

2.1 Inleiding

Ik wilde de werkelijkheid rondom schikken begrijpen en snappen wat procesdeelnemers beweegt bij hun keuze te schikken of te procederen. Ik wilde inzichten ophalen uit de belevingswereld van advocaten en procespartijen. Hoe kijken zij tegen de praktijk aan? Wat helpt in hun beleving tot goede oplossingen te komen en wat niet? Dit onderzoek heeft trekken van etnografisch en narratief onderzoek en past wat onderwerp betreft binnen de toegenomen aandacht voor conflictoplossing binnen rechtspraak, en wat methodologie betreft bij de toegenomen aandacht voor de beoefening van empirische rechtswetenschap.[110]

2.2 Systematisch literatuuronderzoek

Mijn literatuuronderzoek laat zien wat er al bekend is over het schikkingsproces en hoe mijn onderzoek zich daartoe verhoudt (de doelstelling). De zoekvraag voor mijn

---

[110] *Empirical Legal Studies* (ELS) is een van de vijf speerpunten van het sectorplan rechtsgeleerdheid (https://sectorplanrechtsgeleerdheid.nl/speerpunten/conflict-oplossende-instituties). Zie ook o.a. Smit e.a. (2020) die erop wijzen dat rechtssociologie en rechtseconomie al langer worden beoefend, maar dat ELS een relatief jong vakgebied is dat zich de afgelopen jaren in groeiende belangstelling kon verheugen. ELS-onderzoek onderscheidt zich volgens deze auteurs doordat dit (1) vragen stelt over het recht, (2) empirische gegevens gebruikt om die te beantwoorden, en (3) dat die antwoorden juridisch relevant moeten zijn. Met betrekking tot die toegenomen aandacht wijzen Smit e.a. onder meer op ELS-conferenties, het verschijnen van themanummers over ELS in vaktijdschriften en handboeken, dat de Nationale Wetenschapsagenda ELS nadrukkelijk benoemde als speerpunt en dat ELS een van de speerpunten is in het sectorplan rechtsgeleerdheid (p. 13 en 14). Leeuw wijst op de recente groei van het aantal leerstoelen op dit terrein en op een extra investering van het ministerie van OCW in het kader van het sectorplan *Social Sciences & Humanities* in het empirisch en digitaal juridisch onderzoek (Leeuw 2020, p. 12). In 2020 verscheen een omvangrijke bundeling (*Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*) van het empirisch-juridisch onderzoek in Nederland van de afgelopen 25 jaar (Bijleveld e.a. (red.) 2020). Ook valt te wijzen op de Vereniging voor de beoefening van de sociaalwetenschappelijke studie van het recht en het aan haar gelieerde (*double-blind, peer reviewed*) tijdschrift *Recht der Werkelijkheid: Tijdschrift voor de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht*. Van Dijck & Taekema 2016 stellen dat de toegenomen aantallen publicaties in Amerikaanse tijdschriften op het gebied van empirisch-juridisch onderzoek voornamelijk kwantitatieve methodes betreffen.

literatuuronderzoek luidt: wat is bekend over het schikkingsproces tijdens vermogensrechtelijke procedures? In bijlage 1 verantwoord ik de verschillende stappen van het zoek- en selectieproces en geef ik een overzicht van de gevonden bronnen. Ik verantwoord de gemaakte keuzes expliciet, zodat daarmee:

- kan worden geconcludeerd dat het literatuuronderzoek *nauwkeurig* uitgevoerd is;
- de selectie van de bronnen *herhaalbaar* is;
- de analyse van de geselecteerde bronnen *navolgbaar* is; en
- getoetst kan worden dat mijn uitspraken over hoe mijn onderzoek zich verhoudt tot ander onderzoek *valide* en *betrouwbaar* zijn.

Hier volsta ik met een korte samenvatting. Ik koos voor een onderzoek in de databanken van *Web of Science*,[111] SSRN[112] en een onderzoek via *Google Scholar*. De databanken van *Web of Science* en SSRN heb ik gebruikt voor een zoekopdracht naar buitenlandse (Engelstalige) [113] literatuur. Omdat die databanken geen Nederlands(talig)e literatuur bevatten,[114] heb ik daarnaar met *Google Scholar* gezocht.

Ik wilde een zo volledig mogelijk overzicht krijgen. Daarom heb ik met behulp van een ruime zoekopdracht en de booleaanse operatoren *AND* en *OR* gepoogd zoveel mogelijk *potentieel* relevante bronnen te verzamelen. Aan de hand van expliciete inclusiecriteria heb ik daaruit vervolgens een selectie gemaakt. Deze bronnen heb ik (wederom op basis van vooraf vastgestelde criteria) beoordeeld op hun daadwerkelijke relevantie voor het beantwoorden van de zoekvraag en daarna geanalyseerd (zie hoofdstuk 3 voor deze inhoudsanalyse).

---

[111] *Web of Science* is een databank van de uitgever Thomson Reuters, die uit voornamelijk tijdschriften bestaat. *Web of Science* doorzoekt uitgaven van 33 duizend uitgevers en bevat meer dan 90 miljoen artikelen. De uitgaven zijn door redacteuren van *Web of Science* gecureerd, hetgeen de kwaliteit van de bronnen zou moeten waarborgen. Zie: https://clarivate.com/webofsciencegroup/solutions/web-of-science en https://clarivate.com/ essays/journal-selection-process.

[112] SSRN is een open-access databank en is met name gericht op sociale wetenschappen, waaronder economie, recht en *humanities*. Zie: ssrn.com/index.cfm/en/ssrn-faq/#what_is.

[113] Ik heb gebruik gemaakt van Engelse zoektermen (zie stap 1 en 2). Een zoekopdracht met Nederlandse termen leverde geen hits op.

[114] Een zoekopdracht met Nederlandse termen leverde geen hits op.

Vervolgens heb ik bronnen waarnaar in die reeds geanalyseerde bronnen werd verwezen eveneens beoordeeld op hun *mogelijke* relevantie (sneeuwbalmethode of *reference tracking*)[115]. Ook die heb ik bestudeerd.

In het verzamelde materiaal heb ik daarna gezocht naar gezaghebbende[116] auteurs. Persoonlijke websites/instellings-websites van instellingen waaraan deze experts verbonden waren heb ik bekeken op andere mogelijk relevante publicaties. Ook daarin heb ik weer met de sneeuwbalmethode gezocht naar verwijzingen naar andere mogelijk relevante literatuur. Dat leverde geen nieuwe resultaten meer op.

Ik heb mijn literatuuronderzoek afgesloten op 21 juni 2022. Op basis van de zoekcriteria heb ik ruim 1.500 mogelijk relevante bronnen gevonden. Daarvan bleek zo'n 15 procent daadwerkelijk relevant.

In hoofdstuk 3 bespreek ik deze literatuur inhoudelijk. Dat hoofdstuk bevat een overzicht van de belangrijkste inzichten uit de gevonden literatuur. De rechtseconomische literatuur ziet een procedure als een 'fout'.

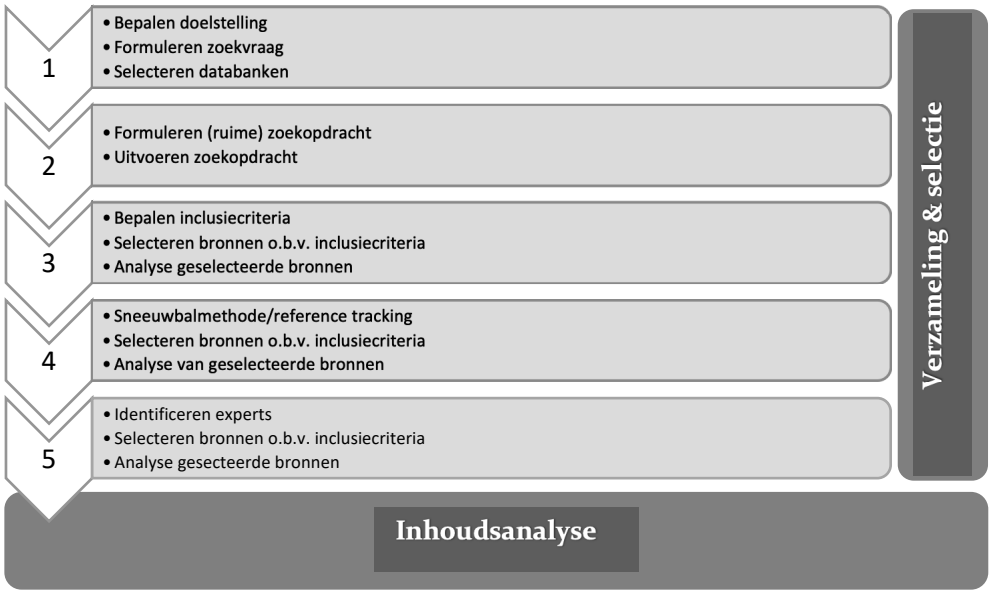
Rationele partijen die hun rechtspositie goed inschatten, procederen niet. Zij schikken. De literatuur biedt verschillende verklaringen voor procedures (par. 3.2). Gedragseconomische literatuur beschrijft niet hoe (rationele) partijen zich zouden moeten gedragen, maar hoe zij zich daadwerkelijk gedragen. Daaruit blijkt dat mensen veelal niet rationeel handelen (par. 3.3).

De gevonden Nederlandse literatuur bestaat vooral uit empirisch onderzoek naar de zittings- en schikkingspraktijk. De mondelinge behandeling is eerder systematisch onderzocht. Wat er op de gang gebeurt, houdt natuurlijk verband met wat er tijdens de zitting gebeurt.

Bij het verklaren van mijn observaties grijp ik terug op deze literatuur.

---

[115] Van Dijck 2016.
[116] Productieve auteurs of auteurs waarnaar veel verwezen werd.



2.3 Empirisch onderzoek

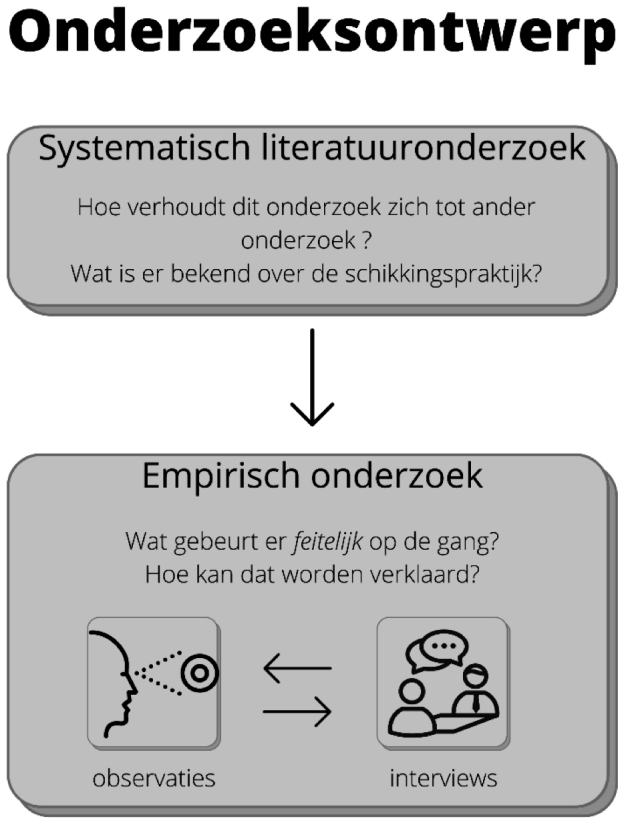
2.3.1 Methode van dataverzameling

Het ontwerp van het empirisch onderzoek is gebaseerd op Maxwell (2013).[117] Met het onderzoek heb ik rijke en contextuele data (*thick data*) verzameld om de vraag te beantwoorden wat er *feitelijk* op de gang gebeurt (wetenschappelijke doelstelling). Inzicht daarin kan bijdragen aan de discussie over de wenselijkheid van meer conflictoplossing in rechte, of en hoe de maatschappelijke effectiviteit van rechtspleging kan worden vergroot en bijdragen aan de effectiviteit van schikkingsonderhandelingen (praktische doelstelling).

Ik heb gekeken naar zittingen (in jargon: mondelinge behandelingen en comparities) en, indien die plaatsvonden, naar de schikkingsonderhandelingen op de gang. Indien zij daaraan meewerkten heb ik procespartijen en betrokken advocaten geïnterviewd. Dat was telkens behoudens een paar uitzonderingen het geval.

[117] Maxwell 2013.

De interviews dienden ertoe een dieper begrip te krijgen en om te toetsen of wat ik meende te hebben gezien, strookte met de (eigen) ervaringen van betrokkenen. Het onderzoeksontwerp is dynamisch in die zin dat de observaties sturing gaven aan de interviews, maar de interviews ook weer inzichten opleverden die in volgende observaties en interviews meegenomen konden worden. Het systematisch literatuuronderzoek gaf duiding aan mijn observaties.



In hoofdstukken 4 t/m 6 bespreek ik de resultaten van mijn empirisch onderzoek. Telkens start ik met het beschrijven van mijn observaties. Daarna reflecteer ik daarop, waarbij ik steeds de vraag beantwoord in hoeverre mijn observaties in overeenstemming of juist in strijd zijn met de door mij gevonden literatuur. Ik probeer mijn observaties eveneens te verklaren. Daarvoor gebruik ik vanzelfsprekend de door mij gevonden literatuur.

Om de *navolgbaarheid* te vergroten heb ik de zittingen, onderhandelingen en interviews, als dat werd toegestaan, met een dictafoon opgenomen en vervolgens getranscribeerd. De interviews waren half-gestructureerd. Ik had een topiclijst en standaardvragen, maar op onderdelen vroeg ik door.

Er kwamen gaandeweg ook nieuwe vragen of onderwerpen bij. Zo vertelden verschillende deelnemers aan mijn onderzoek dat eigenbelangen van advocaten en rechters in hun perceptie een rol speelden. Daar had ik van tevoren nog niet zo bij stilgestaan. Toen sommigen daar spontaan op wezen, ging ik daar in latere interviews vragen over stellen. Deze manier van werken heeft geleid tot inzichtverwerving. Ik kon mijn eigen waarnemingen toetsen en doorvragen wanneer antwoorden of non-verbale reacties daar aanleiding toe gaven.

Ik had ook veelvuldig mail- en telefooncontact met de aangezochte advocaten over dit onderzoek. Daarbij vertelden zij mij, zonder dat ik daarom vroeg en vaak ongeremd, over dossiers en hun ervaringen. Ik sprak daarnaast ook op minder formele momenten met advocaten over mijn onderzoek. Die gesprekken droegen ook bij aan mijn begrip.

2.3.2 Aantal observaties en interviews: punt van verzadiging

Anders dan bij kwantitatief onderzoek, waarbij de omvang van de aselecte steekproef kan worden berekend, schreef mijn onderzoeksontwerp niet voor hoeveel zaken ik moest observeren. Ik moest op zoek naar het punt van verzadiging. Dat wil zeggen dat ik zou stoppen met het verzamelen van data op het moment dat ik geen nieuwe relevante dingen meer zou zien of horen. Op voorhand schatte ik in dat dit punt 'met een ruime marge' bij 20-30 zaken zou worden bereikt. Dat was nattevingerwerk, maar het bleek een behoorlijk adequate inschatting. Na ongeveer 15 zaken (observaties en interviews met de betrokkenen) begon het punt van verzadiging zich af te tekenen. Ik heb in totaal 24 zaken geobserveerd. Negen in Roermond, acht in Maastricht en zeven in Utrecht.

Ik wilde zoveel mogelijk beide partijen en beide advocaten interviewen. Dat bleek niet in alle gevallen haalbaar en ook niet nodig. In twee zaken wilde een van beide procespartijen alleen meewerken indien zij niet geïnterviewd zouden worden.

Zij gaven dus wel toestemming om de zitting en schikkingsonderhandelingen te observeren, maar werkten niet mee aan de interviews. De advocaat van eisers in een

van beide zaken gaf daarvoor namens zijn cliënten als redenen dat de zaak te emotioneel beladen was, dat zijn cliënten niet op één lijn zaten en dat zij 'meer werkers dan praters' waren. In de andere zaak had de desbetreffende procespartij daaraan 'geen behoefte'. In twee zaken hadden de gedaagden wel vooraf expliciet medewerking toegezegd, maar reageerden zij vervolgens niet meer op mijn verzoeken om een interview af te nemen. Ik ben ervan overtuigd dat ik in deze zaken niets heb gemist. De betrokken advocaten hadden de vragen die ik had ruimschoots beantwoord.

In een zaak reageerde de advocaat van gedaagden na de zitting niet meer op mijn telefoonoproepen en e-mails waarin ik vroeg om een afspraak te maken voor een interview en de contactgegevens van gedaagden, zijn cliënten. Ook in dat geval heb ik naar mijn overtuiging niets gemist. Het betrof een ingewikkeld (wat feitencomplex betreft) bouwgeschil waarin geen schikkingspogingen zijn verricht. De zaak is verwezen voor een nadere schriftelijke ronde (akte uitlating benoeming deskundigen). In alle overige gevallen verleenden beide advocaten op voorhand medewerking en werkten zij mee aan een interview.

In drie zaken heb ik geen interviews afgenomen omdat ik naar aanleiding van de observaties geen vragen had. Een daarvan betrof een regiezitting waarin de kantonrechter aan partijen zijn voornemen om de zaak te verwijzen naar een meervoudige kamer voorlegde. In een andere was geen enkele schikkingspoging gedaan. De zaak was inhoudelijk te complex en partijen zaten te ver uit elkaar voor een zinnig overleg. In de laatste zaak is ook geen serieus schikkingsoverleg gevoerd, maar nu omdat een van de betrokken advocaten de zitting waarnam voor zijn kantoorgenoot en hij wilde de beslissing om al dan niet te schikken overlaten aan zijn kantoorgenoot. Partijen kwamen tot een werkafspraak (aanhouding voor twee weken).

Ik heb in totaal 59 interviews afgenomen.

2.3.3 Data-management

De data die ik verzamelde zijn gevoelig. Een procedure is voor veel procespartijen een stressvolle en aangrijpende gebeurtenis. Er hangt vaak veel vanaf. De data geven daarin een inkijkje. Maar dat niet alleen. De data laten bijvoorbeeld ook zien waartoe procesdeelnemers in onderhandelingen bereid waren, wat hun beweegredenen waren

en hun minimumgrenzen. Bovendien reflecteerden procespartijen en hun advocaten op elkaar en andere procesdeelnemers.

Dat is allemaal informatie die bijdraagt aan het inzicht in wat er op de gang gebeurt en hoe dat verklaard kan worden, maar die informatie is (privacy)gevoelig. Een aantal echters, advocaten en procespartijen wilden alleen meewerken als de verzamelde data enkel gebruikt zouden worden voor dit onderzoek en na publicatie vernietigd zouden worden. Deze data zijn vanwege het vertrouwelijke karakter ervan niet publiek toegankelijk. De data zijn wel op verzoek en onder geheimhouding beschikbaar voor mijn promotoren en de leescommissie.

Zittingen, schikkingsonderhandelingen en interviews nam ik op met een fysieke *voice-recorder*. De opnamen verwijderde ik telkens van de recorder. Ik sloeg ze niet op mijn computer op, maar op een met encryptie beveiligde server in Nederland.[118]

Voor het transcriberen van audio-opnamen maakte ik gebruik van Transcribe by Wreally LLC.[119] Ik koos voor die softwaretoepassing omdat daarvoor de audio-opnamen niet verplaatst hoefden te worden naar servers van de softwareleverancier. Ik maakte voor dit onderzoek enkel gebruik van de door mijn werkgever ter beschikking gestelde, beveiligde en onderhouden laptop. De audio-opnamen werden dus niet tijdelijk op een of andere server opgeslagen. De transcriptie zelf werd (tijdelijk) opgeslagen in de browser (en bleef dus ook op de eigen beveiligde computer), en nergens anders (*privacy by design*).

---

[118] Institutionele voorziening van Zuyd Hogeschool ten behoeve van de opslag en verwerking van onderzoeksdata.

[119] Omdat het transcriberen van de interviews een tijdrovende klus is, heb ik een aantal interviews laten transcriberen met daarvoor gespecialiseerde software (kunstmatige intelligentie). Hoewel Transcribe die dienst ook aanbiedt, is daarvoor wel nodig dat opnamen (tijdelijk) op een server worden opgeslagen. Omdat Transcribe LLC een in de Verenigde Staten opererende rechtspersoon is, en de opnamen (tijdelijk) op servers in de VS zouden worden opgeslagen, wilde ik van die dienst geen gebruik maken. Ik maakte daarom enkel gebruik van een in Nederland gevestigde dienstverlener (Amberscript). Haar software wordt – naar eigen zeggen – door meer hogescholen, universiteiten en journalisten gebruikt. Met die dienstverlener sloot ik een verwerkersovereenkomst en sprak ik af dat de data niet gelezen en/of gebruikt zouden worden als trainingsdata voor de transcribeersoftware. Direct na het transcriberen verwijderde ik de opnamen en de transcriptie van de servers van die leverancier. Ik heb hiervan overigens maar heel beperkt gebruik gemaakt, omdat het transcriberen nogal foutgevoelig was. Vaktermen werden niet juist getranscribeerd, er zaten veel spel- en taalfouten in de zinnen, die ook niet liepen, en geen leestekens bevatten, terwijl de kunstmatige intelligentie bovendien de verschillende sprekers niet adequaat onderscheidde. Dit zal ongetwijfeld (ook) hebben gelegen aan de kwaliteit van de geluidsopnamen met veel ruis en storende achtergrondgeluiden, maar het aanpassen van de transcripties kostte vervolgens net zoveel tijd als het transcriberen zelf.

In de transcripties verwerkte ik geen persoonsnamen. Procesdeelnemers duidde ik aan met 'Eiser(es)' of 'Gedaagde', 'Advocaat eiser(es)' of 'Advocaat gedaagde' en 'behandelend rechter'. Andere personen die in dossiers een rol van betekenis speelden noemde ik evenmin bij naam. Ik noemde hen 'vertegenwoordiger', 'getuige', 'compagnon', of duidde ze aan met een enkele letter ('A' bijvoorbeeld).

Voor de analyse van de kwalitatieve data maakte ik gebruik van MaxQDA, een voor analyse van kwalitatieve data gespecialiseerde softwaretoepassing die niet in de *cloud*, maar op een computer draait. Ik heb die software wederom enkel gebruikt op de door Zuyd Hogeschool onderhouden en beveiligde laptop. Ik heb een back-up van de gegevens bewaard op een fysieke datastick, beveiligd met een wachtwoord en encryptie.

2.3.4 Analyse en verslaglegging

De zittingen, observaties van schikkingsonderhandelingen en interviews heb ik meestal woordelijk getranscribeerd en soms zelfs letterlijk. Wanneer personen Limburgs spraken transcribeerde ik fonetisch en/of woordelijk in ABN.

Van zittingen en schikkingsonderhandelingen heb ik ook thematisch verslag gedaan onder verwijzing naar de geluidsfragmenten in gevallen dat letterlijke/woordelijke weergave geen toegevoegde waarde zou hebben. Ik verwerkte daarin voor zover relevant mijn eigen aantekeningen.

Van elke zaak heb ik de transcripties geanalyseerd. Ik heb het materiaal bestudeerd en gecodeerd. Met behulp van software voor analyse van kwalitatieve data (MaxQDA) kon ik de teksten coderen en de gecodeerde passages met elkaar in verband brengen.[120] Daardoor werden thema's zichtbaar.

Ik bespreek de bevindingen in dit boek thematisch. Dat vergroot de leesbaarheid: het integraal chronologisch opnemen van observaties en interviews zou het werk ontoegankelijk maken. Bij het bespreken van thema's en het ter illustratie opnemen van passages uit observaties en interviews heb ik keuzes moeten maken, dit om nodeloze herhaling te voorkomen. Regelmatig voer ik meerdere passages binnen hetzelfde thema op, maar zelden alle. Ik koos voor illustratieve voorbeelden of voorbeelden die naar mijn mening de leesbaarheid dienen. Als ik bijvoorbeeld de

[120] Rädiker & Kuckartz 2020.

keuze had tussen twee tekstfragmenten waarin ongeveer hetzelfde werd gezegd, koos ik het meest illustratieve voorbeeld. Zat daarin weinig onderscheid, dan koos ik het kortste fragment, tenzij het andere meer duiding of kleur gaf.

2.3.5 Selectie van zaken

2.3.5.1 Zittingslijsten

De zittingsadministraties zonden mij periodiek zittingslijsten toe van de sectoren civiel en kanton. Daarop waren de namen van partijen, de behandelend rechter en griffier en soms het onderwerp/rechtsgebied van de zaak vermeld. Als de zitting in mijn agenda paste, nam ik contact op met de advocaten.[121]

Ik heb alleen vermogensrechtelijke kwesties onderzocht en – buiten twee gevallen die gingen over de bijdrageplicht in gemeenschappelijke schulden – geen zaken bekeken met betrekking tot het personen- en familierecht en het arbeidsrecht. Dat was een bewuste keuze. Het aantal zaken dat ik in het kader van het onderzoek kon bijwonen was immers beperkt. Het ligt voor de hand dat in personen- en familierechtzaken vanwege de relatie van de procespartijen en in ontslagzaken vanwege het wettelijk kader anders onderhandeld wordt dan in andere civiele kwesties.[122]

2.3.5.2 Medewerking rechtspraak

De Raad voor de Rechtspraak dient toestemming te geven voor onderzoeken waarbij meer dan één rechtbank betrokken is. Die toestemming kreeg ik nadat hij het onderzoeksontwerp had getoetst op (methodologische) kwaliteit, maatschappelijke relevantie en belang voor de rechtspraak (bijlage 2).

De rechtbanken Limburg en Midden-Nederland ondersteunden het onderzoek ook. Ik heb voor deze twee rechtbanken gekozen om praktische redenen. Het was onbegonnen om alle rechtbanken erbij te betrekken. Ik wilde twee rechtbanken bezoeken omdat ik benieuwd was of er (plaatselijke) verschillen zijn. Ik koos voor de rechtbank Limburg omdat ik in Limburg woon en werk, en voor Midden-Nederland omdat twee van mijn drie promotoren in Utrecht werken. De gevolgen van deze

---

[121] Ik selecteerde dus uitdrukkelijk op datum, niet op onderwerp, of betrokken partijen of advocaten. Waren er twee zaken die ik kon bijwonen, dan keek ik of er in de zaken advocaten of rechters betrokken waren die al hadden deelgenomen aan mijn onderzoek (in dat geval koos ik de andere zaak). Dit kwam slechts een enkele keer voor.

[122] Het kan zinvol zijn dit onderzoek te herhalen voor andersoortige zaken.

praktische keuze voor de *generaliseerbaarheid* van dit onderzoek geef ik in hoofdstuk 8.

De gerechtsbesturen hebben mijn onderzoek aangekondigd onder rechters. Daarbij zonden zij een toelichting van mij mee (bijlage 3). Rechters mochten zelf weten of zij het maken van geluidsopnamen zouden toestaan.

Voordat ik een zitting bijwoonde, zond ik een mail aan de zittingsadministratie met het verzoek de bodedienst en de behandelend rechter te informeren over mijn komst. Op de dag van de zitting meldde ik me bij de bodedienst en vertelde ik dat mijn aanwezigheid was aangekondigd en dat ik audio-opnamen zou maken als de rechter daarmee zou instemmen. Het is gebruikelijk dat de griffier vlak voor de zaak wordt uitgeroepen, de gang op komt om te noteren wie namens partijen zijn verschenen. In die gevallen meldde ik mijn komst en de reden ervan ook bij de griffier en vroeg ik hem/haar de rechter te vragen om bij aanvang van de zitting in te gaan op mijn verzoek om audio-opnamen te maken. Zolang ik de toestemming van de rechter niet had, bleef de recorder vanzelfsprekend uit. Dit ging meestal goed. In een enkel geval bleek een rechter van tevoren niet geïnformeerd. Rechtspraak is (meestal) [123] openbaar. Ik had dus sowieso toegang tot de rechtszittingen, maar vervelend was het wel wanneer de rechter niet op de hoogte was en daar een punt van maakte.

In een behoorlijk aantal gevallen hadden rechters bezwaar tegen het maken van audio-opnamen. Ik kan alleen maar gissen naar de redenen. In één geval werd die wel gegeven. De behandelend rechter was in opleiding en de zitting werd geobserveerd door haar begeleider. In drie gevallen gebeurde het weigeren minder vriendelijk. Een rechter zei bijvoorbeeld*:*

> *"Rechtspraak is openbaar, dus ik kan u niet weigeren. Maar ik sta niet toe dat er geluidsopnamen worden gemaakt."*

Hij maakte er verder geen woorden aan vuil, maar ik kreeg het gevoel dat, had hij het gekund, hij mij daadwerkelijk de toegang zou hebben geweigerd. Bij aanvang van een

---

[123] Art. 27 lid 1 luidt: "De zitting is openbaar. De rechter kan evenwel gehele of gedeeltelijke behandeling met gesloten deuren of slechts met toelating van bepaalde personen bevelen:

a. in het belang van de openbare orde of de goede zeden,
b. in het belang van de veiligheid van de Staat,
c. indien de belangen van minderjarigen of de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van partijen dit eisen, of
d. indien openbaarheid het belang van een goede rechtspleging ernstig zou schaden."

andere zitting vroeg de rechter wie ik was en wat ik kwam doen, ondanks dat ik mij voorafgaand via de zittingsadministratie, vlak voor de zitting bij de bodedienst en de griffier had aangemeld. Ik vertelde de rechter over mijn onderzoek, dat de beide partijen en hun advocaten meewerkten en dat ik de griffie had gevraagd de rechter op voorhand te informeren. Hij zei daarop dat hem mijn onderzoek niet bekend was en vroeg partijen:

> *"Maakt het voor u uit dat dit geen onderzoek is vanuit de rechtbank? Ik weet niet wat meneer Lieverse u daarover heeft gezegd."*

De advocate van gedaagde antwoordde:

> *"Hij heeft wel gezegd dat de rechtbank meewerkt aan het onderzoek."*

De rechter zei daarop*:*

> *"Ik weet daar niets van. Maakt dat voor u verschil?"*

De advocaten keken elkaar kort aan en antwoordden dat het voor hen geen probleem was. Daarop zei de rechter:

> *"Prima. Want dit is een gesloten zitting. Ik doe met alle plezier de deur dicht."*[124]

Vervolgens keek hij mij aan:

> *"Ik sta in ieder geval niet toe dat er audio-opnamen worden gemaakt."*

Direct na afloop van de zitting sprak de rechter mij aan. Hij had inmiddels achterhaald dat het gerechtsbestuur inderdaad had ingestemd met het onderzoek. Hij kon zich de berichtgeving daarover alleen niet meer herinneren.

Een laatste rechter die mij verraste was iemand die jaren daarvoor had gewerkt bij mijn werkgever. Zij maakte daar een punt van ter zitting:

> *"Ter zitting is ook meneer Lieverse aanwezig. U heeft toestemming gegeven aan zijn onderzoek. De zitting is openbaar, maar hij mag van mij geen geluidsopnamen maken. U moet weten dat wij bij dezelfde werkgever hebben gewerkt. We hebben over deze zaak geen contact gehad met elkaar. Maar het kan zijn dat u op grond daarvan uw medewerking wilt heroverwegen."*

---

[124] Deze zaak bleek te gaan over de bijdrageplicht in een schuld die tijdens het huwelijk van partijen was ontstaan.

De beide advocaten reageerden resoluut dat dit niet het geval was. Opmerking verdient dat ik later een andere zitting heb geobserveerd bij dezelfde rechter. Bij die behandeling refereerde zij niet aan dit (arbeidsrechtelijk) verleden van jaren geleden.

Alle andere keren ontmoette ik overigens juist enthousiasme of voelde me tenminste welkom in de rechtszaal. Acht van de 24 rechters weigerden expliciet geluidsopnamen. Vier rechters brachten het maken van audio-opnamen bij aanvang van de zitting niet ter sprake. Omdat ik daarom niet wist of zij bezwaar hadden tegen audio-opnamen, maakte ik die niet. Twaalf rechters stemden in met het maken van opnamen.

Opvallend is dat bijna alle weigeringen plaatsvonden bij de rechtbank Limburg. Bij de rechtbank Midden-Nederland is slechts eenmaal toestemming geweigerd (omdat de behandelend rechter in opleiding was). Alle andere keren werd uitdrukkelijk toestemming verleend. In Limburg werd zeven keer expliciet geweigerd (vier keer Roermond en drie keer Maastricht); en vier keer werd het maken van opnamen niet besproken (en maakte ik daarom geen opnamen). Of dit te maken heeft met een verschil in (onderzoek)cultuur, onderzoekbereidheid, kwaliteit van interne communicatie of met andere factoren heb ik niet nader onderzocht, en weet ik niet.

2.3.5.3 Medewerking advocaten

Ik wilde niet alleen de zitting observeren die openbaar is, maar juist ook het proces op de gang. Daarvoor is toestemming van beide partijen nodig. Ik probeerde dus zoveel mogelijk twee advocaten én twee procespartijen te overtuigen. Er zijn gevallen waarin ik overigens wel mocht komen observeren, maar waarin procespartijen geen medewerking verleenden aan een interview (zie par. 2.3.2).

Op de zittingslijsten die ik van de rechtbank kreeg, stonden geen contactgegevens, enkel de achternamen van de betrokken advocaten. Ik kreeg de initialen van de advocaten wanneer ik daarom vroeg en dat was nodig bij advocaten met meer voorkomende achternamen. In de zaken die ik kon bijwonen, introduceerde ik mijn onderzoek vervolgens per e-mail bij de advocaten. Zo snel mogelijk na de verzending van de mail, nam ik telefonisch contact op om eventuele onduidelijkheden weg te nemen, maar ook om nogmaals het belang van medewerking over het voetlicht te brengen.

Het was niet altijd gemakkelijk om advocaten telefonisch te pakken te krijgen, om niet te zeggen, in enkele gevallen was het bijkans onmogelijk. Deze advocaten werden afgeschermd door hun kantoorondersteuners. Ik kreeg te horen dat ik nogmaals moest mailen of dat contact met mij zou worden opgenomen, wat zeker niet altijd gebeurde. Kreeg ik advocaten te spreken, dan waren ze meestal vriendelijk en geïnteresseerd, maar sommigen waren kortaf, op het snauwerige af.

Meestal stelden advocaten geen vragen. De aankondiging in de mail was duidelijk. Veel advocaten stonden welwillend tegenover het onderzoek, maar wilden het verzoek om medewerking eerst bespreken met hun cliënt.

Lang niet alle advocaten en procespartijen waren bereid mee te werken. De meerderheid niet. Ik schat in dat 1 op de 5 partijen bereid was mee te doen.

In de gevallen waarin advocaten mij ongemotiveerd berichtten dat geen medewerking werd verleend, nam ik (nogmaals) telefonisch contact op met de vraag om een toelichting. Ik vertelde daarbij dat ik de beslissing om niet mee te werken respecteer, maar dat ik *bias* wilde voorkomen in mijn onderzoeksgegevens. Zou ik iets missen in de zaken die ik niet mocht bijwonen?

De ene advocaat wilde daarvoor geen reden geven, de andere wel. Meestal dat de zaak te beladen was en dat de cliënt het onderzoek er emotioneel niet bij kon hebben. Procespartijen zagen op tegen de zitting en het weerzien met de wederpartij. Ik heb in deze gevallen de procespartijen zelf niet gesproken. Ik ga uit van wat de advocaten mij vertelden.

In een geval wilde een cliënt, zo vertelde zijn advocaat, niet meewerken omdat hij niet wilde dat gevoelige informatie openbaar zou worden. Dat de zitting openbaar is, maar dat ik mijn materiaal niet openbaar zou maken en in verslagleggingen zou pseudonimiseren was voor deze advocaat niet genoeg om zijn cliënt te overtuigen.

In één geval weigerde een advocaat medewerking omdat het niet in het “belang” was van zijn cliënt. Mijn aanwezigheid zou de rechter ertoe kunnen verleiden extra zijn best te doen om partijen naar een schikking te bewegen en dát was niet in het belang van zijn cliënt. Hij vertelde mij dat de zaak niet geschikt was om te onderzoeken. Er zou toch niet geschikt worden. Ik antwoordde, zoals altijd (deze voorspelling deden bijna alle advocaten), dat de verwachting of er wel of niet geschikt zou worden voor mij geen selectiecriterium is.

Onderzoekstechnisch zijn beide zaken interessant. Hij antwoordde daar kort op dat hij bekend is met de praktijk waarin een cliënt "in *the heat of the moment*" schikt. Hij wilde voorkomen dat zijn cliënt dat zou doen: "Als advocaat moet je toch het belang van je cliënt dienen". Ik gaf aan dat ik dit argument niet zo goed kon plaatsen. Ik vroeg hem of hij bang was dat mijn aanwezigheid de suggestie zou kunnen wekken dat er schikkingsbereidheid is. Dat was het niet, want dan zou hij als advocaat kunnen zeggen dat er geen bereidheid is. Het zat hem in de rechter die door mijn aanwezigheid extra zijn best zou kunnen gaan doen. Hij wilde er verder niet op ingaan. Hij was ook niet bereid mijn verzoek met zijn cliënt te bespreken.

Twee keer werd medewerking geweigerd vanwege omstandigheden die de advocaat betroffen en niet de cliënt.

1. Een advocaat wilde niet meewerken omdat hij pas net beëdigd was en beperkte proceservaring had. Hij vond de zitting zonder observator "spannend genoeg". Hij had ruggenspraak gehad met zijn patroon, die het verstandig vond om eerst ervaring op te doen alvorens deel te nemen aan dit soort onderzoek.
2. Een advocaat weigerde medewerking omdat hij zich op de gang niet volledig vrij zou voelen. Hij voegde daaraan toe dat hij dacht dat meer advocaten daarom niet zouden willen meewerken. Hij vertelde dat hij het met een kantoorgenoot zou hebben besproken, die er net zo over dacht als hij. Ik heb dit argument overigens niet vaker gehoord.

Het kostte kortom vaak veel moeite om medewerking te verkrijgen. Soms belde ik vele keren om telkens te horen dat de advocaat wilde meewerken, maar nog in afwachting was van het antwoord van zijn/haar cliënt om vlak voor de zitting pas te horen of medewerking al dan niet werd verleend. Dat was wel eens frustrerend.

In één geval werd medewerking verleend, maar gaven procespartijen en/of advocaten zonder opgave van redenen na de zitting geen medewerking meer aan de toegezegde interviews. Mijn telefoonoproepen en mails bleven onbeantwoord.

Daartegenover staan vele advocaten en procespartijen die wel wilden meewerken. Zij waren bereid zonder eigenbelang tijd en energie in mijn onderzoek te steken en vertelden mij openhartig over hun ervaringen en deelden hun inzichten. Dat is een rijkdom. Als ik daarop reflecteer, dan overheerst de dankbaarheid voor deze laatste groep. Als iemand vraagt of het aan te raden is om empirisch onderzoek te doen onder

advocaten en rechtszoekenden, dan antwoord ik met overtuiging: ja. Ga het doen. Je zult mensen ontmoeten die hun kennis, ervaring en inzichten ongeremd en graag delen. Voor degenen die empirisch onderzoek onder advocaten overwegen, heb ik een tip. Bellen loont. Ik heb er geen hard empirisch bewijs voor, maar ik heb ervaren dat de telefoontjes belangrijk waren. Ik heb er ook verklaringen voor:

1. Ten eerste, een mail is onpersoonlijk. Onderzoek lijkt erop te wijzen dat gesprekken (*voice-based communication*) tot sterkere sociale verbindingen leiden dan tekst (*text-based communication*).[125] Het ligt voor de hand dat sociale verbondenheid zorgt voor meer co-operatie.
2. Ten tweede hielpen deze telefoontjes niet alleen om het belang van het onderzoek te bespreken, maar ook om nog eventuele vragen te beantwoorden (die er nauwelijks waren) en te laten zien dat ik zorgvuldig te werk ging.
3. Ten derde en belangrijker dan dat tweede was naar mijn gevoel dat ik in deze gesprekken vertelde dat ik zelf advocaat ben geweest en dat ik bekend ben met het krachtenspel waarin schikkingsonderhandelingen plaatsvinden. Dat verbindt. Ik denk dat dit vertrouwen gaf en dat advocaten daardoor vrijer waren in het delen van informatie en inzichten. Gevraagd heb ik hen dat niet.

Voorafgaand aan het onderzoek verwachtte ik dat procespartijen en advocaten met name een punt zouden maken van de vertrouwelijkheid. Ik woonde immers schikkingsonderhandelingen bij, maar ook vertrouwelijke gesprekken tussen advocaten en hun cliënten. Aanvankelijk wilde ik partijen een bewijsovereenkomst ex art. 153 Rv laten ondertekenen, maar verwachtte dat dit partijen ook zou kunnen afschrikken. Daarom zette ik in de mail waarin ik mijn studie aankondigde: “Er wordt uiteraard vertrouwelijk met de informatie omgegaan”. Werkten partijen mee, dan stuurde ik een bevestigingsmail waarin ik opnam dat de door mij te verzamelen informatie enkel ten behoeve van mijn onderzoek zou worden gebruikt.

[125] Danziger, Levav & Avnaim-Pesso 2021; Seltzer e.a. 2012.

2.3.6 Methodologische aandachtspunten

De gemaakte methodologische keuzes hebben rijke contextuele data (*thick data*) opgeleverd en veel inzicht gegeven in het proces van schikken op de gang in vermogensrechtelijke procedures. Deze data hadden moeilijk op andere wijze verkregen kunnen worden. Er zijn ook aandachtspunten.

2.3.6.1 Pendelen

In de zaken waarin er geschorst is, werd er gependeld. De procespartijen overlegden op de gang of in de spreekkamer eerst met hun eigen advocaat. Ze reflecteerden daarbij op de zitting en bereidden eventuele schikkingsonderhandelingen voor. Omdat ik me niet kan opdelen, kon ik niet beide partijen volgen. Ik koos soms voor de zijde van eiser, soms van gedaagde. Die keuze maakte ik op het moment zelf. Meestal besloot ik de partij te volgen van wie ik verwachtte dat die het minst bereid was te schikken. Soms werd ik uitdrukkelijk uitgenodigd door een procespartij en/of diens advocaat om hen te volgen, en soms had ik geen keuze. Een partij was bijvoorbeeld al snel weggelopen. In één geval vroeg een advocaat mij om juist met de andere partij mee te lopen omdat zijn cliënten te emotioneel waren. Ik volgde de andere partij. In drie gevallen sprak de rechter mij aan tijdens het naar buiten lopen. Eén keer miste ik door het gesprekje met de rechter het overleg tussen advocaten en procespartijen. Dat gebeurde bij de tweede schorsing. Die schorsing was overigens alleen bedoeld om te overleggen over een voorstel van de rechter om deskundigen te benoemen. Dat overleg duurde ook hooguit een paar minuten.

Tijdens de coronamaatregelen kwam het ook voor dat een procespartij en diens advocaat samen in een spreekruimte gingen zitten waar maar twee mensen aanwezig mochten zijn, zodat er voor mij geen ruimte was.

Het slechts kunnen volgen van één procespartij is een praktische beperking, die ook al voor het onderzoek bekend was. Ik had deze beperking kunnen wegnemen door het onderzoek met meerdere personen uit te voeren. Die oplossing had weer andere praktische problemen gegeven.[126] De vraag is wat de gevolgen ervan zijn dat ik niet beide partijen heb kunnen volgen. Ik denk dat die gering zijn. Ik volgde telkens de

[126] Wanneer je met meerdere personen observeert, is het belangrijk om hetzelfde te observeren. Dat betekent dat er van tevoren geïnvesteerd moet worden in het vinden van geschikte onderzoekers, in training en afstemming. Het is als enige observator al lastig om jezelf 'onzichtbaar' te maken. Met twee onderzoekers is dat nog lastiger.

onderhandelingen en heb 24 zaken bijgewoond. In de interviews met de procespartijen en advocaten stelde ik vragen over wat ik had gezien en hoe ik dat moest interpreteren. Ik denk daardoor dat de kans klein is dat ik *essentiële* zaken heb gemist.

2.3.6.2 Selectiebias

Doordat ik afhankelijk was van de medewerking van advocaten en procespartijen kan het zijn dat ik niet een aselecte steekproef aan zittingen heb bijgewoond en dat er daarmee in het materiaal een (selectie)bias zit.

Van advocaten en procespartijen die wilden meewerken zou verwacht kunnen worden dat zij gemiddeld positiever staan tegenover de schikkingspraktijk dan degenen die niet wilden meewerken. Althans, ervan uitgaande dat er geen participanten waren die deelnamen om hun onvrede met de praktijk te uiten. Ik heb daarvan in de gesprekken met advocaten en procespartijen overigens niets gemerkt. In de gesprekken die ik voerde met advocaten die niet wilden meewerken heb ik overigens ook niet gemerkt dat zij negatiever tegenover de schikkingspraktijk zouden staan.

Bij de bespreking van de conclusies ga ik ervan uit dat ik mogelijk een praktijk heb gezien van advocaten en procespartijen die meer dan gemiddeld positief staan tegenover de procespraktijk. Omdat de meest gegeven reden voor het onthouden van medewerking was dat de zaak te beladen was, of de procespartijen te emotioneel, ga ik er ook vanuit dat de praktijk in zwaarbeladen kwesties mogelijk wat anders is. Ik zeg daar direct bij dat ik geen aanleiding heb te veronderstellen dat de door mij geobserveerde praktijk niet doorsnee is. De meeste zaken gingen partijen zeer aan het hart en in de meeste zaken waren partijen emotioneel.

2.3.6.3 Persoon van de onderzoeker

De persoon van de onderzoeker is een belangrijke factor. Niet specifiek voor dit onderzoek, maar voor (kwalitatief) onderzoek in het algemeen. Wanneer twee personen hetzelfde aanschouwen, zien zij niet (altijd) hetzelfde. Zij observeren verschillende zaken en interpreteren die observaties daarenboven mogelijk anders.[127] Zonder daarover verdere (wetenschaps-)filosofische beschouwingen te geven,

127 Zelfs eenvoudige rekenkunde kan een bepaald wereldbeeld reflecteren. Zie voor een mooi voorbeeld: https://www.youtube.com/watch?v=-gaPmBMx8V0, geraadpleegd 24 juni 2021.

accepteer ik dat dit onderzoek niet reproduceerbaar is, maar wel navolgbaar en controleerbaar.

Met het onderzoeksontwerp heb ik wel geprobeerd om de observaties voor zover mogelijk te objectiveren, door in de interviews vragen te stellen over mijn observaties. Heb ik het goed gezien, gehoord, geïnterpreteerd? De doelstelling is om betrouwbare en accurate antwoorden te vinden op de onderzoeksvragen, maar de methodologische betrouwbaarheid van dit onderzoek zit niet in *reproduceerbaarheid*, maar in de *navolgbaarheid en controleerbaarheid*, doordat ik zo veel mogelijk transparant maak. Zie ook par. 8.3.

2.3.6.4 Beïnvloeding van het proces

Ik heb natuurlijk geprobeerd het proces ter zitting en het proces op de gang niet te beïnvloeden. Een zekere mate van beïnvloeding kan niet worden uitgesloten. Het enkele gegeven dat ik onderzoek deed naar het proces van schikken en procespartijen vroeg of zij wilden participeren kan partijen bijvoorbeeld hebben bewogen die optie (nogmaals) serieus te overwegen. Het kan ook rechters hebben bewogen meer dan normaal hun best te doen.

Op één moment had ik daadwerkelijk het gevoel dat mijn aanwezigheid en de wetenschap dat de zitting werd opgenomen invloed hebben gehad. Nadat de rechter in die zaak samenvatte waar het dossier volgens haar om draaide en voordat zij overging tot de inhoudelijke behandeling, was er kort oogcontact tussen mij en de rechter en leek het alsof de rechter iets inviel. Zij hervatte:

> *"Laat ik nog een ding zeggen. Eigenlijk meestal, als we dus eerst de feiten hebben besproken en de advocaten juridische dingen hebben kunnen aanstippen, is het bij een comparitie meestal gebruikelijk dat partijen, als daar ruimte voor is, nog even de gang opgaan om te bekijken of zij er zelf eventueel nog uit kunnen komen, zonder dat daar een vonnis voor nodig is. Ja? Dus dat is ook op het eind nog iets dat we gaan doen."*

In dit geval was de geobserveerde praktijk mogelijk meer op schikken gericht dan die zou zijn geweest wanneer ik niet aanwezig zou zijn geweest, maar zeker is dat allerminst. Ik heb rechters niet geïnterviewd en heb dus niet nagevraagd of dit oogcontact betekenis had, en als dat zo was, welke.

2.3.6.5 Generaliseerbaarheid

Omwille van de praktische haalbaarheid is het onderzoek beperkt tot vermogensrechtelijke zaken bij enkel de rechtbanken Limburg en Midden-Nederland. Omdat in andersoortige procedures (zoals bijvoorbeeld arbeidszaken, personen- en familierechtzaken) andere (onderliggende) belangen spelen, zijn de bevindingen mogelijk niet allemaal of zondermeer te vertalen naar die andere procedures (generaliseerbaarheid). Zie daarover par. 8.3.1.

2.3.6.6 Rechterlijke keuzes

Ik heb de zittingen en dus ook de rechterlijke interventies geobserveerd. Die interventies hebben gevolgen voor wat er op de gang gebeurt. Ik heb rechters niet gevraagd naar hun motief om bepaalde interventies al dan niet te verrichten. Inzicht in de beweegredenen is interessant, maar voor dit onderzoek niet nodig, omdat dit onderzoek zich richt op het effect van de interventies op de gang: wat doen partijen daarmee en hoe waarderen ze die? [128]

2.3.6.7 Coronamaatregelen

In maart 2020 stelde de Nederlandse overheid maatregelen in ter voorkoming van ongecontroleerde verspreiding van het Covid-19 virus. Dat was midden in de periode van mijn veldonderzoek. Rechtbanken gingen 'dicht': zittingen werden in niet urgente kwesties uitgesteld of schriftelijk afgedaan. [129] In urgente zaken vonden wel (op bescheiden schaal) zittingen plaats: fysiek dan wel via telefonische of video-conferences.[130]

Vanaf 11 mei werden er weer zittingen gehouden met fysieke aanwezigheid van procesdeelnemers, maar er werd prioriteit gegeven aan (jeugd)strafzaken en familiezaken. Het was aan de gerechten zelf om te beslissen of een zitting in fysieke aanwezigheid van procesdeelnemers plaatsvond.[131] Ook mochten de gerechten zelf bepalen wat het maximaal aantal bezoekers per gebouw was, en wie aanwezig

---

[128] Het effect van rechterlijke interventies op de uitkomst van de procedure (schikking, vonnis of werkafspraak) is in kaart gebracht door Verschoof & Van Rossum 2018.
[129] Vgl. Van der Kraats 2021.
[130] Ter Voert 2022, p. 42 e.v.
[131] Ter Voert 2022, p. 45.

mochten zijn [132] (te denken valt aan onderzoekers, journalisten en andere geïnteresseerden).

Gedurende de periode van half maart 2020 tot 17 augustus 2020 heb ik geen observaties kunnen uitvoeren. Vanaf 17 augustus 2020 waren er weer fysieke zittingen en bezoekers weer welkom. Ik ook, zij het niet bij alle zittingen. Of bezoekers konden worden toegelaten was afhankelijk van de (grootte van de) zittingsruimte. Veel comparitiezaaltjes waren te klein om de anderhalvemeter-maatregel te handhaven met andere aanwezigen dan de procespartijen. Grotere voor publiek toegankelijke zittingszalen zijn er beperkt en werden ook gebruikt voor straf-, bestuurs-, toezicht- en bewindszaken.

Vanaf september 2020 heb ik weer zittingen geobserveerd. Als gevolg van de anderhalvemeter-maatregelen waren er sindsdien wel veel minder mogelijkheden om zittingen bij te wonen dan voorheen. Dat heeft gevolgen gehad voor de snelheid waarmee ik het onderzoek heb kunnen afronden.

Bovendien zou het kunnen zijn dat er een *bias* zit in het sindsdien opgehaalde materiaal. Mogelijk kwamen vooral die zaken op zitting die geschikt leken om te schikken. Daarom heb ik gevraagd wat maakt dat er zo weinig zittingen te observeren waren en wat de selectiecriteria waren voor een zittingszaal of een enquêtekamer.

Van mijn contactpersoon bij de rechtbank Limburg, locatie Roermond ontving ik de volgende mededeling:

> *"Veel zittingen worden afgelast vanwege quarantaine of besmetting van advocaten, rechters of partijen. Omdat er weinig zalen beschikbaar zijn voor Civiel, worden mondelinge behandelingen standaard in een kamer gepland tenzij er meerdere eisers of gedaagden zijn. De laatste weken plannen we zoveel mogelijk zittingen in een zaal. De zaken die afgelopen weken op het rooster stonden, zijn echter eind vorig jaar al gepland. Soms komt er op het laatste moment nog een zaal vrij en dan verplaatsen we zaken van een kamer naar die zaal, maar daar heb jij dan niets meer aan."*

Sinds de *lockdown* in maart 2020 kon de rechtbank Midden-Nederland mijn onderzoek niet meer ondersteunen. De zittingsadministratie was overbelast. Verloven

[132] Ter Voert 2022, p. 45.

werden ingetrokken en activiteiten die niet gericht waren op het primaire proces werden afgelast.

De coronamaatregelen hebben dus gevolgen gehad voor de mogelijkheden om materiaal op te halen. De vraag is of de pandemie ook andere gevolgen heeft gehad voor de schikkingspraktijk. Mogelijk voor de beslissing om al dan niet te gaan procederen. Voor zover mij bekend is daarnaar geen onderzoek gedaan. Maakt dat voor mijn onderzoek iets uit? Mijn onderzoek richt zich op het schikkingsproces tijdens procedures, dus nadat de beslissing om te procederen al is genomen. Zolang de maatregelen golden, was de praktijk anders. Rechtbanken waren anders ingericht. Op de gang moest anderhalve meter afstand worden gehouden en mondkapjes worden gedragen. Dat heeft invloed op de sociale interactie. De vraag is of dat ook gevolgen heeft gehad voor de schikkingspraktijk. Dat is mij niet gebleken en dat rapporteerden deelnemers aan mijn onderzoek ook niet.

2.4. Conclusie

Mijn onderzoek bestaat uit een systematisch literatuuronderzoek en een kwalitatief empirisch onderzoek. Ik observeerde zittingen - en bij schorsingen - het schikkingsproces op de gang. Ik interviewde advocaten en procespartijen.

De gekozen onderzoeksmethode heeft rijke data opgeleverd die de schikkingspraktijk veel inzichtelijker hebben gemaakt. Aandachtspunten zijn er ook. Ik kon in mijn eentje niet beide procespartijen en hun advocaten volgen tijdens het pendelen. Ik volgde maar één procespartij/advocaat. Ik interviewde zoveel mogelijk beide procespartijen en beide advocaten.

Doordat ik procespartijen en advocaten om medewerking vroeg, kan het zijn dat er in het materiaal een selectie *bias* zit. Die kans acht ik evenwel klein en voor zover die er al is, lijken de gevolgen daarvan beperkt, maar met die mogelijke *bias* houd ik rekening bij de interpretatie van de resultaten en de conclusies. Het kan zijn dat ik het proces onbewust en onbedoeld heb beïnvloed. Dat is inherent aan dit soort onderzoek waarbij de onderzoeker aanwezig is in de praktijk die hij observeert. Ook daarmee houd ik rekening. De coronamaatregelen hebben het lastiger gemaakt om materiaal te verzamelen. Ik heb geen aanleiding te veronderstellen dat de door mij gedurende de coronamaatregelen geobserveerde praktijk afwijkt van de reguliere schikkingspraktijk.

3 Systematisch literatuuronderzoek

3.1 Inleidende opmerkingen

In dit hoofdstuk geef ik een overzicht van de door mij gevonden literatuur. Het schiet zijn doel voorbij wanneer ik al het gevonden materiaal zou bespreken. Ik heb daarin keuzes gemaakt en daarbij speelt subjectiviteit een rol. Door me te beroepen op de geselecteerde bronnen en zorgvuldig te zijn in citaties maak ik de analyse en de verslaglegging ervan transparant en navolgbaar.

De methode waarmee ik literatuur heb verzameld beschreef ik in par. 2.2. Het systematisch literatuuronderzoek moest antwoord geven op de vraag wat er al bekend is over het schikkingsproces tijdens vermogensrechtelijke procedures. Ik heb veel literatuur gevonden die voor mijn onderzoek relevant is, en die ik gebruik bij de bespreking van mijn observaties, maar een antwoord op de vraag wat er *feitelijk op de gang* gebeurt heb ik daarin niet gevonden.

Ik behandel de literatuur thematisch, en wel als volgt:[133]

- rechtseconomische benadering;
- gedragseconomische benadering;
- overig empirisch onderzoek; en
- overige literatuur.

Veel van het onderzoek dat ik in par. 3.2 en 3.3 beschrijf, is gedaan in het buitenland, met name in de Verenigde Staten. De vraag is of alle inzichten onverkort van toepassing zijn op de Nederlandse situatie en Nederlandse procesdeelnemers. Enige voorzichtigheid is geboden.

[133] Sommige onderzoeken kunnen worden geschaard onder meerdere categorieën, bijv. omdat ze bestaan uit een combinatie van kwantitatief en kwalitatief onderzoek. Vaak gaat het dan om artikelen waarin eerst een micro-economisch model theoretisch wordt onderbouwd en doorgerekend (rechtseconomisch), waarna het model wordt getest tegen historische data of aan de hand van een laboratoriumexperiment. Ik heb geprobeerd om de analyse thematisch, maar ook in een logische volgorde te presenteren.

3.2 Rechtseconomische benadering

3.2.1 Inleiding

De economie houdt zich bezig met keuzegedrag in situaties van schaarste; rechtseconomie met het bestuderen van de werking van rechtsregels en de beslechting van geschillen. [134] En dus ook met schikkingen. Rechtseconomisch onderzoek is *prescriptief* wanneer het gaat over de vraag hoe (rationeel handelende) mensen zich zouden *moeten* gedragen, *verklarend* wanneer het schikkings- en procesgedrag en de grote aantallen procedures *verklaart* en *voorspellend* wanneer het theorieën betreft over hoe mensen zich *zullen* gaan gedragen.[135]

3.2.2 Het standaardmodel: rational choice[136]

De rechtseconomische benadering gaat uit van een belangrijke assumptie:[137] mensen kennen en wegen alle informatie en schatten alle kansen, risico's en potentiële kosten adequaat in. Op basis daarvan maken zij een rationele keuze (*rational choice*).[138]

---

[134] Van Velthoven & Wijck 2016, p. 463-494.

[135] Zo voorspelt de theorie wat de gevolgen zijn van verschillende soorten *fee shifting rules*. Nederland kent een gematigde proceskostenveroordeling, maar er zijn verschillende andere stelsels denkbaar met elk eigen gevolgen voor de schikkingsbereidheid. Ook worden voorspellingen gedaan ten aanzien van de invloed van beleid omtrent schadevergoedingen op procedures (zoals het instellen van *damage caps*, *offer-of-settlement-rules* en *split-awards*).

[136] In rechtseconomische literatuur ook wel *standard economic model* (SEM) genoemd.

[137] Anders dan een presumptie, is dit een bewuste aanname binnen het theoretisch raamwerk, vgl. Van Boom, Giesen & Verheij 2013, p. 4.

[138] Een belangrijk deel van de overige literatuur (zie bijv. Shavell 1982; Hay & Spier 1997; Cardella & Kitchens 2017 en bijvoorbeeld Helmers e.a. 2021) beantwoordt de vraag hoe schikkingsonderhandelingen worden beïnvloed door *fee shifting rules* (wie draagt de proceskosten?). Vaak wordt het Amerikaanse model (iedere partij draagt de eigen kosten) vergeleken met het Engelse (de verliezer betaalt de kosten van de winnaar). Conclusie van Hay en Spier (2017) is dat het effect sterk contextafhankelijk is. Als duidelijk is dat een van partijen de zaak zal winnen, is er geen verschil. Als er sprake is van asymmetrische informatie (zie hierna) en/of beide partijen zijn optimistisch (*divergent expectations*) zal er onder het Engelse systeem minder geschikt worden. Partijen zullen volgens Hay & Spier de eigen kosten marginaliseren en de kosten toerekenen aan de wederpartij (Hay & Spier 2017). Ook doet de literatuur voorspellingen over de invloed van schadevergoedingsbeleid op procedures (zoals het instellen van *damage caps, offer-of-settlement-rules* en *split-awards*). Dit deel van de literatuur is niet (direct) relevant omdat het Nederlandse rechtsstelsel geen *offer-of-settlement rules* en *damage-caps* kent. *Offer-of-settlement-rules* koppelen het afwijzen van een (redelijk) schikkingsvoorstel aan een proceskostenveroordeling. Aanvaardt een procespartij een schikkingsvoorstel niet en behaalt hij een minder goed resultaat in de procedure, dient hij de proceskosten te dragen (Hay & Spier 1997). Bij *split-awards* gaat een deel van de schadevergoeding naar de staat en een deel naar de benadeelde partij. Landeo, Nikitin & Babcock 2007 concluderen dat de *dispute rates* en proceskosten significant lager zijn onder een *split-awards* systeem, terwijl dit systeem er niet toe lijkt te

Dat is de keuze die hun behoeften het meest bevredigt.[139] Of in de woorden van Posner:

> *"The basis of an economic approach to law is the assumption that the people involved with the legal system act as rational maximizers of their satisfactions."*[140]

Onderzoek laat zien dat dit niet de praktijk is:[141] mensen hebben niet alle informatie, noch de tijd om alle mogelijkheden te overwegen,[142] en maken stelselmatig beslissingen die hun (economische) belangen niet maximaliseren.[143] Voor het model maakt dat niet uit. Dat gaat er (impliciet) vanuit dat (proces-)partijen elkaars verwachtingen en (rechts)posities kennen, hun kansen in een procedure (adequaat) inschatten en vergelijken met alternatieven, zoals een schikking om vervolgens een rationele keuze te maken. Op basis van die assumptie kun je voorspellen wanneer mensen gaan procederen. Shavell zegt daarover:

> *"The plaintiff will file suit if and only if the expected value of the trial judgement is greater than the expected legal costs."*[144]

Mensen procederen wanneer zij verwachten dat procederen meer oplevert dan schikken. Dat klinkt logisch, maar P'ng ziet ook deze assumptie als een ernstige beperking van het model, omdat het *strategisch* schikkings- en procesgedrag niet meeneemt. Een eiser zou een zaak aanhangig kunnen maken enkel om een schikking af te dwingen, wetende dat een procedure hem meer kost dan oplevert.[145]

---

leiden dat minder uitgaven worden gedaan ter voorkoming van schade (hetgeen op grond van de *rational choice theory* verwacht kon worden). Immers, als de kosten bij een aansprakelijkheidszaak lager zijn, kan dit ertoe leiden dat wordt bezuinigd op maatregelen ter voorkoming van diezelfde aansprakelijkheid. In verschillende staten van Amerika geldt een *split-awards* systeem. Een ander systeem, dat ook in verschillende staten is ingevoerd, is de zogenaamde *damage-cap*, die ter voorkoming van ongebreidelde aansprakelijkheid een maximum stelt op een toe te wijzen schadevergoeding (zie bijv. Landeo, Nikitin & Babcock 2007).

[139] Vgl. o.a. Gould 1973 en Posner 1973. Masur, Bronsteen & Buccafusco 2008 gaan in op onderzoek dat uitwijst dat procespartijen in de praktijk gedreven worden door andere doelen dan *wealth maximization* en dat rechtvaardigheidsgevoel een belangrijke rol speelt.

[140] Posner 1973, p. 761.

[141] Lynch 2019, p. 1245.

[142] Lynch 2019, p. 1250.

[143] Lynch 2019, p. 1245.

[144] Shavell 1982, p. 5.

[145] P'ng 1983, p. 540.

Volgens de doctrine heeft de voorspelde uitkomst van een procedure een waarde. Eiser bepaalt die waarde door zijn kans op winst te vermenigvuldigen met de hoogte van zijn vordering. Van dat bedrag trekt hij de kosten af die nodig zijn om dat resultaat te halen (kosten van de procedure).

| *Waarde procedure = Procentuele kans op winst x hoogte vordering – kosten procedure*

Priest & Klein stelden dat de minimum schikkingseis van de eiser gelijk is aan de voorspelde uitkomst in de procedure.[146] Een schikkingsvoorstel zou met andere woorden hoger moeten zijn dan de waarde van de procedure om het voor de eiser aantrekkelijk te laten zijn (minimale schikkingseis). Voor de gedaagde geldt het spiegelbeeld. Zijn kosten zijn gelijk aan de voorspelde uitkomst van de procedure vermeerderd met de kosten van de procedure.

|*Negatieve waarde procedure = Procentuele kans op verlies x hoogte vordering + kosten procedure.*

Priest & Klein beredeneerden dat het maximale schikkingsaanbod van gedaagde gelijk is aan de voorspelde uitkomst plus de proceskosten. De onderhandelingsruimte zit dus tussen de minimale schikkingseis en het maximale schikkingsaanbod. Vanwege de proceskosten zal er in de meeste zaken onderhandelingsruimte zijn. Waarom wordt er dan toch (zo)veel geprocedeerd?[147] Rechtseconomische literatuur geeft de volgende verklaringen:

- partijen kunnen divergerende verwachtingen hebben; en/of
- partijen kunnen asymmetrische informatie hebben; en/of
- partijen onderhandelen strategisch; en/of
- advocaten hebben een eigenbelang bij procederen.

3.2.3 Divergerende verwachtingen[148]

Partijen maken beiden een risico-inschatting: hoe groot is de kans dat ik win of verlies in een procedure? Als partijen de winstkansen beide goed inschatten, hoeft er niet geprocedeerd te worden. Zij kunnen dan beter schikken en kunnen zo het maken van proceskosten voorkomen. Die proceskosten leiden tot onderhandelingsruimte.

---

[146] Priest & Klein 1984.
[147] McBride, Skperdas & Tsai 2018 stellen dat procederen ook om andere redenen rationeel kan zijn, in het geval de kwestie gaat over het vaststellen van intellectueel eigendomsrechten en de procedure kan voorkomen dat in de toekomst dure procedures gevoerd moeten worden.
[148] Shavell 1982; Priest & Klein 1984.

Priest & Klein stellen dat er met name geprocedeerd zal worden in zaken waarin beide partijen optimistisch zijn over hun winstkansen. Deze hypothese staat bekend als de *selection hypothesis*.[149] Priest & Klein beredeneerden vervolgens dat procedures (als er veel vergelijkbare zaken zijn)[150] vooral voorkomen in zogenoemde *close cases*.[151] Dat zijn zaken waarvan de uitkomst niet eenvoudig te voorspellen is, of waarin op meer dan één manier kan worden beslist. Die zaken zijn niet representatief.[152] Er zal kortom met name geprocedeerd worden in complexe zaken, dat geldt zeker in hoger beroep.[153] Eenvoudige zaken worden geschikt. Het model voorspelt niet dat in elke complexe zaak wordt geprocedeerd,[154] maar wel dat als er geprocedeerd wordt, dat het een complexe zaak betreft. Dat leidt tot een tweede hypothese, bekend als de *50%-hypothesis*: uitkomsten van procedures tenderen naar een 50 procent *succes-rate* voor eisers.[155] Anders gezegd, van de zaken waarvan voorafgaand aan de procedure moeilijk in te schatten is wie gelijk zal krijgen, zal ongeveer de helft worden beslecht in het voordeel van eiser[156] en de andere helft in het voordeel van gedaagde. De *selection-theory* en de 50 procent-hypothese zouden volgens Desrieux & Espinosa in empirisch onderzoek zowel zijn bevestigd als ontkracht.[157] Desrieux & Espinosa vinden in eigen onderzoek bewijs dat wordt geprocedeerd in de complexere zaken.[158]

Niet alleen is nodig dat een zaak complex is, ook dat beide partijen denken te winnen. Ten minste een van partijen maakt een onjuiste inschatting. Als beide partijen een realistische inschatting zouden maken van de uitkomst, dan zouden zij proceskosten kunnen besparen door te schikken.[159]

Het standaard economisch model is gebaseerd op geldelijke zaken. Deze zaken zijn *continuously divisible*, maar sommige vorderingen, zoals een verklaring van recht, zijn niet deelbaar.[160] Het model gaat er bovendien vanuit dat de proceskosten een prikkel

---

[149] Priest & Klein 1984.
[150] In zaken waarin er weinig precedenten zijn, is de uitkomst van een procedure lastiger in te schatten.
[151] Priest & Klein.
[152] Lederman 1999, p. 317.
[153] Fischman 2021, p. 608.
[154] Fischman 2021, p. 609: als er sprake is van gelijke kansen op winst, dan kunnen partijen ook afspreken dat de helft van de schade wordt betaald in het kader van een schikking.
[155] Priest & Klein 1984, p. 5.
[156] Zie ook: Waldfogel 1998, p. 2.
[157] Desrieux & Espinosa 2018, p. 59.
[158] Desrieux & Espinosa 2018, p. 81.
[159] Fischman 2021, p. 609.
[160] Fischman 2021, p. 610.

opleveren om te schikken.[161] Die prikkel wordt gemist als partijen bijvoorbeeld verzekerd zijn tegen de proceskosten of als die gedekt worden door van overheidswege gefinancierde rechtsbijstand.

3.2.4 Asymmetrische informatie

Stel dat beide partijen positief zijn over hun winstkansen (divergerende verwachtingen). Waarom stellen ze die dan niet gaandeweg bij wanneer ze geconfronteerd worden met een wederpartij die ook optimistisch is? Verwachtingen blijken lang niet altijd te convergeren. Hoe komt dat? Volgens Bebchuck doordat partijen niet over dezelfde informatie beschikken (informatie asymmetrie).[162] Een van de partijen bezit bijvoorbeeld cruciaal bewijs waarmee de ander onbekend is. Of een van partijen kent de daadwerkelijke schade en de ander niet.

Een deel van de literatuur ten aanzien van asymmetrische informatie ziet op het effect van openbaringen (*disclosures)*.[163] De invoering van een *discovery*-procedure tijdens een *pre-trial hearing* (PTH) in Taiwan zou bijvoorbeeld hebben geleid tot een significant hoger schikkingspercentage.[164] Westeus komt tot een vergelijkbare conclusie na onderzoek in Zweden:

> *"The results (...) have shown that the information disclosure at the court-mandated PTH really does facilitate settlement."*[165]

Het afstemmen van informatie tussen partijen, waardoor zij tot een realistischere inschatting van de uitkomst kunnen komen, zou de kans op een schikking logischerwijs moeten vergroten, maar uit onderzoek blijkt dat het delen van informatie niet per se leidt tot eenzelfde interpretatie van de gedeelde informatie.[166] De informatie wordt regelmatig *self-serving* geïnterpreteerd (zie par. 3.3.2.).[167]

---

[161] Fischman 2021, p. 612.
[162] Bebchuk 1984, p. 404-415.
[163] Zie o.a. Ayuso, Bermudez & Santolino 2015; Pecorino & Van Boening 2018 en Pecorino & Van Boening 2019.
[164] Huang 2007, p. 33.
[165] Westeus 2014, p. 204.
[166] Hay & Spier 1997, p. 6.
[167] Babcock & Loewenstein 1997, p. 3; Babcock e.a. 1995, p. 1337.

Informatie-asymmetrie is volgens economische literatuur de meest geaccepteerde verklaring voor procedures ondanks schikkingsruimte.[168] Velthoven & Van Wijck concluderen minder overtuigend wanneer zij hierop reflecteren:

> *"Tot eenduidige resultaten heeft dat vooralsnog niet geleid, omdat de uitkomsten sterk afhankelijk zijn van de vorm van de informatie-asymmetrie, de organisatie van het onderhandelingsproces en het beschikbare tijdpad. De literatuur heeft wel duidelijk gemaakt dat er in de loop van het onderhandelingsproces van alles mis kan gaan, waardoor partijen hun geschil tot in de rechtszaal doorzetten, ook als er ruimte is voor een schikking."*[169]

3.2.5 *Strategisch onderhandelen (scheve/oneerlijke verdeling surplus)*

Het model van Priest & Klein voorspelt dat partijen zullen schikken als zij de uitkomst van een procedure goed kunnen inschatten en er schikkingsruimte is. Die schikkingsruimte zal er zoals gezegd meestal zijn omdat procederen geld kost (zie par. 3.2.2 en 3.2.3). Maar zelfs als er objectief bezien schikkingsruimte is, dan zullen partijen die ruimte moeten vinden en moeten kunnen en willen verdelen.[170] En daar wringt de schoen. Even terug naar het standaardmodel. Een procedure heeft voor de eiser een bepaalde waarde: de kans op winst vermenigvuldigd met de hoogte van de vordering minus de proceskosten (par. 3.2.2). De schikkingsruimte is de ruimte tussen enerzijds het laagste bedrag waarmee eiser genoegen neemt, en anderzijds het hoogste bedrag dat gedaagde bereid is te betalen. Het probleem is dat het lastig is om die bedragen te achterhalen. Partijen hebben geen prikkel om die informatie te delen. Integendeel. Als je weet waartoe de andere partij bereid is, kun je agressief onderhandelen en proberen je het grootste deel van het surplus toe te eigenen.[171]

Cooter, Marks & Mnookin vinden een verklaring voor procedures in onderhandelingen waarin dat gebeurt of dreigt te gebeuren (*strategic bargaining)*.[172] Partijen weten dat procederen geld kost, maar zij zijn desondanks niet in staat het surplus te delen.

---

[168] Hay & Spier 1997, p. 6; Pecorino, Solomon & Van Boening 2021, p. 334.
[169] Van Velthoven & Wijck 2016, p. 5.
[170] Fischman 2022, p. 612.
[171] Fischman 2022, p. 613.
[172] Cooter, Marks & Mnookin 1982, p. 228.

3.2.6 Advocaten hebben een eigenbelang bij procederen

De relatie tussen een cliënt en zijn rechtsbijstandverlener wordt in de economische literatuur gekwalificeerd als een agent-principaalverhouding.[173] Die relatie kan problematisch zijn.

Zoals gezegd is startpunt van de theorie dat mensen *rational maximizers of their satisfactions* zijn. Wat betekent dat in de relatie tussen advocaat en opdrachtgever? De cliënt wil dat zijn belangen zo goed mogelijk worden behartigd tegen een zo laag mogelijke prijs. Het belang van de rechtsbijstandsverlener lijkt juist op het eerste gezicht om een zo hoog mogelijke prijs te realiseren voor een zo laag mogelijke inspanning.[174] Die belangen zijn tegenstrijdig. Dat is op zichzelf geen probleem. Een verschil in belangen wordt pas problematisch als de agent zijn eigen belangen nastreeft ten koste van de belangen van de principaal. Daarvoor is meer nodig dan een verschil in belangen alleen.

De theorie gaat ervan uit dat de relatie tussen een agent en een principaal problematisch wordt op het moment dat de principaal het gedrag van de agent niet volledig kan waarnemen. Hij kan dan namelijk niet beoordelen of de agent zich heeft gedragen zoals de principaal wil.[175] Dit kan spelen tijdens onderhandelingen op de gang waarbij er gependeld wordt. Daarenboven heeft de rechtsbijstandverlener een informatievoorsprong op zijn opdrachtgever ten aanzien van de juridische inhoud van de zaak,[176] maar hij kent mogelijkerwijs ook de doelen, waarden en belangen van de wederpartij beter, doordat de communicatie (vooral) via de rechtsbijstandverlener verloopt. Ter Voert zegt daarover:

> *"Bij elke principaal-agentrelatie bestaat de kans op moral hazard (opportunistisch gedrag). Als de klant (principaal) niet in staat is om het werk van de advocaat (agent) te beoordelen, kunnen advocaten gebruik maken van dit informatieverschil door tot op zekere hoogte hun eigen doelstellingen te verwezenlijken en niet die van de klant. Zo worden advocaten meestal per uur*

---

[173] Visscher 2013, p. 1131.
[174] Zie ook Barendrecht & Weterings 2000, p. 438.
[175] Visscher 2013, p. 1131. Visscher beperkt zich tot advocaten, maar het ligt voor de hand dat hetgeen hij stelt ook geldt voor de bredere groep rechtsbijstandverleners.
[176] Visscher 2013, p. 1124.

betaald. Voor een klant is het moeilijk te beoordelen of de tijd die een advocaat in rekening brengt in verhouding staat tot de geleverde prestatie." [177]

In literatuur waarin wordt gewezen op mogelijke eigenbelangen van advocaten, wordt de nadruk vooral gelegd op financiële belangen en dan ook nog op kortetermijnbelangen. Procederen leidt tot meer inkomsten dan schikken. En dus hebben advocaten een eigenbelang bij procederen. Maar er zijn veel meer eigenbelangen denkbaar. Een (ander) eigenbelang zou kunnen zijn om een cliënt goed te adviseren en hem te behoeden voor irrationele procesbeslissingen. Dat eigenbelang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het bevestigen van de eigen moraliteit en identiteit of het ontwikkelen of in stand houden van een goede naam en faam, het werken aan een goede verstandverhouding met de eigen cliënt en daarmee van financiële eigenbelangen op de lange termijn, namelijk het verwerven van toekomstige opdrachten.

Kortom, iedereen heeft eigenbelangen. Advocaten ook. Het hebben van eigenbelangen hoeft niet te betekenen dat de cliënt daardoor benadeeld wordt. Zolang de verwezenlijking van beider belangen hand in hand gaat, is er geen probleem. Vanzelfsprekend ook niet als de advocaat enkel de belangen van de cliënt nastreeft. Dat dát altijd gebeurt kan volgens Barendrecht en Weterings worden betwijfeld. Zij stellen dat het gedrag van vrijwel iedere advocaat beïnvloed wordt door economische motieven:

"De advocaat is ondernemer en daarom zal geen enkele advocaat zich gedragen als zuivere altruïst ten opzichte van zijn eigen cliënt." [178]

Advocaten kunnen weliswaar ook in loondienst werken, maar ook werknemers hebben eigenbelangen, zoals het behalen van (financiële) *targets*, het in standhouden van een zelfbeeld en het tevreden houden van hun werkgever. Ervan uitgaande dat advocaten eigenbelangen hebben, leiden die eigenbelangen dan automatisch tot langdurig slepende procedures?

---

[177] Ter Voert 2020, p. 170. Dat klanten het werk van de advocaat niet goed kunnen beoordelen heeft volgens Ter Voert nog een risico: omdat het verschil in aangeboden kwaliteit tussen advocaten niet zichtbaar is, bestaat het gevaar dat professionals die een gemiddelde of slechte kwaliteit leveren toch hoge tarieven kunnen rekenen omdat ze 'meeliften' op het kwaliteitsniveau van het beroep in het algemeen (*free rider*-gedrag).
[178] Barendrecht & Weterings 2000, p. 436.

Nee. Gilson & Mnookin stellen allereerst dat advocaten onderhandelingen kunnen faciliteren en dat ze daarbij een eigenbelang kunnen hebben, omdat een reputatie als coöperatieve probleemoplosser waardevol is. [179] Marselli, Bryan & Vannini concluderen op grond van een regressieanalyse van arbitrage data uit Milaan dat in zaken waarin rechtshulp van grote advocatenkantoren was ingeschakeld, de kans op een slepend conflict daadwerkelijk werd verminderd.[180] Gazal & Perry vonden dat partijen die werden bijgestaan door advocaten in *small claims procedures* in arbeidszaken meer schikten dan partijen die niet door advocaten werden bijgestaan.[181] Dat is ergens ook logisch want advocaten worden op grond van hun expertise ingeschakeld om voor hun cliënten de juiste procedurele keuzes te maken.[182]

Hoewel in de door mij gevonden literatuur hard bewijs ontbreekt dat advocaten worden geleid door eigenbelangen, is helder dat de relatie tussen advocaat en cliënt problematisch kan zijn omdat de cliënt de kwaliteit niet altijd of goed kan beoordelen.

3.2.7 Gevolgen van een economisch machtsverschil

Een economisch machtsverschil tussen partijen kan leiden tot rechtsongelijkheid. Daar wijzen Antsygina & Kurmangaliyeva op: vermogende gedaagden kunnen hogere schikkingsbedragen betalen dan niet vermogende en daarmee procedures voorkomen (*volume effect*). [183] Bovendien kunnen vermogende procespartijen hun onderhandelingspositie versterken, bijvoorbeeld door het inschakelen van meer of betere rechtsbijstandsverlening en vervolgens te dreigen met een langdurige en kostbare juridische strijd. Daarmee kunnen zij de wederpartij bewegen genoegen te nemen met minder (*price effect*).[184] De auteurs vonden in hun onderzoek empirisch bewijs voor het *price effect*.[185]

---

[179] Gilson & Mnookin 1994, p. 564.
[180] Marselli, McCannon & Vannini 2015, p. 365.
[181] Gazal-Ayal & Perry 2014, p. 818-819.
[182] Ashenfelter, Bloom & Dahl 2013 en Ashenfelter & Dahl 2012 concluderen op grond van een kwantitatieve analyse van *final offer arbitrages* dat zij 'enig' bewijs hebben gevonden dat toen *final offer arbitration* werd ingevoerd in New Jersey, *expert agents* een belangrijke rol hebben gespeeld in het beperken van *biases*. Individuele partijen hebben belang bij het inschakelen van rechtsbijstand. Zij stellen evenwel ook dat er sprake was van een non-coöperatief equilibrium. Dat wil zeggen dat partijen sterke individuele *incentives* hebben om juridische bijstand te nemen, terwijl zij daarmee gezamenlijk slechter af zijn (dan zonder rechtsbijstand).
[183] Antsygina & Kurmangaliyeva 2022, p. 237, 238.
[184] Antsygina & Kurmangaliyeva 2022, p. 238.
[185] Antsygina & Kurmangaliyeva 2022, p. 237, 239.

3.3 Gedragseconomische benadering

3.3.1 Inleidende opmerkingen

De praktijk is dat mensen niet altijd rationeel handelen (zie ook par. 3.2.1). De gedrags-economische benadering neemt niet tot uitgangspunt hoe (rationele) mensen zouden *moeten* handelen, maar hoe ze *daadwerkelijk* handelen. Mensen procederen niet alleen om geld, maar ook om genoegdoening, om precedenten te scheppen, om uiting te geven aan hun gevoelens en bijvoorbeeld om hun zegje te kunnen doen.[186] Ze maken bovendien denkfouten. Veel, en stelselmatig. Malhorta & Bazerman stellen:

> *"It is no news that people are irrational and sometimes make mistakes. What is news is that, in the context of decision making and negotiation, many of the mistakes people make are systematic and predictable."* [187]

Gedragseconomisch onderzoek is descriptief en bestaat veelal uit gecontroleerde (laboratorium)experimenten. Ook binnen gedragseconomisch onderzoek worden verklaringen gezocht voor het mislukken van schikkingsonderhandelingen en daarmee (indirect) voor het grote aantal procedures ondanks het bestaan van onderhandelingsruimte. Het gedragseconomisch onderzoek verdeel ik als volgt onder:

1. het effect van het delen van (asymmetrische) informatie;
2. het delen van onware informatie (*cheap talk*);
3. bewezen succesfactoren;
4. veel voorkomende denkfouten (*biases* en heuristieken);
5. de rol van rechtvaardigheid (*equity* en *fairness*).

3.3.2 Het effect van het delen van (asymmetrische) informatie

Een van de verklaringen voor procedures is het bestaan van asymmetrische informatie (zie par. 3.2.4). Daaruit is de gedachte ontstaan dat het delen van informatie schikkingen zou moeten faciliteren. Toch is dat niet (zonder meer) zo. Nieuwe informatie wordt namelijk *self-serving* geïnterpreteerd. De nieuwe informatie wordt (onbewust) in overeenstemming gebracht met wat de ontvanger van de nieuwe

---

[186] Korobkin & Guthrie 1997, p. 79.
[187] Malhortra & Bazermann 2008, p. 107.

informatie al dacht of vond (*confirmation bias*). Het delen van informatie leidt daarmee niet (zonder meer) tot een eensgezinde visie op wat er gebeurd is en wat in het gegeven geval een redelijke uitkomst is.[188]

In een veelzeggend experiment kregen deelnemers eenzelfde casus voorgelegd. De groep deelnemers werd gesplitst. Een groep kreeg een rolbeschrijving van eiser, een andere groep van gedaagde en de laatste groep kreeg geen rolbeschrijving. De groepen kregen dezelfde casus om daarna als rechter of arbiter te oordelen wat een redelijke uitkomst was. Degenen die géén rolbeschrijving hadden, bleken daartoe beter in staat. De verklaring daarvoor was dat de deelnemers met een rolbeschrijving de informatie *self-serving* interpreteerden en zich daarmee vereenzelvigden. Dat maakte het moeilijker om vervolgens tot een objectief redelijke uitkomst te komen.[189]

3.3.3 Succesfactoren en valkuilen

Korobkin & Doherty onderzochten succesfactoren voor schikkingsonderhandelingen. Opmerking verdient dat het ging om distributieve onderhandelingen[190] en dat succes niet afgemeten werd tegen (subjectieve) tevredenheid of de duurzaamheid van de uitkomst. In par. 6.4.1 ga ik in op het verschil tussen distributieve en integratieve onderhandelingen. Het onderzoek van Korobkin & Dohorty is ook gedateerd. De *reservation price* was de beste voorspeller voor wie onderhandelingen 'wint'. De *reservation price* is het minst aantrekkelijke voorstel dat iemand bereid is te accepteren. Een voorstel onder dat bedrag wordt niet aanvaard. Korobkin & Dohorty concludeerden dat de inschatting van de *reservation price* van de wederpartij de beste voorspeller van succes is: hoe lager de inschatting van eiser van de *reservation price* van gedaagde, hoe meer de eiser wil hebben.[191]

De op een na beste voorspeller was het geslacht van de onderhandelaar. Mannen onderhandelden in dit toch al gedateerde onderzoek, en naar de maatstaven van dat onderzoek, beter dan vrouwen.[192] De hoogte van het openingsbod kwam daarna. Hoe

---

[188] Babcock & Loewenstein 1997, p. 2.
[189] Babcock & Loewenstein 1997, p. 1-32.
[190] Korobkin & Guthrie 1994, p. 8.
[191] Korobkin & Guthrie 1994, p. 8.
[192] Korbokin en Guthrie 1994, p. 39 e.v. stellen dat vrouwen meer risico-aversief zijn en dat mannen beter blijken te presteren in competitieve omgevingen. In sommige gevallen onderhandelen mannen agressiever met vrouwen dan met mannen. Dit kan volgens de auteurs ook een validiteits-issue zijn. Vrouwen zouden distributieve onderhandelingen ook minder smaakvol kunnen vinden dan mannen.

agressiever het openingsbod, dus hoe meer je van het surplus probeert te 'winnen', hoe beter.[193] Minder belangrijk, maar toch voorspellend waren de onderhandelaars' aspiraties, [194] het relatieve enthousiasme voor procederen als dat nodig is, en onderhandelaars' vertrouwen in zijn eigen onderhandelingsvaardigheden.[195]

In 2002 onderzocht Korobkin nogmaals het effect van aspiraties.[196] Procespartijen met hoge aspiraties bleken betere resultaten te halen in een onderhandelingsspel.[197] Hoge aspiraties leiden tot hogere *reservation-prices*, langere onderhandelingen en de perceptie dat lagere onderhandelingsresultaten oneerlijk zijn.[198] Tegelijkertijd leiden (te) hoge aspiraties tot een grotere kans op mislukte schikkingsonderhandelingen.[199] Je wil gewoonweg te veel.

Enig optimisme over de kansen in een procedure kan dus helpen in onderhandelingen. Optimisme leidt tot hogere aspiraties, en die leiden weer tot betere onderhandelingsresultaten. Maar te veel eenzijdig optimisme is risicovol: want als je hele andere ideeën hebt over wat de uitkomst zal zijn dan je tegenpartij, dan leidt dat eenvoudig tot een procedure (divergerende verwachtingen, zie: par. 3.2.3).[200]

Croson, Boles & Murnigham onderzochten het effect van *cheap talk* op schikkings-onderhandelingen. *Cheap talk*, zoals leugens (over private informatie) en (ongeloofwaardige) dreigementen over toekomstige acties beïnvloeden onderhandelingen.[201] Degene die een voorstel deed en loog, deed een lager voorstel. Degene die een voorstel verwachtte en loog kreeg een hoger schikkingsvoorstel. Is het dan aan te raden te liegen? Nee. Kwam de leugen uit, dan beïnvloedde dat de onderhandelingen namelijk eveneens. Kwam een leugen uit van degene die een voorstel deed, dan leidde dat tot nieuwe voor hem nadeligere schikkingsvoorstellen. Uitgekomen leugens leidden daardoor tot minder schikkingen (zie ook hierna: rechtvaardigheid en eerlijkheid).[202]

---

[193] Korobkin & Guthrie 1994, p. 48.
[194] Wat wil je als onderhandelaar uit de onderhandelingen halen?
[195] Korobkin & Guthrie 1994, p. 48.
[196] Korobkin 2002.
[197] Korobkin 2002, p. 56.
[198] Korobkin 2002, p. 56.
[199] Korobkin 2002, p. 56 en 61.
[200] Yang 2020, p. 2.
[201] Croson, Boles & Murningham 2003, p. 157.
[202] Croson, Boles & Murningham 2003, p. 157.

3.3.4 *Rechtvaardigheid (equity/fairness)*

De relatie van partijen heeft invloed op schikkingsonderhandelingen. Niet alleen de inhoud van een voorstel is relevant, maar ook wíe het voorstel doet. Eenzelfde voorstel kan anders worden gewaardeerd wanneer het wordt gedaan door een medestander of neutrale derde, dan wanneer het wordt gedaan door een tegenpartij.[203] Dit fenomeen staat bekend als *reactive devaluation*.

De *equity theory* zegt dat de neiging om voorstellen al dan niet te accepteren ervan afhangt in hoeverre diegene die het voorstel moet overwegen een sociaal rechtvaardige (*social equitable relationship*) relatie met de ander heeft. Hetzelfde schikkingsvoorstel kan voor iemand die zich door de ander eerlijk en billijk behandeld voelt aanvaardbaar zijn, los van het juridisch geschil, maar onaanvaardbaar voor een procespartij die zich miskend of ongehoord voelt.[204]

Een onderhandelingsresultaat moet ook op zichzelf als rechtvaardig worden ervaren wil het (in een laboratorium) worden aanvaard.[205]

3.3.5 *Denkfouten*

Er is tamelijk veel onderzoek gedaan naar denkfouten.[206] Ik bespreek de volgende:

---

[203] Korobkin & Guthrie 1994, p. 110 en pp. 150-160.

[204] Korobkin & Guthrie 1994, p. 146. In dit onderzoek kregen participanten een casus voorgelegd. Zij kregen te horen dat zij een appartement hadden gehuurd, maar de verwarming bleek stuk en ze hadden zich in de winter moeten behelpen. Een advocaat stelde dat de participanten een aanzienlijke kans hadden dat een rechter huurprijsvermindering met terugwerkende kracht zou toekennen (waarde $4.000). Vlak voor de zitting deed de verhuurder een schikkingsvoorstel (betaling van $900). In de ene beschrijving stond dat de participant de verhuurder verschillende malen had gebeld en dat de verhuurder had toegezegd de verwarming te zullen maken, maar het niet deed. In de andere beschrijving stond dat de verhuurder plots het land had verlaten vanwege een familienoodgeval en enkele maanden weg zou zijn. Had dit verschil effect op de acceptatiegraad? Ja. Significant. In de noodgevalbeschrijving zou 59 procent van de participanten het aanbod 'zeker' of 'waarschijnlijk' accepteren, tegen 35 procent in de ander beschrijving.

[205] Een klassiek experiment (*ultimatum game*) toont dat aan (Masur, Bronsteen & Buccafusco 2008, p. 1524). Twee participanten krijgen een geldbedrag (van bijv. 20 euro) dat onder hen moet worden verdeeld. Een participant doet een (ultiem) voorstel dat de ander kan aanvaarden of afwijzen. Aanvaardt hij het voorstel, dan wordt het geldbedrag verdeeld overeenkomstig het voorstel. Wijst hij het voorstel af, dan krijgt geen van beiden iets. Een in economische termen rationeel handelend persoon zou 19,99 euro aanbieden aan zichzelf en 0,01 euro aan de ander en die ander zou dat voorstel aanvaarden als hij rationeel zou handelen (hij gaat er economisch op vooruit, zij het bescheiden). Maar dergelijke 'oneerlijke' voorstellen worden in onderzoek structureel van de hand gewezen. Dit soort experimenten laat zien dat ook andere waarden gelden dan (financiële) winstmaximalisatie.

[206] Zie bijv. Korobkin & Guthrie 1994; Korobkin & Guthrie 1997; Korobkin 2002; Rachlinski 1996; Korobkin 2004.

- *loss aversion* en *framing effect;*
- *anchoring effect;*
- *sunk costs (fallacy).*

3.3.5.1 Loss aversion en framing

Mensen houden niet van verliezen. Sterker, ze lijken een grotere afkeer te hebben van verliezen, dan een verlangen om te winnen. Anders gezegd: verliezen wegen zwaarder dan winsten.[207] Onderzoek wijst uit dat mensen risico-zoekend gedrag vertonen voor lage-kans winsten en hoge-kans verliezen, maar risico aversief voor hoge-kans winsten en lage-kans verliezen.[208] Verliezen wil je namelijk voorkomen en daarvoor ben je bereid risico te nemen.[209] Dit fenomeen wordt *loss aversion* genoemd.[210] Fox & Poldrack stellen dat in verschillende onderzoeken keuzes in overeenstemming met dit viervoudig patroon zijn bevestigd.[211]

Barberis stelt dat deze *prospect theory* een accurate beschrijving geeft in het 'laboratorium', maar dat wetenschappers twijfelen of de voorspellingen ook daarbuiten uitkomen.[212] Als de theorie opgeld doet buiten het laboratorium, dan ligt voor de hand dat ze ook bij schikkingsonderhandelingen een rol speelt. Iemand die in de onderhandelingen een resultaat verwacht te behalen dat als een 'verlies' wordt ervaren, zal volgens de theorie geneigd zijn risico's te nemen. Of een uitkomst als winst of verlies wordt ervaren is een kwestie van referentiepunten.[213] Uitkomsten boven het referentieniveau zijn winsten, onder het referentieniveau zijn verliezen.[214] Het kan gelet op deze inzichten zinvol zijn om te pogen het referentieniveau te

---

[207] Kahneman 2015, p. 299.
[208] Kahneman 2015, p. 337, Fox & Poldrack 2014, p. 536.
[209] Kahneman 2015, p. 296.
[210] Het volgende voorbeeld van Kahneman (2015, p. 296) laat dit fenomeen ervaren. Stel je krijgt de keuze tussen een zekere winst van 900 euro of een kans van 90 procent op een winst van duizend euro. Mathematisch (en economisch) hebben beide keuzes dezelfde waarde, maar toch blijken meer mensen te kiezen voor een zekere winst van 900 euro. Dat is een risico-aversieve keuze. Stel nu dat je de keuze krijgt tussen een zeker verlies van 900 euro, of een kans van 90 procent op een verlies van duizend euro. Ook deze keuzes vertegenwoordigen dezelfde waarde. Toch kiest de meerderheid van de proefpersonen dan voor de kans op een verlies van duizend euro. Dit is een risico-zoekende keuze.
[211] Fox & Poldrack 2014, p. 536.
[212] Barberis 2013, p. 179.
[213] Kahneman 2015, p. 297.
[214] Kahneman 2015, p. 299.

beïnvloeden door een aanbod als winst te *framen*. Hoe een voorstel is verwoord (winst/verlies) blijkt inderdaad invloed op de acceptatiegraad te hebben.[215]

Bij onderhandelingen worden concessies gedaan. Een concessie is een verlies voor de een en winst voor de ander. Een concessie doet degene die de concessie doet meer pijn, dan de ontvanger genoegen.[216] Onderhandelingen over een koek die kleiner wordt, zijn om diezelfde reden moeilijk omdat het gaat over het toedelen van verliezen.[217]

Kunnen advocaten partijen helpen voorkomen dat procespartijen dwalen als gevolg van *loss aversion* en het *framing effect*? Onderzoek is niet eenduidig.[218] Belton, Thomson & Dhami vonden dat advocaten zelf ook worden beïnvloed door *framing*.[219] Korobkin & Guthrie stellen dat als er eenmaal psychologische barrières zijn gevormd, deze niet eenvoudig door advocaten kunnen worden weggenomen.[220] Korobkin & Guthrie vonden wel dat advocaten minder werden beïnvloed door *framing effects* dan leken.[221] In dat experiment waren advocaten overigens niet zelf emotioneel betrokken. In het onderzoek van Belton, Thomson & Dhami onder advocaten in Schotland en Wales moesten advocaten doen alsof de hen voorgelegde casus hún zaak was. In dat experiment werkte het *framing effect* wel. Belton, Thomson & Dhami stellen op basis daarvan dat het kunnen beperken van het *framing effect* mogelijk meer te maken heeft met professionele afstand dan met training en opleiding.[222] In het onderzoek van Wistrich & Rachlinski werden advocaten ook beïnvloed door het *framing effect*. Hun ervaring, geslacht of score op een *cognitive reflection test* (CRT) deden er niet toe.[223]

Uit onderzoek blijkt dat (Amerikaanse) advocaten overmoedig zijn. Een risico is dat zij niet goed in staat zijn in te schatten wat de uitkomst van de zaak is, dat zij die te positief inschatten en hun eigen mogelijkheden om het resultaat te beïnvloeden overschatten, en die van hun tegenpartij onderschatten.[224]

---

[215] Korobkin & Guthrie 1994, p. 134; Rachlinski 1996, p. 142.
[216] Kahneman 2015, p. 323.
[217] Kahneman 2015, p. 323.
[218] Wistrich & Rachlinski 2013, p. 110.
[219] Belton, Thomson & Dhami 2014, p. 592.
[220] Korobkin & Guthrie 1994, p. 160.
[221] Korobkin & Guthrie 1997, p. 137.
[222] Belton, Thomson & Dahmi 2004, p. 593.
[223] Wistrich & Rachlinski 2013, p. 122.
[224] Lynch 2019, p. 1253.

Zelfs als advocaten niet beïnvloed zouden worden, dan worden procespartijen dat waarschijnlijk wel, en dan is de vraag of procespartijen zich laten overtuigen door hun advocaat. Lynch wijst in dat verband op onderzoek waaruit blijkt dat in de helft van de in die studie betrokken zaken tegen het advies van de advocaat in werd geprocedeerd.[225]

3.3.5.2 Anchoring effect

Anchoring kan als een vorm van *framing* worden gezien.[226] Stel je bent rechter. Je wordt gevraagd om met een dobbelsteen te gooien en vervolgens de strafmaat te bepalen in een voorliggende zaak. Zou de worp invloed hebben op de strafmaat? Zou de worp met andere woorden kunnen dienen als anker?

Onderzoeken wijzen uit dat mensen schattingen maken uitgaande van een anker en ook dat ter zake niet relevante informatie als anker kan dienen. Een voorbeeld is het gooien met dobbelstenen door rechters waarna de strafmaat wel degelijk beïnvloed blijkt door de worp.[227] Ankers creëren (onbewust) verwachtingen en die verwachtingen belemmeren rationele besluitvorming.[228] Ankers kunnen ook gebruikt worden in onderhandelingen, zo kan een openingsbod als anker dienen.

3.3.5.3 Sunk costs

De (hoge) kosten van procedures stimuleren schikkingen (zie par. 3.2.2), ook al hebben beide partijen positieve verwachtingen omtrent de uitkomst van de procedure.[229] Die kosten vergroten immers de schikkingsruimte, de ruimte waarbinnen partijen beter met een schikking af zijn dan met een vonnis. Rechters zouden schikkingsmogelijkheden kunnen creëren door procespartijen te wijzen op de kosten (zowel financieel als psychisch). Daar staat tegenover dat een op basis daarvan getroffen schikking, kan worden ervaren als een onrechtvaardige schikking.[230] De

---

[225] Lynch 2019, p. 1249.
[226] Korobkin & Guthrie 1994, p. 138.
[227] Duitse rechters met meer dan 15 jaar ervaring lazen een beschrijving van een vrouw die opgepakt was voor winkeldiefstal en wierpen verzwaarde dobbelstenen, zodat het resultaat altijd 3 of 9 was. Daarna werd aan de rechters gevraagd of ze de vrouw zouden veroordelen tot een straf hoger of lager dan het geworpen aantal ogen (anker). Tot slot moesten ze de exacte straf voor de verdachte vaststellen. Rechters die een 9 hadden gegooid zouden haar tot 8 maanden gevangenisstraf hebben gegeven en rechters die een 3 hadden gegooid, kozen voor een straf van 5 maanden. Vb. uit Kahneman 2015, p. 133.
[228] Korobkin & Rachlinski 1994, p. 138.
[229] Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 105.
[230] Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 105.

stimulans om een schikking te treffen is immers niet de rechtvaardige uitkomst, maar de wens om (verdere) kosten te vermijden. Bovendien sporen proceskosten niet alle partijen in gelijke mate aan. Iemand die ze eenvoudig kan dragen, zal zich daardoor bijvoorbeeld niet per se laten leiden.

Proceskosten die nog gemaakt moeten worden, vergroten schikkingsruimte, maar reeds gemaakte kosten verkleinen de schikkingsruimte. Hoe hoger de reeds gemaakte kosten, des te kleiner de schikkingsruimte.[231] Daarom is het verstandig om vroegtijdig te schikken, voordat grote kosten zijn gemaakt.

Gemaakte kosten verkleinen de schikkingsruimte niet alleen, ze hebben ook een cognitief/psychologisch effect, de *sunk costs fallacy* genoemd. Mensen willen geloven dat zij er goed aan hebben gedaan om inspanningen te doen en kosten te maken (verminderen cognitieve dissonantie), zo beschrijven Wistrich & Rachlinski.[232] Dat leidt ertoe dat mensen de kosten die zij gemaakt hebben, en niet terug kunnen krijgen, ten onrechte meewegen in hun beoordeling van de aantrekkelijkheid van een schikkingsvoorstel. Dat is een denkfout. Wistrich & Rachlinski vonden dat ook (Amerikaanse) advocaten ontvankelijk waren voor dit effect:

> *"The money that had already been spent on litigation could not be recovered, and yet it influenced the lawyers' assessments of the case. Instead of assessing*

[231] Het volgende voorbeeld is ontleend aan Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000: Ga uit van twee risico-neutrale partijen. Een van de twee claimt 50K. De verwachte kosten voor de procedure bedragen voor beide partijen 20K. Wanneer de eiser de kans dat de claim wordt toegekend inschat op 65 procent, dan is de verwachte uitkomst van de procedure 12,5K (65 procent van Euro 50K minus Euro 20K). Wanneer de gedaagde de kans dat de vordering wordt afgewezen schat op 30 procent, dan verwacht hij dat hij 35K moet betalen (30 procent kans op verlies = 15K, vermeerderd met de proceskosten ad 20K). Met elk onderhandelingsresultaat tussen 12,5 K en 35K zijn beide partijen beter af dan met procederen. Maar als partijen al kosten gemaakt hebben, dan verandert het plaatje. Ga ervan uit dat dat partijen de kosten tot nu toe 15K bedragen. De volgende proceshandeling kost 5K. Partijen hebben hun verwachtingen omtrent de winstkansen niet bijgesteld. Het resultaat van de volgende proceshandeling bedraagt voor eiser Euro 27.5K (65 procent van Euro 50K verminderd met de kosten van de volgende proceshandeling ad 5K). De gedaagde verwacht dat hij 20K moet betalen (30 procent kans op verlies = 15K vermeerderd met de kosten van de volgende proceshandeling ad 5K). Doordat de verwachtingen ten aanzien van de proceskansen niet zijn aangepast en als gevolg van de reeds gemaakte kosten, is er geen schikkingsruimte meer. NB. Dit voorbeeld is hypothetisch in de zin dat het in de Nederlandse praktijk geen gebruik is om proceskansen in precieze percentages in te schatten.

[232] Wistrich & Rachlinski 2013, p. 615.

the settlement offer with respect to the future expected outcomes alone, the lawyers assessed it relative to past events that could not be undone." [233]

3.4. Empirie: de Nederlandse zittings- en schikkingspraktijk

3.4.1 Inleidende opmerkingen

In deze paragraaf bespreek ik met name (empirisch) onderzoek dat in Nederland is gedaan naar de schikkingspraktijk.[234]

3.4.2 Geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken

In Nederland wordt structureel onderzoek gedaan naar de vraag hoe burgers (juridische) problemen [235] oplossen. Ten behoeve van dat onderzoek wordt een steekproef gedaan onder de Nederlandse bevolking (ouder dan 18 jaar). Deelnemers krijgen de vraag voorgelegd of zij op een van de in het onderzoek betrokken terreinen[236] problemen hebben ervaren in de afgelopen vijf jaren, en zo ja, van welke soort, in welke mate en wanneer. Respondenten die aangeven problemen te hebben ervaren krijgen een probleemoplossings-enquête, waarin wordt gevraagd hoe zij het probleem hebben geprobeerd op te lossen, wat dat heeft gekost en wat het heeft opgeleverd (inclusief hoe tevreden zij met de oplossing zijn).

---

[233] Wistrich & Rachlinski 2013, p. 617. In het experiment dat Wistrich & Rachlinksi uitvoerden, dienden advocaten te adviseren over een schikkingsvoorstel in een conflict ten aanzien van contractbreuk. Daarbij werd gezegd dat onderzoek zou hebben uitgewezen dat het maximaal te vorderen bedrag $1M bedroeg en 50 procent kans dat de vordering zou worden toegewezen. De kosten van de procedure werden beraamd op $70K. Tijdens de schikkingsonderhandelingen stelde de gedaagde voor om $480K te betalen. Dat aanbod is (economisch gezien) aantrekkelijk omdat het de waarde van procederen (BATNA: *Best Alternative to a Negotiated Agreement*) overstijgt met $50k (50 procent van $1M minus $70k is $430K). Het experiment bestond uit twee versies: De deelnemende advocaten moesten het aanbod waarderen. Een deel van de deelnemende advocaten kreeg daarbij de informatie dat de juridische kosten tot nu toe $90K bedroegen en de andere groep $420K. Zouden de advocaten niet ontvankelijk zijn geweest voor de *sunk costs fallacy* zouden ze gezien hebben dat beide voorstellen even aantrekkelijk zijn. Maar 76 procent van de advocaten die de beschrijving kregen dat de kosten 90K bedroegen, accepteerde het voorstel, tegen 45 procent van de advocaten die te horen had gekregen dat de kosten al 420K bedroegen.

[234] Zie Bijleveld e.a. (red.) 2020 voor een overzicht van ELS-onderzoek in Nederland en Giessen 2020 meer specifiek voor ELS-onderzoek in de context van de mondelinge behandeling.

[235] Dat zijn problemen die via rechtsregels opgelost kunnen worden, vgl. Van Velthoven & Wijck 2016, p. 474.

[236] Werk, wonen, aanschaf producten en diensten, geld, familieleven, gezondheid en dergelijke; vgl. Van Velthoven & Wijck 2016, p. 474 en Ter Voert & Klein Haarhuis 2015.

Uit de geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken blijkt dat slechts in een klein deel van de problemen wordt geprocedeerd. Dat is niet alleen in Nederland zo[237] en dat is ook niet vreemd. Rechtseconomie voorspelt dat (vooral) geprocedeerd wordt in de complexere zaken. De eenvoudigere zaken worden geschikt. Rechtspraak is ook in Nederland een ultimum remedium. Er zijn naast rechtspraak verschillende mogelijkheden om conflicten op te lossen.

Hoewel partijen slechts in een klein deel van de civielrechtelijke problemen een procedure aanhangig maken, kan de relevantie van rechtspraak - ook waar het conflictoplossing betreft - nauwelijks worden overschat. Niet alleen vanwege de klassieke functies van rechtspraak,[238] maar ook vanwege de schaduwwerking. Als alternatieven niet tot een voor partijen bevredigende uitkomst leiden, staat nog altijd de weg naar de rechter open (bedreigingsfunctie; zie ook par. 1.4.6). Dat partijen zich tot de rechter kunnen wenden, werkt daarmee door in de wijze waarop zij hun geschillen oplossen, ook al komen die nooit bij de rechter terecht (zie ook par. 1.4.7).[239]

3.4.3 Onderzoek van Ippel & Heeger-Hertter

In 2006 onderzochten Ippel & Heeger-Hertter de communicatie tussen rechters en justitiabelen en de procesbeleving van justitiabelen en advocaten bij Mulderzittingen, strafzittingen, kort gedingen en civiele comparities.[240] Ten aanzien van de civiele

---

[237] Zie voor Amerika bijv. Lynch 2019, p. 1237.

[238] Rechtspraak heeft een bijzondere rol en een aantal (daarmee samenhangende) bijzondere functies. In literatuur worden de volgende functies de *klassieke* functies genoemd. De *rechtsverschaffingsfunctie*, die ziet op handhaving van het objectieve recht en op de beïnvloeding en handhaving van subjectieve rechten, waarbij het gaat om middelen te verschaffen voor (a) de vaststelling, (b) de totstandbrenging, (c) de wijziging, (d) de beëindiging en (e) de effectuering van materiële rechten en verplichtingen. De *bedreigingsfunctie*, die werkt als 'stok achter de deur' om schuldenaren te bewegen na te komen (komt de schuldenaar niet na, dan kan de schuldeiser hem immers laten veroordelen tot nakoming). De *politionele functie*, die beschermt tegen eigenrichting. Een effectieve wijze van rechtsverschaffing leidt, zo is de gedachte, tot een kleinere neiging tot eigenrichting. De *rechtsontwikkelingsfunctie*, die meebrengt dat op grond van de voorgelegde casus rechtsregels kunnen worden bevestigd, geïntroduceerd of geherformuleerd die (ook) relevant zijn voor soortgelijke gevallen; De *rechtseenheidsfunctie*, die eraan bijdraagt dat gelijke gevallen, gelijk behandeld worden (art. 1 Gw), maar ook bijdraagt aan rechtszekerheid doordat rechterlijke uitspraken (tot op zekere hoogte) consistent zijn.

[239] De toegang tot de rechter werkt als stok achter de deur. Een geloofwaardige dreiging van een rechterlijke interventie heeft een preventieve, remmende werking op het ontstaan van nieuwe problemen en op eigenrichting. De voorspelbaarheid van het recht speelt daarbij vanzelfsprekend een belangrijke rol.

[240] Zij hebben 40 comparities binnen de civiele sector geobserveerd en partijen, rechters en advocaten geïnterviewd.

comparities concludeerden zij dat rechters het beginsel van hoor en wederhoor toepassen, maar dat het om meer gaat dan gelijkelijk de spreektijd verdelen.[241] Justitiabelen zouden zich gehoord moeten voelen. Daarbij spelen volgens de auteurs 'communicatieve stijlen' een grote rol.[242] Zij concludeerden dat er grote verschillen waren tussen rechters:

> *"De verschillen in optreden kunnen variëren van aan het begin zeggen: 'Ik bekijk deze zaak uitsluitend juridisch' tot aan de andere kant: 'hoe voelt u zich? Ik begrijp dat dit niet makkelijk voor u ligt.' Met de wijze van optreden zet de rechter de toon en kan hij de zitting sterk beïnvloeden, en dat wederom kan de gang van het gehele geding en mogelijk zelfs de uitkomst krachtig beïnvloeden."*[243]

Ippel & Heeger-Hertter observeerden ook schikkingsinterventies als het geven van een voorlopig oordeel:

> *"In de praktijk laten rechters in de civiele sector een voorlopig oordeel veel vaker achterwege dan rechters in de kantonsector. In een derde van de zittingen geeft de rechter een indicatie. Hij doet dat pas nadat hij gevraagd heeft of partijen daar prijs op stellen, terwijl dit in de door bijgewoonde ontbindingszaken in de kantonsector in negentig procent van de zittingen wordt gedaan."*[244]

Zij concludeerden:

> *"In civiele zaken, zowel bij de kantonrechter als bij de civiele comparities, blijkt dat justitiabelen een actieve rechter op prijs stellen. Niet alleen in theorie wordt het aloude idee van de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter losgelaten, ook in de praktijk blijkt het concept van de lijdelijke sfinx niet meer te worden geapprecieerd. Ook hier moet de rechter de afstand (die tegelijkertijd ook in acht wordt genomen) zien te overbruggen."*[245]

---

[241] Ippel & Heegter-Herrter 2007, p. 116.
[242] Ippel & Heegter-Herrter 2007, p. 116.
[243] Ippel & Heegter-Herrter 2007, p. 116.
[244] Ippel & Heegter-Herrter 2007, p. 117.
[245] Ippel & Heegter-Herrter 2007, p. 169.

3.4.4 *Onderzoek van Van der Linden*

Van der Linden deed ook onderzoek naar de Nederlandse comparitiepraktijk.[246] Zij richtte zich op het doelbereik. In hoeverre werden de wettelijke doelen[247] en de doelen van partijen, advocaten en rechters tijdens de zitting behaald?[248] Ook onderzocht zij hoe procespartijen de procedure hadden beleefd (ervaren (procedurele) rechtvaardigheid). Daartoe werden 150 zittingen geobserveerd (75 bij de rechtbank Den Bosch[249] en 75 bij de rechtbank Utrecht), vragenlijsten ingevuld door partijen, advocaten en rechters en interviews met hen afgenomen.[250]

Uit het onderzoek van Van der Linden bleek dat er regelmatig wordt geschikt (32 procent),[251] in Den Bosch nog meer dan in Utrecht (41,3 procent tegen 22,7 procent).[252] In het onderzoek van Verschoof & Van Rossum (waarover hierna meer) werd een vergelijkbaar percentage gevonden. Berlemann & Christmann vonden overigens in Duitsland een vergelijkbaar schikkingspercentage.[253]

Procesdeelnemers waren in het onderzoek van Van der Linden niet heel tevreden met de getroffen schikkingen. Advocaten bleken (iets) tevredener dan hun cliënten.[254] Nog opmerkelijker is het percentage schikkingen dat door de procesdeelnemers als dwangschikking werd ervaren. In Utrecht was dat percentage 29,4, in Den Bosch 48,4.[255]

Het onderzoek van Van der Linden levert geen (duidelijke) verklaring op voor het verschil tussen Utrecht en Den Bosch. Het hogere percentage dwangschikkingen zou kunnen samenhangen met het hogere percentage getroffen schikkingen in Den

---

[246] Thans mondelinge behandeling.
[247] De mondelinge behandeling had ten tijde van het onderzoek twee wettelijke doelen: (1) het beproeven van een schikking (art. 87 Rv), (2) het verkrijgen van inlichtingen van partijen (art. 88 Rv). Maar in het onderzoek werd een in de praktijk erkende derde doelstelling (overleg met partijen over het vervolg van de procedure) meegenomen (Linden 2010, p. 77).
[248] Van der Linden definieerde 24 persoonlijke doelen, variërend van 'oplossing voor het probleem', 'zelf meer duidelijkheid krijgen', tot meer 'rust', 'gerechtigheid' en 'gelijk krijgen' (Linden 2010, p. 98).
[249] Thans rechtbanken Midden-Nederland en Oost-Brabant.
[250] Van der Linden, p. 11.
[251] Van der Linden, p. 79.
[252] Van der Linden, p. 79.
[253] Berlemann & Christmannn 2019. Van de 860 te beslechten geschillen werd in 279 gevallen geschikt (30 procent).
[254] Van der Linden, p. 79.
[255] Van der Linden, p. 83-85.

Bosch, maar ook met een cultuurverschil tussen beide rechtbanken.[256] De vraag naar een toelichting wat maakte dat procespartijen een schikking als dwangschikking ervoeren, leverde verschillende antwoorden op. [257] Van der Linden concludeerde:

> *"Er lijken uit deze antwoorden twee lijnen naar voren te komen. Ten eerste lijkt de stelligheid waarmee de rechter partijen de voor- en nadelen voorspiegelt en/of een voorlopig oordeel geeft van belang. Daarbij gaat het er partijen vooral om dat de rechter de argumenten van één van hen niet aandikt of dat de rechter niet op zo'n manier te werk gaat dat zij moedeloos worden. Ten tweede vinden sommige procesdeelnemers het niet prettig als er te lang door gehamerd wordt op een schikking. Drammerigheid is in de visie van partijen en advocaten niet gewenst. De moeilijkheid met deze twee lijnen is echter dat het sterk subjectieve percepties van partijen zijn. Wat de ene partij als een zeer stellig voorlopig oordeel of als door hameren beschouwt, ervaart de andere partij mogelijk niet zo. Mogelijk ligt de oplossing bij het meer (dan nu het geval is) vragen naar en aansluiten bij de beleving van partijen bij het beproeven van een schikking."* [258]

Van der Linden ging ook in op de vraag of dwangschikkingen onwenselijk zijn of niet en concludeerde dat de literatuur ten aanzien daarvan niet uitgekristalliseerd is.[259]

---

[256] Van der Linden, p. 84.

[257] Van der Linden, p. 85: Partijen gaven de volgende antwoorden: 1. "De rechter zei dat ik zou verliezen als ik zou doorprocederen."; 2. "De rechter waarschuwde ons voor de lange duur en een hoop gedoe met getuigen."; 3. "Er werd door de rechter stevig op de voordelen van schikken gewezen. Alle voor- en nadelen werden uitdrukkelijk geschetst."; 4. "Het leek of de rechter geen zin had in de zaak en er zo snel mogelijk vanaf wilde. Verder vertelde de rechter dat schikken de beste oplossing was. Anders zou het nog meer geld gaan kosten. Toen had ik geen keus meer."; 5. "De rechter wilde persé vandaag een uitkomst."; 6. "De rechter heeft ons met dreigende klemtoon naar de gang verwezen om te onderhandelen. Verder bleef de rechter maar aandringen dat schikken beter was dan doorprocederen."; 7. "De rechter liet mij na de schorsing waarin wij een schikking overeengekomen waren, eerst beloven dat ik bij die schikking zou blijven en daarna gaf hij toe, dat hij een fout in zijn voorlopig oordeel had gemaakt [in mijn nadeel]."; 8. "Ik vond de rechter te stellig in zijn voorlopig oordeel. Daardoor werd alle mogelijkheid tot onderhandelen weggenomen en kreeg ik het gevoel dat doorprocederen moeilijk en onbetaalbaar zou zijn." Advocaten gaven de volgende verklaringen: 1. "De rechter veegde op voorhand al onze argumenten van tafel en gaf een hard voorlopig oordeel. Hierdoor was alle ruimte weg om te onderhandelen en werd mijn cliënt moedeloos."; 2. "De rechter stelde de argumenten van de wederpartij zwaarwegender voor dan zij waren. Deze waren in ons nadeel."; 3. "De rechter heeft te veel aangedrongen op een schikking."; 4. "De rechter heeft meerdere malen aangegeven dat schikken de goedkoopste optie zou zijn om dit geschil op te lossen. Mijn cliënt heeft onvoldoende middelen dus we zijn uiteindelijk maar tot een schikking gekomen."; 5. "De rechtbank heeft een vaste lijn in de jurisprudentie voor dit soort zaken. Als we niet schikken, dan zal het vonnis bijna altijd nadelig zijn."

[258] Van der Linden, p. 85.

[259] Van der Linden, p. 86.

Van der Linden biedt drie perspectieven. Ten eerste dat dwangschikkingen moeten worden voorkomen. Ze lijken op gespannen voet te staan met het uitganspunt dat overeenkomsten uit vrije wil moeten worden aangegaan. Het is onprettig voor partijen als zij het gevoel hebben dat zij door de rechter gedwongen worden te schikken.[260] Een tweede perspectief is dat partijen door te gaan procederen de zaak uit handen geven aan de rechter. Die zal een oordeel over het geschil en de standpunten vellen. Dat kan ter zitting, maar anders later in het vonnis. Waarom dan niet al ter zitting? De beleving dat een schikking is opgedrongen door een voorlopig oordeel, is volgens Van der Linden:

> *"in feite een weerspiegeling van zijn teleurstelling over de uitkomst van de procedure... Vanuit dit perspectief zijn dwangschikkingen niet problematisch."*[261]

Een derde perspectief verbindt de dwangschikking met ervaren rechtvaardigheid:

> *"Blijkbaar gaat de wijze waarop de rechter een schikking beproeft bij een aantal procesdeelnemers ten koste van hun gevoel van participatie/inbreng, van hun gevoel met respect door de rechter te worden behandeld en ten koste van hun gevoel goed geïnformeerd te worden door de rechter over wat er gaande is tijdens de zitting."*[262]

3.4.5 Onderzoek van Eshuis

Uit onderzoek van Eshuis blijkt dat schikkingen beter worden nagekomen dan vonnissen (gemeten drie jaren na het einde van de procedure: 85,1 procent tegen 73,5 procent).[263] Opmerkelijk is dat uit dit onderzoek ook blijkt dat de ervaren rechtvaardigheid van zowel uitkomst als procedure hoger is bij zaken die met een

---

[260] Van der Linden, p. 86.
[261] Van der Linden, p. 86.
[262] Van der Linden, p. 86-87. Deze drie perspectieven gaan wat mij betreft samen. Voorkomen zou moeten worden dat partijen (objectief) gedwongen worden te schikken. Schikkingen met objectieve dwang zijn in strijd met het beginsel van de contractsvrijheid. Ik vraag me wel af of dit aan de orde is. Dat een partij zich gedwongen voelt te schikken omdat hij weet dat als hij niet schikt, hij verliest, is wellicht een subjectief ervaren dwang, maar lijkt mij niet problematisch. Daarenboven kunnen inzichten uit de theorie omtrent ervaren rechtvaardigheid helpen om schikkingen te beproeven op een wijze waarop partijen zich rechtvaardig behandeld voelen.
[263] Eshuis 2009, p. 45.

vonnis zijn beslecht dan bij zaken die met een schikking zijn geëindigd.[264] Van der Linden kwam tot dezelfde opmerkelijke conclusie.[265]

3.4.6 Onderzoek van Praagman

Praagman vergeleek verschillende comparitierechters in dezelfde zaak met elkaar. Rechters hielden een (gesimuleerde) comparitie waarbij partijen en advocaten werden gespeeld door dezelfde acteurs, zodat verschillen in uitkomst niet kwamen door de feiten, de partijen en hun advocaten, maar terug te voeren waren op rechterlijk optreden. Hoewel de zaak, de procespartijen en de advocaten hetzelfde waren, waren er (behoorlijke) verschillen in de uitkomst.[266] De uitkomsten waren: drie schikkingen, een aanhouding, een uitspraak en een verwijzing naar mediation.[267] Praagman concludeerde:

> *"Hiermee moet een verklaring voor de verschillen in de afdoeningsvorm worden gezocht bij de (werkwijze van de) rechters."*[268]

En vervolgens:

> *"Dit suggereert dat er een link bestaat tussen de persoonlijke opvattingen over (wat geschikt is als) de uitkomst en de wijze waarop de rechter partijen vervolgens begeleidt en dat hiermee indirect mogelijk ook de verschillende afdoeningsvormen kunnen worden verklaard. De afdoeningsvorm lijkt hiermee te worden bepaald door een samenspel van factoren, zoals bijvoorbeeld welke afdoeningsvormen een rechter voor ogen heeft en zijn opvattingen over hoe je je als rechter bij het begeleiden richting een afdoeningsvorm dient op te stellen, maar ook door de mate waarin en de manier waarop hij vervolgens (een variëteit aan) vaardigheden inzet, het moment waarop dit gebeurt en de volgorde*

---

[264] Eshuis 2009, p. 89-92.
[265] Van der Linden 2010, p. 160 onder verwijzing naar Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009. Van der Linden trekt de conclusie voor de drie door haar gemeten varianten van ervaren rechtvaardigheid (procedurele, interpersoonlijke en informatieve rechtvaardigheid) en geeft daarbij aan dat de uitkomst van de procedure een rol lijkt te spelen, doordat in zaken waarin men de uitkomst al weet (schikkingen) de ervaren rechtvaardigheid minder is dan in zaken waarin men de uitkomst nog niet kent.
[266] Praagman 2011.
[267] Praagman 2011, p. 14.
[268] Praagman 2011.

hiervan. Dit alles lijkt invloed te hebben op de manier waarop de comparitie wordt vormgegeven en het uiteindelijke resultaat van de zitting."[269]

Praagman concludeert daarom dat naar de taakopvatting van rechters moet worden gekeken voordat de methode van conflictoplossing breed kan worden geïmplementeerd.[270]

3.4.7 Onderzoek van Van der Kraats

Van der Kraats onderzocht of er verschillen bestaan tussen het proces(verloop) bij de kantonrechter en de civiele rechter en de betekenis daarvan. Haar onderzoek bestond uit dossieronderzoek van zaken met een belang tussen 5 duizend en 25 duizend euro en uit interviews met rechters van de rechtbanken Den Haag, Amsterdam en Utrecht (vijf van elke rechtbank).[271] Van der Kraats concludeerde op basis van het dossieronderzoek dat er veel meer overeenkomsten dan verschillen zijn tussen kantonrechters en civiele rechters in de wijze waarop zij het procesrecht hanteren en het proces verloopt.[272]

Voor inzicht in de schikkingspraktijk is haar conclusie relevant dat de taakopvatting op basis van de door haar afgenomen interviews niet of nauwelijks afhankelijk lijkt van het type rechter of de persoon van de rechter:

"De geïnterviewde rechters zien het allemaal als hun taak om geschillen te beslechten door een uitspraak te doen of partijen te laten schikken."[273]

3.4.8 Onderzoek van Verschoof & Van Rossum

Verschoof & Van Rossum hebben ook gekeken naar de schikkingsinterventies van Nederlandse rechters.[274] Zij onderscheidden schikkingsinterventies in:

---

[269] Praagman 2011.
[270] Praagman 2011.
[271] Van der Kraats 2017, p. 8-17.
[272] Van der Kraats 2017, p. 211.
[273] Van der Kraats 2017, p. 134.
[274] Eshuis plaatst positief commentaar en enkele kritische kanttekeningen bij het onderzoek van Verschoof & Van Rossum. Die kritiek ziet voornamelijk op de selectiecriteria voor de betrokken zaken (en de gevolgen daarvan) en de rol van de onderzoekers die een normatieve invalshoek zouden hebben (die op gespannen voet zou kunnen staan met het streven om een objectief onderzoek uit te voeren).

Procesinterventies: interventies die zien op het op gang brengen en houden van het schikkingsproces. Een voorbeeld is het stellen van de vraag: "Wilt u praten over een regeling?" [275] Ook schorsen is een procesinterventie. Verschoof & Van Rossum vonden een statistisch significant verband tussen het schorsen van de zitting en schikken, maar de richting is niet duidelijk. Leiden schorsingen tot meer schikkingen, of leidt schikkingsbereidheid tot schorsingen?[276]

Inhoudelijke interventies: interventies die partijen helpen bij het bepalen van hun onderhandelingspositie of strategie, of ruimer die van invloed kunnen zijn op de inhoud van de onderhandelingen of het denken over een regeling. Een voorbeeld is het geven van voorlopige oordelen of het (gedeeltelijk) toe- of afwijzen van de vordering.[277] Het deels toe- of afwijzen lijkt effect te hebben in de zin dat daardoor meer geschikt wordt, maar Verschoof & Van Rossum vonden het aantal zaken te klein om betrouwbare conclusies te trekken. [278] Voorlopige oordelen over de bewijslastverdeling leidden eveneens tot meer schikkingen.[279] Er was geen verband tussen de uitkomst en voorlopige oordelen over juridische stellingen. [280] Voorlopige oordelen over juridische stellingen lijken dus niet te helpen. Het geheel toe- of afwijzen lijkt ook geen invloed te hebben.[281] Verschoof & Van Rossum geven als mogelijke verklaringen dat een dergelijk verstrekkend voorlopig oordeel schikkingsruimte wegneemt, dat een gevoel van gezichtsverlies belemmerend kan werken en dat een partij in wiens nadeel een dergelijk voorlopig oordeel is, een vonnis verkiest om de mogelijkheid van hoger beroep te behouden.[282] Eigen voorstellen van rechters over de inhoud van schikkingen leiden ook tot meer schikkingen.[283]

---

[275] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 26.
[276] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 110-115.
[277] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 6.
[278] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 120.
[279] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 120.
[280] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 119.
[281] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 119-120.
[282] Mogelijk kan het viervoudig patroon van *loss aversion* hiervoor ook verklaringen bieden (par. 3.3.3.5). Een verstrekkend voorlopig oordeel in het nadeel van degene die iets te verliezen heeft, zal leiden tot risicozoekend gedrag (vonnis vragen).
[283] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 129-131.

Dwang wordt het meest ervaren in zaken waarin partijen doorprocederen. Het lijken met name de inhoudelijke interventies te zijn die tot ervaren dwang leiden.[284]

Conflictinterventies: interventies die ingaan op het onderliggend conflict.[285] Opmerkelijk is dat conflictinterventies en de uitkomst nauwelijks verband met elkaar hielden.[286] De diepgang van de conflictinterventies en de zittingsfase waarin deze werden verricht, waren volgens Verschoof & Van Rossum geen goede voorspellers van de uitkomst van de zitting.[287] Verschoof & Van Rossum stelden dat in 50 procent van de gevallen waarin rechters niet ingingen op het onderliggend conflict, er wel degelijk iets speelde onder de oppervlakte. Rechters die wel aandacht gaven aan een mogelijk onderliggend conflict, daar waar het er niet was, kregen heel weinig kritiek van partijen. Wel nam de door partijen ervaren (procedurele) rechtvaardigheid toe als de diepgang van de conflictinterventies toenam (marginaal statistisch verband).[288]

Verschoof & Van Rossum observeerden tijdens 97 zaken 553 procesinterventies, 533 inhoudelijke interventies en in 89 zaken 186 conflictinterventies. De conflictinterventies waren in hun onderzoek "regelmatig afhoudend tot niet meer dan oppervlakkig en werden ook geregeld maar bij één persoon gelegd".[289] Met andere woorden: schikkingsinterventies lijken alomtegenwoordig, maar de conflictinterventies komen het minst voor (kwantiteit) en zijn weinig diepgaand (kwaliteit). Verschoof & Van Rossum onderscheidden voorts verschillende factoren die van invloed zijn op schikkingsinterventies en het bereiken van schikkingen. Ze bespreken een groot aantal aspecten die in meer of mindere mate effect sorteren op het al dan niet bereiken van een minnelijke regeling. Het voert te ver al die omstandigheden te bespreken. Ik bespreek een selectie.

---

[284] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 256.
[285] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 25.
[286] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 148.
[287] Verschoof & Van Rossum 2018, pp. 141-148.
[288] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 279.
[289] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 343.

3.4.8.1 Wat heeft volgens het onderzoek van Verschoof & Van Rossum effect?

De hoogte van de vordering (hoe hoger, des te lastiger het is om te schikken) en de zittingservaring van rechters (meer ervaring leidt tot meer schikkingen) hebben effect op schikkingskansen. Verschoof & Van Rossum concluderen dat naarmate het financiële belang toeneemt een regeling moeilijker is te treffen, vooral vanaf 25 duizend euro, en dat dit in overeenstemming is met inzichten uit rechtseconomische en psychologische literatuur. Mensen zouden minder geneigd zijn tot onderhandelen en compromisvorming als er financieel meer op het spel staat.[290] Zaken met een kleiner financieel belang en kantonzaken vielen in het onderzoek samen. De auteurs vermoeden dat de werkelijke prikkel tot schikken in hun onderzoek het financieel belang was en niet de eigenaardigheid van de kantonzitting (maar het onderzoek leverde geen data op om die hypothese te testen).[291]

De rechters die door Van der Kraats in haar onderzoek daarnaar waren gevraagd veronderstelden dat rechters met meer zittingservaring makkelijker schikken.[292] Het onderzoek van Verschoof & Van Rossum bevestigde dit.[293]

In het Duitse onderzoek van Berlemann & Christmann was het hebben van een PhD een van de determinanten voor schikkingen. Een rechter met PhD schikte 14,9 procent vaker.[294] Berlemann & Christmann geven daarvoor twee mogelijke verklaringen. Procespartijen zouden zich meer aantrekken van voorlopige oordelen van een rechter met doctorstitel of als hij/zij zegt dat schikken verstandig is. Een tweede verklaring is dat rechters met een PhD creatieve manieren vinden om hun werkdruk te managen en in schikken een instrument vinden om dat te doen.[295]

3.4.8.2 Wat heeft volgens het onderzoek van Verschoof & Van Rossum geen invloed?

De *relational-distance-theory* veronderstelt dat partijen die nog een toekomstige relatie met elkaar hebben, eerder tot schikken bereid zouden zijn. Verschoof & Van

---

[290] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 52, onder verwijzing naar J.Z. Rubin & B.R. Brown, *The social Psychology of Bargaining and Negotiation*, New York, Academic Press 1975, p. 136 en I. Morley & G. Stephenson, *The social Psychology of Bargaining*, Hove: Psychology Press 2015.
[291] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 54.
[292] Van der Kraats 2017, p. 133.
[293] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 56.
[294] Berlemann & Christmann 2019, p. 14-15.
[295] Berlemann & Christmann 2019, p. 15.

Rossum vinden daar evenwel geen bewijs voor.[296] Wel maken zij meer werkafspraken.[297]

Verschoof & Van Rossum hebben partijen gevraagd of zij met de wederpartij tijdens de zitting op zoek wilden gaan naar een oplossing. Als dat voornemen bestond, hield dat opmerkelijk genoeg geen verband met de uitkomst van de zitting.[298]

3.4.8.3 Wat is nog onduidelijk?

Eisenberg & Farber vonden dat particulieren eerder geneigd zijn te procederen dan ondernemingen.[299] Verschoof & Van Rossum vonden geen statistisch relevant verband tussen de soort partij (particulier/zakelijk) en de uitkomst. Waarschijnlijk, zo concluderen zij, omdat het aantal zaken te gering was.[300]

Wanneer voor een zitting minder tijd wordt ingepland, leidt dat volgens Verschoof & Van Rossum tot meer schikkingen. Maar de duur van de zitting hangt ook samen met het belang van de zaak, de complexiteit ervan en de absolute competentie (kanton/rechtbank). Het effect kan dus ook samenhangen met andere variabelen.[301]

In de rechtsgebieden familie, huur, arbeid, koop en einde samenwerking lijkt iets meer geschikt te worden dan in andere zaken (zoals wanprestatie/nakoming), maar

---

[296] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 62.

[297] Een werkafspraak wordt gemaakt wanneer partijen concluderen dat zij met elkaar willen verder praten over een regeling, maar daarvoor de zaak willen aanhouden. Verschoof & Van Rossum verwachten dat werkafspraken leiden tot meer schikkingen, maar dat hebben zij niet onderzocht . Verschoof & Van Rossum 2018, p. 62-63.

[298] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 98. De motivering van hun voornemen liet wel duidelijke rode lijnen zien. Wanneer partijen een oplossing wilden zoeken, dan werd dat het vaakst ingegeven door de behoefte aan rust en belang bij een snelle afloop. Als ze die niet wilden zoeken, dan kwam dat het vaakst omdat zij vonden dat ze gelijk hadden, ze het een principiële zaak vonden en ze de wederpartij niet vertrouwden (p. 100-107).

[299] Eisenberg & Farber modelleerden dat de kans op procedures groter is wanneer de eisende partij een particulier is dan wanneer de eisende partij een onderneming is (1997, p. 111). Met empirisch materiaal bestaande uit 200 duizend Amerikaanse rechtszaken vonden zij bewijs voor de hypothese. De gedachte is dat ondernemingen de beslissing om te gaan procederen vaker baseren op een financiële kosten-batenanalyse (*profit-maximizing behavior*; p. 97). Particulieren zouden geen *income or profit-maiximizers* zijn, maar *utility-maximizers*, en (p. 98): *"It is reasonable to assume that there is substantial variation across individuals with regard to their nonpecuniary tastes for confrontation and litigation."* Ook vonden Eisenberg & Farber in lijn met het voorgaande bewijs dat particulieren zwakkere zaken aanbrachten dan ondernemingen, hetgeen leidde tot een lager winstpercentage (p. 111).

[300] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 61-62.

[301] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 66.

Verschoof & Van Rossum vonden de aantallen te klein om harde uitspraken te doen. Het onderscheid hangt mogelijk ook samen met het financiële belang van de zaken.[302]

Verschoof & Van Rossum vonden dat mannelijke rechters vaker schikten dan vrouwelijke, maar concludeerden dat de verschillen waarschijnlijk terug te voeren waren op andere gegevens.[303] In dit verband is het onderzoek van Berlemann & Christmann interessant. Zij deden onderzoek naar de Duitse praktijk. Gender speelt in hun data over de gehele linie geen rol, maar wanneer per rechtsgebied wordt gekeken wel. In huurzaken schikken vrouwelijke rechters meer. En in onrechtmatige daads-zaken schikken mannen meer:

> *"Although we cannot formally test why female judges are more effective in arranging settlements in tenancy law but the opposite holds true in tort law, we nevertheless might speculate somewhat about possible reasons for these findings. One possible explanation is that tenancy cases typically originate from frictions in the long-term relationship between the litigants (and often, continuing of this relationship is at least essential for one party), whereas the relationships in tort law cases are typically somewhat coincidental. Female arbitrators might be more able to moderate and also more empathetic regarding existing malfunctioning relationships than their male counterparts, but they might lack these skills in the direct and volatile confrontations of tort law cases. A different (and perhaps somewhat more provocative) explanation might be that female judges are more sensitive to the outcomes of lawsuits: failing to settle a tenancy case may often result in a delicate situation for the tenant as the inferior contract party, for example, in the case of a forced eviction. Settling a tort law case, however, might be perceived by a female judge as unfair to the victim or insufficient for restoring public order. Thus, a female judge may subconsciously prefer to express her beliefs in a court ruling and thereby suppress her commitment to settling."*[304]

[302] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 55.
[303] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 57.
[304] Berlemann & Christmann 2019, p. 21.

Op basis van hun onderzoek formuleren Verschoof & Van Rossum 30 (onderbouwde) aanbevelingen voor de praktijk, maar ook aanbevelingen voor vervolgonderzoek waaronder de onderzoek naar de onderhandelingen op de gang.[305]

3.4.9 Onderzoek van Wijntjens

Wijntjens deed onderzoek naar de rol van excuses in aansprakelijkheidskwesties en medische tuchtrechtspraak.[306] Zij stelt dat de belangrijkste vooronderstelling die in literatuur wordt gedaan over excuses is dat het aanbieden van excuses zou kunnen leiden tot het erkennen van aansprakelijkheid. Zij is hiervan in haar uitgebreide jurisprudentieonderzoek slechts twee gevallen tegengekomen en concludeert:

> *"Excuses kunnen dus slechts onder zeer specifieke omstandigheden en in zeer zeldzame gevallen gelden als een erkenning van civielrechtelijke aansprakelijkheid."* [307]

Uit haar onderzoek blijkt dat het veel vaker voorkomt dat excuses worden gebruikt in het kader van het vaststellen van de feiten. Wijntjens vond evenwel ook dat excuses ook voordelen hebben. De rechter kan excuses zien als een omstandigheid die meeweegt bij het invullen van open normen, of als een schade beperkende maatregel. Het aanbieden van excuses werkte in die gevallen in het voordeel van de aansprakelijk gestelde persoon. De nadruk die in literatuur wordt gelegd op de juridische risico's van het aanbieden van excuses is volgens Wijntjens dan ook onterecht: veel vaker hebben excuses juist allerlei positieve gevolgen:

> *"Niet alleen heeft het aanbieden van excuses in zijn algemeenheid positieve consequenties voor het slachtoffer, excuses blijken juist ook positieve juridische consequenties te hebben voor de aanbieder van de excuses. Het feit dat excuses zijn aangeboden blijkt immers regelmatig in het voordeel van de aanbieder te worden meegewogen."* [308]

---

[305] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 404.
[306] Wijntjens 2020a en Wijntjens 2020.
[307] Wijntjens 2020b, p. 3222.
[308] Wijntjens 2020b, p. 3224.

3.5 Overig

In 2019 verscheen een verzamelbundel onder redactie van De Groot & Steenberghe over de mondelinge behandeling in civiele zaken. Het boek is bedoeld als naslagwerk en behandelt veelvoorkomende aspecten van de mondelinge behandeling vanuit een multidisciplinaire invalshoek, bestemd voor rechters en rechtsbijstandsverleners die weinig "gelegenheid hebben voor diepgaand onderzoek in de verspreide bronnen".[309]

Met name het hoofdstuk van Steenberghe over de mondelinge behandeling en de schikking is voor mijn onderzoek relevant, zij het dat dit hoofdstuk vooral geschreven is vanuit het perspectief van de rechter en (enkel) ziet op de zitting.[310] Steenberghe geeft veel praktische handvatten aan rechters met betrekking tot de schikkingspraktijk, waarbij hij zich baseert op eigen ervaringen, maar ook nadrukkelijk op empirisch onderzoek van onder andere Van der Linden en Verschoof & Van Rossum (zie ook hiervoor par. 3.4.4 en 3.4.8). Wat er op de gang gebeurt wordt in het hoofdstuk niet beschreven. Ook niet in het hoofdstuk van Ten Haaft dat gaat over de mondelinge behandeling vanuit het perspectief van de advocaat.[311] Zij reflecteert wel op schikkingsinterventies vanuit het perspectief van de advocaat. Strikt formeel valt wat op de gang gebeurt ook buiten het bestek van de mondelinge behandeling, want die is geschorst.

In mijn reflecties refereer ik regelmatig aan dit multidisciplinaire handboek van De Groot & Steenberghe, maar ook aan een ander handboek voor rechters in eerste aanleg van de hand van Ahsmann.[312]

In 2020 verscheen een omvangrijke bundeling van het empirisch-juridisch onderzoek in Nederland van de afgelopen 25 jaar.[313] Zoals in 3.4 is besproken is er de afgelopen jaren meermaals empirisch onderzoek gedaan naar de zitting in civiele procedures. De *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies* is vanzelfsprekend veel breder. Met name de bijdragen van Smit e.a. (25 jaar empirisch-juridisch onderzoek in Nederland – Een inleiding tot de Encyclopedie ELS)[314], Langbroek (Rechtspleging –

[309] De Groot & Steenberghe 2019, p. 18.
[310] Steenberghe 2019, p. 363-465.
[311] Ten Haaft 2019, p. 473-502.
[312] Ahsmann 2020.
[313] Bijleveld e.a. (red.) 2020.
[314] Smit 2020, p. 11–22.

Empirisch onderzoek naar het functioneren van de rechterlijke organisatie),[315] Ter Voert (Advocatuur),[316] Giesen (Burgerlijk procesrecht – Empirisch onderzoek binnen het burgerlijk procesrecht: over het 'inkleuren' van een grote landkaart)[317] en Simon Thomas (Mediation – Ruim 25 jaar mediation in Nederland)[318] waren voor mijn onderzoek relevant. Ik haal deze auteurs op verschillende momenten aan.

Voor het overige ging de door mij gevonden literatuur vooral over evaluaties van de verschillende pilots die in het kader van MER zijn uitgevoerd.[319]

3.6 Conclusies

Ik heb geen met dit onderzoek vergelijkbaar onderzoek gevonden. De aandacht die er al is voor schikkingsonderhandelingen is in wetenschappelijke literatuur niet gericht op Nederland en wat hier *feitelijk* tijdens schikkingsonderhandelingen gebeurt. Hoe verhoudt mijn onderzoek zich tot ander onderzoek? De schikkingspraktijk is in Nederland eerder onderzocht. Dat onderzoek is met name gericht op de zittingspraktijk en in hoeverre die conflictoplossing ondersteunt, op rechters en hun interventies. Die op de rechter en rechtspraak gerichte aandacht past bij de (actieve) regierol van de rechter en de discussie hoe die ingevuld zou moeten worden. Uit dat onderzoek blijkt dat partijen in ongeveer 30 procent van de zaken ter zitting schikken en dat schikkingen beter worden nagekomen dan vonnissen, maar ook dat zaken waarin geschikt wordt minder hoog scoren op ervaren rechtvaardigheid dan zaken waarin gevonnist wordt. Onderzoek laat ook zien welke factoren van invloed zijn op de schikkingskansen en welke interventies van rechters kunnen helpen. Er is in literatuur ook aandacht voor de veranderende rol van de rechter op het gebied van conflictoplossing. Dat onderzoek richtte zich vooral op de zitting, terwijl mijn onderzoek vooral gericht is op het schikkingsproces op de gang. Dat is tot nu toe een blinde vlek.

Rechtseconomisch kan een procedure gezien worden als een fout. Rationeel handelende procespartijen procederen niet. Zij schikken en besparen de

---

[315] Langbroek 2020, p. 133-160.
[316] Ter Voert 2020, p. 161-184.
[317] Giesen 2020, p. 357.
[318] Simon Thomas 2020, p. 443-468.
[319] Zie bijv. Mak 2019; Van der Kraats 2019; Wetzels 2019.

proceskosten, althans als zij de proceskansen allebei adequaat inschatten (divergerende verwachtingen), zij niet over private, voor het geschil relevante informatie beschikken, zij bereid en in staat zijn het surplus eerlijk te verdelen en hun vertegenwoordigers zich niet laten leiden door eigenbelangen. In de praktijk blijken mensen niet rationeel te handelen. Uit gedragseconomisch onderzoek blijkt dat er allerlei denkfouten en heuristieken zijn die leiden tot irrationele procesbeslissingen. Veel van dit onderzoek bestaat uit laboratoriumexperimenten. Ik heb de bevindingen daaruit niet empirisch getest. Ze helpen bij het vinden van verklaringen van mijn observaties.

4 Wat aan de zitting voorafging

4.1 Inleidende opmerkingen

Dit onderzoek is gericht op het vinden van een antwoord op de vraag wat er op de gang gebeurt. Partijen en advocaten vertelden mij ook interessante dingen over wat zij allemaal voor de procedure hebben gedaan (of niet) om tot oplossingen te komen. Daarop is dit hoofdstuk gebaseerd. Ik ben zelf niet bij dat voortraject geweest, dus het is wel zaak voorzichtig te zijn met het trekken van conclusies.

Ik heb zaken geobserveerd waarin voor de zitting geen enkele schikkingspoging is ondernomen, waarin partijen vertelden hun uiterste best te hebben gedaan om te schikken en van alles daartussenin. In de helft van de zaken (twaalf) is nauwelijks onderhandeld voorafgaand aan de zitting. Wat vertelt mijn empirisch materiaal daarover? En hoe verhouden mijn bevindingen zich tot de door mij gevonden literatuur (zie par. 2.2 en hoofdstuk 3)?

4.2 Vermeende zwart-wit-zaken

4.2.1 Empirisch materiaal

In een aantal gevallen vertelden partijen en advocaten dat er geen schikkingsoverleg had plaatsgevonden omdat de wederpartij niet had gereageerd op sommaties of concept-dagvaardingen, zoals advocaat 24[320] zei:

> *"Er is contact geweest. Niet met de advocaat, maar wel met meneer, ik ben even zijn naam kwijt, de wederpartij en zijn toenmalige adviseur. Dat is nog geweest met het incassobureau. Ik heb nadien nog geprobeerd om contact te leggen. Dat is niet gelukt. Dus zijn we uiteindelijk gaan dagvaarden."*

[320] Ik heb geprobeerd om zoveel mogelijk te voorkomen dat citaten herleidbaar zijn tot individuele personen. Daarom heb ik besloten om advocaten te nummeren.

Onderzoeker: *"(...) Is het niet gelukt om contact te krijgen of is het niet gelukt om in dat contact tot een regeling te komen?"*

Advocaat 24: *"Geen respons op mijn sommaties, laat ik het zo maar zeggen."*

Verschillende advocaten en procespartijen vertelden dat zij de wederpartij een conceptdagvaarding stuurden. Als een reactie uitbleef, werd de dagvaarding betekend. Logisch. Ik heb overigens niet geverifieerd of er daadwerkelijk en in het geheel niet gereageerd werd, of dat de vordering bijvoorbeeld kort en krachtig werd betwist. Duidelijk is in ieder geval dat pre-procedurele schikkingspogingen beperkt waren in zaken die door partijen als zwart-wit werden gezien, of waarin partijen (snel) concludeerden te ver uit elkaar te zitten.

Advocaat 25: *"Nee. Voor deze zitting is geen enkel overleg of correspondentie geweest anders dan het uitwisselen van de processtukken en heel even mailverkeer naar aanleiding van uw verzoek."*

Onderzoeker: *"Oké. Kunt u dat verklaren?"*

Advocaat 25: *"Ja, ik denk dat beide partijen heel zeker van hun zaak zijn of waren. Omdat, en dat gaf ik voor de zitting al aan in een telefoontje dat wij gepleegd hebben, volgens mij is het heel zwart-wit. En als je zuiver juridisch gaat kijken is het ook heel zwart-wit. Want er is of een geldlening en die is wel of niet verjaard. Kijk: rechtsverwerking? Ja, tegen beter weten in. Ik snap ook dat dat geen haalbare kaart is. Hetzelfde geldt, ondanks dat ie daar heel stellig in is, het standpunt van de klant dat die zegt: 'Ik heb de documenten nooit zelf ondertekend'."*

Advocaat 24 – die een eiser bijstond - leerde tijdens de procedure dat er andere belangen speelden dan die waarover partijen procedeerden.

Onderzoeker: *"En als ik u de vraag zou stellen: wat denkt u dat maakt dat partijen er niet voor de procedure uitgekomen zijn? Heeft u daar een idee bij?"*

Advocaat 24: *"Eigenlijk vanwege het achterliggende probleem. Omdat de pijn op een heel ander vlak ligt dan waar het in deze procedure om gaat. En dat maakt het wel lastig."*

Onderzoeker: *"Maar waren partijen zich daarvan bewust van tevoren? Kunt u dat inschatten?"*

> Advocaat 24: *"Nee. Nou, ik moet zeggen: ik zelf ook niet. Omdat ik geen contact heb gehad met de wederpartij en ik alleen maar het verhaal kende van mijn klant en van het incassobureau dat hiermee bezig was. Dus het was voor mij ook lastig om in te schatten waar nou precies de pijn zat, of dat nu inderdaad een achterliggende oorzaak had. En wat die oorzaak dan zou zijn. Ja, ik heb er zelf ook niet … uhm … ik heb dat eigenlijk pas op de zitting gemerkt."*

In acht zaken speelden beperkte pre-procedurele schikkingspogingen doordat de zaak door de betrokkenen gezien werd als zwart-wit of met weinig schikkingsruimte. Opmerking verdient overigens dat in deze zaken maar beperkte rechtsvragen speelden. Partijen waren vooral verdeeld over de feiten. Er was iets wel gebeurd, of niet. Iets was afgesproken of niet. Er was betaald. Of niet. De verjaring was gestuit of niet.

4.2.2 Reflectie

Zoals in par. 3.2.2 is besproken, wordt een procedure rechtseconomisch als een fout gezien: procederen kost geld. Daardoor zijn partijen gezamenlijk financieel gezien met een procedure financieel slechter af dan zonder.[321] Ze kunnen de kosten van de procedure beter verdelen dan procederen. Procedures komen desondanks veelvuldig voor, ook in zaken waarin er objectief gezien schikkingsruimte is. De literatuur geeft daarvoor verschillende redenen (zie par. 3.2.3 t/m 3.2.7): partijen hebben divergerende verwachtingen,[322] ze beschikken over verschillende voor het geschil relevante informatie,[323] ze onderhandelen strategisch en willen zich een te groot deel van het surplus toe-eigenen[324] en/of er spelen eigenbelangen van advocaten[325]. Het idee dat een zaak zwart-wit is en partijen principieel zijn (ze willen de onzekerheid over de uitkomst niet afkopen), lijkt te wijzen op twee van die verklaringen: divergerende verwachtingen (par. 3.2.3) en informatie-asymmetrie (3.2.4).

De vraag is allereerst of de kwalificatie 'zwart-wit' objectief gezien gerechtvaardigd is. Die vraag valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Ik ga ervanuit dat de perceptie dat de zaak zwart-wit was, in ieder geval authentiek was en dat de meeste partijen in

---

[321] Shavell 1982, p. 5; Priest & Klein 1984; P'ng 1983, p. 540.
[322] Shavell 1982; Priest & Klein 1984; Fischman 202, pp. 610-612.
[323] Bebchuck 1984, pp. 404-415; Hay & Spier 1997, p. 6; Pecorino, Solomon & Van Boening 2021, p. 334.
[324] Cooter, Marks & Mnookin 1982, p. 228; Fischman 2022, p. 613.
[325] Visscher 2013, p. 1131; Barendrecht & Weterings 2000, p. 438.

die gevallen oprecht dachten het recht aan hun zijde te hebben en niet procedeerden om andere reden, bijvoorbeeld het frustreren van verhaalsmogelijkheden, het afdwingen van uitstel van betaling, traineren of pesten.[326]

Maar waren het *close cases*[327]? Partijen waren in de meeste gevallen vooral verdeeld ten aanzien van de feiten. In dit soort gevallen komt het in de procedure juridisch neer op de vraag of er voldoende gesteld is, of de stellingen voldoende gemotiveerd betwist zijn, en als dat het geval is (art. 149 Rv), wie van partijen de bewijslast draagt. De wet geeft daarvoor een heldere verdeling: de partij die zich beroept op rechtsgevolgen draagt de bewijslast van de feiten die leiden tot die rechtsgevolgen (art. 150 Rv). Op papier is de verdeling helder, maar in de praktijk blijkt over die verdeling regelmatig discussie te zijn. Het ligt voor de hand dat in dit soort gevallen een voorlopig oordeel van de rechter omtrent de bewijslastverdeling helpt, maar is dat zo? In het onderzoek van Verschoof & Van Rossum leidden voorlopige oordelen over de bewijslastverdeling daadwerkelijk tot meer schikkingen.[328] Opmerking verdient dat zo'n voorlopig oordeel niet alleen effect sorteert voor de risicoverdeling:

> *"Een voorlopig oordeel over wie de bewijslast heeft, behoeft natuurlijk niet te gaan over de kern van het geschil. Het kan ook om bewijs van een kleiner onderdeel gaan. De impact van zo'n oordeel kan ook verschillen naargelang de partij die de bewijslast heeft zelf denkt het bewijs te kunnen leveren. Niettemin neemt de uitkomst in de vorm van een schikking duidelijk toe. Wij wijzen erop dat een oordeel van deze strekking een extra effect kan hebben, omdat er gevolgen uit voortvloeien voor de lengte en kosten van de procedure, die bij bewijslevering toenemen. Het alternatief voor een schikking (voort procederen) wordt daardoor allicht minder aantrekkelijk, ook voor de partij die de bewijslast niet heeft."*[329]

Bewijslastverdeling gaat (ook) over risicoverdeling: kan degene die de bewijslast draagt zijn stellingen bewijzen? Zo nee, dan verliest hij de procedure. Partijen zullen het antwoord op de vraag of stellingen bewijsbaar zijn in zekere mate bepalen op basis

---

[326] In één zaak twijfelde ik daaraan. Ik heb de dossiers niet bestudeerd en de kwaliteit van de processtukken en stellingen vallen buiten de scope van dit onderzoek. In het kader van dit onderzoek heb ik me dus niet de vraag gesteld of de stelling dat een zaak zwart-wit is juist is, noch of een inschatting van kansen adequaat is.
[327] Priest & Klein 1984; Fischman 2021, p. 609.
[328] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 120.
[329] Verschoof & Van Rossum, p. 120.

van private informatie: over welke bewijsmiddelen beschik je? Zijn er getuigen? Wie? Wat gaan ze verklaren? Zijn ze zeker van hun zaak? Overtuigen de bewijsmiddelen? Ten aanzien hiervan is er dus een informatie asymmetrie. Het verschil in private informatie kan op zichzelf leiden tot een verschil in inschatting van winstkansen.

Ik weet niet in hoeverre partijen voor de procedure hebben gesproken over de bewijsbaarheid, of dat zij vooral juridische posities uitwisselden. Tijdens de zittingen die ik observeerde werd over het algemeen ruim de tijd genomen voor de feitenverzameling en werd ook wel af en toe gesproken wie de bewijslast draagt, maar nauwelijks over de vraag in hoeverre stellingen (daadwerkelijk) bewezen kunnen worden. Mogelijk kan het expliciet delen van (private) bewijsmiddelen leiden tot meer (pre-procedurele) schikkingen. Onderzoek lijkt daar in ieder geval op te wijzen.[330] Het probleem is dat partijen geen prikkel hebben om die informatie (op voorhand) te delen. Waarom zou je je in de kaarten laten kijken als je weet dat de andere partij daar misbruik van kan maken?[331] Als partijen eenmaal in een procedure zijn verwikkeld, zal het wederzijds vertrouwen in de regel niet groot zijn. Zelfs als partijen dit soort informatie delen, moet er rekening mee worden gehouden dat onderzoek laat zien dat mensen nieuwe informatie niet neutraal waarderen. De *confirmation bias* staat daaraan in de weg (par. 3.3.2). Vooral informatie die in overeenstemming is met datgene dat we denken wordt gehoord. Falsifiërende informatie wordt daarmee in overeenstemming gebracht. Dan kan het (voorlopig) oordeel van de rechter dienstbaar zijn. Diens vreemde ogen dwingen (zie ook par. 4.3).

4.3 De vreemde ogen van de rechter dwingen

4.3.1 Empirisch materiaal

Soms wil een partij niet inzien dat hij ongelijk heeft. Ook niet als zijn eigen advocaat dat vertelt. Dan is het oordeel van de rechter nodig. Zonder dat oordeel zijn schikkingspogingen zinloos, zo vertelde een aantal advocaten.

---

[330] De invoering van een *discovery*-procedure tijdens een *pre-trial hearing* (PTH) in Taiwan zou bijvoorbeeld hebben geleid tot een significant hoger schikkingspercentage: Huang 2007. Westeus (2014) komt tot een vergelijkbare conclusie na onderzoek in Zweden: *"The results … have shown that the information disclosure at the court-mandated PTH really does facilitate settlement."*

[331] Vgl. Fischman 2022, p. 613.

Een kenmerkende zaak in dat opzicht is een burenzaak die ik bijwoonde, een complexe zaak waarin partijen in meerdere procedures verwikkeld waren. Een jaar voorafgaand aan de zitting hadden partijen al schikkingsonderhandelingen gevoerd. Die waren op niets uitgelopen. Tijdens de zitting bereikten partijen een regeling met dezelfde contouren als de regeling waar ze een jaar eerder over hadden gesproken, maar inmiddels waren er omvangrijke advocaatkosten gemaakt. Wat maakt nu dat zij niet eerder schikten? Eerst naar de gang, waar ik eiser, zijn advocaat en een kantoorgenoot volgde. Bij het naar buiten lopen zei deze advocaat tegen zijn cliënt: "Nou het is verlopen zoals we verwachtten." Er resteerde nog één geschilpunt, een punt waar de rechter overigens geen voorlopig oordeel over had gegeven: de hoogte van de schadevergoeding. Een jaar eerder was gesproken over een beperkte schadevergoeding. Advocaat eiser: "Maar ja, inmiddels heb ik je 30K aan facturen gestuurd."

Dit laatste geschilpunt blijkt zonder voorlopig oordeel ook snel opgelost. In twee overlegrondes zijn partijen eruit. Gedaagde betaalt 20 duizend euro. Terug naar de vraag: wat maakt nu dat de zitting verloopt als verwacht en dat het voorstel dat een jaar eerder op tafel lag dáarom wordt geaccepteerd, met dien verstande dat het twintigduizend euro hoger uitvalt gelet op de proceskosten van eiser (eigen proceskosten nog niet eens meegenomen)?

> Advocaat van gedaagde: *"Ik denk dat dat tweeledig is. Op de eerste plaats, maar dat merk ik ook in andere zaken, kan het toch wel behoorlijk verschil maken als een zaak eenmaal op zitting is geweest om te schikken omdat een cliënt dan niet alleen van zijn advocaat te horen heeft gekregen hoe de zaak ervoor staat, maar ook nog een keer van de rechter. En dat kan weleens een duwtje in de rug zijn om toch tot een regeling te komen, ook al is daar eerder al over gecorrespondeerd."*

De advocaat van eiser had dit ook al gezien:

> *"Maar soms kun je als advocaat je eigen cliënt niet overtuigen. Sommige cliënten zijn eigenwijs en die willen toch gewoon doorgaan en ik denk dat deze tegenpartij ook gewoon met een bepaalde frustratie richting mijn cliënt ook gewoon door is willen gaan. En vervolgens zegt een objectieve derde, een rechter: 'Nu ja, ik denk dat het zo gaat aflopen', en ik denk dat dat een bijdrage geleverd heeft aan het denken van: nou, ik kan hier maar beter mee stoppen."*

Dit speelde ook in een andere zaak waarin de rechter tegen eiser, die al verschillende procedures had gevoerd in een langlopend conflict, zei:

> *"U heeft steeds gegokt op iets, en u gokt steeds mis. Gewoon pech."*

Zijn advocaat reflecteerde daar als volgt op:

> *"Wij werden tegen de muur gezet. Dat vond ik wel grappig dat die rechter dat ook zei, want ze hadden ooit de kans (...). En toen waren daar de geesten niet rijp voor. (...) Nu zegt de rechter: 'U hebt gegokt en u hebt misgegokt, dus dit kun je krijgen'. (...) Maar in de meeste gevallen... ik vind het vaak jammer dat je toch nog een procedure in moet, dagvaarding, een antwoord, comparitie. Je zou eigenlijk moeten zeggen: 'Volwassen advocaten kunnen dat ook zelf, maar weet je, klanten hebben vaak zelf ook wel wensen en percepties en als de rechter dan op de zitting duidelijk maakt wat de mogelijkheden en kansen en risico's zijn, dan is het toch wel vaak 'Eggs for money'."*

Het overtuigen van de eigen cliënt kan soms veel moeite kosten, zoals een andere advocaat mij vertelde:

> Advocaat 37: *"En vergis je niet, schikken kost enorm veel energie, niet bij [achternaam cliënt], want dat viel reuze mee, maar het kost mij vaak heel veel meer moeite om mijn cliënt ervan te overtuigen dat ie het beter kan schikken dan hem tegen een muur te laten aanlopen. En dat is waarom ik misschien iets minder probeer te schikken, dan vroeger. Want toen dacht ik altijd als ik het maar tot een goed einde kan brengen voor iedereen, dan hoeven we nooit meer naar de rechter, maar dat werkt niet. En daarom is het schikken ook bij een rechtbank makkelijker dan ervoor omdat ze dan toch gehoord hebben dat het niet zo vanzelfsprekend is wat ze allemaal zeggen en denken, ook voor tegenpartijen geldt dat en dat rechters niet per se alles wat iedereen zegt, ook geloven."*

4.3.2 Reflectie

In de door mij gevonden Nederlandse literatuur wordt niet stilgestaan bij het fenomeen dat vreemde ogen (van de rechter) dwingen en dat dát (ook) een verklaring zou kunnen zijn voor procedures die eigenlijk niet nodig (zouden moeten) zijn. Onderzoek uit de gedragseconomie laat zien dat mensen nieuwe informatie als gevolg

van de *confirmation bias* niet neutraal waarderen (par. 3.3.2).[332] Waarschijnlijk helpt dat de rechter onafhankelijk en onpartijdig is, maar ook dat hij uiteindelijk over de zaak zal beslissen. Deze vreemde ogen dwingen daadwerkelijk.

Uit onderzoek blijkt dat mensen niet rationeel handelen en dat zij allerlei beslissingen nemen die economisch niet verstandig zijn.[333] Wat doen partijen als hun advocaat zegt dat procederen onverstandig is? Lynch wijst op een onderzoek waarin meer dan de helft van de in dat onderzoek betrokken zaken niet werd geschikt omdat een van de procespartijen het advies van de eigen advocaat om te schikken in de wind sloeg.[334] Mij is geen Nederlands onderzoek bekend. Uit het geschilbeslechtingsdelta-onderzoek blijkt wel dat particulieren erg positief zijn over procesvertegenwoordiging: in 82 procent van de gevallen waarin zij daarom vroegen, leverde de hulpverlener die ook[335] en ik heb zelf zaken geobserveerd waarin ondanks een uitdrukkelijk negatief procesadvies toch werd geprocedeerd:

> Advocaat 3: *"Ja, dan zal de rechtbank dus vonnis gaan wijzen. En de vraag is dan even of, als dat voor mevrouw negatief uitpakt, zij daarin kan berusten. En dat denk ik eerlijk gezegd niet."*
>
> Onderzoeker: *"Dan gaat ze door."*
>
> Advocaat 3: *"Dat denk ik wel."*
>
> Onderzoeker: *"Waarom denkt u dat?"*
>
> Advocaat 3: *"(...) Er is haar al een negatief procesadvies gegeven van tevoren, maar ze wilde toch doorzetten, dus ja, dat is haar goed recht, maar er is haar ook wel uitdrukkelijk gewezen op de risico's (..)."*

Ik kan me wel wat voorstellen bij een procespartij die zich niet direct neerlegt bij een negatief procesadvies. De vraag is of dat voldoende reden is om te procederen en of je daar als advocaat aan mee moet werken. Procederen kost geld. Door te procederen zadel je de maatschappij, maar ook de wederpartij op met kosten. In Nederland wordt immers maar een deel van de proceskosten vergoed. Procederen is niet alleen

---

[332] Babcock & Loewenstein 1997, p. 1-32.
[333] Malhortra & Bazermann 2008, p. 107; Lynch 2019, p. 1245.
[334] Lynch 2019, p. 1249.
335 Ter Voert & Hoekstra, p. 96.

kostbaar, maar ook stressvol. Rechtszaken kunnen zelfs tot gezondheidsschade leiden (zie par. 1.4.7).[336] Moet je je ministerie weigeren als je een zaak kansloos vindt?

Allereerst is er het perspectief dat nodeloos procederen niet mag. Gedragsrecht bepaalt dat advocaten geen zaken mogen aannemen die zij in gemoede niet rechtvaardig vinden. Bovendien kan het voeren van een nodeloze of kansloze procedure worden gesanctioneerd met een volledige proceskostenveroordeling (art. 237 Rv). Dat risico komt dan wel voor rekening van de verliezende procespartij, maar soms wijst de rechter daarbij expliciet op het optreden van en de verantwoordelijkheid van de advocaat, zoals de rechtbank Noord-Holland deed (ECLI:NL:RBNHO:2014:115):

> *"Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de door de vrouw gevoerde procedure nodeloos is gevoerd. De nodeloze kosten van de man zullen daarom voor haar rekening dienen te komen. De rechtbank kan zich, gezien het feitenverloop en de rol die de advocaat daarin heeft gespeeld, voorstellen dat de advocaat van de vrouw deze kosten voor haar rekening neemt."*

Tuchtrechtelijk kan ook worden opgetreden tegen advocaten die nodeloos procederen. [337] Een goede, betrouwbare en fatsoenlijke advocatuur is een maatschappelijk belang en iedere advocaat dient daaraan in de praktijkuitoefening bij te dragen (toelichting gedragsregel 1). Kortom: niet procederen in kansloze zaken. Maar ja, wanneer is een zaak kansloos? Bij 1 procent kans op winst? Of 10 procent?

Er is bovendien ook een ander perspectief. Een voort etterend conflict kan eindigen doordat een procespartij in de procedure zijn eigen ongelijk is gaan inzien. Dat kan op zichzelf winst zijn en de deur openen voor duurzame op de toekomst gerichte oplossingen. Ten Haaft wijst erop dat de advocaat soms ook zelf versteld kan staan van een ommezwaai van zijn eigen cliënt ter zitting:

> *"Zodra de mondelinge behandeling aanvangt, is immers een andere fase bereikt en niet zelden is het dan zo dat zelfs de meest halsstarrige partij onder het toeziend oog van de rechter toch uit een ander vaatje wil tappen en zich inschikkelijker toont dan ook de eigen advocaat voor mogelijk had gehouden."*[338]

---

336 Tumelty 2021, p. 634; Gutheil 2000; Lees-Haley 1989; Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 143.

[337] Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken van het Hof van Discipline: ECLI:NL:TAHVD:2017:175; ECLI:NL:TAHVD:2016:125

[338] Ten Haaft 2019, p. 499.

Probleem is dat de overwegingen achter dit soort procesbeslissingen voor de wederpartij en de rechter verborgen blijven, en die geven zelf verklaringen voor door hen onbegrepen procesgedrag. In de interviews met advocaten werd mij meermaals verteld dat (vermeende) eigenbelangen van (andere) advocaten aan schikken in de weg kunnen staan. Kansarme procedures kunnen ook vanuit dat perspectief eenvoudig worden verklaard. Waarom zou je immers een procedure aanhangig maken met een kansarme vordering? Waarom je je verweren met een kansloos verweer? Dat dient maar een doel: de eigen portemonnee. Ik ga later uitgebreid in op (vermeende) eigenbelangen. Maar hier merk ik op dat onbegrepen procesgedrag ook verklaard kan worden doordat de advocaat zijn eigen cliënt niet overtuigen kon en een oordeel van de rechter nodig was om de geesten voor een schikking rijp te maken.

4.4 Rechtshulp werd (te) laat ingeroepen

4.4.1 Empirisch materiaal

In een zaak tussen gewezen echtelieden speelde dat gedaagde zich pas meldde bij zijn advocaat nadat de dagvaarding al betekend was. Partijen bereikten tijdens die zitting in recordtijd een schikking. De zitting had minder dan 20 minuten in beslag genomen. Op de gang reflecteerden de advocaten op wat maakte dat die regeling zo snel getroffen werd.

> Advocaat gedaagde tegen advocaat eiseres: *"Nou dat is snel geregeld. Ik dacht nog: als we elkaar nou even van tevoren hadden gebeld, hadden we het zo kunnen regelen. Maar ja, je weet wat het is. Het bureau ligt vol en voor je het weet is het de 12e."*
>
> Advocaat eiseres: *"Ja, dat is zo. En weet je wat het ook is? Jij was niet betrokken bij het voortraject."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Nee. Dat is ook zo."*

In de interviews ging ik hierop in. Hoe keken de advocaten na de zitting daarop terug? Wat maakt dat zij niet voor de zitting meer hadden gedaan om het probleem op te lossen?

> Advocaat eiseres: *"Ik heb die meneer, voordat je begint te procederen, schrijf je zo'n meneer aan en probeer je wat informatie te krijgen en probeer je tot een*

oplossing te komen en dat traject heeft die meneer zelf gedaan. Die heeft geen advocaat in de arm genomen. En het is voor mij natuurlijk heel erg moeilijk om een wederpartij die de hakken in het zand zet te overtuigen tot het treffen van een regeling. Dus als die mevrouw (achternaam advocaat gedaagde: LL) eerder bij dit proces betrokken was, dan had dat misschien helemaal niet tot een procedure hoeven komen. Want ik beschikte ook niet over gegevens. Ik wist dus helemaal niet wat meneer aan schulden had afgelost in die periode. Dat was een 'wild guess'. Dus. Ja. Dat bedoelde ik daarmee. En ik moet u ook eerlijk zeggen ze (advocaat gedaagde: LL) zei: 'Dan had het misschien niet zo ver hoeven komen', maar mijn ervaring is dat of zaken worden redelijk snel geregeld, in het begin, en als dat niet lukt, omdat de schikkingsbereidheid er niet is, dan kun je tussendoor nog wel van alles proberen, maar dat is meestal vruchteloos. Op het moment dat je bij die rechter zit en daar met de wederpartij voor zo'n zittingszaal zit en dan de spanning stijgt van: 'Oe, jee, hoe gaat het aflopen?', mijn ervaring is dat dat de bereidheid om te schikken enorm verhoogt."

En de advocaat van gedaagde?

"Dat het in dit dossier zo soepel ging? Er is geen voortraject geweest hè? De advocaat wederpartij heeft meneer aangeschreven en daar heeft ie zelf een boze brief naar gestuurd, maar zich niet realiserend wat er aan het gebeuren was. Hij is bij mij gekomen met de dagvaarding en we hebben gekeken naar mogelijkheden om verweer te voeren, maar ook of je wint met formele argumenten. Of je moet inderdaad een bedrag gaan betalen en wat wil je dan en wat kan je dan en hoe sta je erin? En mijn cliënt had van tevoren duidelijk gezegd: 'Ik wil gewoon geen risico's, geen hoger beroepsmogelijkheden. Als het een bedrag is waarmee ik kan leven, een regeling waarmee ik kan leven, dan heb ik dat liever dan dat ik van een rechter afhankelijk ben en het niet weet.' Volgens mij is dat bij de wederpartij ook gebeurd, want die was heel redelijk. Wat zij verlangde was eigenlijk nog veel minder dan dat wij in gedachten hadden. Dus dan schik je heel snel."

Naast het optreden van de rechter, die begon met het stellen van vragen aan partijen voordat hij advocaten aan het woord liet, ziet de advocaat van gedaagde als reden dat het schikken zo soepel verliep dat beide partijen bereid bleken om water bij de wijn te doen. Maar daar hadden partijen toch ook voor de zitting achter kunnen komen?

De advocaat van gedaagde vertelde dat ook de conclusie van antwoord aan schikkingsbereidheid heeft bijgedragen:

> *"Dus, ik denk ook dat het kwam omdat de conclusie van antwoord van mijn kant heel veel informatie heeft ingebracht. Vooral financiële gegevens. Wat was er nu echt aan schuld en wie heeft nu wat afgelost? Dat was bij dagvaarding nog allemaal onduidelijk, waardoor je als tegenpartij denkt: Misschien heb ik op sommige punten toch wat te optimistisch gedacht."*

De conclusie van antwoord gaf dus meer inzicht in de rechtspositie van partijen en daarmee werd de weg geplaveid voor schikkingsoverleg. Maar goed, de processtukken waren al gewisseld en de kosten al gemaakt en dus kon de zitting net zo goed doorgaan.

Ook deze zaak stond niet op zichzelf voor wat betreft het late tijdstip waarop rechtshulp wordt ingeroepen. Volgens advocaat 27 is het moment waarop cliënten een advocaat in de arm nemen, vaak met de dagvaarding eronder, van invloed. Hij zei dat hij een verschil ziet met rechtsbijstandsverzekeraars. Hij heeft lange tijd voor rechtsbijstandsverzekeraars gewerkt voordat hij advocaat werd en putte uit eigen ervaringen:

> Advocaat gedaagde: *"Ja. Ik heb bij rechtsbijstandsverzekeraars gewerkt en dan zit je hoofzakelijk te regelen."*
>
> Onderzoeker: *"Dan regel je aan de voorkant?"*
>
> Advocaat gedaagde: *"Ja. Omdat zaken daar eerder binnenkomen en omdat je het daar over een ietwat andere opdracht hebt, worden zaken daar sneller geregeld dan dat ze voor de rechter gekomen."*
>
> Onderzoeker: *"Je zegt: 'Omdat je daar een andere opdracht hebt.' Opdracht vanuit je werkgever bedoel je dan, vanuit de rechtsbijstandsverzekering of opdracht vanuit de klant?"*
>
> Advocaat gedaagde: *"Vanuit de rechtsbijstandverzekering."*
>
> Onderzoeker: *"En vul ik het dan verkeerd in als ik zeg: die willen snel van het dossier af?"*
>
> Advocaat gedaagde: *"Ja, maar toch ook naar tevredenheid van de klant. Op zich is het niet verkeerd als je zaken kan regelen. Maar je krijgt zaken daar ook*

eerder binnen, zodat je … Bij een advocatenkantoor komen mensen vaak binnenrennen met een dagvaarding van: 'Asjemenou'. En dat is daar niet het geval, omdat die drempel veel lager is. Daardoor kun je ook veel meer regelen en ja een rechtsbijstandsverzekeraar heeft er ook belang bij om de zaak sneller te sluiten. Want voor elk dossier wat openstaat moet een bepaald bedrag worden gereserveerd. En maar dat betekent ook dat je soms wat geld erbij kan doen hè?"

Onderzoeker: *"Vanuit een rechtsbijstandverzekering?"*

Advocaat gedaagde: *"Ja."*

Onderzoeker: *"En dat is dan een kostenbatenanalyse neem ik aan: Wat kost het ons als we gaan procederen en kunnen we dat niet gewoon makkelijker afkopen?"*

Advocaat gedaagde: *"Precies."*

Hij vertelde me vervolgens dat het vaak voorkomt dat procespartijen te lang wachten met het inschakelen van een advocaat:

"Iedereen wil zo lang mogelijk de gang naar de advocaat uitstellen, terwijl het juist van belang is om eerder te komen naar mijn idee." Struisvogelpolitiek? Advocaat gedaagde: "Nou dat hoeft niet direct struisvogelpolitiek te zijn, maar de advocaat heeft natuurlijk wel het beeld om zich heen hangen dat het klauwen vol met geld kost. En dat klopt ook, alleen een procedure kost nog meer geld."

Maar zelfs als een cliënt binnenkomt met een al dan niet betekende dagvaarding, dan kun je toch nog steeds bekijken of een regeling mogelijk is?

Advocaat gedaagde: *"Ja, probeer ik wel maar dan is het eigenlijk vaak al te laat. Dan heeft die tegenpartij eenmaal de stap gezet naar de rechter. Dat heeft natuurlijk wat kosten met zich meegebracht. Dus dan is het ook in de lijn der verwachting dat er meestal eerst een conclusie van antwoord komt."*

4.4.2 Reflectie

Een aantal advocaten vertelde spontaan dat zij vaak pas laat worden benaderd, "met de dagvaarding onder de arm" komen cliënten binnenrennen. Waarom zo laat? De geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken laten zien dat een aanzienlijk deel van de particulieren met een juridisch probleem überhaupt geen rechtshulp inschakelt (in de

laatste meting: 49 procent). Vanaf 2009 is een stijging zichtbaar in het aandeel van passieve burgers en doe-het-zelvers, terwijl het aandeel (rechts)hulpgebruikers sindsdien juist afnam.[339] Bij problemen waarmee hogere bedragen zijn gemoeid wordt vaker een beroep gedaan op rechtshulp (zeker boven 2.500 euro).[340] Van alle burgers met een juridisch probleem schakelde 9 procent een advocaat in.[341]

Wie stappen naar een advocaat? Vanzelfsprekend mensen met een probleem waarvoor verplichte procesvertegenwoordiging geldt, maar volgens de geschilbeslechtingsdelta ook met name mensen die op zoek zijn naar gerechtigheid of excuses van de tegenpartij en mensen met een probleem dat naar verwachting zes maanden tot een jaar zal duren.[342] Respondenten die juist de relatie met de wederpartij goed willen houden of willen verbeteren, of die willen voorkomen dat het probleem zich nogmaals voordoet, zijn juist eerder geneigd niet-juridische hulp in te schakelen.[343]

Hoe zit dit met bedrijven? Voor het grootbedrijf is dat niet bekend. Voor het midden- en kleinbedrijf worden eveneens geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken gedaan. Deze bedrijven lijken eerder juridische hulp in te schakelen dan particulieren. Van alle bedrijven met één of meer conflicten schakelde 62 procent één of meerdere juridische professionals in[344] en 24 procent een advocaat.[345] Maar goed vergelijkbaar is het niet. De geschilbeslechtingsdelta MKB spreekt over 'juridificeerbare conflicten', daar waar de geschilbeslechtingsdelta particulieren spreekt over 'potentieel juridische problemen'. Een conflict is altijd met een andere partij. De term conflict impliceert een bepaalde mate van escalatie.[346] Het grotere beroep op rechtshulp zou daardoor verklaard kunnen worden.

Lage of middeninkomensgroepen blijken niet vaker af te zien van rechtshulp, waarschijnlijk omdat financiële drempels worden weggenomen.[347] Ter Voert:

---

[339] Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 120.
[340] Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 101.
[341] Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 89.
[342] Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 89.
[343] Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 89.
[344] Geurts & Ter Voert 2019, p. 43.
[345] Geurts & Ter Voert 2019, p. 51.
[346] Geurts & Ter Voert 2019, p. 17.
[347] Ter Voert 2020, p. 167.

> *"Wel vormen voor alle inkomensgroepen de kosten van de advocaat een zekere drempel: advocaten worden over het algemeen te duur gevonden."* [348]

Ook bedrijven zijn selectief in welke zaken zij voorleggen aan een jurist. Geurts & Ter Voert vonden bijvoorbeeld dat in arbeidsconflicten vaker hulp werd ingeroepen dan in handelsconflicten, dit vanwege de complexiteit.[349] Ongeveer een kwart van de bedrijven vindt het lastig een goede juridische dienstverlener te vinden, en ongeveer een vijfde is van mening dat er onvoldoende voorzieningen zijn voor advies of hulp. Bedrijven die het jaar voor het onderzoek een conflict hebben gehad, oordelen negatiever over de toegang tot of het vertrouwen in het rechtssysteem dan bedrijven die geen conflict hebben gehad.[350]

Belangrijkste reden om af te zien van juridische hulp zijn ook voor het MKB de kosten.[351] De kosten die samenhangen met juridische dienstverlening door advocaten verklaren mogelijk ook dat advocaten later dan gewenst worden benaderd, die kunnen als drempel worden ervaren.

Volgens de geschilbeslechtingsdelta-onderzoeken lijkt er een selectieprobleem te zijn. Advocaten trekken bepaalde rechtsproblemen aan en cliënten met bepaalde wensen. Mogelijk zijn die zaken lastiger (pre-procedureel) op te lossen en neigen die zaken meer naar procedures.

Wat is het gevolg ervan als procespartijen pas laat een advocaat inschakelen? Uit conflicttheorie is bekend dat conflicten de neiging hebben te escaleren.[352] Het ligt voor de hand dat hoe eerder er schikkingspogingen worden ondernomen, hoe kansrijker ze zijn. Elke interventie leidt tot kosten en gemaakte kosten maken het schikken lastiger omdat de schikkingsruimte kleiner (*sunk costs*) wordt. Mensen

---

[348] Ter Voert 2020, p. 167. Van de burgers vindt 13 procent juridische bijstand te duur en 8 procent kon het niet betalen: Ter Voert & Hoekstra 2020, p. 108. Bij het MKB zag 31 procent af van het inschakelen van rechtshulp vanwege de kosten: Geurts & Ter Voert 2019, p. 9. Kosten kunnen in individuele gevallen de pan uit rijzen en ik denk dat de vrees daarvoor met name een drempel opwerpt. Kritzer (2008, p. 26) stelt: *"Income has little impact on grievants' or disputants' decisions to seek the assistance or advice of a lawyer."*
[349] Geurts & Ter Voert 2019, p. 58.
[350] Geurts & Ter Voert, p. 51.
[351] Geurts & Ter Voert, p. 62: Slechts weinig ondernemers (6 procent) zijn van mening dat het makkelijk is om je recht te halen. Belangrijke factoren die daarin meespelen zijn de gepercipieerde hoge kosten en de verwachting dat gerechtelijke procedures tijdrovend en niet eenvoudig zijn. Dit neemt niet weg dat ongeveer de helft van de ondernemers het wel de moeite waard vindt om bij een ernstig conflict juridische stappen te ondernemen. Rond de 10 procent heeft geen vertrouwen in een eerlijke beslissing door de rechter of in het vakmanschap van een advocaat.
[352] Prein 2017; zie ook par. 6.3.5.

maken ook regelmatig de denkfout dat zij met een schikking reeds gemaakte kosten willen terugverdienen, die zij ook met een vonnis niet terugkrijgen (*sunk costs fallacy*; zie par. 3.3.5.3).

In de zaak tussen de gewezen echtelieden moest de advocaat van gedaagde, zo vertelde zij, alles op alles zetten om op tijd een conclusie van antwoord in het geding te brengen. Toen die was ingediend, was het werk gedaan en de kosten gemaakt. Er was geen reden om voorafgaand aan de zitting nog te proberen tot een regeling te komen.

Niet alleen de kosten spelen een rol. Wanneer advocaten pas worden ingeschakeld nadat de juridische posities zijn ingenomen, is het lastig daar nog vanaf te komen, nog daargelaten dat advocaten vooral opgeleid zijn om te werken met juridische posities, en minder om conflictescalatie te kenteren. Sterker, hun interventies kunnen eenvoudig bijdragen aan conflictescalatie (zie daarover ook par. 6.3.5).

De vraag dicteert in zekere zin de dienst. Als advocaten pas worden ingeschakeld bij vergaand geëscaleerde conflicten, dan beperkt dat de mogelijkheden tot conflictoplossing en de-escalatie. De vraag blijft of een eerder beroep op advocaten kan bijdragen aan snellere (en betere) oplossingen. Onderzoek suggereert in ieder geval dat advocaten schikkingsonderhandelingen kunnen faciliteren (zie par. 3.2.6).

Er dient wel wat gedaan te worden aan daadwerkelijke en/of gepercipieerde drempels tot de advocatuur, en het beeld dat aan de advocatuur kleeft dat je daar met name naartoe gaat als je gerechtigheid wilt, en niet wanneer je juist de relatie met de wederpartij goed wil houden of verbeteren.

4.5 Voorbereidingen van schikkingsonderhandelingen

4.5.1 Empirisch materiaal

Gelet op het schikkingspercentage van om en nabij de 30 procent en de wetenschap dat ik het schikkingsproces zou observeren, zou je verwachten dat procespartijen daarop uitdrukkelijk door hun rechtsbijstandsverleners worden voorbereid. Ik heb niet geobserveerd hoe partijen door hun advocaten werden voorbereid, maar heb daarover wel vragen gesteld.

In de meeste zaken bespraken procespartijen en advocaten de zitting kort daaraan voorafgaand, meestal enkele dagen van tevoren. In een enkel geval vond geen enkel overleg plaats.[353] In die gesprekken werd vooral gesproken over de juridische inhoud van de zaak. Wat vertelden ze over die voorbereidingen? Een aantal illustratieve antwoorden:

Advocaat 1 had mij van tevoren al telefonisch uitgelegd dat hij geen schikkingsinterventies verwachtte. Partijen schikten overigens wel degelijk. In het interview spraken we over de voorbereidingen van de zitting:

> Advocaat 1: *"Ja, maar dat ging niet zozeer over schikken of de uitspraak, of dat dat de uitspraak zou worden, voor een heel groot deel waren wij redelijk zeker van wat dat zou gaan worden. Maar het ging meer over het weerzien van [naam gedaagde]. En dat soort dingen. Dat ging hen heel erg aan het hart. Daar hebben we het heel veel over gehad. Over de verwachtingen. En dat ze rustig kunnen nadenken als ze wat gevraagd wordt, dat de rechter echt geen monster is, die ze meteen afhakt, of afkapt (...). Dat ze daar gewoon rustig in moeten blijven. Dat soort dingen. Dat heeft in deze zaak meer aandacht gehad, dan, ja, het eventueel te verwachten gevolg."*

Ook advocaat 5 had eventuele schikkingsonderhandelingen niet met zijn cliënt voorbereid:

> *"Nee, want dat weet je van tevoren niet. Ik zeg nooit van tevoren dit is de ruimte. Ik zeg wel tegen cliënten 'er bestaat een kans dat we de gang op worden gestuurd'. En dat is gewoon koehandel. Dat is pure koehandel. Dat heeft niets met juristerij te maken. Met wat is mijn cliënt bereid akkoord te gaan en wat wil de wederpartij betalen. Dat is pure koehandel. Je kijkt dan hoe hard is de vordering, hoe staat de rechter erin. Dat kun je dan een beetje inschatten."*

Die zaken zijn niet buitenissig. In acht zaken vertelden procespartijen en/of hun advocaten dat eventuele schikkingsonderhandelingen niet waren voorbereid. Partijen waren ook nauwelijks voorbereid op rechterlijke schikkingsinterventies, behalve met

---

[353] De desbetreffende cliënt vertelde dat hij niet was voorbereid. Zijn advocaat beaamde dat, maar wilde daarover geen uitleg geven. Deze partij was gedaagd omdat hij vorderingen onbetaald liet. De wederpartij stelde zich op het standpunt dat de weerlegging van de vordering gezocht was en enkel diende ter uitstel van executie. Mogelijk is de zaak niet voorbesproken omdat dat tot extra tijdsinvesteringen van de advocaat zou leiden.

de mededeling dat de rechter een schikking zou beproeven en dat hij partijen naar de gang zou 'sturen'.[354] Toch werd in de ruime meerderheid van zaken de zitting geschorst om een regeling te beproeven.

Natuurlijk waren er ook advocaten en procespartijen die antwoordden dat eventuele schikkingsonderhandelingen samen waren voorbereid. Bij doorvragen bleek dat het in die gevallen vooral ging om het vaststellen van de ondergrens voor een schikking. Een aantal advocaten vertelde dat zij hun cliënten wel informeren dat ze 'de gang op gestuurd' kunnen worden om te kijken of schikken mogelijk is en dat het verloop van de zitting mede bepaalt hoe je dat proces ingaat. Dat maakt het lastig voorbereiden.

4.5.2 Reflectie

Ik heb de voorbereidingen niet bijgewoond en moet het dus doen met wat partijen mij daar later over vertelden. De herinnering hoeft niet betrouwbaar te zijn. Dat iemand zich iets niet herinnert, zegt niet dat het niet is gebeurd. Daarbij kan de herinnering door van alles en nog wat gekleurd zijn, bijvoorbeeld door de zitting.

Er is een ruime *body of knowledge* op het gebied van onderhandelingstheorie, maar niet in de specifieke context van de schikkingscomparitie. Er is veel literatuur die de pragmatische benadering volgt en onderhandelingen probeert te vangen in vuistregels, anekdotes en onderhandelingstrucs. Er zijn in de loop der tijd vele (honderden) vuistregels verzameld.[355] In de literatuur worden aanbevelingen gedaan over hoe partijen zich zouden moeten voorbereiden op onderhandelingen,[356] hoe onderhandelingsstijlen in onderhandelingen doorwerken, hoe daarin flexibel te zijn,[357] en welke onderhandelingsmethode gebruikt zou moeten worden (zoals integratief, distributief, gemengd, zie par. 6.1).[358]

In de gesprekken die ik had met advocaten en procespartijen vroeg ik hoe zij zich hadden voorbereid op de zitting. Zij vertelden mij niet dat inzichten uit literatuur worden gebruikt in de voorbereiding van de zitting en schikkingsonderhandelingen. De mogelijkheid dat de zitting zou worden geschorst ten behoeve van schikkingsoverleg lijkt in de meeste gevallen voorafgaand aan de zitting tussen

---

[354] Lieverse 2021.
[355] Mastenbroek 1993 p, 148.
[356] Zie o.m.: Malhortra & Bazerman 2008; Mastenbroek 2012.
[357] Zie o.m.: Brenninkmeijer 2017; Mastenbroek 2012.
[358] Zie o.m.: Brenninkmeijer 2017; Fisher, Ury & Patton 2016; Kaplan 1993; Thompsom 2015.

advocaat en procespartij wel te zijn besproken, al verklaarden verschillende procespartijen dat zelfs dat niet gebeurd was. Mogelijk zijn zij dat vergeten, of is dat niet tot ze doorgedrongen. Maar onderhandelingen zelf lijken nauwelijks te zijn voorbereid. Een aantal advocaten vertelde dat dát lastig is omdat het verloop van de zitting wordt meegenomen in het proces op de gang. Zij bepalen hun strategie en uitgangspositie ter zitting.

De vraag is of met betere voorbereidingen meer geschikt wordt en of die schikkingen zelf beter zijn. Ik veronderstel dat beperkte schikkingsvoorbereidingen uitnodigen tot distributieve onderhandelingen, waarbij wat in geschil is tussen partijen wordt verdeeld (zie par. 6.1. voor het verschil tussen distributieve en integratieve onderhandelingen). Voorbereidingen kunnen leiden tot creatieve(re) oplossingen en kunnen integratieve onderhandelingen stimuleren. Onderzoek wijst uit dat elementaire voorbereidingen zoals het vaststellen van het bazo (beste alternatief zonder oplossing) en aspiraties leiden tot betere onderhandelingsresultaten (in distributieve onderhandelingen).

Waarschijnlijk hebben verwachtingen over de zitting (die gekleurd worden door de voorbereiding) en welke daarvan worden ingelost betekenis voor de tevredenheid over de procedure. Vervolgonderzoek naar het voortraject ligt naar mijn zin in de rede.

4.6 Conclusies

Het loont om zo vroeg mogelijk te proberen te schikken. De proceskosten die nog gemaakt moeten worden, creëren schikkingsruimte (3.3.5.3). Als die kosten echter al gemaakt zijn of wanneer partijen daarvoor verzekerd zijn, vervalt dat argument.

Wat er voorafgaand aan procedures wordt gedaan om tot regelingen te komen, verschilt van zaak tot zaak. Er wordt maar in een beperkt percentage van de zaken geprocedeerd (zie par. 3.4.2, 1.4.6 en 1.4.7). In verreweg de meeste gevallen lossen partijen hun geschillen op andere wijze op, of laten zij het er eenvoudigweg bij zitten. Advocaten kunnen ook in de zaken waarin niet geprocedeerd wordt een (begeleidende of zelfs conflict oplossende) rol spelen.

Wat is er voorafgaand aan de procedure gebeurd in de zaken die ik heb geobserveerd? Soms nauwelijks iets: er werd niet eens gereageerd op brieven, sommaties of

conceptdagvaardingen, waardoor er geen andere mogelijkheid was dan de gang naar de rechter te maken. Regelmatig was er wel communicatie, maar was die bescheiden. De meest gegeven redenen daarvoor waren dat partijen te ver uit elkaar bleken te zitten, of de zaak zwart-wit was.

Het is gangbare praktijk, zo heb ik begrepen, om de wederpartij een conceptdagvaarding te sturen. Als laatste waarschuwing is dat logisch. Wordt daar niet op gereageerd, dan wordt de dagvaarding betekend. Het is niet verstandig om te snel een (concept)dagvaarding toe te zenden. De kosten die daarmee samenhangen, beperken de schikkingsruimte (*sunk costs*). Daarenboven wordt in processtukken het verhaal van partijen vertaald in juridische posities, met de elementen *naming*, *shaming* en *blaming*. Dat zal eerder leiden tot conflictescalatie, dan de-escalatie (zie par. 6.3.5). Het is bij een gejuridiseerd conflict lastig om afstand te nemen van de juridische posities.

Processtukken kunnen tegelijkertijd ook helderheid verschaffen, helderheid over de standpunten, de juridische visies, bewijsposities en dergelijke. En die informatie kan schikkingen juist weer stimuleren volgens de theorie (asymmetrische informatie; par. 3.2.4). Maar ook bekend is dat nieuwe informatie mensen niet per se dichter bij elkaar brengt, omdat de kans bestaat dat die informatie *self serving* wordt geïnterpreteerd (3.3.2).

Zitten mensen vast in hun eigen gelijk, dan is soms de gang naar de rechter nodig: zijn vreemde ogen dwingen. Die vreemde ogen van de rechter zouden een belangrijke verklaring kunnen zijn voor procedures die (achteraf) niet nodig (blijken te) zijn (par. 4.3). Sommige procespartijen procederen tegen een negatief procesadvies in. De eigen advocaat kreeg hen niet overtuigd van hun ongelijk. Een (voorlopig) oordeel van de rechter was daardoor nodig. Met de wetenschap wat de rechter (ongeveer) zou gaan doen, kon een regeling worden bereikt die voor de procedure niet haalbaar was. Procedures kosten geld en kunnen (gezondheid)schade toebrengen. Of advocaten aan deze procedures hun medewerking moeten verlenen, vraagt dan ook om een expliciete ethische afweging. Bij die afweging moet worden betrokken dat de advocaat een partijdige belangenbehartiger is.

Mensen ervaren drempels waardoor zij (te) laat juridische hulp door advocaten inroepen. Dat kan schikkingskansen beperken. Allereerst hebben conflicten de

neiging te escaleren.[359] Hoe langer je wacht, hoe verder een conflict kan escaleren (par. 4.4 en 6.3.5). In de tussentijd kan de wederpartij juridische kosten maken, welke kosten schikken later lastiger maken (*sunk costs (fallacy)*). Het is moeite waard te onderzoeken hoe gepercipieerde drempels beslecht kunnen worden en hoe advocaten eerder betrokken kunnen worden zodat zij meer preventieve juridische diensten kunnen verlenen; diensten die de gang naar de rechter en verdere escalatie voorkómen.

Procespartijen hadden in de door mij geobserveerde zaken regelmatig weinig verwachtingen van wat hen te wachten stond tijdens de zitting. Een schikking verwachtten zij meestal niet. Ze hadden de zitting vaak wel voorbereid met hun advocaat (in een enkel geval overigens niet), maar daarbij regelmatig slechts de (juridische) inhoud van de zaak besproken.

Ze bereidden schikkingsonderhandelingen verder niet of nauwelijks voor: enkel met de mededeling dat de rechter waarschijnlijk wel een schikking zou beproeven en dat hij partijen daarvoor naar de gang zou 'sturen'. [360] Waar zij schikkingsonderhandelingen wel voorbereidden werd enkel de bodem voor een schikking bepaald.

De vraag is of betere voorbereidingen kunnen bijdragen aan betere schikkingen. Dat ligt voor de hand, maar nader onderzoek naar die voorbereidingen en pre-procedurele schikkingspogingen lijkt opportuun.

[359] Zie Prein 2017, p. 118 e.v. en Giebels & Euwema 2007, p. 26 e.v.
[360] Lieverse 2021b.

5 Wat gebeurde er tijdens de zitting?

5.1 Inleidende opmerkingen

Er is in Nederland niet één duidelijke uniforme zittingsaanpak. Dat blijkt (ook) uit mijn onderzoek. Ik heb geen (systematische) verschillen gevonden tussen de in het onderzoek betrokken rechtbanken of locaties. De verschillen tussen individuele rechters, ook binnen dezelfde rechtbank dus, zijn daarentegen groot. Bruinsma kwalificeerde drie verschillende rechters: sfinxen, actievelingen en kadirechters.[361] Echte sfinxen en kadirechters heb ik niet geobserveerd, één kadirechter misschien.

Alle door mij geobserveerde rechters waren als actief (in het feitenonderzoek en de regievoering ter zitting)[362] te kwalificeren in de onderscheiding van Bruinsma en toch waren er grote verschillen in zittingsaanpak, vooral in de manier waarop rechters omgingen met 'schikken'. Ik heb zittingen bijgewoond waarin procesdeelnemers alleen spraken over de juridische merites, zittingen waarin zij juist alleen maar zochten naar praktische oplossingen en in het geheel niet over rechtsposities spraken, en alles daartussenin. De praktijk is niet zwart-wit, maar rijk geschakeerd aan inkleuring.[363]

Wat er op de gang gebeurt en waartoe dat leidt, kan niet los gezien worden van de zitting.[364] Dit hoofdstuk gaat over de zitting.

---

[361] Bruinsma (1995) onderscheidt drie rechters: De sfinxen, de lijdelijke rechters, die luisteren en niet laten blijken hoe zij tegen de zaak aankijken, de actieve rechters, in de zin van niet lijdelijk, die actief feitenonderzoek doen en de kadirechters, die met gebruikmaking van hun discretionaire ruimte op zoek gaan naar praktische oplossingen voor het voorliggende geschil.
[362] Van der Linden beschrijft dat de rechter ten aanzien van voortgang van de procedure toch nog wel lijdelijk is (2020).
[363] Lieverse 2021b.
[364] Dat maakt de onderzoeken van Van der Linden en Verschoof & Van Rossum ook voor dit onderzoek zo belangwekkend.

5.2 Schikkingsinterventies algemeen

Wat ter zitting gebeurt, werd al onderzocht door Van der Linden (zie uitgebreid: par. 3.4.7) en Verschoof & Van Rossum (3.4.8). Verschoof & Van Rossum onderscheidden in het schikkingsarsenaal van rechters drie verschillende soorten interventies: procesinterventies, inhoudelijke en conflictoplossingsinterventies (zie daarover par. 3.4.8).

Zoals gezegd zie ik de procedure (het geschil) als een interventie om het (daaronder liggend) conflict op te lossen (par. 1.4.6). In die visie is een procedure bijna altijd een substituut.

De conflictinterventies in het onderzoek van Verschoof & Van Rossum waren "regelmatig afhoudend tot niet meer dan oppervlakkig en werden ook geregeld maar bij één persoon gelegd". [365] Met andere woorden, schikkingsinterventies lijken alomtegenwoordig, maar de conflictinterventies komen het minst voor (kwantiteit) en zijn weinig diepgaand (kwaliteit).

Dat beeld komt overeen met wat ik heb gezien, maar ik heb interventies niet geturfd.[366] In bijna alle zittingen die ik observeerde, werden schikkingsinterventies gepleegd. Dat waren vooral proces- en inhoudelijke interventies.

In één zaak werd geen enkele schikkingsinterventie gepleegd. In drie zaken verrichtte de rechter wel schikkingsinterventies, maar die waren wat aantal en diepgang betreft, erg betrekkelijk. De rechter vroeg niet door wanneer partijen zeiden dat er geen ruimte was om te schikken. In een huurgeschil bijvoorbeeld zei de rechter aan het einde van de zitting:

> *"Dan, hoe nu verder? Er kan een uitspraak van mij komen. Die kan de boel verder op scherp zetten, maar u draagt eigenlijk al een oplossing aan. Is dat een manier om hiermee verder te gaan?"*

Partijen reageerden welwillend, maar de advocaat van gedaagde greep in:

---

[365] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 343.

[366] Dat zou wel mogelijk zijn gelet op de omstandigheid dat zittingen veelal zijn opgenomen en getranscribeerd en daar waar dat niet mocht zijn uitgeschreven, maar dit onderzoek heeft een andere methode dan die van Verschoof & Van Rossum. Dit onderzoek is niet gericht op het vinden van kwantitatieve informatie of (causale) verbanden.

> *"Maar dat neemt niet weg dat het wel belangrijk is voor [naam gedaagde] om helderheid te krijgen hierover. En…"*
>
> Rechter interrumpeert: *"Ja? Is dat zo? Als mensen er onderling uitkomen? Is dan…"*
>
> Advocaat gedaagde: *"Nou ja, goed het is dan de vraag, als het niet zo is, dan zitten we hier over een tijdje weer. En dat wil [gedaagde] gewoon niet. Het moet nu gewoon even duidelijk zijn voor alle partijen. En meneer geeft dus al gewoon toe, nou in de toekomst kunnen we het er over hebben."*

De rechter deed geen poging om te achterhalen in hoeverre een principe-uitspraak inderdaad was wat partijen wilden. Een principe-uitspraak zou in ieder geval voor een van beide partijen nadelig zijn, terwijl de oplossing voor het probleem op tafel leek te liggen.

Iets soortgelijks gebeurde in een ingewikkeld bouwgeschil. Tijdens de mondelinge behandeling, die vooral ging over de feiten, een echte welles-nietesdiscussie, verzuchtte de rechter:

> *"Wat er ook van zij, daar hebben we het verder niet over. Ik wil gewoon dat er gauw een oplossing komt. Ik heb wel gedacht: 'Hoe is het nou in Godsnaam mogelijk. Het is nu bijna 4 jaar geleden en deze ellende is nog steeds niet opgelost. Even afgezien van wie er gelijk heeft. Hè, daar gaat het even niet om. U krijgt nog ruimschoots de tijd om erover te praten. Maar hoe komen we nu door deze impasse heen? Want zonder een deskundige krijgen we hoogstwaarschijnlijk getuigenverhoren. Dan zijn we over een jaar nog bezig. En dat wil ik u niet aandoen. Mezelf maakt niet uit. Ik word daarvoor ingehuurd. Maar dit gaat allemaal maar duren en duren en duren. En het is niet goed voor de emotie en ook niet voor de portemonnee. Laat ik het zo zeggen. Denkt u daar even over na. Ik ga nu naar u [rechter kijkt eiser aan]".*

Met enige goede wil zou deze verzuchting gezien kunnen worden als een schikkingsinterventie, en wel een inhoudelijke, omdat er gewezen wordt op het bazo (beste alternatief zonder oplossing): doorprocederen betekent het benoemen van deskundigen en getuigenbewijs, en dus een langere procedure en hogere kosten, maar de rechter legt de link niet (expliciet) met de mogelijkheid de zaak te schikken. Deze zaak draaide uit op de benoeming van een deskundige en over een minnelijke regeling werd niet gesproken.

Van de procesinterventies zag ik overwegend schorsingen en hervattingen van het schikkingsgesprek na een vruchteloze schorsing, al lijken rechters zich snel neer te leggen bij de mededeling dat schikken niet gelukt is. Zij zeggen ook in de regel dat schikken niet hoeft, maar mag.

Van de inhoudelijke interventies zag ik met name voorlopige oordelen (ongeveer in gelijke mate zagen die op het *geheel* af- of toewijzen, het *gedeeltelijk* toe- of afwijzen van vorderingen en de houdbaarheid van juridische stellingen) en het wijzen op het bazo.[367]

Voorlopige oordelen over de bewijslastverdeling of de bewijsbaarheid[368] heb ik nauwelijks geobserveerd. Dat is opmerkelijk omdat Verschoof & Van Rossum deze juist vaak turfden (bewijslast: 37 procent; voorspelling bewijs: 8 procent) én uit hun onderzoek bleek dat deze voorlopige oordelen de kans op een schikking duidelijk doen toenemen. Rechters zeiden soms wel dat rechtens relevante feiten niet vaststonden en dat daarom bewijslevering nodig was, dat er zelfs een duidelijk bewijsrisico was, maar gaven daarbij niet aan wie van partijen de bewijslast zou moeten dragen. Een voorbeeld is een bouwgeschil:

> Rechter: *"Dus eigenlijk moeten we eerst een stapje terug en moeten we vaststellen wat had [achternaam gedaagde] moeten doen, en wat had de familie [achternaam eisers] moeten doen? Wat zijn de verplichtingen over en weer uit hoofde van die mondelinge overeenkomsten? En, dan zeg ik er ook maar meteen bij: als u het daar niet over eens wordt, dan zal het een bewijskwestie worden en dan nog is de kans groot dat ik zeg: 'Ik weet het niet. Ik was er niet bij. En ik heb onvoldoende bewijs gekregen om te concluderen voor dit of dat standpunt.' Dus wat mij betreft, zouden we eerst, voordat we aan allerlei deskundigen toekomen, moeten gaan vaststellen wat hebben de [achternaam eisers] besteld. Wat heeft u geaccepteerd? Wat had u moeten betalen en wat had u moeten maken? Nog even helemaal afgezien van de feitelijke uitvoering, zowel qua betaling, als qua aanneming van werk."*

---

[367] De interventies waarbij gewezen werd op het bazo bestonden in mijn onderzoek vooral uit het wijzen op het procesrisico (al dan niet in hoger beroep), de kosten en de tijd gemoeid met, en in wat mindere mate op de psychische belasting van doorprocederen.

[368] Wel dat bewijs voor een stelling nog niet was gezien, maar dat zegt niet dat dat bewijs, als tenminste een bewijsaanbod is gedaan, kan worden geleverd.

Met een paar woorden verricht de rechter verschillende interventies. De rechter zegt iets over de bewijsbaarheid. De kans is groot dat ik zeg: "Ik weet het niet." Dat maakt het een inhoudelijke schikkingsinterventie, hoewel partijen nog niet weten aan welke zijde het bewijsrisico ligt. Het is ook een inhoudelijke interventie omdat de rechter feitelijk zegt: "De race is nog niet gelopen en dat kan nog wel even duren."

In dit hoofdstuk bespreek ik niet alle schikkingsinterventies die ik gezien heb. Mijn onderzoek was daar niet op gericht. Het gaat mij om wat er op de gang gebeurt. Vanzelfsprekend kun je een en ander niet volledig van elkaar loskoppelen. Ik bespreek de interventies voor zover die een karakteristieke uitwerking hadden voor wat op de gang gebeurde in het volgende hoofdstuk.

In dit hoofdstuk beperk ik me tot een aantal kenmerkende, thematische en voor de praktijk relevante observaties:

1. Er is geen uniforme zittingsaanpak (par. 5.3).
2. Rechters delen de doelen van de zitting veelal mee, maar daar blijft het bij (par. 5.4).
3. Veronderstellingen omtrent schikken worden nauwelijks getoetst (par. 5.5).
4. Advocaten en procespartijen vertellen niet (ongevraagd en proactief) waar zij behoefte aan hebben (par. 5.6).
5. Advocaten benutten het strategisch hervattingsmoment niet, en rechters ook niet (par. 5.7).
6. Ik zag geen schikkingsdwang (par. 5.8).

Ik bespreek de bevindingen wederom thematisch.[369]

[369] Dat vergroot de leesbaarheid van dit proefschriftonderzoek: het integraal en/of chronologisch opnemen van observaties en interviews zou het werk ontoegankelijk maken. Op basis van de interviews en observaties heb ik conclusies getrokken. Die conclusies bespreek ik, waarbij ik de argumentatie met anekdotes illustreer.

5.3 Er is geen uniforme zittingsaanpak

5.3.1 Empirisch materiaal

Hoewel er geen uniforme zittingsaanpak is, heb ik in de meeste mondelinge behandelingen de volgende fases kunnen onderscheiden:

1. *Openingsfase* waarbij de rechter inventariseerde wie aanwezig was, welke processtukken waren gedeeld en wat de agenda van de zitting was.
2. *Informatie-exploratiefase*, waarin de rechter de voor het *geschil* relevante feiten onderzocht. Deze informatie-exploratiefase is ruimer dan de hierna te noemen inlichtingenfase, omdat in deze eerstgenoemde fase ook ruimte kan zijn om bijvoorbeeld onderliggende belangen te onderzoeken die strikt genomen voor het doorhakken van de juridische knopen niet relevant zijn.
3. De *schikkingsfase* waarin de rechter met partijen de ruimte voor een schikking exploreerde. [370] Nadat de procesdeelnemers tijdens de mondelinge behandeling (voorzichtig) schikkingsmogelijkheden hadden afgetast legde de rechter aan partijen de vraag voor of zij ruimte zagen en behoefte hadden aan een schorsing om op de gang, buiten het oog van de rechter een minnelijke regeling te beproeven. Soms werden ter zitting de contouren van een schikking geschetst. Stemden partijen met een schorsing in, dan werd de zitting geschorst en verlieten procespartijen en hun rechtsbijstandsverleners de zittingszaal. Regelmatig zei de rechter hoeveel tijd partijen kregen om op de gang schikkingsmogelijkheden te exploreren. Het kwam ook regelmatig voor dat een rechter dat aan partijen overliet. Wanneer zij de zitting wilden hervatten konden ze zich tot de bode wenden, of op de deur van de zittingszaal kloppen.

---

[370] De mondelinge behandeling heeft een aantal wettelijke 'doelstellingen', waarvan de belangrijkste voor dit onderzoek het beproeven van een minnelijke regeling is. Van der Linden sprak over wettelijke 'doelstellingen', maar strikt genomen is schikken geen wettelijke doelstelling, maar een wettelijke mogelijkheid. Uit onderzoek van Van der Linden en Verschoof & Van Rossum volgt wat rechters (kunnen) doen in deze fase (zie par. 3.4.4 en 3.4.8). Art. 87 lid 2 Rv luidt: "Tijdens de mondelinge behandeling stelt de rechter partijen in de gelegenheid hun stellingen toe te lichten en kan de rechter: a. partijen verzoeken hem inlichtingen te geven, b. partijen gelegenheid geven hun stellingen nader te onderbouwen, c. een schikking beproeven, d. met partijen overleggen hoe het vervolg van de procedure zal verlopen, en e. die aanwijzingen geven of die proceshandelingen bevelen die hij geraden acht, voor zover de rechter dit in overeenstemming acht met de eisen van een goede procesorde."

4. De *inlichtingenfase* waarin rechters duidelijkheid wilden verkrijgen omtrent de rechtens relevante feiten (de feiten waarop de ingeroepen rechtsgevolgen waren gebaseerd). Het onderscheid tussen de informatie-exploratiefase en de inlichtingenfase was niet altijd waarneembaar.
5. *De procesplanningsfase*, waarin de rechter en procespartijen het verdere verloop van de procedure bespraken. Dit speelde met name in zaken waarin geen schikking was bereikt. In de zaken waarin partijen werkafspraken maakten, werden afspraken gemaakt wanneer de rechter over de uitkomst daarvan zou worden geïnformeerd (par. 6.4.4). In andere gevallen werden veelal afspraken gemaakt over de verdere procesinterventies: wanneer een (tussen) vonnis kon worden verwacht, of dat nog nadere proceshandelingen verricht mochten worden, zoals het nemen van een conclusie of akte.
6. *De afsluitingsfase*, waarin het proces-verbaal van de zitting werd opgemaakt, dan wel waarin afspraken werden gemaakt over het doorvoeren van correcties op het later buiten aanwezigheid van partijen op te maken proces-verbaal en waarin de rechter de behandeling ter zitting afsloot.

In bijna alle zittingen die ik heb geobserveerd waren de genoemde verschillende fases[371] te onderscheiden. In een enkel geval werd de schikkingsfase, dan wel de inlichtingenfase overgeslagen, en in de gevallen waarin partijen schikten, de procesplanningsfase. De volgorde waarin deze fases tijdens de zitting werden doorlopen verschilde, alsook de duur en de diepgang van de verschillende fases. In verreweg de meeste door mij geobserveerde zittingen, startte de rechter met de feitenverzameling, waarna (aan het einde van de zitting) mogelijkheden voor een schikking werden besproken, zoals de rechter deed in de volgende zaak:

> *"Oké, dan laten we het daarbij. De zitting wordt gebruikt om de vragen die ik had te verduidelijken. Dat heeft veel tijd gekost. We zijn toch al anderhalf uur bezig. Dat heeft er ook mee te maken dat er best wel wat vragen zijn over waar nu precies de kern van het probleem zit. Dat heb ik nodig om een vonnis kunnen schrijven. Dat betekent dat ik heel erg bezig ben met feitjes. Dat rakelt het allemaal weer op. En u heeft ook weer te maken met verschil van visies. Dat*

[371] Zie: Ippel & Heegter-Hertter 2007, p. 91.

zie je net ook weer over dat verslag. Dat leidt er niet altijd toe dat je beter begrip voor elkaar gaat krijgen. Toch wil ik een lans breken voor het zelf bereiken van een oplossing, welke dat ook zou moge zijn. Dat wil ik doen omdat de rechtspraak ervan uitgaat dat het altijd beter is als partijen zelf tot een oplossing kunnen komen. En dat hoeft u niet te doen. U hoeft niets met elkaar af te spreken, zeker van mij niet. En of u bereid bent om de zaak te schikken, dat maakt voor mij niet uit. Het is meer dat ik dit aan de orde stel dat u als het ware, u moet zich voorstellen u zit voor een wissel. U kunt nu nog zeggen: 'We gaan het zelf oplossen'. Dan bent u zelf rechter. Of u laat het aan de rechter over. Dat is ook prima. Als u er samen niet uitkomt, dan gaan we ermee door, maar het is wel zo dat een beslissing van de rechter is zwart-wit. Dat kan wel eens niet het gevoel geven: dit is de beste oplossing die ik had kunnen bereiken."

De rechter keek eiseres aan en vervolgde:

"Ik proefde ook, u heeft een heel lang traject mevrouw, ik richt mij even tot u, een heel lang traject van veel procedures. U heeft het gevoel dat u in de kou heeft gestaan. En ik vroeg mij af of in hoeverre dat ook meespeelde. U hoeft daar geen antwoord op te geven aan mij, en ik vroeg mij af of dat geen opening zou kunnen bieden om het daar eens met elkaar van gedachten over te wisselen."

Ik observeerde vier rechters die de zitting startten met vragen als: "Wat betekent het voor u om hier te zijn?" en "Wat hoopt u vandaag te bereiken?". In een zaak tussen twee compagnons deed de rechter dat ook. Zij ging in op mogelijke redenen om te schikken en/of nadelen van procederen, maar dat gesprek werd niet uitgediept. Het gesprek werd pas weer opgepakt na de feitenverzameling. De feitenverzameling zat als het ware ingepakt in schikkingsinterventies:

Rechter: *"Eerst zullen we de zaak inhoudelijk behandelen. Ik heb nog een aantal vragen over het dossier en u krijgt de gelegenheid om te vertellen wat er volgens u aan de hand is. Daarna bespreken we hoe nu verder? Wilt u een vonnis, of wat anders? Meneer [achternaam eiser], wat betekent het voor u om hier te zijn?"*

Het leek voor eiser niet direct duidelijk wat de rechter met deze vraag beoogde te bereiken. Hij antwoordde na een korte overpeinzing:

"Ik wil eigenlijk gewoon mijn geld terug hebben."

De rechter knikte instemmend: "*Hoe is het voor u om hier te zitten?"*

Eiser: *"Dat is niet fijn. Ik had het liever op een andere manier opgelost."*

De rechter: *"U had het liever op een andere manier opgelost?"*

Eiser: *"Ja, maar hij betaalt gewoon niet. Dan heb je geen keuze."*

Rechter: *"Wat hoopt u te bereiken vandaag?"*

Eiser: *"Dat er iets uitkomt."*

Rechter: *"Dat uw vordering wordt toegewezen?"*

Eiser: *"Ja."*

Rechter: *"Maar u weet, dat áls er een vonnis komt, dat dat niet vandaag komt?"*

Eiser antwoordde dat dit door zijn advocaat is uitgelegd. De rechter stelde vervolgens dezelfde vragen aan gedaagde:

"Meneer [achternaam gedaagde], wat betekent het voor u om hier te zijn?"

Gedaagde: *"Als ik het eerder had geweten, had ik al 20 keer betaald. In 2010 was er geld. Maar hij komt er nu na ruim 10 jaar mee."*

De rechter knikt: *"Maar hoe is het voor u om hier te zitten?"*

Gedaagde: *"Spannend."*

De rechter knikte begrijpend en wendde zich tot eiser: *"Dat begrijp ik. Dat zal het ook voor u zijn."*

Eiser knikte. Op de vraag wat gedaagde hoopte te bereiken, antwoordde hij: *"Dat het voorbij is. Want we zijn compagnons."*

De rechter ging daarop in: *"Heeft u veel met elkaar te maken?"*

Dat bleek niet het geval te zijn. Procespartijen vertelden (eiser stelde, gedaagde beaamde) dat zij vroeger "zakelijk bevriend" waren en elkaar ten minste elke veertien dagen zagen. Nu hadden zij enkel jaarlijks contact wanneer de jaarcijfers ondertekend moe(s)ten worden en dan per mail.

De rechter vroeg partijen hoe dat voor hen was.

Eiser: *"Niet fijn."*

Gedaagde: *"Niet fijn."*

> De rechter liet een korte pauze vallen en gaf aan: *"Goed, dan weet ik hoe u hier zit. En dan kan ik nu de zaak inhoudelijk gaan behandelen."*

Op dat moment dacht ik: waarom gaat de rechter daarop niet door? Waarom vraagt ze niet wat maakt dat de relatie verslechterde? Later bleek de strategie van de zittingsrechter navolgbaar. Na de inhoudelijke behandeling, refereerde ze aan de antwoorden van de procespartijen en die waren opmaat voor schikkingsinterventies. Daarbij stelde de rechter deze vragen alsnog. De exploratie startte met de vraag: "U stond op vriendschappelijke voet. Wanneer is dat nu misgegaan?". Dit gesprek leidde uiteindelijk via een schorsing tot een verwijzing naar mediation.

Missie geslaagd zou je kunnen denken. Mediation lijkt een aangewezen route. Hoe keken procesdeelnemers hiernaar? Tijdens de schorsing reflecteerden de beide advocaten overigens op deze opening. De advocaat van gedaagde vertelde dat hij geen ervaring had met mediation en voegde daaraan toe:

> *"Ik zie niet hoe mediation een oplossing kan zijn. Ze moeten gewoon van elkaar af. Verkoop het onroerend goed of de aandelen en reken met elkaar af. Zo moeilijk is dat niet."*

Vervolgens reflecteerde hij op de rechter:

> *"Ja, zij wilde gewoon van die zaak af. Die wilde al verwijzen naar mediation toen we binnenkwamen. Dat was wel duidelijk. Die vragen ook aan het begin: 'Hoe voel je je?' Ja, wat heeft dat nou voor zin?"*
>
> Advocaat eiseres: *"Ja, die waren wel gericht om partijen klaar te maken voor mediation."*

In één geval werden de juridische standpunten echt nauwelijks aangeroerd. De rechter inventariseerde bij aanvang van de zitting of iedereen beschikte over hetzelfde procesdossier, hetgeen het geval bleek. Het was een burenzaak. De rechter opende met de opmerking:

> *"Ik heb naar de tekeningen van het kadaster gekeken. Klopt het dat we het hebben over een stukje grond van iets minder dan twee vierkante meter?"*
>
> Partijen praatten door elkaar, waarop de rechter de regie nam:
>
> *"Ik wilde niets meer of minder zeggen dan dat het vandaag gaat om een relatief klein stukje grond."* Partijen reageerden daar instemmend op, waarna de

rechter de beide advocaten aankeek: *"Ik heb u nooit op zitting gehad. Ik wil u niet verrassen. Ik heb altijd de neiging om het om te draaien. De meeste rechters beginnen met de inhoudelijke behandeling. Ik heb de neiging om dat andersom te doen, om te beginnen met de vraag: 'Is het op te lossen?' Ik heb in de stukken gezien dat u al meerdere pogingen hebt ondernomen. Hoe zitten partijen erin?"*

De advocaat van eisers nam het woord: *"We hebben in het verleden al verschillende mediationpogingen gedaan."*

Rechter: *"Heb ik gezien, maar mag ik een poging doen?"*

Daarop reageerde gedaagde sub 2: *"Er speelt meer dan die paar vierkante meter."*

"Precies", zei de rechter: *"Dat dacht ik ook. Is het probleem opgelost met een vonnis? Ik heb me afgevraagd: wat speelt er nu echt? Gaat het echt om die 2 m2?" (...) "Klopt mijn onderbuikgevoel?"*

Eiser sub 1: *"Ik kan wel aangeven waar ons belang zit. We hebben een Bed & Breakfast. Vanaf de openbare weg is de ligging ervan niet goed te zien. Wij willen een bordje plaatsen. Toen wij hier kwamen wonen hadden we daar al overleg over met de tegenpartij."*

Rechter: *"Zullen we het gewoon hebben over buren. U woont naast elkaar en heeft eigenlijk hetzelfde probleem."*

Eiser sub 1: *"Dat klopt."*

Zo startte de zoektocht naar waar het partijen om te doen was om op basis daarvan een regeling te treffen. Dat was niet eenvoudig. De rechter deed haar best om de discussie telkens terug te brengen naar de achterliggende belangen en het belang van een goede verstandhouding.

Eiser sub 1: *"(...) Wij wilden als goede buren wonen. Ik tenminste wel. Ik zeg altijd 'goedemorgen'. Net kreeg ik geen 'goedemorgen'."*

Rechter: *"Wat er net op de gang is gebeurd weet ik niet, maar ik zie dat dit veel emotie oplevert."*

Eiser sub 1: *"We zullen geen goede vrienden meer worden. Dat is een gepasseerd station. We zullen niet meer bij elkaar op de koffie komen."*

Rechter: *"Dat weet je nooit."*

Eiser sub 1: *"Voorlopig niet. We hebben het altijd op willen lossen."*

Rechter: *"Soms is het ook gewoon nodig om hier te komen."*

De rechter gaf gevoelsreflecties en onderhandelde op momenten mee. De procesdeelnemers waardeerden het optreden van deze rechter en volgens hen was het aan haar aanpak te danken dat een schikking werd bereikt. Daarbij hielp volgens hen onder andere dat de rechter direct met schikkingsinterventies startte. Het eerst bespreken van de juridische merites zou de sfeer mogelijk hebben verhard en partijen hebben kunnen vastbijten in hun stellingen.

De partijen bereikten (uiteindelijk) een schikking. Dat bleek nog knap lastig. Er waren meerdere schorsingen voor nodig en een meeonderhandelende rechter. Met name gedaagde sub 2 had moeite met schikken. Op enig moment hield de rechter hem voor dat schikken niet hoeft, en dat zij als partijen de zaak niet minnelijk wilden oplossen over zou gaan tot de inhoudelijke behandeling. Gedaagden kregen daarop een meningsverschil en de zaak werd geschorst zodat zij samen op de gang hun standpunt konden bepalen. Gedaagde sub 2 stemde in met de contouren van de regeling. Na de schorsing merkte de rechter op:

"U wordt stiller en stiller."

Gedaagde sub 2: *"Ja. Ik ga hiermee akkoord, maar ik vind dit niet leuk. Als we geld genoeg hadden, zou ik het niet doen. Het is ook slecht voor mijn gezondheid, dus ik ga ermee akkoord."*

Rechter: *"Ik zou niet willen dat u naar buiten gaat met het idee dat u uw handtekening heeft gezet, terwijl u die niet had willen zetten."*

Gedaagde sub 2: *"Nee, ik maak een afweging. Daar spelen geld en gezondheid een rol in."*

Rechter: *"Ik wil niet dat u druk voelt van de rechtbank."*

Gedaagde sub 2: *"Nee, die druk voel ik niet. Ik vind het niet leuk, maar we gaan dit gewoon doen."*

In het interview dat ik met gedaagde sub 1 had vroeg ik door:

Onderzoeker: *"U zegt: 'Voor mij is hiermee de kous af. Streep eronder. Het is gedaan.' Maar voor uw man is dat anders?"*

Gedaagde sub 1: *"Voor mijn man voelt dat heel anders."*

Onderzoeker: *"En is, dat is de emotie: het gevoel dat hem onrecht wordt gedaan?"*

Gedaagde sub 1: *"Ja, dat hem onrecht is aangedaan en zeker ook omdat [juridisch standpunt]. Dat was heel duidelijk. Wij wilden gewoon niet het risico aangaan, stel de rechter gaf ons gelijk, dat zij dan nog in hoger beroep gingen. Want dat ging gebeuren. Dat risico konden we gewoon niet nemen. En dat is de reden dat mijn man ermee heeft ingestemd. Dat had hij anders beslist niet gedaan. Absoluut niet. Honderd procent zeker niet. Tweehonderd procent zeker niet."*

Gedaagde sub 1 legde mij uit dat gedaagden niet verzekerd waren tegen de proceskosten. Het was deels een financiële afweging. Daarnaast speelde de gezondheid van gedaagde sub 2 die meebracht dat gedaagden er een streep onder wilden zetten. Een schikking hadden gedaagden van tevoren niet verwacht, maar verrast door de aanpak van de rechter waren ze niet. Gedaagden hadden de zitting daaraan voorafgaand met hun advocaat besproken. Daarbij hadden ze al afgesproken dat ze niet zouden instemmen met mediation. Een schikking zat er niet in. Vooral omdat gedaagde sub 2 daar niet aan wilde.

Gedaagde: *"Maar ja, de rechter begon meteen met dat ze het anders ging doen, dat ze de zaak ging omdraaien. Later op de gang zei [voornaam advocaat gedaagde] tegen ons dat ze dat een hele fijne aanpak vond, want normaal gesproken, zegt ze: 'Dan gaan een uur de advocaten tegen elkaar te keer. En dan mogen wij wat zeggen en dan komt het meestal toch tot een schikking.' [Voornaam advocaat gedaagden] vond haar aanpak fantastisch. Zij had dit nog nooit meegemaakt, zei ze."*

En voor gedaagden, was voor hen de zitting verrassend?

"Kijk voor ons was het niet verrassend, in die zin, wij weten niet dat dit nooit gebeurt."

Deze rechter heb ik ook in een andere zaak geobserveerd en daar koos ze voor dezelfde aanpak: beginnen met schikkingsinterventies:

> *"U heeft een uitnodiging gehad voor deze zitting en die heeft twee doelstellingen. Het verschaffen van inlichtingen en het beproeven van een schikking. Ik wil eerst dat laatste even met u bespreken en dan wijk ik af van wat gebruikelijk is, maar ik denk dat als we naar de juridische inhoud gaan, dat jullie je vast graven in de juridische loopgraven. U denkt daar heel anders over. Heeft u zelf ideeën? Denkt u dat een oplossing mogelijk is?"*
>
> Advocaat eiser antwoordde dat er geen contact is geweest en gaf aan: *"In deze zaak gaat het uitdrukkelijk om geld."*
>
> Eiser viel hem bij en zei: *"Als ik het bedrag krijg, dan vind ik het goed."*
>
> De advocaat van gedaagde: *"We zitten wel heel erg ver uit elkaar. Daar gaan we niet uitkomen. Nu daarover praten heeft geen enkele zin."*
>
> Rechter: *"Ik zal het aan het einde van de zitting nogmaals vragen."*

Uitzondering was wanneer de rechter geen enkele schikkingsinterventie verrichtte. Dat gebeurde maar in een zaak. De rechter veronderstelde dat er geen ruimte was om te schikken:

> *"Ik denk niet dat u samen tot een oplossing zult komen buiten deze rechtszaal, nog voordat ik vonnis wijs, dus ik ga maar gewoon vonnis wijzen."*

Er bleek wel schikkingsruimte te zijn, althans partijen bleken wat minder principieel dan ter zitting leek. Na de zitting en tijdens de interviews vertelden beide partijen mij dat zij best een regeling hadden willen exploreren. De vraag is wel of een dergelijke exploratie zinvol was geweest. Ze zaten erg ver uit elkaar.

5.3.2 Reflectie

De zaaksrechter heeft geen bemoeienis met de selectie van zaken voor de mondelinge behandeling.[372] Rechters in Nederland voeren (actief) de regie over de zaak. Ahsmann beschrijft het belang van een goede voorbereiding door rechters voor het welslagen van de zitting en het kunnen schrijven van een vonnis, maar ook dat die voorbereiding misschien wel moeilijker is dan het schrijven van een vonnis.[373] Ahsmann wijst wel vooral op de inhoudelijke voorbereiding: het analyseren van het dossier met behulp

[372] Ahsmann 2020, p. 138.
[373] Ahsmann 2020, pp. 138-139.

van het redeneermodel (syllogisme). Met andere woorden het feitelijk en juridisch in kaart brengen van het dossier en het anticiperen op (juridische) implicaties van (voorzienbare) stellingen. [374] Maar de rechter die de mondelinge behandeling voorbereidt, moet ook beoordelen wat nodig is voor de oplossing van het geschil.[375]

Wat is nu een goede zittingsaanpak? Die vraag is buitengewoon relevant.[376] Ahsmann wijst erop dat het optreden in verband staat met de procedurele rechtvaardigheid.[377] Maar ik denk dat het optreden ter zitting ook in verband staat met de inhoudelijke uitkomst: wordt er geschikt of moet er gevonnist worden?

Uit onderzoek blijkt dat er weinig lijn zit in de manier waarop rechters een schikking beproeven.[378] Ahsmann wijst erop dat de rechter ter zitting casemanager van de inhoud is; hij heeft een sterke regierol en zijn persoon speelt daarbij een belangrijke rol. [379] Ahsmann behandelt vooral de juridisch-technische aspecten van de mondelinge behandeling. Smilde, Steenberghe en Grootelaar, Hulst & Van den Bos gaan in het in 2019 verschenen handboek over de mondelinge behandeling wel in op de minder juridisch-technische, maar meer communicatieve en conflict oplossende aspecten.[380]

Steenberghe:

> *"Tijdens de mondelinge behandeling wordt veel van de zittingsrechter gevraagd. Op de rechter rusten vele verantwoordelijkheden: actieve regievoering, waarheidsvinding, rechtstoepassing, oordeelsvorming, goede gespreksvoering, tijdsbewaking, procedurele rechtvaardigheid, belangenonderzoek, efficiency en probleemoplossing. Verder wordt de rechter in de huidige tijd niet meer op zijn gezag geloofd, maar op de informatie die hij verschaft, de uitleg die hij geeft en de verantwoording de hij over zijn oordeel aflegt. Het gevolg van deze veelheid aan taken is dat de rechter meer keuzemogelijkheden heeft, van hem meer kennis en vaardigheden worden verwacht en dat hij actiever, en dus in zijn optreden persoonlijker wordt. Dit gegeven is van belang. In de eerste plaats*

---

[374] Ahsmann 2020, p. 139.
[375] Ahsmann 2020, p. 139.
[376] Ahsmann 2020, p. 173.
[377] Ahsmann 2020, p. 139; zie ook par. 1.4.4.
[378] Ahsmann 2020, p. 181; Van der Linden 2010; Verschoof & Van Rossum 2018; Ippel & Heeger-Hertter 2007, p. 116; Van der Linden 2008, p. 49, 99; Praagman 2011.
[379]Ahsmann 2020, p. 164.
[380] De Groot & Steenberghe 2019.

betekent dit dat het moeilijk, zo niet onmogelijk, is geworden om in het optreden van de rechter ter zitting uniformiteit te bereiken."[381]

Steenberghe wijst erop dat uit onderzoek van onder meer Van der Linden en Verschoof & Van Rossum blijkt dat die verschillen niet problematisch hoeven te zijn. Er hoeft niet een uniforme aanpak te worden nagestreefd, maar in onderzoek kunnen wel *best practices* worden gevonden. Verschoof & Van Rossum concludeerden bijvoorbeeld dat een van de factoren waardoor partijen schikkingsdwang ervaren is dat de rechter te vroeg overgaat tot het beproeven van een schikking.[382] Op basis van die vondst formuleerden zij de volgende aanbeveling:

> *"(25) Let bij het beginnen over een schikking op de timing. Begin niet eerder over een schikking dan na bespreking van het geschil óf na dit eerdere begin te hebben afgestemd met partijen."*

Op basis van mijn onderzoek kan ik wel zeggen dat het in de praktijk gangbaar is dat de schikkingsfase volgt op de informatie-exploratiefase en informatiefase. De uitzondering is dat eerst mogelijkheden van een schikking worden onderzocht, waarna, als een schikking niet mogelijk blijkt, onderzoek wordt gedaan naar de juridisch relevante feiten. De aanpak (die ik overigens maar eenmaal observeerde) waarbij de rechter direct startte met schikkingsinterventies werd door beide partijen en advocaten gewaardeerd. De rechter vroeg partijen daarbij bij aanvang of zij het goed vonden als zij een bemiddelingspoging deed en de rechter liet blijken dat zij op de hoogte was van die eerdere schikkingspogingen.

Ik ben het met Verschoof & Van Rossum eens dat er gevaar op ervaren schikkingsdwang bestaat wanneer de feitenexploratie niet volledig is geweest of niet adequaat is afgerond. Afhankelijk van de persoon van de rechter en de voorliggende zaak zijn er mogelijkheden voor een zittingsaanpak waarin schikkingspogingen worden verricht voor de informatiefase. Zeker wanneer schikkingen worden nagestreefd die recht doen aan achterliggende belangen en niet enkel die vanwege proceseconomische motieven worden aangegaan. Het is daarbij wel goed om de verwachtingen te managen, omdat – zoals ik in hoofdstuk 4 schreef – procespartijen regelmatig niets van schikkingsinterventies verwachten. Mijn indruk is dat zij toch

---

[381] Steenberghe 2019, p. 372, onder verwijzing naar Asser/Vranken 2014, nr. 80; Asser/Giesen 2015, nr. 518-521.
[382] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 395.

vooral denken behoefte te hebben aan een juridische behandeling van het geschil. Uit onderzoek naar ervaren (procedurele) rechtvaardigheid blijkt dat het managen van verwachtingen belangrijk is (zie par. 1.4.4).

Steenberghe wijst ook op het belang van het duidelijk aangeven van het moment waarop de bespreking van de feiten eindigt, en waar het schikkingsgesprek begint: hij noemt dat het kantelmoment.[383]

Verschillen tussen rechters kunnen (deels) te maken hebben met verschillen in taakopvatting (zie par. 3.4.6). Steenberghe:

> *"Of ter zitting aandacht aan conflictoplossing wordt besteed, is sterk afhankelijk van de persoon en vooral de taakopvatting van de rechter. De ene rechter bevraagt partijen moeiteloos over hun belangen ('Waar gaat het u nu echt om?'), de andere rechter acht dat echt niet zijn taak. De ene rechter beproeft een schikking binnen het normatieve kader van zijn oordeel, de ander binnen het kader van de belangen van partijen. De rechter heeft daarbij geen ander handvat dan zijn persoonlijke attitude en taakopvatting. Het procesrecht verplicht hem in dit kader tot niets."* [384]

Ik denk dat rechterlijk optreden niet volledig is terug te voeren op diens persoonlijkheid en taakopvatting alleen. Het voorliggende dossier en de opstelling van partijen hebben daarop ook invloed. Een rechter die in de ene zaak nauwelijks inging op het geschil en voornamelijk met partijen in gesprek ging over een oplossing voor het onderliggend conflict, deed in een andere zaak nauwelijks moeite met partijen te praten over een regeling. Ik veronderstel dat dit meer te maken had met de aard van de voorliggende zaak, de kwaliteit van het procesdossier en de opstelling van partijen, dan met haar taakopvatting.

[383] Steenberghe 2019, p. 404.
[384] Steenberghe 2017.

5.4 Rechters vertellen dat gekeken wordt of er ruimte is om te schikken, maar daar blijft het vaak bij

5.4.1 Empirisch materiaal

Het gebeurt vaak, maar niet altijd, dat een rechter bij aanvang van de mondelinge behandeling meldt dat de zitting wordt benut om de feiten op tafel te krijgen die nodig zijn om vonnis te wijzen, maar ook dat wordt gekeken of partijen zelf tot een minnelijke oplossing kunnen komen.[385]

Twee voorbeelden uit de praktijk:

De rechter in een huurzaak: *"Wat we gaan doen? Ik ga u wat vragen stellen over deze zaak en u krijgt dan gelegenheid om op elkaar te reageren en in het tweede deel van deze zaak wil ik met u bespreken hoe het verder moet, misschien is er een vonnis van mij nodig, misschien komt u er toch nog zelf uit. Ik weet het niet. Maar ik wil in ieder geval die mogelijkheid besproken hebben. Nou als dat duidelijk is, dan gaan we over op de inhoud."*

De rechter in een geldleningskwestie: *"Laat ik nog een ding zeggen. Eigenlijk meestal, als we dus eerst de feiten hebben besproken en de advocaten juridische dingen hebben kunnen aanstippen, is het bij een comparitie meestal gebruikelijk dat partijen, als daar ruimte voor is, nog even de gang opgaan om te bekijken of zij er zelf eventueel nog uit kunnen komen, zonder dat daar een vonnis voor nodig is. Ja? Dus dat is ook op het eind nog iets dat we gaan doen."*

Dit gebeurde als gezegd niet altijd. Het kwam ook regelmatig voor dat de rechter enkel inventariseerde wie verschenen waren en/of welke processtukken ingediend waren om vervolgens direct naar de inhoudelijke behandeling over te stappen. Dat betekende vragen stellen aan partijen over onduidelijkheden in het dossier.

Daar waar rechters vertelden dat schikkingsmogelijkheden zouden worden geëxploreerd, viel me op dat zij dit veelal alleen mededeelden, maar daarover niet of nauwelijks met partijen in gesprek gingen. Ze leken uit te gaan van de veronderstelling dat partijen wel wisten wat er tijdens de zitting zou gaan gebeuren en dat ze daarop door hun advocaat voldoende waren voorbereid. Advocaten bereidden zaken ook voor

[385] In acht zaken gebeurde dat niet.

met hun cliënten, zo vertelden advocaten en partijen mij, maar de focus leek daarbij te liggen op het bespreken van de juridische merites van de zaak.

5.4.2 Reflectie

In de uitnodigingsbrieven van de rechtbank voor de mondelinge behandeling zal (in de meeste gevallen) zijn aangegeven wat het doel is van de zitting: het vergaren van informatie en beproeven van een schikking (art. 87 en 88 Rv).

Ahsmann wijst op het belang ervan dat de rechter na de opening toch ook (nogmaals) algemene informatie geeft over het doel en de inhoud van de zitting en deze informatie met partijen afstemt: het verkrijgen van inlichtingen, het beproeven van een schikking en, zo nodig, het doen van een mondelinge uitspraak, en/of het afspreken wat de volgende processtap is:

> *"Naarmate een rechter meer mondelinge behandelingen heeft gedaan, bestaat de kans dat het een snel afgeraffeld standaardpraatje wordt. Dat zou niet goed zijn. Juist door bij het begin van de zitting uitdrukkelijk stil te staan bij hetgeen men over en weer van elkaar kan verwachten en de doelen van de zitting ook bij partijen te verifiëren, kan de mondelinge behandeling effectiever verlopen. Dan kan namelijk direct duidelijk worden wat partijen met de mondelinge behandeling willen: of zij bijvoorbeeld juist prioriteit bij het schikken willen leggen, dan wel geen schikking willen beproeven."* [386]

Steenberghe:

> "*Als de regiefunctie van de rechter al in één universele regel kan worden samengevat dan is dat de regel: stem wederzijdse verwachtingen altijd af."* [387]

Dat sluit aan bij de aanbeveling van Ahsmann:

> *"Rond de toelichting af met de vraag aan partijen: wat verwacht u van deze zitting? Of: komt datgene dat ik zonet heb verteld overeen met uw verwachtingen?"*[388]

En de aanbeveling (8) van Verschoof & Van Rossum:

---

[386] Ahsmann 2020, pp. 173-174.
[387] Steenberghe 2019, p. 400, onder verwijzing naar: Steenberghe 2017, p. 13 en aanbeveling 8 van Verschoof & Van Rossum 2018, p. 378-380.
[388] Ahsmann 2020, p. 174.

> *"Vraag aan partijen hoe zij tegenover de zaak staan (zich tot de zaak verhouden) en wat zij in dat verband van de zitting verwachten. Doe dit bij voorkeur vroeg in de zitting, maar in elk geval voordat u (achteraf vruchteloze) schikkingsinterventies pleegt. Stel de vraag bij voorkeur op een indirecte manier."*

In de door mij geobserveerde zaken was het de uitzondering dat de rechter bij aanvang van de zitting aan partijen vroeg hoe zij tegenover de zaak stonden, hoe zij zich tot de zaak verhielden en wat zij van de zitting verwachtten. Dat gebeurde soms in het kader van de schikkingsinterventies. Er waren rechters die daarbij de vraag stelden hoe partijen tegenover een regeling stonden. Steenberghe:

> *"Zowel vanuit het oogpunt van efficiency en voortvarendheid als vanuit het perspectief van procedurele rechtvaardigheid is voorafgaande afstemming tussen rechter én partijen over de inhoud van de mondelinge behandeling even vanzelfsprekend als cruciaal. Ik meen dat in deze betekenisvolle gedachte van de wetgever een basis ligt voor een nieuw ijkpunt voor de regiefunctie van de rechter: vroegtijdige wederzijdse afstemming. Ik ben het met deze gedachte als uitgangspunt hartgrondig eens. Juist omdat de taak van de rechter veelzijdiger is geworden, partijen in een groter aantal zaken in persoon kunnen procederen en de rechter in de uitoefening van zijn taak ter zitting op veel vlakken bewegingsruimte heeft, behoeft eigenlijk iedere mondelinge behandeling uit het oogpunt van efficiency, effectiviteit en procedurele rechtvaardigheid afstemming tussen rechter en partijen. De mondelinge behandeling is, zeker vanuit het perspectief van partijen, per definitie maatwerk."* [389]

Er zijn verschillende rechters, met eigen persoonlijkheden. Zaken verschillen van elkaar. Er zijn dan ook verschillende manieren waarop zittingen worden geleid en gestructureerd. Er is in Nederland niet één duidelijke zittingsaanpak. De praktijk is niet zwart-wit, maar rijk geschakeerd. Juist ook door het – onvermijdelijk – ontbreken van een uniforme zittingsaanpak is het belangrijk dat rechters bij aanvang de verwachtingen van partijen managen.

---

[389] Steenberghe 2017.

5.5 Rechters toetsen veronderstellingen omtrent schikken regelmatig niet

5.5.1 Empirisch materiaal

Rechter in een geldleningskwestie: *"Maar over het algemeen bent u het eigenlijk heel erg met elkaar eens. Ik zie dat meneer hier niet had willen zitten. U zegt ook dat u hier niet had willen zitten. U zegt: 'Het klopt dat ik allerlei dingen moet terugbetalen'. Dat wil ik ook en ik heb er nu geld voor. Ik hoor ook dat er loonbeslag, althans dat een verzoekschrift loonbeslag is gedaan en dat er toen 30.000 euro is betaald. Wat u volgens mij moet doen is gewoon met elkaar afspreken hoe u dit gaat aflossen. Dan bent u er gewoon uit. Ik heb niet de indruk dat iemand het daar niet mee eens is. Ik stel voor dat u op de gang daarover nadenkt, want u moet niet, maar u wilt waarschijnlijk wel nog verder met elkaar. U bent familie van elkaar. Probeer er, laat ik het zo zeggen, zelf uit te komen. Dan weet u namelijk waar u uitkomt en wat u afspreekt. En als u van mij een vonnis vraagt, dat kan, dan schrijf ik dat, maar dan weet ik nog niet waar ik op uitkom. Ook niet of het niet dan op een of andere vorm van bewijslevering uitdraait in een van de twee varianten, waarschijnlijk in de reconventie variant. Of een verjaring. Het kan van alles zijn en de vraag is of u dat wilt en of u daar allemaal nog meer geld aan wilt spenderen. Want het is duur om hier te zitten. En niemand wordt er vrolijk van om hier te zitten. En nogmaals het kan een vonnis zijn, maar de vraag is of dat recht doet aan wat mensen zelf als recht ervaren. Het vonnis gaat op basis van wat ik hoor en wat ik weet en ik sta niet in úw schoenen en niet in úw schoenen. Dus ik wil u meegeven, probeer er nu samen uit te komen, ook omdat ik de indruk heb dat u dat eigenlijk allebei zou willen aan allebei de kanten."*

Deze rechter veronderstelde allerlei voordelen van schikken, maar ging niet met partijen in gesprek of die veronderstelde voordelen daadwerkelijk voor deze partijen relevant waren en indien dat het geval was welk gewicht ze in de schaal legden.[390]

[390] Overigens lukte het partijen in deze zaak om tijdens de schorsing tot een regeling te komen. Dat lukte op basis van een verstrekkend voorlopig oordeel. Gedaagde schikte tegen zijn zin.

Ook de rechter in een huurgeschil besprak niet met partijen welke voordelen schikken kon hebben:

> *"Ik ben nu dorpsoudste. Ik weet nog niet hoe het vonnis gaat luiden. U kunt hier geen rechten aan ontlenen. Ik geef geen voorlopig oordeel, maar als dorpsoudste heb ik wel iets om eens een half uurtje met elkaar te bespreken."*

Vervolgens zei hij dat het "beter kersen eten is met iemand die zelf iets toezegt". Verstandiger dan doorprocederen tegen een in België wonende "kale kip". Daar mochten partijen even met elkaar over van gedachten wisselen op de gang. Daarbij adviseerde hij partijen "bij de berekening de proceskosten van hoger beroep mee te nemen".

Deze zaak werd niet geschikt en op voorhand was bekend dat niet geschikt zou worden omdat schikken in strijd zou zijn met het geldende beleid bij gedaagde (*zero tolerance*). Een gesprek daarover ter zitting zou een zinloze schorsing hebben voorkomen.[391]

In een zaak verrichtte de rechter geen enkele schikkingsinterventie omdat hij veronderstelde dat er geen ruimte was om te schikken, zonder dat te toetsen. Die zaak haalde ik ook in par. 5.3.1 al aan. Tijdens de zitting stelde eiser dat hij belang had aan duidelijkheid. Een toewijzend vonnis zou die duidelijkheid kunnen verschaffen. De zaak zou een precedent scheppen. Het probleem van precedenten is dat een stuiver raar kan rollen. Een afwijzend vonnis betekent een negatief precedent. Een minnelijke regeling heeft dat risico niet. Ik had het idee dat eiser zich niet zo bewust was van dat procesrisico. De partijen en hun advocaten vertelden dat het hen had verbaasd dat er geen schikkingspogingen zijn gedaan en dat zij best de mogelijkheden hadden willen exploreren.

Ook in een tekortkomingskwestie toetste een rechter haar veronderstellingen niet. De vertegenwoordiger van eiseres in het begin van de zitting zei dat zij niet verwachtte dat partijen zouden regelen. De rechter stelde niet de vraag waaraan zij die verwachting ontleende, maar wel de vraag of zij gemachtigd was om te schikken. Dat is niet een relevante vraag als de verwachting terecht is dat de kans op schikken er niet is, of heel klein. In de desbetreffende zaak is overigens ook niet geschorst. Tijdens

[391] De vraag wat maakt dat partijen en advocaten de gang op gaan ondanks dat zij niet de intentie hebben aldaar en alsdan te schikken beantwoord ik in par. 6.3.6 en 6.3.7.

de schikkingsfase vertelden partijen dat zij geen ruimte zagen voor een schikking. De advocaat van eiseres vertelde mij in het interview dat eiseres een kredietverzekering had afgesloten. Die verzekering keert uit wanneer debiteuren facturen onbetaald laten. Een regeling zou ertoe leiden dat eiseres mogelijk een deel van haar vordering zou prijsgeven en genoegen zou nemen met gespreide betaling. Veroordeling van gedaagde zou leiden tot uitkering uit hoofde van de kredietverzekering. Eiseres had uitgaande van de inschatting dat de vordering volledig zou worden toegewezen dus geen enkel belang bij een schikking.

De rechter had dat kunnen weten als zij de vraag had gesteld waarom eiseres dacht dat partijen de zaak niet zouden regelen. Was de uitkomst niet zonneklaar in het voordeel van eiseres dan had de rechter daar vervolgens op kunnen wijzen om daarmee schikkingsincentives te geven.

Tegelijkertijd heb ik nauwelijks geobserveerd dat advocaten en procespartijen onjuiste veronderstellingen van rechters ter discussie stellen. Zij hoorden het lijdzaam aan, zetten ze niet recht en vertelden niet waaraan zij (wel) behoefte hadden (par. 5.6).

Ik zag ook rechters die vooral vragen stellen en daarmee partijen zelf lieten nadenken over de voordelen van een regeling. Dat leidt overigens niet automatisch tot een regeling. In een zaak over smaad bijvoorbeeld stelde de rechter vooral veel vragen. Die vragen gaven eiser gelegenheid om te vertellen wat hem zo dwars zat en waarom hij een procedure was gestart. Dat resulteerde erin dat gedaagde haar excuses aanbood.[392] Dat deed gedaagde goed. Desondanks bereikten partijen op de gang geen regeling. Hun gedachten over wat de rechter zou toewijzen zaten te ver uit elkaar.

5.5.2 *Reflectie*

Steenberghe wijst erop dat het schikkingsgesprek maatwerk is en het daarom onmogelijk is om in het algemeen te beweren welke gezichtspunten voor partijen van belang zijn voor het afwegen van hun schikkingswens.[393] Van der Linden en Verschoof & Van Rossum lieten al zien dat procespartijen verschillende motieven kunnen hebben om al dan niet te willen schikken. De belangrijkste redenen zijn volgens die

[392] Dit is overigens uitzonderlijk: dit was de enige zaak waarin een partij expliciet excuses maakte. Eiser had ook uitdrukkelijk gezegd dat excuses voor hem belangrijk waren.
[393] Steenberghe 2019, p. 399 ev.

onderzoeken: de behoefte aan rust, belang bij een snelle oplossing, gepercipieerde onderhandelingsruimte, de zaak achter zich laten en kostenbesparing.[394] Op basis van de bevindingen van Verschoof & Van Rossum formuleerde Steenberghe vijf elementen waaraan een volwaardig schikkingsgesprek ter zitting volgens hem zou moeten voldoen. Uitganspunt was de veronderstelling dat het voor de effectiviteit van het schikkingsgesprek van belang is dat de inhoud van dat gesprek aansluit op deze motieven van partijen.[395] Wat zijn de elementen waaraan in een schikkingsgesprek aandacht moet worden gegeven? Dat zijn:

1. de gepercipieerde onderhandelingsmogelijkheden door het toetsen van de onderhandelingsbereidheid van partijen;
2. de inhoudelijke beoordeling van de zaak door het geven van voorlopige oordelen;
3. het vervolg van de procedure, waarbij gewezen kan worden op het bazo (beste alternatief zonder oplossing);
4. de inhoudelijke schikkingsrichtingen door het doen van een eigen voorstel of het geven van een schikkingsadvies; en
5. de mate waarin een uitspraak partijen een oplossing biedt door het verrichten van conflictinterventies.[396]

Deze handvatten lijken mij relevant. Kennis van de algemene schikkingsmotieven is bovendien zinvol omdat daarmee gerichter vragen gesteld kunnen worden. Juist het stellen van vragen is belangrijk, om te voorkomen dat je uitgaat van onjuiste veronderstellingen. Het benoemen van 'voordelen' van schikken die door procespartijen niet gevoeld worden, kan bijdragen aan het idee dat de rechter wel erg graag wil dat partijen schikken (zie ook par. 5.8). Het wijzen op oplopende proceskosten bij partijen die rechtsbijstandsverzekerd zijn, werkt niet. Het erop wijzen dat van een kale kip niet te plukken valt heeft geen zin als de tegenpartij een kredietverzekering heeft afgesloten en zeker is dat zij de zaak wint (zoals in een van de zaken gebeurde). Dat heeft ook geen zin als het de procespartij niet te doen is om het geld, maar om een statement (zoals het geval was in een huurzaak). Het is

[394] Steenberghe 2020, p. 406; Van der Linden 2010, p. 38; Verschoof & Van Rossum, p. 100-102.
[395] Steenberghe 2019, p. 409.
[396] Steenberghe 2019, p. 408.

verstandig te toetsen of partijen daadwerkelijk principieel zijn en of zij er rekening mee houden dat een verloren zaak ook precedent schept.

Verschoof & Van Rossum formuleerden de volgende aanbeveling:

> *"(29) Check uw veronderstellingen over de opstelling van partijen bij een schikking en het bereikte tussenresultaat op de gang. Vraag of er behoefte bestaat (verder) te spreken over een regeling en laat het antwoord toelichten. Kortom, onderzoek en bespreek steeds in voldoende mate wat de optimale uitkomst van de zitting (oplossingsrichting) is."* [397]

Ik denk dat de aanbeveling van Verschoof & Van Rossum om de veronderstellingen rondom schikken te toetsen een hele relevante is, die in de door mij geobserveerde praktijk dus te beperkt gevolgd werd.

Uit het onderzoek van Van der Linden blijkt dat rechters de door partijen en advocaten zelf gerapporteerde oplossingsbereidheid onderschatten.[398] Steenberghe verbindt die onderzoeksbevinding met onderzoek van Marseille en Verschoof & Van Rossum:

> *"Zij hebben gevonden dat de belangrijkste reden van rechters om meer of minder energie te steken in het beproeven van een schikking wordt bepaald door 'de verwachting voor de zitting of een regeling erin zat'. Hoewel zij geen onderzoek hebben gedaan naar de (juistheid van de) inschatting door de rechter van de schikkingsbereidheid van partijen, is het niet onwaarschijnlijk dat rechters die verwachting (mede) baseren op een inschatting die zij bij de voorbereiding van de mondelinge behandeling hebben gemaakt van de schikkingsbereidheid van partijen."* [399]

Steenberghe wijst op het risico dat de rechter de schikkingsbereidheid van partijen niet, of niet volledig benut, of aan de andere kant, dat partijen vinden dat de rechter te veel aanstuurt op een schikking.[400]

---

[397] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 397.
[398] Van der Linden 2010, p. 43-44.
[399] Steenberghe 2019, p. 410, onder verwijzing naar Verschoof & Van Rossum 2018, p. 80. Marseille e.a.2014, p. 45.
[400] Steenberghe 2019, p. 410.

5.6 Advocaten en procespartijen vertellen niet waar zij behoefte aan hebben

5.6.1 Empirisch materiaal

Rechters toetsten hun veronderstellingen niet altijd en advocaten en procespartijen vertelden in de meeste gevallen niet proactief waaraan zij behoefte hadden. Een aardig voorbeeld daarvan is een zaak die ging over de koop van een appartement. Na de inhoudelijke behandeling overwoog de rechter:

> *"(...) Ik weet het ook echt serieus nog niet. Dit is echt een kwestie van knopen doorhakken. Het is voor beide partijen geen kat in het bakkie. Laat ik dat zo zeggen. Want er is wat te zeggen voor uw argumenten en er is wat te zeggen voor uw argumenten. Ik begrijp de teleurgestelde verwachtingen van mevrouw [achternaam eisers], dat heb ik ook aan het begin gezegd, maar welke de juridische consequenties daarvan moeten zijn, dat weet ik nog niet. Als ik tot de conclusie kom dat het toch echt niet klopt en dat mevrouw wel een poot heeft om op te staan met betrekking tot de dwaling, dan hebben we een probleem. Daarom denk ik: misschien is het toch zinvol om nog eens even met elkaar te praten. Hoe komen we hieruit? Valt er nog wat te regelen?"*
>
> Advocaat eisers: *"Dan komt meneer Lieverkerk."*
>
> Rechter: *"Lieverse."*
>
> Advocaat eisers: *"Als we de gang op gaan, dan is meneer Lieverse tenminste niet voor niets gekomen."*
>
> Rechter: *"Nee, maar als partijen zeggen: 'Dat willen we niet, kom rechter ga je werk doen, daar word je voor betaald van onze belastingcenten'. Dat is ook zo, dan ga ik met liefde een vonnis wijzen. Dat maakt me niet uit. Maar misschien is er voor partijen een betere oplossing om te kijken of ze er zelf uitkomen."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Op zich wil ik u best verklappen dat partijen nog niet met elkaar hebben gesproken over een regeling."*

De onderhandelingen op de gang waren van korte duur. Het kwam wel vaker voor dat ik heel korte onderhandelingen observeerde, dat schorsingen kansloos en zinloos bleken te zijn, maar bij deze partijen had ik de indruk dat zij wel daadwerkelijk een poging wilden wagen. Wat maakte nu dat het niet lukte? Tijdens de zitting was vooral

gesproken over de grondslag voor aansprakelijkheid: was er sprake van wanprestatie/non-conformiteit/dwaling of niet? Maar er was geen aandacht geweest voor het rechtsgevolg. Ja: schadevergoeding, maar hoeveel? Juist op dat punt zaten partijen erg ver uit elkaar. Zo ver, dat het enkel noemen van de uitgangsposities op de gang voldoende was om de onderhandelingen direct af te breken.

Deze zaak stond wat dat betreft niet op zichzelf. Het gebeurde meer dat tijdens de zitting vooral over de grondslag voor aansprakelijkheid werd gesproken, en veel minder over de rechtsgevolgen ervan, zoals de zaak over een onrechtmatige daad. De advocaat van gedaagde zei daarover:

> *"Dit is wel een vrij typische wederpartij. Je merkte ook ter zitting dat hij heel erg in die slachtofferrol zat: Dit is mij allemaal aangedaan. En dat is allemaal onterecht en kijk nu eens hoe vreselijk het allemaal voor mij is. En mijn cliënt stond daar gewoon in van: 'Ik had misschien niet die bewoordingen moeten gebruiken, maar kom nou, ik heb die man geen 6.000 euro schade aangedaan'. En tijdens de procedure liet de rechter ook niet echt doorschemeren: 'Nou mevrouw dit gaat u duizenden euro's kosten'. Dan verandert mijn cliënt natuurlijk niet van mening. Maar de andere kant ook niet. Daarbij komt natuurlijk dat de sympathie die mijn cliënt voor de andere kant heeft niet al te groot is. (...)"*

Ik zeg niet dat als tijdens deze zittingen uitdrukkelijk gesproken was over de omvang van de schadevergoeding dat partijen dan wel tot een schikking waren gekomen, maar dan was mogelijk al tijdens de zitting gebleken dat partijen te ver uit elkaar zaten en had een (eigenlijk bij voorbaat kansloze) schorsing achterwege kunnen blijven.

Ik zag maar heel weinig dat advocaten en procespartijen onjuiste veronderstellingen van rechters actief ter discussie stelden, of zelf spontaan vertelden waaraan zij (wel) behoefte hadden, wat hen wel zou kunnen helpen tot oplossingen te komen. In een uitzonderingsgeval gebeurde dat wel. Advocaat 49 deed dat, nadat de rechter de feitenverzameling had geëindigd:

> *"Ik wil graag de gang op, maar ik heb behoefte aan een voorlopig oordeel, anders wordt het niets. We hebben het al zo vaak geprobeerd van tevoren, dus als u een duwtje in de rug wilt geven."*

De rechter reageerde daar direct en welwillend op:

> *"Ik ga hier geen eindvonnis wijzen, maar ik kan wel aangeven wat ik voorlopig denk."*

De rechter gaf weliswaar een voorlopig oordeel over de grondslag van de vordering, maar niet over de omvang van de schadevergoeding. Op de gang bespraken eiser en zijn advocaat dat zij de rechter op dat punt expliciet een voorlopig oordeel zouden vragen indien partijen er niet uit zouden komen. Dat bleek niet nodig, want partijen bereikten een regeling, overigens een regeling die een jaar eerder ook op tafel lag, maar toen niet werd geaccepteerd en nu, na het maken van omvangrijke proceskosten wel. Het voorlopig oordeel bleek doorslaggevend. De betrokken advocaten verklaarden dat een van de procespartijen het oordeel van de rechter nodig had om overtuigd te raken van zijn eigen ongelijk. In par. 4.3.1 besprak ik deze zaak al.

Soms is het een bewuste keuze om geen voorlopig oordeel te vragen, zoals advocaat 15 vertelde. Zijn cliënten, gedaagden in een bouwgeschil, zochten duidelijkheid en toch vroeg hij niet om een voorlopig oordeel dat de gehoopte duidelijkheid had kunnen geven:

> "*Ja, ze wilden bepaalde duidelijkheid. Ze hoopten bepaalde duidelijkheid te krijgen, ondanks mijn waarschuwingen dat doorprocederen nog heel lang zou gaan duren. Ze hadden gehoopt dat de rechter de wederpartij het vuur aan de schenen zou leggen en tijdens de zitting een aantal knopen zou gaan doorhakken. En dan zeg je: 'Waarom heb je aan het einde dan geen voorlopig oordeel gevraagd?' Ja, dat was omdat ik op dat moment dacht: 'Daar doen we nu niet goed aan."*
>
> Onderzoeker: *"Het was te onzeker om die gok te wagen?"*
>
> Advocaat gedaagde: *"Ja. Ja."*

In een ander bouwgeschil vroegen partijen de rechter expliciet om een voorlopig oordeel. De rechter schorste de zaak om het voorlopig oordeel te overdenken. Vervolgens gaf zij het voorlopig oordeel, maar dat was erg voorzichtig en zuinig. Daar konden partijen niet veel mee, zo vertelden zij mij. Feitelijk zei de rechter: ik weet het nog niet zo goed. Het gaf partijen geen houvast, waardoor het hen alsnog niet lukte om te schikken.

5.6.2 Reflectie

Ik zag maar weinig advocaten spontaan vertellen wat partijen zou kunnen helpen regelen. In de regel gingen advocaten en procespartijen gedwee en met lege handen de gang op wanneer de rechter suggereerde de zaak te schorsen voor een minnelijk overleg (zie ook par. 6.3.6). Deze observatie komt overeen met wat Steenberghe opmerkt:

> *"In dit kader is van belang dat de keuze van de rechter om te sturen op een uitspraak (en vanwege die keuze geen (of weinig) schikkingsinterventies te plegen) door partijen doorgaans niet ter discussie wordt gesteld indien zij, vanwege hun schikkingsbereidheid, graag meer schikkingsactiviteit door de rechter willen zien. Het omgekeerde is ook het geval: als de rechter gekozen heeft voor sturen op een schikking, dan komt het weinig voor dat partijen de rechter er tijdens de zitting op aanspreken dat zij de interventies als (te veel) druk ervaren. Kortom, partijen zijn (naar mijn mening: te) volgzaam."* [401]

Ik ben dat met Steenberghe eens. Zoals gezegd verwachtten advocaten en procespartijen voorafgaand aan de zitting meestal geen schikking. Mogelijk stelden zij hun verwachtingen gaandeweg de mondelinge behandeling niet bij waardoor zij niet (alsnog) spontaan vertelden wat zou kunnen helpen schikken. Ze waren daarop niet gericht.

Toch is het goed om van tevoren na te denken wat kan helpen schikken. Uit de theorie is bekend dat divergerende verwachtingen aan schikken in de weg kunnen staan (par. 3.2.3). Voorlopige oordelen kunnen helpen om verwachtingen te doen convergeren. Partijen kunnen de rechter vragen om een voorlopig oordeel als ze denken dat het helpt om tot een regeling te komen. In een aantal zaken observeerde ik dat partijen niet enkel streden over de vraag of er sprake was van aansprakelijkheid, maar ook dat zij het er niet over eens waren wat dat betekent (rechtsgevolg/omvang schade). Dit laatste onderwerp was in de zittingen geen gespreksonderwerp. Daar ging het over de aansprakelijkheidsvraag. Als de rechter zo'n verzocht voorlopig oordeel al niet wil geven, dan kan het gesprek ter zitting over de consequenties van aansprakelijkheid wel voorkomen dat nutteloos wordt geschorst. Van dit soort zinloze schorsingen wordt niemand beter.

---

[401] Steenberghe 2019, p. 410.

Uit het onderzoek van Verschoof & Van Rossum volgt dat het inbouwen van een voorbehoud schikking bevorderend werkt, net als voorlopige oordelen die niet over alle vorderingen gaan of het gelijk en het ongelijk meer verdelen over partijen.[402] Ik snap dat rechters daarom voorzichtig zijn met al te verstrekkende voorlopige oordelen. Ik ben met Steenberghe eens dat het 'openhouden' van onderhandelingsruimte geen verantwoordelijkheid is van de rechter.[403] Soms hebben partijen gewoonweg duidelijkheid nodig over bepaalde geschilpunten. Zonder kunnen ze niet verder. Als zij dan de rechter om duidelijkheid in de vorm van een voorlopig oordeel vragen, dan zou de rechter duidelijkheid moeten geven, als hij dat althans kan op basis van wat hij al weet. Bedacht moet worden dat ook de partij die gelijk heeft, belang kan hebben bij een schikking.[404] Bewust voorzichtige voorlopige oordelen waarbij de bal bewust in het midden worden gelaten hebben bovendien op de lange termijn ook een keerzijde: de effectiviteit daarvan zal met de loop van de tijd afnemen, want bekendheid met dat 'trucje' zal ertoe leiden dat voorlopige oordelen met een korreltje zout worden genomen (zie hierna par. 7.2.3 en 7.2.4). Vage voorlopige oordelen hebben daarnaast het risico dat ze verkeerd begrepen worden.[405]

5.7 Advocaten benutten het hervattingsmoment niet. Rechters ook niet.

5.7.1 Empirisch materiaal

Ik heb me gedurende het onderzoek weleens afgevraagd wat een rechter denkt als partijen bij een schorsing de zaal verlaten. De inhoudelijke behandeling is achter de rug. Partijen stemden in met een schorsing. De rechter ziet vervolgens het pendelen van advocaten en procespartijen op de gang door de ramen van de zittingszaal. Ik stel me voor dat de rechter met de griffier het verloop van de zitting bespreekt, misschien wel een wedje legt: zouden ze eruit komen? Wat denk jij? En dan wordt er op de deur geklopt. De blikken van procespartijen en advocaten, de manier waarop zij de zaal binnenkomen. Wordt de deur voor de wederpartij opengehouden of niet? Snellen

[402] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.
[403] Steenberghe 2019, p. 426.
[404] Steenberghe 2019, p. 378.
[405] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.

partijen naar binnen? Stampvoeten ze? Lachen ze? Praten ze? Kijken ze elkaar überhaupt aan? Het zegt allemaal genoeg. Dan de vraag: wie mag ik het woord geven?

In de zaken waarin het schikkingsoverleg op de gang vruchtbaar was, werd een bereikte schikking ter zitting opgenomen in het proces-verbaal (vier zaken), dan wel werd afgesproken dat de advocaten de afspraken zouden vastleggen, en vervolgens de rechter zouden informeren, waarna de regeling in een proces-verbaal zou worden opgenomen (twee zaken). In de drie zaken waarin partijen werkafspraken maakten, werd afgesproken dat zij de rechter zouden informeren over de afloop daarvan.

Maar wat gebeurde er na de hervatting indien het overleg op de gang vruchteloos was. In mijn onderzoek was het hoogst uitzonderlijk dat het schikkingsgesprek na een schorsing werd voortgezet, een paar voorbeelden.

De onderhandelingen op de gang in een aannemingszaak waren na een intensieve inhoudelijke behandeling van bijzonder korte duur. Ik liep met eisers en hun advocaat mee. Zij bespraken eerst afzonderlijk het verloop van de zitting en wat zij uit de onderhandelingen wilden halen. Daarna liepen we op de vertegenwoordigers van gedaagde en haar advocaat af. De advocaat van gedaagde deed een schikkingsvoorstel. Het lag ver af van wat eisers hadden besproken met hun advocaat. Hij reageerde direct: "Nee, dan komen we er niet uit," en beende weg. Zijn cliënten liepen achter hem aan. De advocaat van gedaagde en haar beide vertegenwoordigers keken elkaar beduusd aan. Terug in de zaal, nog voor iedereen zat, vroeg de rechter: "Wat kunt u mij berichten?" De advocaat van eisers antwoordde: "We komen er niet uit." De rechter reageerde: "Ok. Dan moet ik het proces-verbaal maken. Daar was ik net mee bezig." Zou de rechter al hebben vermoed dat de schorsing kansloos was?

In een andere zaak wilden partijen, gewezen vrienden en compagnons na verschillende conflictinterventies van de rechter wel praten over een regeling. De zaak werd geschorst, maar op de gang werd gedaagde door zijn advocaat aangesproken:

> *"Laat je nou niet meeslepen. Ik had al gezegd dat we niets zagen in een schorsing en dan ga je toch mee."*
>
> Zijn echtgenote en zijn huidige werkgever vielen de advocaat bij: *"Heeft geen zin, joh."*

Zijn advocaat had mij al bij het naar buiten toe lopen toevertrouwd dat er geen enkele aanleiding was om te praten over een regeling. Zijn cliënt zou de procedure winnen.

De zitting had dat idee niet veranderd. Toen de advocaat van eisers ons naderde, zei de advocaat van gedaagde direct dat een schikkingsgesprek kansloos is. De advocaat van eisers antwoordde*:*

> *"Als u niet wilt schikken, wat doen we hier dan? Dit is niet wat er net binnen werd gezegd."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Cliënt heeft zich een beetje laten meeslepen. We zitten te ver uit elkaar. Cliënt wil niet meer dan vijf- of tienduizend betalen."*
>
> Advocaat eisers: "*Nee dan komen we er niet uit. Cliënten willen minimaal 50-60 duizend. (...) Ik ga wel vragen om een voorlopig oordeel."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Dat mag u doen, maar dat heeft geen zin. Wij zullen vonnis vragen."*

Daarmee eindigden de onderhandelingen. We liepen terug naar de zittingszaal. Ik was benieuwd wie het woord zou nemen.

> Rechter: *"Wie mag ik het woord geven?"*

Het bleef even stil, waarna de advocaat van gedaagde het woord nam:

> *"We liggen te ver uit elkaar."*
>
> Rechter: *"Heeft u het nog gehad over een voorlopig oordeel of mediation?"*
>
> Advocaat gedaagde: *"Dat hoeft allebei niet. Wij willen vonnis."*
>
> Rechter: *"Dat is vervelend voor (achternamen) maar ik kan u niet dwingen. U vraagt vonnis? Dan zullen we dat gaan wijzen."*

Deze zaken zijn niet uitzonderlijk. Hoewel het moment na schorsing een strategisch moment is, werd het zelden zo gebruikt. Partijen maakten nauwelijks op de gang afspraken over wat zou worden teruggekoppeld aan de rechter en door wie. Dat leidde ertoe dat de rechter de vraag stelde wat het resultaat was van de schorsing en dat partijen en advocaten naar elkaar keken wie het woord zou nemen. Na een schorsing was voor advocaten en procespartijen wel duidelijk waar het in de onderhandelingen klemde. Zij deelden dat na hervatting van de zitting opmerkelijk weinig met de rechter en de rechter nam veelal genoegen met de mededeling dat partijen niet hadden kunnen schikken. Soms probeerde een rechter nog wel of er beweging in te

krijgen was. Een voorbeeld daarvan is een bouwgeschil. In die zaak nam de advocaat van gedaagde bij binnenkomst het woord:

> *"We zijn er niet uitgekomen. Punt. Nee."*
>
> Rechter: *"Ligt u een beetje uit elkaar of mijlen?"*
>
> Advocaat gedaagde: *"We hebben gezegd dat we alleen maar zouden zeggen dat we er niet uit zijn gekomen."*
>
> Advocaat eiser: *"Dat hebben we niet gezegd. Maar dat doen we."*
>
> De rechter, advocaat eiser en advocaat gedaagde lachen.
>
> Advocaat gedaagde: *"Dat is zo wel gecommuniceerd."*
>
> Rechter: *"Oké. Dus ik begrijp dat u er verder ook geen behoefte aan heeft om er verder over door te praten?"*
>
> Advocaat eiser: *"Nee."*
>
> Rechter: *"Het is beproefd, uitgeprobeerd en daarmee houdt het voor u beiden op?"*
>
> Advocaat eiser: *"Ja."*
>
> Rechter: *"Ok. Dan ga ik er verder ook niet aan trekken. Als dit de wens is, dan respecteer ik dat. Dat betekent dus dat u vonnis wenst?"*
>
> Advocaat eiser: *"Ja."*

5.7.2 *Reflectie*

Als beide partijen de intentie hebben te schikken en het lukt op de gang om wat voor reden niet, dan kunnen zij de rechter vragen hen te helpen bij wat hen verdeeld houdt. Ze kunnen bijvoorbeeld vragen om een voorlopig oordeel, al dan niet op deelaspecten. Ze kunnen vragen om een oordeel wat de rechter redelijk voorkomt en zich daartoe verhouden. In de door mij geobserveerde praktijk werd het potentieel van het hervattingsmoment opvallend beperkt benut.

Wat maakt dat dit potentieel belangwekkende moment door advocaten niet wordt aangegrepen? Ik zie twee mogelijke problemen.

Ten eerste is voor een zinvolle en strategische terugkoppeling nodig dat procesdeelnemers en rechter het vinden van een minnelijke schikking als een gezamenlijke opdracht zien en daaraan schort het in de praktijk. Dat blijkt ook uit mijn observaties dat rechters wel regelmatig meedelen dat schikkingsmogelijkheden worden geëxploreerd, maar daarover niet in gesprek gaan (par. 5.4), dat veronderstellingen rondom schikken niet getoetst worden (par. 5.5) en dat advocaten en procespartijen niet spontaan meedelen waaraan zij behoefte hebben (par. 5.6).

Regelmatig hoorde ik van advocaten dat zij denken dat rechters schikken uit eigenbelang (zie ook hierna par. 7.2.1). Wanneer je niet overtuigd bent dat een schikking een betere oplossing is dan een vonnis, dan ben je vanzelfsprekend minder actief in het schikken.

Ten tweede kan gedragsregel 27 in de perceptie van advocaten daaraan in de weg staan. Gedragsregel 27 luidt:

> *"Omtrent de inhoud van tussen advocaten gevoerde schikkingsonderhandelingen mag aan de rechter aan wiens oordeel of instantie aan wier oordeel de zaak is onderworpen, niets worden medegedeeld zonder toestemming van de advocaat van de wederpartij."*

Allereerst, het belang van deze gedragsregel is zonneklaar. Je moet met elkaar kunnen praten, zonder bang te zijn dat datgene dat je (confraterneel) deelt, aan de rechter wordt medegedeeld.[406] Deze gedragsregel helpt het vinden van schikkingen omdat je vrij kunt praten. Het kan in potentie het probleem van de informatie asymmetrie oplossen (par. 3.3.2). Gedragsregel 27 levert mijns inziens niet echt een probleem op. Als beide partijen denken dat een minnelijke regeling een betere oplossing kan zijn, dan kun je met elkaars toestemming alles delen.[407] Je kunt ook zonder expliciet en

---

[406] Zie ook regel 26: "1. Onverminderd het bepaalde in regel 27 dient een advocaat die aan een andere advocaat mededelingen wenst te doen die hij vertrouwelijk behandeld wil zien, dit verlangen duidelijk kenbaar te maken vóór de verzending van de eerste van deze mededelingen.
2. Indien de geadresseerde ervoor kiest aan deze mededelingen niet een vertrouwelijk karakter te verlenen dient hij de afzender daarover onverwijld en aantoonbaar te informeren.
3. Op vertrouwelijke mededelingen als bedoeld in het eerste lid mag in rechte geen beroep worden gedaan, tenzij het belang van de cliënt dit bepaaldelijk vordert, maar dan niet zonder voorafgaand overleg met de advocaat van de wederpartij.
4. Indien dit overleg niet tot een oplossing leidt, dient het advies van de deken te worden ingewonnen voordat in rechte een beroep als vorenbedoeld wordt gedaan."

[407] Gedragsregel 5 bepaalt dat de advocaat voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne veelal de voorkeur verdient boven een proces.

concreet in te gaan op de inhoud van de schikkingsonderhandelingen veel vertellen: 'We hebben een onoverbrugbaar verschil van visie over de omvang van de schadevergoeding.' Of: 'We maken beide een andere inschatting wie de bewijslast draagt.' En zelfs als je daarover niets kwijt wilt, maar bent van mening dat een regeling in de rede ligt, dan kun je dat de rechter mededelen. De rechter staat een arsenaal aan schikkingsinterventies ter beschikking om die te beproeven, zelfs als de wederpartij zegt niet te willen schikken. Kortom, ik denk dat advocaten het terugkeermoment na een schorsing veel effectiever en strategischer kunnen gebruiken, áls zij de intentie hebben tijdens de zitting tot een regeling te komen.

Wat maakt nu dat het belangwekkende moment door rechters nauwelijks wordt benut. Ik heb geen onderzoek onder rechters gedaan, maar het meest voor de hand ligt dat rechters denken dat verder peuteren geen zin heeft.

Steenberghe schrijft dit moment lastig te vinden:

> *"Zelfs na een groot aantal mondelinge behandelingen te hebben gedaan blijf ik dit een lastig (misschien wel het lastigste) moment van de mondelinge behandeling vinden. Wat maakt dit moment lastig? Ik heb daarvoor drie redenen: het respect voor de partijautonomie, het voorkomen van schikkingsdruk en de niet weg te denken twijfel of kennisname van de wederzijds gedane voorstellen mijn beoordeling van de zaak beïnvloedt."*[408]

Deze spanning is invoelbaar. Steenberghe geeft een aantal relevante en praktische tips aan rechters voor de voortzetting van het schikkingsgesprek. Een aantrekkelijke vind ik dat de rechter gewoonweg aan partijen vertelt dat hij het moment als een dilemma ervaart.[409] Als de rechter partijen kan overtuigen dat hij enkel probeert partijen te helpen omdat hij ervan overtuigd is dat zij daarmee beter af zijn, zullen partijen die interventies beter begrijpen en waarderen. Het geluid dat rechters zouden schikken uit eigenbelangen (zie par. 7.2.1), zou dan veel minder gehoord worden.

Steenberghe stelt een aantal relevante vragen voor die gesteld kunnen worden om het schikkingsgesprek weer op gang te brengen.[410] Een van de meest aantrekkelijke

[408] Steenberghe 2019, p. 451.
[409] Steenberghe 2019, p. 451.
[410] Steenberghe 2019, p. 452-455.

daarvan vind ik de vraag 'hoe' partijen hebben onderhandeld, waarbij de rechter uitlegt wat hij met die vraag bedoelt. Steenberghe:

> *"Is er onderhandeld op basis van de inschatting van proceskansen, op basis van wat men nog voor elkaar kan betekenen, of op basis van wat partijen ervoor over hebben om ('met een klap erop') het geschil te beëindigen? Het is mijn ervaring dat partijen op die vraag meestal antwoorden dat zij onderhandeld hebben op basis van standpunten en de risico-inschatting van de haalbaarheid van die standpunten. De wijze van onderhandelen wordt positioneel genoemd. De dynamiek van positioneel onderhandelen is dat partijen elkaar proberen te overtuigen van de juistheid van hun eigen standpunt en dat de ander diens standpunt moet verlaten of concessies moet doen."* [411]

Ik denk kortom dat de hervatting van de zitting effectiever kan zijn dan ik heb gezien. Nog even terug naar de zaak waarin de advocaat op de gang zei dat hij een voorlopig oordeel zou vragen en dat niet deed? Wat maakt dat hij dat niet deed? Ik vroeg hem dat. Zijn antwoord:

> *"Ja, klopt. Maar de rechter mag dat niet doen als de wederpartij daar niet mee instemt."*

Er is geen rechtsregel die daaraan in de weg staat.

Verschoof & Van Rossum observeerden dat rechters ongevraagd voorlopige oordelen geven en dat partijen daar vooral positief over waren.[412] Dat observeerde ik ook.

Maar wat als een partij wel een voorlopig oordeel wenst, en de andere partij niet? Ik sluit me ook hier graag aan bij de visie van Verschoof & Van Rossum[413] en Steenberghe. Steenberghe wijst op de verschillende rollen die de rechter heeft: de oordelende en de bemiddelende.[414] In de bemiddelende is de rechter volgens hem afhankelijk van de instemming van partijen, in de oordelende is hij autonoom.[415] Steenberghe is van mening dat een voorlopig oordeel geen schikkingsinterventie is: het is een beslissingsinterventie met als doel partijen inzicht te geven in hun proceskansen.[416]

---

[411] Steenberghe 2019, p. 452.
[412] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 410.
[413] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 221.
[414] Steenberghe 2019, p. 422.
[415] Steenberghe 2019, p. 422.
[416] Steenberghe 2019, p. 422.

Op grond daarvan kunnen zij een overwogen oordeel vellen over de vraag of zij willen praten over een regeling of niet, aldus Steenberghe. Daarmee is het wat mij betreft tegelijkertijd een inhoudelijke schikkingsinterventie, omdat partijen aan een voorlopig oordeel hun onderhandelingspositie kunnen afmeten (par. 5.2 en 3.4.8). Steenberghe:

> *"Iedere partij heeft ten behoeve van het maken van die beide afwegingen recht op dat inzicht. Ik acht dat een essentieel kwalitatief uitgangspunt voor het eerbiedigen van de partijautonomie."* [417]

Hij geeft rechters als tip om partijen te vragen of zij een voorlopig oordeel wensen. Willen zij dat beiden, dan is er niets aan de hand. Maar wat als slechts één partij een voorlopig oordeel wenst? Steenberghe:

> *"(...) dan is het zijn taak om dat voorlopig oordeel te geven. Want waarom zou de rechter de partij die in het kader van een schikking inzicht wenst in zijn positie, dat inzicht onthouden omdat de andere (niet zelden ook de verliezende) partij aan dat inzicht geen behoefte heeft? Vanuit de goede procesorde kan ik daarvoor geen zinvolle reden geven. Integendeel: het doet afbreuk aan de gelijkwaardigheid van partijen en aan de onpartijdigheid van de rechter."* [418]

5.8 Ik zag geen schikkingsdwang

5.8.1 Empirisch materiaal

Door het onderzoek van Van der Linden staan dwangschikkingen op de kaart. Ik heb ervaren schikkingsdwang niet onderzocht. Wel deed ik observaties die voor het onderwerp relevant kunnen zijn. Allereerst observeerde ik dat het tamelijk standaardpraktijk is dat rechters benadrukken dat partijen niet hóeven schikken als zij dat niet willen. Een paar voorbeelden.

> *"Ik vind het altijd belangrijk om op te merken dat u niet hoeft te schikken als u dat niet wilt. Maar we gaan wel kijken of er ruimte is."*
>
> *"Is dat wat u ook wilt? Want ik ben het wel met meneer [achternaam jurist gedaagde] eens als je bijvoorbeeld een mediator erbij haalt, dat kan heel erg*

[417] Steenberghe 2019, p. 422.
[418] Steenberghe 2019, p. 422.

goed helpen, maar het heeft alleen maar zin als je dat ook wilt. Je moet het niet doen omdat je denkt: dat wil de rechtbank zo graag. Want dat is niet zo."

Dit soort mededelingen zijn inhoudsloos als je als rechter vervolgens wel gaat lopen drammen. Maar dat heb ik niet gezien. Sterker, rechters legden zich er snel bij neer wanneer werd gezegd dat verdere schikkingspogingen niet op prijs werden gesteld.

Dat ik geen signalen van dwang heb gezien, wil niet zeggen dat er geen procespartijen of advocaten waren die schikkingsdwang ervaren hebben. Het gaat immers over een beleving en die is per definitie subjectief. De meeste procespartijen en advocaten waren tevreden over het verloop van de zitting en het optreden van de rechter. In één zaak stelde de advocaat van eisers op de gang dat de rechter te veel druk zette om te schikken. In die zaak waste de rechter de oren van de desbetreffende advocaat. Zij vond de grondslag van de vordering onduidelijk en de processtukken slecht onderbouwd. De advocaat wilde naar aanleiding van vragen van de rechter stukken nasturen, maar de rechter vond dat te laat ("Nee, daar is het een beetje te laat voor, hè? Dat had u al bij dagvaarding moeten doen."*).* De rechter zei zichtbaar geërgerd:

"Ja. Ik moet concluderen dat het zo op deze manier in deze situatie een hele lastige zaak gaat worden en dat de kans eigenlijk vrij groot is dat ik zowel in conventie als in reconventie tot afwijzing van de vorderingen moet gaan concluderen. Maar daar schiet u allemaal niets mee op. Dus de vraag is: hoe ziet u dat verder voor u?"

Nadat de eerste schorsing op niets uitliep (partijen zaten te ver uit elkaar), zei de rechter nogmaals, heel expliciet dat zij met het dossier niets aankon en dat de vorderingen in conventie en in reconventie zouden worden afgewezen als de eis niet gewijzigd zou worden. Toen werd het een van de eisers te veel. Emotioneel vertelde hij dat hij zich door de wederpartij besodemieterd voelde. De rechter reageerde daar als volgt op:

"Ik kan ook alleen recht spreken en daarvoor moet ik weten wat u wilt. Uw advocaat heeft een poging gedaan, maar heeft het juridisch niet goed gedaan. Dus ik kan met de dagvaarding zoals die nu voorligt, kan ik niets. En dat betekent of uw advocaat moet zijn eis wijzigen of ik moet de zaak afwijzen."

Partijen stemden in met een nieuwe schorsing. Tijdens het naar buitenlopen zei de advocaat van eisers tegen zijn cliënten dat hij vond dat de rechter te veel druk legde. Hij besprak de zaak kort met zijn cliënten en sprak mij aan:

"Ik weet niet hoe jij erin staat, maar ik vind dat mijn cliënt veel te veel onder druk wordt gezet om een schikking erdoor te rammen, dus daar gaan we niet mee akkoord. Ik ben wel benieuwd waar ze mee komt, maar ik heb wel de eiswijziging klaarliggen voor de volgende stap. Ik vind op deze manier, hoe dit nu gaat, vind ik niet productief voor het bereiken van een schikking."

Later herhaalde hij dat tegen zijn cliënten:

"Ik vind dat ze jullie gigantisch onder druk zet."

En vervolgens tijdens een onderhandelingsronde zei hij dat ook tegen de advocaat van gedaagde:

"Ik zei net ook al. Ik vond dat zij veel te veel druk uitoefende om het vandaag allemaal geregeld te krijgen. Daar ga ik niet aan beginnen."

Advocaat gedaagde: *"Dan moet je dat zeggen, lijkt me."*

De advocaten kwamen niet tot een regeling. Toen partijen terug waren in de zittingszaal opende de rechter de zaak:

"Ik begrijp van de bode dat u geen overeenstemming heeft? Ligt u ver uit elkaar, of wilt u het er niet over hebben?"

Advocaat gedaagde: *"Ik weet niet of het mag, maar uhm..."*

Rechter aan advocaat eiser: *"Ja? Bent u het ermee eens?"*

Advocaat eisers knikt en stemt in.

Advocaat gedaagde: *"Nou goed, meneer en mevrouw [eisers] hebben gezegd, we willen niet onder druk tot overeenstemming komen. Ze voelen zich erg onder druk gezet."*

Dat werd niet verder uitgelegd. De rechter stelde er geen vragen over en eisers en hun advocaat lichtten niets toe. De rechter constateerde enkel dat het partijen niet gelukt was tot een regeling te komen en sloot de behandeling ter zitting.

Wat zeiden de advocaten hierover in de interviews? Allereerst de advocaat van gedaagde die eerst reflecteerde op de advocaat van eisers:

"Zo slecht. Zo slecht. Deze man zou gewoon uit zijn ambt gezet moeten worden. Het is gewoon niet goed. Echt slecht. Écht slecht. (...) Je zit er toch om het op te

lossen? Kom nou toch. Uiteindelijk is dát toch de bedoeling? En die rechter probeerde dat ook. Die moet zich ook gefrustreerd gevoeld hebben. Die kreeg ook geen respons op openingen die ze deed. Snap je? (...) De rechter zegt letterlijk over de tegenpartij, of wederpartij moet ik zeggen, de rechter zegt letterlijk: 'Uw advocaat heeft het niet goed gedaan.' Ja. En dan ben je echt ver gegaan als rechter. Dat zeggen rechters niet zo heel gauw. Ja, ik vond de advocaat ronduit slecht. Bedroevend."

Wat zei hij over de ervaren druk?

"Nou op zichzelf snap ik dat. Want er was inderdaad wel wat druk, maar ik denk niet dat ze dat deed vanwege het feit dan kan ik een vinkje zetten achter mijn zaak, want die indruk heb je weleens bij rechters dat ze gewoon zaken moeten afwikkelen en dat ze daarop afgerekend worden. Maar ik had de indruk dat zij dit op dit moment echt deed uit oprechte overtuiging dat als deze meneer hier zou blijven doorsukkelen dat de cliënten daar de dupe van zouden worden. Ik had echt de indruk dat ze dat doorzette omdat zij doorzag dat dat juridisch geen enkel soelaas zou bieden voor die mensen. Zij heeft natuurlijk ook gewoon gezien hoe slecht het was. Ja, ik bedoel als ik het al zie, zal de rechter het ook zien."

Begreep hij dat de andere partij zich onder druk gezet voelde?

"Ja, dat kun je zo voelen, als je een gebrek aan zelfreflectie hebt en niet ziet dat het mogelijk ook aan je eigen wanprestatie ligt."

Wat zei de advocaat van eisers over die gepercipieerde druk?

"Nou, zij (eisers: LL) werden voornamelijk onder druk gezet omdat heel erg gehamerd werd dat de claim kansloos was, maar met name dat hun claim nog altijd niet voortgezet kon worden als er een eiswijziging zou plaatsvinden, omdat er dan sprake zou zijn van een hele andere procedure."

Het klopt dat de rechter meermaals heeft gezegd dat de vorderingen zowel in conventie als in reconventie waarschijnlijk zouden worden afgewezen. Of die analyse juist was, valt buiten het bestek van mijn onderzoek.

Ook in een andere zaak gaf de rechter een verstrekkend voorlopig oordeel dat gedaagde bewoog te schikken, hoewel hij niet tevreden is met de regeling die hij accepteerde:

Onderzoeker: *"Maar dan begrijp ik ook eigenlijk dat de regeling die eruit is gekomen, dat is niet de regeling die u had verwacht en die u had gehoopt."*

Gedaagde: *"Inderdaad."*

Onderzoeker: "*Maar u heeft hem wel geaccepteerd."*

Gedaagde: *"Ja, maar goed. Die draaien toch niet bij. Er zat niet meer ruimte in. En de advocaat heeft ook gezegd, ja, je staat toch met 2-0 achter."*

Onderzoeker: *"Dus dan is het op een gegeven moment ook gewoon schikken en door?"*

Gedaagde: *"Slikken of stikken, ja."*

5.8.2 Reflectie

Van der Linden en Verschoof & Van Rossum hebben het fenomeen dwangschikkingen onderzocht (zie ook par. 3.4.4 en 3.4.8). Dwang kan ervaren worden ongeacht de uitkomst van de zitting en ongeacht het aantal schikkingsinterventies.[419] Verschoof & Van Rossum categoriseerden gevallen waarin dwang werd ervaren die terug te voeren was op gedrag van rechters, te weten:

1. te vroeg overgaan op het beproeven van een schikking;
2. het evenwicht tussen partijen niet bewaren bij het aansnijden van het onderwerp schikken door een van partijen een openingsbod te laten doen;
3. te lang, herhaaldelijk op hetzelfde aambeeld hameren;
4. mee onderhandelen zonder voldoende ruimte te bieden;
5. niet gemotiveerde voorstellen doen; en
6. partijen voor het blok zetten (keuze onder tijdsdruk of zonder informatie over het bazo).[420]

De onderzoeken van Van der Linden en Verschoof & Van Rossum hebben weliswaar inzicht gegeven in de effecten van interventies op beleefde schikkingsdwang, maar in de literatuur is niet een eenduidig antwoord te vinden op de vraag of schikkingsdwang

[419] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 251.
[420] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 251.

altijd voorkomen moet worden (zie par. 1.4.3). Schikkingsdwang is een subjectieve beleving.

In de meeste zaken die ik observeerde deelde de rechter partijen mee dat schikken vrijstond. Het mag wel, maar hoeft niet. Ik denk dat nog winst te behalen is met het toetsen van (impliciete) veronderstellingen en partijen zelf laten nadenken over voordelen van schikken in plaats van mededelen welke voordelen de behandelend rechter ziet (par. 5.4, 5.5, 5.6 en 6.3.6).

In de zaken waarin werd geschikt, vertelden procesdeelnemers niet dat zij druk hadden ervaren. In een zaak werd expliciet gewag gemaakt van ervaren druk, maar in die zaak werd niet geschikt. De ervaren druk was een gevolg van de rechter die herhaaldelijk aangaf dat zij de vorderingen niet kon toewijzen. Uit onderzoek van Verschoof & Van Rossum blijkt dat schikkingsdwang kan worden ervaren bij (verstrekkende) voorlopige oordelen. Het is niet het gedrag van de rechter dat 'dwingt', maar de overtuiging dat er niets te halen valt, zeggen Verschoof & Van Rossum:[421]

> *"Dwang kan ook ervaren worden door de juridische werkelijkheid in het geschil. (...) Het gaat dus om het ongelijk krijgen of het gelijk (nog) niet kunnen binnenhalen. De dwang zit, kortom, in het afscheid moeten nemen van het eigen gelijk. Men voelt zich minder door de rechter als wel door de werkelijkheid gedwongen."* [422]

Op hetzelfde aambeeld blijven hameren kan ook riskant zijn als je schikkingsdruk wilt voorkomen.[423] Ik vind niet dat de rechter dat in deze zaak deed. Toen de advocaat van gedaagde de rechter vertelde dat eisers zich onder druk gezet voelden, staakte de rechter direct haar schikkingspogingen. Ze vroeg niet wat maakte dat procespartijen schikkingsdruk ervoeren. Dat had de rechter van mij mogen doen. De ervaren druk om te schikken was gelegen in opmerkingen van de rechter over de kans van slagen van de vorderingen. Die boodschap bepaalt de rechtspositie en dus ook de onderhandelingsruimte. Die werd kleiner, maar het is niet aan de rechter om onderhandelingsruimte 'open' te laten.

---

[421] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 251.
[422] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 248.
[423] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 251.

Ook een partij die het gelijk aan haar zijde heeft kan belang hebben om te schikken (zie par. 6.2.5.3). Dus ook al zag de rechter niet in hoe zij de vorderingen kon toewijzen, er was reden te onderzoeken of partijen er samen uit zouden kunnen komen. Daar is altijd reden voor.

Gedaagde in zaak 1 aanvaardde de schikking omdat hij wist dat de kans groot was dat hij de procedure zou verliezen. Hij was ontevreden over de uitkomst, maar niet per se over de rechter:

> *"De rechter heeft wel geluisterd en die heeft dan een juridisch feitelijke beslissing genomen, maar als ik kijk, uhm, waarover het gaat en hoe dat is gelopen, zeg maar, de vorderingen over en weer, nou ja, dat is gewoon een grote beerput wat dat betreft in de familie."*

Aan het einde van de zitting wordt veelal de vraag gesteld of partijen alles gezegd hebben. Rechters stellen niet de vraag hoe partijen de zitting hebben beleefd en of die de verwachtingen heeft ingelost. In één enkel geval gaven advocaten actief feedback. Nadat partijen en hun advocaten terugkwamen van de gang deelden zij mede dat zij een schikking hadden bereikt die zij zelf zouden uitwerken en vervolgens aan de rechtbank zouden toesturen om op te nemen in het proces-verbaal.

> Rechter: *"Maar dan ben ik wel heel nieuwsgierig. Ik zie straks toch de regeling langskomen, maar wat heeft u met elkaar afgesproken?"*

Advocaat eiser geeft een samenvatting van de regeling.

> Rechter: *"Over het bedrag, daar ga ik niet over. Maar het klinkt heel redelijk (...)."* De rechter deelt mede dat zij blij is dat partijen tot een regeling zijn gekomen.
>
> Advocaat eiser: *"Ook dankzij u."*
>
> Rechter: *"Nou, het zijn vooral de partijen zelf."*
>
> Advocaat eiser: *"Maar we hadden echt het duwtje nodig."*
>
> Rechter: *"Nou fijn om te horen. Ik heb er ook echt veel tijd ingestoken."*
>
> Eiser: *"Wij ook."*
>
> Rechter lacht: *"Maar het is ook uw zaak."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Was echt een prettige zitting. Dat helpt ook."*

> De rechter vindt dat fijn om te horen: *"En dan is meneer Lieverse ook eens een keer niet voor niets gekomen. De vorige keer dat hij bij mij in de zittingszaal was, gebeurde er helemaal niets."*

In de andere door mij geobserveerde zaken werd ter zitting in het geheel niet gesproken over de procesbeleving. Wanneer ervaren rechtvaardigheid serieus genomen moet worden, zou wellicht wat meer stil gestaan kunnen worden bij de verwachtingen van partijen. Rechters beginnen in de regel met het mededelen van de agenda. Ik denk in het begin verwachtingen moeten worden afgestemd en veronderstel dat een gesprek aan het einde van de zitting over de vraag of de zitting de verwachtingen heeft ingelost kan bijdragen aan de tevredenheid met de procedure.

5.9 Conclusies

Vanzelfsprekend is wat er ter zitting gebeurt van belang voor het vinden van een verklaring van wat er op de gang (niet) gebeurt. Ik heb een aantal voor de schikkingspraktijk relevante observaties gedaan. Er is allereerst geen uniforme schikkings- en zittingsaanpak. Er zijn grote verschillen tussen de manier waarop de zittingen verliepen onderling. Een strikt uniforme zittingsaanpak lijkt onhaalbaar, maar ook onnodig. Belangrijker dan een uniforme zittingsaanpak, lijkt om verwachtingen af te stemmen en dat gebeurde (regelmatig) te weinig. Ook is belangrijk dat de rechter duidelijk maakt of hij informatie verzamelt ten behoeve van het vonnis, of om schikkingsmogelijkheden af te tasten. Dat gebeurde wel in de door mij geobserveerde praktijk.

Wat afstemmen betreft, zag ik dat rechters soms veronderstellingen rondom schikken koesteren (partijen willen wel of niet schikken, doen er wel of niet goed aan), zonder die te toetsen bij partijen of hun advocaten. Partijen en advocaten doen vervolgens veelal geen moeite om de rechter erop te wijzen dat hij uitgaat van onjuiste veronderstellingen. Zij kunnen informatie hebben, die relevant kan zijn, maar die de rechter niet heeft; het al dan niet hebben afgesloten van een kredietovereenkomst bijvoorbeeld, of de wijze waarop de procedure gefinancierd wordt en of een vonnis ook voor andere gevallen een precedent schept. Rechters kunnen daar vragen over stellen, maar partijen en advocaten kunnen daarover ook zelf spontaan mededelingen doen. Dat deden ze dus nauwelijks.

Dat betekent dat de schikkingsinterventies onvoldoende worden afgestemd. Er werd ter zitting maar beperkt gesproken over wat partijen kon helpen te schikken, terwijl het gesprek daarover kan leiden tot effectievere schikkingsonderhandelingen, dan wel kan voorkomen dat nodeloos wordt geschorst. Zo kan het zijn dat de partijen heel andere ideeën hebben over de omvang van de schade en dat het verschil zonder voorlopig oordeel onoverbrugbaar is. Als daarover niet gesproken wordt ter zitting, dan gaan partijen met lege handen de gang op. Met regelmaat bleek een schorsing (bij voorbaat) kansloos. Schikken is geen lopende bandwerk. Het vraagt maatwerk.

Het moment dat de zitting na een schorsing wordt hervat zou naar mijn mening veel effectiever en strategischer door advocaten kunnen worden benut dan zij nu in de praktijk doen. Op dat moment is voor partijen duidelijk wat schikken lastig maakt, maar in hun terugkoppeling zijn advocaten terughoudend (par. 5.7). Rechters legden zich snel neer bij de mededeling dat het niet gelukt was te schikken, mogelijk bang dat partijen schikkingsdwang zouden ervaren.

De praktijk zoals ik die observeerde is niet een praktijk waarin rechter, advocaten en procespartijen samen zoeken naar creatieve oplossingen voor onderliggende belangen. Het systeem van tegenspraak en wantrouwen (geëscaleerde conflicten waarbij misbruik kan worden gemaakt als private informatie wordt gedeeld) maakt dat ook lastig (zie ook par. 1.4.6 en par. 6.3.5). Binnen dat systeem worden misschien al heel aardige resultaten behaald. Maar als maatschappelijk effectieve rechtspraak en conflictoplossing serieus genomen moet worden, dan denk ik de voornaamste conclusie is dat procesdeelnemers nog te zeer focussen op de (eigen) juridische positie, in plaats van de duurzame oplossing, waardoor het vinden van een minnelijke regeling, laat staan het vinden van een duurzame oplossing voor het (achter het geschil liggend) conflict onvoldoende wordt gezien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechters, advocaten en procespartijen. Als het daadwerkelijk gaat om het vinden van effectieve, duurzame conflictoplossing, dan is maatschappelijk effectieve rechtspraak niet alleen iets van de Rechtspraak, maar tenminste ook van de Orde van Advocaten.

Het viel me op dat rechters behoorlijk veel schikkingsinterventies verrichtten, maar dat de conflictinterventies nog steeds wat aantal en diepgang betreft beperkt waren.

Er is nog een wereld te winnen.

6 De gang op of niet?

6.1 Inleidende opmerkingen

Wat er ter zitting gebeurde, heb ik besproken in hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk verleg ik de focus naar de gang. Ook nu weer kies ik ervoor om mijn bevindingen thematisch te verslaan. In de meeste door mij geobserveerde zaken werd er geschorst teneinde een schikking te beproeven. In één zaak werd wel geschorst, niet om te onderhandelen, maar om te overleggen over een nieuwe schriftelijke ronde (re- en dupliek). In een andere zaak werd er wel geschorst, maar enkel om de rechter de gelegenheid te geven te bepalen wat er in de zaak diende te gebeuren. In vier zaken werd niet geschorst.

In zes van de 24 zaken werd geschikt. Daarnaast maakten partijen in vier zaken werkafspraken. In twee daarvan waren de contouren van een mogelijke regeling op de gang besproken, maar verdere onderhandelingen zouden later gevoerd worden. Een zaak is verwezen naar mediation, maar betrokkenen verwachtten daar niet veel van. Ze lieten het over zich heen komen. In de laatste zaak waarin partijen werkafspraken maakten, zou tijdens de aanhouding een voorstel worden gedaan door een hen. Dat voorstel is gedaan, maar werd door de andere partij weggehoond.

In 6.2 bespreek ik allereerst de vier zaken waarin niet geschorst is. Daarna bespreek ik de zaken waarin wel geschorst, maar niet serieus werd onderhandeld (par. 6.3). Par. 6.4 gaat over de zaken waarin op de gang wel serieus onderhandeld is.

6.2 Zaken waarin niet werd geschorst

Van de 24 zaken is in vier zaken niet geschorst. Daarin is weliswaar verklaarbaar wat maakt dat dat niet gebeurde, maar in twee van de vier is, denk ik, sprake van een gemiste kans. Wat speelde hier?

6.2.1 Kredietverzekering

In een van de vier zaken waarin niet werd geschorst om een schikking te beproeven speelde dat de crediteur (eiseres) een kredietverzekering had afgesloten (zie ook par. 5.5.1). Die verzekering keert uit wanneer een vonnis door de veroordeelde niet wordt nagekomen. Nu eiseres zich zeker voelde van haar zaak en zij erop vertrouwde dat haar vorderingen zouden worden toegewezen, voelde zij geen aansporing om te schikken. Een minnelijke regeling lag voor eiseres gelet op de verzekering niet voor de hand.

6.2.2 Inhoudelijk te complex/nieuwe stellingen

Een zaak werd wel geschorst, maar niet voor overleg. De rechter had bij aanvang van de zaak gevraagd of er ruimte was voor een schikking. De advocaten reageerden daarop dat die er niet was. Daarop volgde een lange inhoudelijke behandeling, waarbij de rechter probeerde om tot de kern van het probleem door te dringen. Dat kostte een hoop tijd. De rechter liet tijdens de zitting blijken dat zij geïrriteerd was dat het zoveel moeite kostte, gelet ook op de onduidelijke processtukken. Aan het einde van de zitting was de rechter duidelijk waar het geschil echt om ging.

> Rechter: *"Maar dan hebben we wel een hele andere casus dan die in de dagvaarding is aangevoerd. Ik ga de zaak nu schorsen om te beraden hoe nu verder."*

De zaak werd geschorst zodat de rechter daarover kon nadenken. Op de gang gebeurde niets relevants. Na de schorsing nam de rechter het woord:

> *"Ik ga zo niet verder met de comparitie. Ik ga u laten repliceren en dupliceren. Ik ben vandaag geconfronteerd met een onaangename verrassing. Ik heb 2 uur zitten trekken. Ik heb net tijdens de schorsing alle aantekeningen doorgelezen, maar weet nog steeds niet wat u (advocaat eiser: LL) precies zegt. Ik hoor zoveel nieuwe dingen. U kunt niet van mij verwachten dat ik daar allemaal nu op reageer."*

6.2.3 Ondeelbare vordering

In een huurgeschil deed de rechter een poging om tot een schikkingsgesprek te komen. In die zaak procedeerden verhuurder en huurder tegen elkaar over de vraag of de verhuurder gehouden was om in een gezamenlijke parkeerplaats zorg te dragen

voor gereserveerde parkeerplaatsen voor huurder. Aan het einde van de zitting gaf de rechter aan dat zij voldoende was geïnformeerd. Ze vroeg aan partijen of zij alles hadden kunnen zeggen wat zij relevant vonden, waarop de vertegenwoordiger van gedaagde antwoordde dat hij de kwestie op de eerstvolgende huurdersbijeenkomst zou voorleggen en dat als iedereen daarmee zou instemmen, eiseres gereserveerde parkeerplaatsen zou krijgen.

> Rechter: *"Uhm, dan hoe nu verder? Er kan een uitspraak van mij komen. Die kan de boel verder op scherp zetten, maar u draagt eigenlijk al een oplossing aan. Is dat een manier om hiermee verder te gaan?"*
>
> Vertegenwoordiger gedaagde: *"Nou als dat acceptabel voor [naam eiseres] is."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Wanneer is dat volgende overleg?"*
>
> Vertegenwoordiger gedaagde: *"Dat weet ik niet. Dat moeten we nog organiseren. De volgende staat nog niet. Maar dit kwartaal, dan wel volgend kwartaal volgend jaar zal er ongetwijfeld een huurdersbijeenkomst volgen waar we dit op de agenda als onderwerp op de agenda zullen zetten. Dan is het aan de vereniging om daarmee in te stemmen. Nou dat vind ik prima."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Maar dat neemt niet weg dat het wel belangrijk is voor [naam gedaagde] om helderheid te krijgen hierover."*
>
> Rechter: *"Ja? Is dat zo? Als mensen er onderling uitkomen?"*
>
> Advocaat gedaagde: *"Nou ja, goed het is dan de vraag, als het niet zo is, dan zitten we hier over een tijdje weer. En dat wil [gedaagde] gewoon niet. Het moet nu gewoon even duidelijk zijn voor alle partijen. En meneer geeft dus al gewoon toe, nou in de toekomst kunnen we het erover hebben."*

De advocaat van gedaagde ging hier voor een mogelijke schikking liggen. Zij bracht de zaak als een principezaak. Daarmee werd een schikkingsoverleg de pas afgesneden. De rechter en de advocaat van eiseres deden geen moeite haar op andere gedachten te brengen. In het interview zei de advocaat van gedaagde over haar interventie:

> Advocaat gedaagde: *"Ik heb toen wel inderdaad ingegrepen. En dat hangt ermee samen dat ik vind dat je soms ook de cliënt moet beschermen tegen zichzelf. Want wat deze cliënt waarschijnlijk van tevoren niet heeft ingezien is dat als die onderhandelingen mislukken met die huurders dat dezer huurder misschien*

> *nogmaals hierover gaat procederen. (…) Daar wil ik gewoon wel mijn cliënt voor behoeden en daarnaast leek het me niet meer dan fair eigenlijk dat hier ook gewoon een uitspraak over kwam. Want zo moeilijk is die zaak volgens mij helemaal niet en dan is er ook gewoon voor beide partijen even wat rust."*

Deze zaak werd inderdaad gepresenteerd als een zwart-wit-zaak. De vorderingen zouden worden toegewezen of niet. Er zouden gereserveerde plekken komen, of niet, geen halve.

Het probleem van dit soort zaken is dat een uitspraak positief of negatief kan uitpakken en dat een cliënt zelden geholpen is met een negatief precedent. Dan kan een schikking betere diensten bewijzen.

6.2.4 Belang voor rechtsontwikkeling?

In de vierde zaak waarin niet werd geschorst werden in het geheel geen schikkingspogingen ondernomen. Het was een zaak waarin een specifieke rechtsvraag speelde. De afsluiting van de zitting was opmerkelijk omdat de rechter zijn veronderstellingen rondom de kansen van een schikkingsoverleg niet toetste:

> Rechter: "*Ik denk niet dat u samen tot een oplossing zult komen buiten deze rechtszaal, nog voordat ik vonnis wijs, dus ik ga maar gewoon vonnis wijzen en dat krijgt u van mij over zes weken. Mooi, dank u wel."*

Wat maakt nu dat de rechter geen enkele poging deed? Dat is niet duidelijk. Ik heb rechters niet geïnterviewd. De advocaten en procespartijen hadden daar in dit geval wel een idee bij. Ze omschreven de rechter als goed in zijn vak, maar ook als "ijdel". Hij zou het wel een uitdaging vinden, zo dachten zij, om vonnis te wijzen en zo een bijdrage te leveren aan rechtsontwikkeling. Partijen vertelden mij na afloop dat zij best over een regeling hadden willen praten, ondanks dat zij inderdaad ver uit elkaar zaten.

6.2.5 Reflectie

Ten behoeve van schikkingsoverleg wordt doorgaans geschorst.[424] Dit was ook zo in de door mij geobserveerde zaken. In sommige zaken werd niet geschorst. Ik heb sowieso verschillende zaken geobserveerd waarin schikkingsinterventies beperkt

[424] Steenberghe 2019, p. 449; Verschoof & Van Rossum 2018, p. 112.

waren, zowel in aantal als diepgang, maar ik heb niet onderzocht waarom rechters die keuze maakten, en of die keuze terug te voeren was op hun inschatting van de zaak en dat een van partijen duidelijk gelijk zou krijgen (rechtsverschaffing boven schikken) of dat de rechter van mening was dat de zaak belangrijk was in het kader van rechtsontwikkeling (rechtsvorming boven schikken).

Hoewel het beproeven van een schikking een (wettelijke) mogelijkheid is van de zitting, kan de rechter schikkingspogingen achterwege laten.[425] Is de keuze bewust gemaakt, dan lijken daarvoor drie mogelijke redenen te zijn.

6.2.5.1 Schikken is kansloos

Ahsmann wijst op de situatie dat de rechter denkt dat een schikkingspoging kansloos is, maar voegt daaraan toe:

> *"Het is uiteraard wel zaak deze veronderstelling bij partijen te verifiëren. Hij (de rechter: LL) is immers maar zeer beperkt op de hoogte van wat tussen partijen zoals speelt."* [426]

In de zaken die ik observeerde, toetste de rechter die veronderstelling niet (zie ook: par. 5.4).

6.2.5.2 De vordering is kansloos

Ahsmann wijst op een andere reden: de rechter kan in een dilemma verkeren:

> *"Het kan zijn dat hij al een duidelijk oordeel heeft over toe- of afwijzen van de zaak: eiser heeft overduidelijk gelijk of gewoon geen zaak. Het kenbaar maken daarvan zou de onderhandelingen tussen partijen kunnen blokkeren, zo zal hij misschien denken, maar ook dan is de vraag of die aanname juist is."* [427]

Dat lijkt mij ook. In de zaak van de kredietverzekering en in twee principiële zaken speelde de verwachting van partijen dat ze gelijk zouden krijgen. Soms staat die perceptie in de weg aan schikken. Iets anders is de vraag of rechters schikkingsinterventies achterwege laten omdat zíj vinden dat een van de partijen in haar recht staat. Mogelijk kan dit hebben gespeeld in deze zaken, maar dat heb ik niet kunnen toetsen omdat ik de rechters hier niet over heb bevraagd. Verschoof & Van

---

[425] Ahsmann 2020, p. 180.
[426] Ahsmann 2020, p. 180.
[427] Ahsmann 2020, p. 180.

Rossum keken daar wel naar. Zij constateerden dat rechters soms gewoonweg aansturen op doorprocederen:

> *"In negen van de honderd zittingen die we observeerden, stuurde een rechter aan op voort procederen. Dat had alle keren te maken met het oordeel van de rechter over de afloop van het geschil. Dit oordeel hield steeds in dat een van partijen duidelijk gelijk had (en de ander dus duidelijk ongelijk). In vijf van die zaken was de partij die volgens de rechter gelijk had precies om die reden niet bereid om te schikken."*[428]

Vergelijk ook dit citaat uit een interview met een rechter uit dat onderzoek:

> *"En eerlijk gezegd wil ik in deze zaak niet verantwoordelijk zijn voor welke schikking dan ook. Omdat het een kansloze zaak is voor eiser. Volstrekt kansloos. Iedere cent die de gedaagde betaalt, is onterecht."*[429]

Steenberghe:

> *"Het dilemma van de rechter die een duidelijk oordeel over de zaak heeft, is dat een schikking vanuit zijn perspectief de partij die gelijk heeft ten onrechte benadeelt en de partij die ongelijk heeft ten onrechte bevoordeelt. Waarom zou hij (...) een schikkingsmogelijkheid met partijen bespreekbaar maken? Is het verwezenlijken van het materiële recht, het recht verschaffen aan degene die in zijn recht staat en de bescherming van dat recht dus ook verdient, niet de ultieme dienstverlening, de primaire taak van de rechter?"*[430]

Steenberghe geeft ook antwoorden. Het dilemma is volgens hem gebaseerd op een onjuist uitgangspunt, namelijk dat tussen rechtsbescherming en schikken een scheidslijn loopt:

> *"Het is de verantwoordelijkheid van de rechter tijdens de mondelinge behandeling om beide met elkaar te verbinden door enerzijds het beginsel van effectieve rechtsbescherming (...) en anderzijds de partijautonomie in acht te nemen."*[431]

---

[428] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 185.
[429] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 186.
[430] Steenberghe, 2019, p. 379, onder verwijzing naar Verschoof & Van Rossum 2018, p. 190 en Lewin 2013, p. 3.
[431] Steenberghe 2019, p. 379.

De rechter kan partijen vragen of zij behoefte hebben aan een schikkingsoverleg en vragen waarom zij daaraan behoefte hebben. Ook kan hij aangeven hoe hij tegen de zaak aankijkt. Hier wringt de functie van geschilbeslechting met de functie van conflictoplossing (zie: par. 1.4.6), maar misschien nog wel meer de taakopvatting van de rechter (zie ook par. 3.4.6). Ahsmann wijst erop dat alle civiele rechters vrederechters dienen te zijn. Zij haalt een citaat aan uit de MvT bij het Vierde Boek van het ontwerp BW uit 1808:

> *"De eerste pligt van alle regters is, om, zoo dra eenige zaak ter hunner kennis gebracht wordt, de Vrede-Regter van partijen te zijn dat is, alle hunnen pogingen aantewenden, ten einde het gerezen geschil door een minnelijk vergelijk vereffend worde, en den weg tot de Justitie niet eerder te openen dan na dat die pogingen vruchteloos zijn afgelopen."*[432]

Ahsmann schrijft dat deze gedachte weer in zwang is geraakt en onderdeel uitmaakt van het beleidsspeerpunt MER (maatschappelijk effectieve rechtspraak):

> *"De discussie hierover raakt aan de taakopvatting van de civiele rechter, een lastig en veelomvattend begrip. Deze is uiteraard afhankelijk van de persoonlijke opvattingen van de rechter en van het rechtsgebied waarin hij werkzaam is: de taakopvatting van een familierechter die met vechtscheidingen wordt geconfronteerd, kan verschillen van die van een kortgedingrechter van de kantonrechter, enz. Maar niet alleen deze factoren hebben invloed op de taakopvatting van de rechter, ook partijen en de samenleving kunnen daarop inwerken: partijen door de wijze waarop zij procederen en door het stellen van vragen, nodig voor een goed verloop van de procedure (art. 19 lid 2 Rv), en de samenleving door een goede en vlotte rechtsgang te verlangen."*[433]

Ik denk dat de taakopvatting van de rechter invloed heeft op wat hij in het kader van geschilbeslechting en conflictoplossing doet en ik geloof ook dat die taakopvatting tot op zekere hoogte persoonlijk is. De literatuur is niet eenduidig over wat de taak van de rechter is, of beter gezegd of de rechter een conflictoplossingstaak heeft (zie par. 1.4.6). Rechters hebben zelf verschillende taakopvattingen. Dat blijkt uit onderzoek van Praagman (par. 3.4.6) en uit een aantal citaten uit interviews afgenomen door Verschoof & Van Rossum. Zij interviewden rechters die het als hun taak zien om te

[432] Ahsmann 2020, p. 23.
[433] Ahsmann 2020, p. 24. Zie ook par. 1.4.5.

achterhalen wat achter het geschil schuil gaat, maar ook rechters die dat niet tot hun taak zien, die dat zelfs kwalificeren als 'psycholoogje spelen'. [434]

Wat de rechter als zijn taak ziet, of tenminste accepteert, wordt wat mij betreft bepaald door de wetgever. De taakopvatting wordt immers bepaald door de (klassieke) functies van burgerlijk procesrecht. Hoewel de taakopvatting aan verandering onderhevig kan zijn, zeker door veranderende maatschappelijke opvattingen over wat goede rechtspraak is, denk ik dat die de taakopvatting niet zo wispelturig is dat procespartijen in een individuele zaak daar invloed op hebben, of je moet taakopvatting zo eng zien als de taak/doelstelling in een individuele procedure. Het is zinvol om de taakopvatting uitdrukkelijk te onderscheiden van de stijl van de rechter, die veel persoonlijker is en afhankelijk is van persoonlijkheid, achtergrond en training en opleiding en de doelstellingen van de rechter in een concrete zaak. Die laatste worden waarschijnlijk beïnvloed door zijn taakopvatting, maar ook door de opstelling van partijen. Dat alles leidt ertoe dat rechters niet uniform optreden (zie ook par. 5.3). Praagman vergeleek verschillende comparitierechters in dezelfde zaak (waarbij partijen en advocaten werden gespeeld door dezelfde acteurs). Zelfs in dezelfde zaak was de aanpak niet uniform en waren er verschillen in uitkomsten.[435] Zij concludeert:

> *"(...) dat rechters betrekkelijk intuïtief en verschillend te werk gaan, en werd een mogelijk verband tussen de verschillende resultaten en de persoonlijke opvattingen van de rechters gesuggereerd. Ook bleek dat het werken vanuit conflictoplossing in plaats van geschilbeslechting een wezenlijk andere opstelling en andere vaardigheden van een rechter vraagt. Het wel of niet slagen van elke belangrijke uitgangspunten van de methode hangt nauw samen met de werkwijze van de rechter. Het voorgaande suggereert dat, om de methode van conflictoplossing breed te kunnen implementeren, eerst naar de taakopvatting van rechters moet worden gekeken. Is zijn primaire taak 'slechts' het beslechten van geschillen of ook het oplossen van eventuele achterliggende conflicten?"*[436]

Politiek en het bestuur van de Rechtspraak zien conflictoplossing mede als taak van moderne, responsieve Rechtspraak (par. 1.4.6). De vraag is of die taakopvatting die

---

[434] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 294.
[435] Praagman 2011.
[436] Praagman 2011.

daaruit volgt onder rechters breed gedragen wordt. Er zijn volgens het onderzoek van Verschoof & Van Rossum in elk geval rechters die dat niet doen. Ik vind dat rechters die het niet als hun taak zien om belangen te exploreren en achter het geschil te kijken in het huidig tijdsgewricht een te beperkte taakopvatting hebben. Dat het systeem niet meewerkt en dat er nog veel te ontdekken en leren is, staat daaraan niet in de weg.

Hoe dan ook, terug naar de rechter die een vordering kansloos acht. Zou je dan wel of niet moeten kijken of een regeling kan worden gevonden? Het is goed te realiseren dat ook een partij die het gelijk aan haar zijde heeft en de procedure evident zal winnen er belang bij kan hebben om de zaak te schikken.[437] Wat zijn die belangen? Die kunnen heel divers zijn.[438] Verschoof & Van Rossum vonden o.a. de volgende belangen:[439]

- de behoefte aan rust;
- het belang bij een snelle oplossing;
- het door willen met het leven;
- het besparen van aanzienlijke proceskosten;
- het nog vaker te maken hebben met de wederpartij; en
- het meenemen van andere conflicten met de wederpartij.

Steenberghe wijst onder meer op:[440]

- de wens om zelf en snel de oplossing te bepalen en de wens om de procedure te beëindigen vanwege de daaraan verbonden nadelen (denk aan kosten, tijd, periode van onzekerheid, emotionele belasting);
- het besef dat met een vonnis de kans op herstel van de relatie/samenwerking met de wederpartij gering is;
- de overtuiging dat een schikking beter aansluit bij inmiddels gewijzigde omstandigheden;
- de inschatting van de risico's die verbonden zijn aan het verlies van de procedure door de wederpartij (bijvoorbeeld financiële problemen); en

[437] Vgl. ook Steenberghe 2019, p. 378.
[438] Zie Steenberghe 2019, p. 378.
[439] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 102.
[440] Steenberghe 2019, p. 378.

- de inschatting dat de wederpartij zich eerder aan een schikking zal houden dan aan een veroordelend vonnis.[441]

Daarom zouden rechters hun veronderstellingen rondom schikken te allen tijde moeten toetsen, ook als zij vinden dat een van partijen gelijk heeft.

6.2.5.3 De vordering is belangrijk in het kader van rechtsontwikkeling

In een zaak dachten de advocaten en procespartijen dat de rechter - door ijdelheid gedreven - geen schikkingspogingen deed omdat hij het interessant zou vinden vonnis te wijzen. Ik heb bij de rechter niet geverifieerd of die veronderstelling klopt. Maar stel. Wat vind ik daarvan? Steenberghe wijst ook op dit dilemma, het dilemma dat partijen procederen:

> *"over een principiële zaak, bijvoorbeeld over het recht van een in coma verkerend slachtoffer van een verkeersongeval op smartengeld. Over een soortgelijke casus is geen rechtspraak bekend en dat is mede reden waarom de verzekeraar van de aansprakelijke partij zich principieel opstelt. De rechter is zich ervan bewust dat de zaak van belang is voor de rechtsvorming. Betekent de schikkingstaak van de rechter nu dat hij tijdens de mondelinge behandeling de vraag aan de orde moet stellen of partijen de mondelinge behandeling voor het treffen van een schikking willen benutten?"*[442]

Steenberghe vermoedt dat de meerderheid van de rechters vindt dat de rechtsvormende taak voorgaat.[443] Hij stelt vervolgens de vraag wat er zou moeten gebeuren als de rechter opmerkt dat hij veronderstelt dat partijen geen behoefte hebben aan een schikkingsoverleg en partijen daarop reageren dat die veronderstelling onjuist is. Die behoefte hebben zij wel. Mag de rechter dan toch besluiten dat hij daartoe geen gelegenheid biedt? Steenberghe vindt van niet:

> *"Dit betekent dat het uiteindelijk aan partijen is te beslissen over de balans tussen beslis- en de schikkingsfunctie van de rechter. Hier ligt mogelijk een legitimiteitsdilemma op het gebied van enerzijds de professionele*

[441] Zie ook het onderzoek van Eshuis.
[442] Steenberghe 2019, p. 377.
[443] Steenberghe 2019, p. 377.

verantwoordelijkheid van de rechter en anderzijds de partijautonomie van partijen dat nadere overdenking verdient."[444]

Ik ben dat met Steenberghe eens: partijen bepalen of en waarover ze procederen (partij autonomie) en kunnen de zaak royeren wanneer zij dat willen; rechters hebben als het op schikken aankomt een faciliterende rol.

Terug naar de zaken: bij aanvang van een ervan, een inhoudelijk complexe waarin ter zitting nieuwe stellingen werden ingenomen, vroeg de rechter of partijen het goed vonden als zij startte met schikkingsinterventies. Partijen wilden dat niet. Ze hadden daarin geen vertrouwen, waarop werd besloten om te starten met de inhoudelijke behandeling. Wanneer de feiten vervolgens niet helder worden, dan komt wellicht logisch voor dat niet nogmaals schikkingsinterventies worden verricht en de zaak geschorst wordt voor minnelijk overleg. Het is voor het bepalen van je rechtspositie (het beste alternatief zonder oplossing; bazo) nodig dat je inzicht hebt in de rechtens relevante feiten. Tegelijkertijd, er zijn meer, zoals proceseconomische, redenen om te schikken.

In twee van de vier zaken werden belangen toegedicht aan een vonnis dat de cliënt in het gelijk stelt. Ik kan me die belangen voorstellen, maar als het vonnis nu eens niet in het voordeel van die partij zou uitvallen, waren er behoorlijke financiële risico's. Risico's die veel verder strekten dan de belangen in de voorliggende individuele kwestie. Juist in die belangen zou je in deze twee gevallen ook een argument kunnen vinden voor schikken. Je kunt immers in beginsel afspreken wat je wilt (contractsvrijheid) en je kunt geheimhouding over de procedure en (de inhoud van de) schikking afspreken.

Ik zeg uitdrukkelijk niet dat je geen principiële uitspraak moet willen nastreven. Integendeel. Principiële uitspraken zijn van groot (maatschappelijk) belang in de rechtsontwikkeling. In de schaduw van het recht kunnen partijen zelf hun conflicten oplossen.[445] Daarvoor zijn (principiële) uitspraken nodig. Bovendien maak je als procespartij samen met je advocaat een kosten-batenafweging waarin je de risico's afweegt. Je hoeft je niet te laten overtuigen doordat de uitkomst grote gevolgen kan

[444] Steenberghe 2019, p. 378.
[445] Dit geldt overigens zeker niet voor iedereen.

hebben. Ik denk wel dat in principekwesties regelmatig een regeling te prefereren is, omdat die meer recht doet aan de belangen (en minder risicovol is) dan een vonnis.

6.3 Er werd geschorst, maar niet serieus onderhandeld

6.3.1 Inleidende opmerkingen

In een aantal zaken werd weliswaar met instemming van partijen geschorst, maar gebeurde er op de gang weinig concreets in de richting van schikken. In een bouwgeschil werd er bijvoorbeeld geschorst om een regeling te beproeven. Dat lukte niet. Partijen zaten veel te ver uit elkaar en constateerden dat vrijwel direct. Na afloop van de zitting nodigde gedaagde eiseres uit om het geleverde werk te komen bekijken en samen te zien wat aan meerwerk geleverd was. Ten tijde van de interviews verwachtte niemand dat het daar nog van zou komen.

In een ander bouwgeschil overlegden de advocaten op de gang, maar een van de procespartijen was op dat moment overmand door emoties en kon de gevolgen van een eventuele regeling op niet overzien. Afgesproken werd dat de andere partij een voorstel op papier zou zetten. De zaak werd aangehouden voor dit overleg. Tijdens de interviews vertelden de betrokkenen aan beide zijden dat ze weinig vertrouwen hadden in de totstandkoming van een regeling.

In de overige negen zaken waarin niet geschikt werd, leverde de schorsing niets op. Regelmatig concludeerde ik achteraf dat de schorsing al bij voorbaat kansloos was geweest omdat partijen de gang opgingen terwijl zij zelf geen enkel vertrouwen hadden dat ze eruit zouden komen. De zitting had hun standpunten niet veranderd. De interviews gaven meer inzicht in wat er speelde.

In deze zaken duurde het overleg tussen de advocaat en de eigen cliënt (veel) langer dan het overleg tussen de advocaten. Er gebeurde een heleboel,[446] maar niet tussen partijen. Die waren snel uitgepraat.

Allereerst speelden er principes of zaken die als zwart-wit werden gepresenteerd. Die bespreek ik in par. 6.3.2. In par. 6.3.4 ga ik in op de zaken waarin partijen te ver uit

[446] Advocaten overlegden over het verloop van de zitting, bespraken of er ruimte was voor een schikkingspoging, en zo ja, wat dan de ruimte was. Was er tijd over, dan werd die gedood met het praten over koetjes en kalfjes.

elkaar zaten. Deze hebben gemeen dat partijen geen vertrouwen hadden in een schikkingsoverleg. Toch gingen zij gedwee de gang op zonder de rechter te vertellen dat zij daarin weinig vertrouwen hadden en waarom. Waarom ze dat deden? Die vraag beantwoord ik in par. 6.3.6.

6.3.2 Principes en zwart-wit-zaken

In een huurzaak procedeerden een woningcorporatie en een (voormalig) huurder tegen elkaar. De woningcorporatie hanteert een *zerotolerance* beleid, dat inhoudt dat in zaken waarin drugsdelicten spelen geen regelingen getroffen worden. In deze zaak werd geschorst, ook al wisten de vertegenwoordigers van de woningcorporatie dat die schorsing zinloos was vanwege dat *zerotolerance* beleid.

In een andere huurzaak speelde een alles-of-niets-kwestie. De aanleiding van de zaak was een huurprijsverhoging, maar in de procedure werd de bestuursbevoegdheid van het bestuur van de verhuurder betwist. Dat bleek een cruciaal geschilpunt dat partijen zonder vonnis niet konden oplossen. Het bestuur was wel bevoegd of niet, niet half.

In een zaak over een aandelentransactie had een van de procespartijen behoefte aan duidelijkheid over wat er nu precies gebeurd was, om daar lering uit te trekken. Het moest een financieel wel heel aantrekkelijke regeling zijn, wilde zij daarmee akkoord gaan. Gedaagde en eiser waren ondernemers. Je zou verwachten dat zij een zakelijke afweging maakten, waarbij zij kansen en kosten afwogen, maar er speelde iets bijzonders. Het geschil ging over de vraag wat partijen nu precies met elkaar hadden afgesproken over de betaling van de koopprijs. Heel kort: gedaagde stelde dat de gepresenteerde cijfers niet klopten en dat zij daarom recht had de koopprijs op te schorten en te verrekenen. Een en ander werd door eiseres betwist. De zaak zou uitdraaien op een bewijskwestie. Partijen stonden diametraal tegenover elkaar en de vraag was dan ook de facto wie van partijen de bewijslast zou dragen en of zij zou slagen in de bewijsopdracht.

Voorafgaand aan de zitting viel me op hoe amicaal de vertegenwoordigers van de procespartijen (hun persoonlijke holdings waren de formele procespartijen) met elkaar communiceerden. De vertegenwoordiger van eiseres stelde aan de vertegenwoordiger van gedaagde de vraag: “Hoe is het nu?”, die daarop antwoordde: “Ja, goed. Eens even kijken hoe we dit kunnen oplossen vandaag, zodat we dit achter ons kunnen laten.” Hij keek mij vervolgens aan en zei: “Want ja, we zijn ondernemers, we kunnen dit toch gewoon oplossen?” Die opmerking zou hij ter zitting herhalen.

Die zitting stond vooral in het teken van feitenonderzoek. De rechter stelde partijen vragen over de gang van zaken rondom de transactie en wie daarbij aanwezig waren geweest en daarover zouden kunnen verklaren. Aan het einde van de zitting kreeg de vertegenwoordiger van gedaagde het woord, waarbij hij nogmaals refereerde aan zijn ondernemerschap:

> *"Als ondernemer moet je daar toch met elkaar kunnen uitkomen? Dit heb ik in twintig jaar ondernemen nog niet meegemaakt. Ik wil hier ook wel een eind aan maken, zodat ik weer geld kan gaan verdienen."* Hij maakte aanstalten om op te staan.
>
> Rechter: *"Ho, ho! We zijn nog niet klaar. Maar dit is wel waar ik het nu met u over zou willen hebben. U zegt beiden: 'De relatie was goed', en ik vraag me af zou u erover willen denken om de zaak met elkaar vandaag op te lossen?"*
>
> Vertegenwoordiger eiseres: *"Dat hebben we al geprobeerd. Maar ik heb de afspraken niet helder. Ik wil weten wat er nu gebeurd is.* (...) *Het geld is belangrijk, maar ik wil eigenlijk ook wel weten hoe het nu zit. Het gaat niet primair om het financiële stuk, maar om waarheidsvinding."*

Partijen stemden in met het voorstel van de rechter om te kijken of ze er samen uit zouden kunnen komen. Tijdens de schorsing volgde ik eiseres en haar advocaat. Gedrieën namen we plaats in een enquêtekamer. Na een tamelijk lang overleg besloten ze de wederpartij te vragen wat zij bereid was te betalen. Als dat bedrag te laag was, zouden ze vonnis vragen. We liepen de gang op naar de vertegenwoordiger van gedaagde en haar advocaat. Die laatste nam het woord:

> *"Hoewel de rechter wel erg aan het drammen was over wat die nadere afspraken waren, hè, maar goed, er is voor mij natuurlijk nog de bovenliggende vraag: 'Is mijn cliënt wel op goede gronden in deze transactie gestapt?' En dat is natuurlijk ook iets wat wel betrokken moet worden."*

Die opmerking leidde tot een herhaling van standpunten tussen de beide advocaten, waarop de advocaat van gedaagde concludeerde dat er getuigen gehoord zouden moeten worden:

> *"Want die kunnen dan gewoon verklaren wat er gebeurd is en dan kunnen we wel verder zien. Aan de andere kant, dat kost natuurlijk wel een paar centen, wederom aan beide kanten."*

Advocate eiseres: *"Het kost tijd."*

Advocaat gedaagde: *"Nou, ja, dus geld. Dus mijn cliënt zegt: 'Als we er een streep onder kunnen zetten', dan is ie bereid om nog zo'n vijfduizend euro te betalen. Dan zijn we er gewoon mee klaar."*

Advocate eiseres: *"Nou, dat hebben we al besproken, maar dat is een orde van grootte. Dat is een bedrag waarvan [voornaam vertegenwoordiger eiseres] zoiets heeft van..."*

Advocaat gedaagde: *"Nee, maar goed. Waar denken jullie dan aan? Want dan kunnen we kijken. Als jullie zeggen we komen op tien uit, nou ja, dan zijn we er misschien wel, of twaalf. Dan vinden we elkaar nog wel ergens. Maar als jullie zeggen: 'We willen dertig hebben', dan zijn we denk ik snel klaar."*

Advocate eiseres: *"Nou, we zaten wel in die richting."*

Advocaat gedaagde: *"Ja, nou dan wordt het hem dus niet."*

In het interview vertelde de vertegenwoordiger van eiseres mij waarom hij zich principieel opstelde:

> *"Ik vind het belangrijk om duidelijkheid te krijgen na die vier jaar hoe het nu zit en ik vind het fijn als iemand, de rechter zich er nu over buigt en zegt: 'Dit is wat het is.' En dan heb ik gelijk of ongelijk en dan zou ik ook graag weten waar ik het fout heb gedaan als ondernemer, zeg maar. Want dan leer ik er ook iets van. (...) Aan de andere kant als ik hem wel win, dan weet ik eigenlijk ook dat ik wel gelijk had, en dat waar nu mee geschermd wordt gewoon niet klopt. (...) Ja, ik ben er eigenlijk altijd al ingegaan, ik wil het gewoon weten of ik nu gelijk heb of niet. En ik heb zoiets als ik het nu 'settle', dan weet ik eigenlijk nog niets. (...) Het heeft me nu heel veel geld gekost, dus dan kun je maar beter de les ook leren, denk ik. [lacht] Dan heb ik er nog wat aan."*

De advocaat van gedaagde vertelde mij dat het schikken zijns inziens niet was gelukt omdat partijen te ver uit elkaar zaten, wat een gevolg was van de aard van de zaak: of er was gedwaald of niet, of er was een afspraak of niet. Er was weinig grijs en dat maakte het lastig om elkaar te vinden.

6.3.3 Reflectie

Er zijn verschillende soorten conflicten.[447] Die verschillen hebben betekenis voor de vraag of ze door onderhandeling kunnen worden opgelost. Zo is bekend dat waardenconflicten niet of moeilijk door onderhandeling kunnen worden opgelost.[448] Dat zijn conflicten die zich richten op kwesties van schuld en onschuld, goed of kwaad. Ze worden ook wel morele conflicten genoemd.[449]

Juridische rechtsposities leiden tot tegenstellingen en die kunnen tot principiële uitgangsposities leiden. Dat was heel duidelijk in de zaken die ik observeerde: of er was aansprakelijkheid of niet. Dat leidt tot zwart-wit-denken. Het is lastig om op de gang van die posities af te komen als de rechter partijen daarbij niet geholpen heeft.

Ik heb in de door mij geobserveerde zittingen niet meegemaakt dat rechters onderzoeken hoe principieel partijen daadwerkelijk zijn. Ik zag regelmatig dat partijen zich ter zitting principiëler opstelden dan zij daadwerkelijk waren. Dit speelde overigens niet in de zaak rondom de aandelentransactie. Opmerkelijk in die zaak was dat eiseres de proceskosten zelf droeg en de kans op verlies in de procedure op de koop toenam, omdat haar vertegenwoordiger wilde weten wat er daadwerkelijk gebeurd was (principe). Principes komen zelden alleen. In de eerdergenoemde zaak over de aandelentransactie nam de vertegenwoordiger ongetwijfeld de kans op winst mee, die door de advocaat van eiseres op 80 procent was geschat. Zou hij ook principieel zijn geweest als de kans op winst werd ingeschat op 10 procent? Ik weet het niet. Ik heb de vraag niet gesteld en al had ik hem gesteld, de vraag is wat de waarde van het antwoord zou zijn. De advocaat had al een winstinschatting gemaakt. Daarnaast speelden in die zaak mogelijk verzonken kosten een rol. De vertegenwoordiger zei:

> *"Het heeft nu al zoveel gekost, nu wil ik weten hoe het zit".*

Ik veronderstel dat de enige interventie die kan helpen om partijen van hun principes af te helpen een voorlopig oordeel is, waarmee de proceskansen reëel kunnen worden ingeschat, en/of bespreken dat een onwelgevallig vonnis precies het tegenovergestelde doet van het gewenste precedent.

---

[447] Zie bijv. Prein 2017, pp. 95 – 130.
[448] Prein 2017, p. 104.
[449] Prein 2017, p. 102.

In zaken waarin procespartijen de kosten in eigen portemonnee voelen kan het wijzen op kosten helpen om partijen om proceseconomische motieven te laten schikken. Maar soms zijn zij zo principieel dat zij bereid zijn hun verlies te nemen.

6.3.4 Te ver uit elkaar

In de zaken waarin geschorst, maar niet geschikt werd, speelde (vanzelfsprekend) dat partijen te ver uit elkaar zaten. Het verschil bleek niet te overbruggen. Wat opvallend was, was dat deze conclusie regelmatig erg snel getrokken werd, soms al bij de eerste uitwisseling van standpunten.

Wat dat betreft spant een zaak tussen voormalig zakenpartners en vrienden de kroon. Daar was al bij het naar buiten lopen duidelijk dat de schorsing kansloos was. De rechter verrichtte verschillende schikkingsinterventies waarbij met name het gesprek over de relatie van partijen succesvol leek te zijn. Uiteindelijk stemden partijen in met een schorsing. Ik volgde gedaagde en zijn advocaat. Zij hadden de beslissing al genomen. Ze hadden nog geen 9 meter gelopen of de uitkomst stond al vast: er zou niet geschikt worden. Gedaagde en zijn advocaat bespraken kort zijn rechtspositie. Hun conclusie was dat gedaagde er sterk voorstond. Zijn advocaat gaf nog het advies:

> *"Laat je nou niet meeslepen. Ik had al gezegd dat we niets zagen in een schorsing en dan ga je toch mee."*

Korte tijd later benaderde de advocaat van eisers ons. We – advocaat gedaagde, advocaat eisers en ik – liepen een paar meter verder. De advocaat van gedaagde deelde direct mee wat het standpunt was: er was geen aanleiding te regelen. Advocaat eisers maakte er een punt van dat er geschorst was:

> *"Als u niet wilt schikken, wat doen we hier dan? Dit is niet wat er net binnen werd gezegd."*
>
> Advocaat gedaagde: *"Cliënt heeft zich een beetje laten meeslepen. We zitten te ver uit elkaar. Cliënt wil niet meer dan vijf of tienduizend betalen."*
>
> Advocaat eisers: *"Nee dan komen we er niet uit. Cliënten willen minimaal 50-60 duizend. Er is te praten over termijnen. Er is over van alles te praten. Maar dat is wel wat ze willen hebben."*

Te veel ruimte tussen wat de eisende partij vorderde en de gedaagde bereid was te betalen was een veelgehoorde reden voor mislukte onderhandelingen. Dat

uitgangsposities ver uit elkaar zaten, kwam regelmatig doordat de zaak feitelijk of juridisch complex was en er ter zitting weinig duidelijk werd over die rechtsposities.

6.3.5 Reflectie

Dit – dat partijen te ver uit elkaar zaten voor een zinvol overleg – speelde in meerdere zaken. Een aantal besprak ik in par. 5.6 en daarbij concludeerde ik dat advocaten en procespartijen ter zitting nauwelijks actief zeiden waaraan zij behoefte hadden. Daardoor gingen partijen de gang op zonder ideeën te hebben uitgewisseld over de omvang van de schadevergoeding. Hadden ze van tevoren geweten dat ze zover uit elkaar zaten, hadden ze niet eens de gang op hoeven gaan. Hoewel, die ruimte is vaak voor henzelf geen verrassing. Ze hebben meestal al eerder gesproken over een regeling. Daar wordt tijdens de zitting nauwelijks over gesproken.

Op het moment dat partijen besluiten hun conflict op te lossen met juridische interventies, hebben zij ook een juridisch geschil (zie par. 1.4.6). Een (juridisch) geschil is dus een gevolg van een conflict, het is een oplossingsstrategie om met recht het daaronder liggend conflict op te lossen. Het conflict wordt daarbij vertaald naar (juridische) rechten en aanspraken en daartegenover staande weren. Die vertaling levert mogelijkheden (je kunt daarover procederen en je kunt de uitspraak afdwingen), maar ook beperkingen op.

Wanneer juristen worden ingeschakeld, zijn conflictpartijen blijkbaar niet bij machte het conflict zonder hulp van derden op te lossen. Dat juristen er op enig moment bij worden gehaald, is niet gek. Conflicten hebben de neiging te escaleren.[450] Over dat proces is veel literatuur voorhanden.[451] Een cliënt benadert een jurist veelal met een feitelijk verhaal. De jurist beoordeelt wat hij voor de cliënt kan betekenen vanuit zijn juridische expertise. Juristen zijn opgeleid en getraind in juridische geschilbeslechting en het toepassen van juridische interventies. Zij leren de rechtspositie te bepalen en strategieën te bedenken en uit te voeren waarmee de cliënt zoveel mogelijk wint.[452] Die strategieën zijn gericht op wat *juridisch* haalbaar is, niet per se op wat de cliënt in

---

[450] Niet allemaal. Louter verloop van tijd kan conflicten bijv. ook oplossen. Tijd heelt wonden, wordt dan gezegd.
[451] Zie bijv. Prein 2017, par. 4.4.
[452] Allewijn (2007, p. 63) wijst erop dat het lastig is om van standpunten terug te gaan naar belangen zodra juridisering heeft plaatsgevonden doordat juridisch adviseurs de standpunten in juridische termen en documenten hebben vastgelegd.

essentie *wil*. Het zoeken naar het juridisch best haalbare, kan ertoe leiden dat juristen (te) weinig oog hebben voor het (onder het geschil liggend) conflict.

Conflictoplossing vraagt niet (per se) om juridische interventies. Het gaat veeleer om het achterhalen van wat de betrokken personen beweegt en het exploreren en het genereren van mogelijkheden om daarin te voorzien.[453] Een onderzoek daarnaar vergt het stellen van andere vragen dan een onderzoek naar juridisch relevante feiten. Dat laatste kunnen juristen. Daartoe zijn ze opgeleid en dat doen ze vrijwel automatisch. De jurist vertaalt het subjectieve verhaal van de cliënt in rechten en aanspraken (of verweren) met de elementen *naming* (iemand moet worden aangesproken), *blaming* (op wat hij heeft gedaan) en *shaming* (en moet de schade herstellen, iets doen of nalaten).[454] De subjectieve werkelijkheid wordt daarmee vertaald in een juridisch frame, waarbij de focus dus is gericht op wat juridisch (maximaal) haalbaar is.

Dat vertalen naar een juridisch frame gaat snel, automatisch en (vrijwel) onbewust. Juristen construeren rechtsposities met een zo groot mogelijke kans op succes (claim). Niet alles kan in rechte gevraagd en afgedwongen worden. Denk aan oprechte excuses, bevestiging van de eigen identiteit, het geven van een gevoel van veiligheid. In rechte wordt daarvoor een substituut gevraagd, een surrogaat, bijv. geld en de verklaring van recht dat de wederpartij onrechtmatig gehandeld heeft als alternatief voor het erkennen dat leed is aangedaan of oprechte excuses. De vertaling in rechten leidt tot een focus op posities en niet op (onderliggende) belangen. Na verloop van tijd vergeten partijen waar het hen bij aanvang om ging. Zij bijten zich vast in hun juridische posities. Het juridisch frame wordt de werkelijkheid voor partijen. Het recht zegt dat de ander fout zat. Hij moet betalen.

Het vervelende van juridische posities is dat het zwart-wit-denken stimuleert (iets is bijv. onrechtmatig of het is het niet). Daarom wordt procederen ook wel het toernooi-model genoemd.[455] Door de focus op juridische stellingen wordt een tegenstelling geconstrueerd die er mogelijk niet is wanneer wordt gefocust op onderliggende belangen. Het juridisch veiligstellen van rechten werkt daarenboven soms conflict-escalerend. Zo moet bijv. een verjaring gestuit worden. Dat vraagt om een stuitingshandeling. Om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding moet de

[453] Vgl. bijv. Fisher, Ury & Patton 2016; Van de Luijtgaarden 2017, p. 124 e.v).
[454] Simon Thomas 2017, p. 61.
[455] Barendrecht & Chabot 2020.

wederpartij in verzuim zijn. Dat vraagt om een ingebrekestelling. Zo zijn er meer voorbeelden te noemen.

Wat deze interventies gemeen hebben is dat zij gericht zijn op het versterken (of tenminste vaststellen) van de (juridische) positie van een partijen, terwijl de sleutel voor conflictoplossing vaak is om vanuit het gezamenlijk belang te opereren. Juridische interventies staan niet op zichzelf, maar zijn gericht tot de tegenpartij. De tegenpartij zal deze interventies (als gevolg van nader te noemen psychologische mechanismen) niet uit zichzelf neutraal waarderen. Hij zal ze zien als oorlogshandelingen, die een verdere escalatie in gang zetten (conflictspiraal/psychodynamische conflictescalatie).

Ik observeerde een zitting waarin familieleden tegen elkaar procedeerden over de terugbetaling van een substantiële geldlening. Tijdens de zitting vertelden partijen dat zij in het verleden goed contact hadden, ook nadat de schuldenaar in gebreke bleef de geldleningovereenkomst na te komen. De rechter stelde hem de vraag wanneer dit veranderde. Hij antwoordde: "Toen ik die brief ontving" en maakte een wegwuifgebaar naar de advocaat van zijn de schuldeiser. Met die brief bedoelde hij een ingebrekestelling. In het interview dat ik vervolgens met hem had, ging hij daar nader op in. De ingebrekestelling was volgens hem koud, afstandelijk, en gaf geen rekenschap van de relatie van partijen. Hij voelde zich onder druk gezet en onbegrepen. Deze korte, zakelijke aanmaning was aanleiding om het contact tussen partijen te beëindigen. Een procedure werd daarmee uiteindelijk onvermijdelijk. De familierelatie bleek onherstelbaar beschadigd. Een gevolg van een door de wet opgelegde handeling. Wat als die ingebrekestelling anders was geformuleerd?[456]

Voor het oplossen van het conflict is nodig dat partijen inzicht geven in wat zij voor belangen hebben en wat zij nastreven. Maar juist het delen van die informatie is juridisch riskant. De mededeling dat je met je juridische interventies wat anders probeert te bereiken, kan worden opgevat als de erkenning dat je geen rechtens te respecteren belang hebt: weg vordering. Bij escalerende conflicten en geschillen speelt bovendien gebrek aan vertrouwen een rol. Als je niet zeker weet of je de wederpartij kunt vertrouwen, ben je voorzichtig in wat je prijsgeeft van je belangen en beweegredenen.

---

[456] Barendrecht e.a. 2018 en Van de Luijtgaarden 2018 pleiten voor de introductie van een inverbindingstelling als alternatief voor de ingebrekestelling.

De focus op posities en het geloof in het eigen gelijk zouden een negatief effect kunnen sorteren op de (eigen) schikkingsbereidheid. Juristen zullen hun cliënten er heus op wijzen dat de wereld niet zwart wit is, maar de cliënt zal vooral (willen) horen dat hij gelijk heeft (*confirmation bias*). Daarbij speelt dat de jurist en cliënt afhankelijk van elkaar zijn. De advocaat wordt in de arm genomen vanwege zijn deskundigheid, maar vooral om de belangen van zijn cliënt te behartigen. De opdracht is de cliënt te helpen en helpen kan ook in zaken met relatief zwakke kaarten.

Partijen zouden na afloop van de zitting alle (juridisch) relevante informatie moeten hebben en op basis daarvan (volgens rechtseconomische literatuur) een rationele procesinschatting kunnen maken: met welk schikkingsresultaat is het verstandig om te schikken. Een zitting kan verwachtingen doen convergeren. Voorlopige oordelen bijvoorbeeld kunnen helpen om de verwachtingen van partijen in overeenstemming te brengen, maar ook de vragen van de rechter en zijn houding en (non-verbale) signalen kunnen dat resultaat hebben: tot wie zijn de vragen gericht? Waar gaan ze over? Vraagt de rechter door? Lijkt hij overtuigd?

Desalniettemin zag ik in de praktijk dat partijen regelmatig nauwelijks nader tot elkaar waren gekomen. Hoe komt dat? Er lijken drie problemen te spelen. Ten eerste bestaat de kans dat nieuwe informatie *self serving* wordt geïnterpreteerd (par. 3.3.2). Bij het selecteren en verwerken van (nieuwe) informatie zoeken mensen bewijs dat hun al bestaande meningen of overtuigingen bevestigt (*confirmation bias*, ook wel bevestigingsbias of bevestigings-vooroordeel). Informatie die daartegenin druist, wordt genegeerd. Een andere strategie is om een verklaring te 'verzinnen' voor informatie die ingaat tegen al bestaande denkbeelden, zodat die weer in overeenstemming wordt gebracht met je initiële mening/overtuiging (afkeur van *cognitieve dissonantie*).

Ten tweede speelt in de praktijk – en mogelijk is dat een variant op *self serving* verwerken van informatie – dat procesdeelnemers voorlopige oordelen niet neutraal waarderen. Ik hoorde regelmatig dat advocaten denken dat voorlopige oordelen zijn ingegeven door rechters die partijen naar een schikking willen bewegen, veelal uit eigenbelangen en dat vonnissen uiteindelijk vaak anders luiden dan de voorlopige oordelen (zie ook hierna: par. 7.2.1). Die overtuiging draagt niet bij aan de effectiviteit van voorlopige oordelen. Je kunt blijven denken dat je sterk staat, ook al heeft de rechter zojuist het tegenovergestelde gezegd.

Ten derde had de zitting soms onvoldoende duidelijkheid gegeven over voor partijen cruciale geschilpunten.

Er zou wat mij betreft tijdens zittingen meer gesproken mogen worden over wat maakt dat eerdere schikkingspogingen niet slaagden, wat partijen op de gang nodig (denken te) hebben en wat maakt dat partijen op grond van hetzelfde dossier tot een verschillende waardering komen. Waarom? Daarmee kunnen zinloze schorsingen voorkomen en effectievere schikkingsinterventies verricht worden. In een geschil over de aankoop van onroerend goed spraken partijen ter zitting alleen over de grondslag van de vordering (tekortkoming). Hadden ze het ook over de gevolgen (omvang schade), gehad, dan waren ze er tijdens de zitting achter gekomen dat ze heel ver uit elkaar zaten. Dat het verschil onoverbrugbaar was als er niet meer duidelijkheid zou komen. De rechter had met partijen kunnen praten over wat maakt dat zij tot zulke verschillende bedragen komen en had, als partijen daar behoefte aan hadden, een daarop gericht voorlopig oordeel kunnen geven.

Is het reëel te denken dat dit gesprek open gevoerd wordt? Laat ik niet naïef zijn. Ik denk dat dit niet vanzelfsprekend is. Partijen zullen zich niet graag in de kaarten laten kijken, bang dat er misbruik wordt gemaakt van de informatie die gedeeld wordt. In de praktijk zoals ik die heb gezien is het geen usance om te vertellen waaraan je behoefte hebt. En toch denk ik dat het zinvol is. Het samen zoeken naar een duurzame en effectieve oplossing voor het voorliggende probleem zou een gezamenlijke opdracht moeten zijn. Een procedure is feitelijk niets anders dan een instrument om problemen op te lossen.

Een gesprek over wat maakt dat het samen vinden van die oplossing nog niet gelukt is, zonder vingerwijzen, en een gesprek over wat een gezamenlijke oplossing daadwerkelijk toevoegt, kan het vertrouwen nodig om informatie te delen, vergroten. Het kan ook inzicht geven in wat maakt dat een schikking te prefereren is boven een vonnis. En als blijkt dat partijen een vonnis nodig hebben, terwijl zij de (proceseconomische) voordelen tegen de nadelen van procederen hebben afgewogen, geef dat dan.

De inhoud van eerdere schikkingsonderhandelingen hoeft niet per se gedeeld te worden. Het gaat om de vraag wat partijen nodig hebben er samen uit te komen. Gedragsregel 27 staat daaraan niet in de weg (zie daarover par. 5.7.2). En als beide

partijen bereid zijn te vertellen over de inhoud van schikkingsonderhandelingen, dan mag dat ook.

Een gesprek als dit past ook bij het kabinetsbeleid. Ik roep de kamerbrief mediation in herinnering:

> "*Bij dit schakelen kan van partijen in een conflict in redelijkheid verwacht worden dat zij waar mogelijk proberen dit in onderling overleg op te lossen voordat een beroep op de rechter wordt gedaan. (...) Ik onderzoek de mogelijkheden om partijen zich bij de rechter te laten uitspreken over of en zo ja hoe zij hebben geprobeerd hun geschil buiten rechte op te lossen (...).*"

6.3.6 Gedwee de gang op

Of partijen schikkingsinterventies verwachtten (par. 4.1 en 4.5) bleek geen goede voorspeller voor het al dan niet de gang op gaan wanneer de rechter voorstelde de zitting te schorsen voor het beproeven van een regeling. In de meeste door mij geobserveerde zaken werd daartoe geschorst en partijen gingen gedwee de gang op. Ik zag vervolgens soms weinig enthousiasme op de gang. Waarom gingen partijen dan toch de gang op? Soms om een poging te wagen, regelmatig om te horen of de wederpartij plots tot meer bereid was, en meermaals om de rechter niet tegen de haren in te strijken. Zo verwoordde een aantal van de aan mijn onderzoek deelnemende advocaten het:

> Advocaat 22: *"Nou ik moet eerlijk zeggen; ook als mijn cliënt zegt: 'Ik ga niet regelen', en die rechter zegt op de zitting: 'Het is misschien beter om te regelen', dan ga je altijd de gang op. Gewoon voor de vorm. Voor het spelletje. Ga je gewoon de gang op. En dan gaan we de gang op en dan praten we wel even, maar we weten dat we er toch niet uitkomen en 10 minuten later zeggen we tegen de rechter: 'Beste rechter, we zijn er niet uitgekomen.' Klaar."*

> Advocaat 15: *"Mijn gevoel zegt vaak: 'Dit heeft geen enkele zin', maar dat spreek je niet uit bij de rechter of ten opzichte van je cliënt. Veel dingen worden vloeibaar onder druk, dus vaak ga ik de gang op met het idee: het zal mij benieuwen, en dan blijkt die inschatting ook vaak wel te kloppen. Op het moment dat je daar zit is het vaak al zover gekomen."*

> Advocaat 19: *"Je kunt moeilijk van tevoren tegen die rechter zeggen: 'We gaan er toch niet uitkomen'. Dat is natuurlijk ook een eigen inschatting van jezelf. Dus je gaat dan maar netjes de gang op."*

Ik stelde deze laatste advocaat de vraag waarom hij de gang op zou gaan bij de suggestie van de rechter, ondanks dat hij dit zinloos achtte:

> *"Heeft dat ermee te maken dat je het lastig vindt om dat in te schatten, dat je denkt: nou ja, weet je, we kunnen het altijd proberen? Of speelt ook mee dat je het soms lastig vindt om tegen een rechter te zeggen: 'Joh, dat heeft helemaal geen zin. Hier moet gewoon een juridische uitspraak komen?'"*

De desbetreffende advocaat:

> *"Ja, dat is vooral het laatste denk ik. Vaak heb je natuurlijk al best wel wat contact gehad met de advocaat van de wederpartij en je weet intussen wel hoe die erin staat. Maar goed, je gaat ook niet tegen een rechter zeggen als de andere partij daartoe bereid is: 'Toch maar niet doen'."*

Waar komt de angst vandaan? Waarom bang zijn om de suggestie van de rechter van de hand te wijzen? Een advocaat (25) zei daarover het volgende:

> *"Ik weet dat dat natuurlijk wel een beetje een boude uitspraak is, in die zin dat het zo niet zou moeten zijn. Maar ook rechters zijn mensen. (...) En ook bij mensen spelen gevoelens en emoties. En u zal een van ons beiden meer mogen dan de ander. Ja, zo werkt dat. Dat is niet zuiver juridisch, maar het kan net een bepalende factor zijn. Niet grosso modo voor de rechtsoverwegingen en juridische feiten, rechtsoverwegingen en grondslagen, maar ja. Je weet het niet. (...) Plus mocht er een bewijsopdracht komen, en dat is altijd arbitrair, uiteindelijk als je heel juridisch gaat kijken misschien niet, maar daar wordt wel over gesteggeld wie nu welke bewijsopdracht krijgt. Nou goed, laten we niet al voor dat geval de rechtbank tegengestaan hebben."*

Vanzelfsprekend zijn er ook advocaten die tijdens de zitting zeggen dat schorsen zinloos is, zoals in een zaak waarin eiseres een kredietverzekering had afgesloten. Daar waar zij dit deden, of zeiden dat verder exploreren zinloos was, legde de rechter zich daar direct bij neer. Opvallend blijft dat er behoorlijk wat advocaten zijn die tegen beter weten in de gang opgaan.

6.3.7 Reflectie

Zoals ik in par. 5.4 beschreef, meldden rechters dat schikken niet hoeft, maar mag. Toch blijkt in de praktijk dat procesdeelnemers de gang opgaan in gevallen waarin zij geen fiducie in een schikking hebben. Ingeburgerd is de term 'de gang op sturen'. Dit woordgebruik, dat ook door procespartijen en advocaten wordt gebruikt, zo observeerde ik, bevat een impliciet *frame*. In die aanduiding 'de gang op sturen' ligt voor mijn gevoel een zekere dwang besloten; het ontzegt de vrijwilligheid die met minnelijk regelen gepaard zou moeten gaan. Zou het niet helpen als partijen 'de gelegenheid' krijgen om in beslotenheid de mogelijkheden van een regeling te onderzoeken? Het *frame* van de gang-op-sturen is onterecht. Procespartijen hoeven de gang niet op en dat wordt ze ook medegedeeld door de rechter.

Toch wordt kennelijk niet altijd de vrijheid gevoeld om tegen de suggestie van de rechter in te gaan. De gedachte is dat je de rechter beter niet tegen de haren in kunt strijken. Ten Haaft wijst op het belang om de cliënt goed voor te bereiden op schikkingsinterventies:

> *"Het is ook verstandig om al van tevoren met een niet-schikkingsgevoelige cliënt af te spreken dat soms maar beter kan worden meegewerkt aan het in zo'n geval meer rituele 'rondje gang' zodra een rechter dat voorstelt. (...) Maar als voor de advocaat en zijn cliënt vaststaat, ook nadat de rechter de mogelijkheid van een schikking heeft geopperd, dat de schikkingsbereidheid er niet is, dan moet de desbetreffende mededeling voor de rechter voldoende zijn om zijn schikkingsinitiatieven te staken. Naar voor zich spreekt, mag dan niet de vrees bestaan dat de beslissing minder gunstig uitpakt omdat de desbetreffende partij niet bezweken is onder de druk die de rechter heeft uitgeoefend om partijen te laten schikken."* [457]

Waarom zou je de rechter tegen de haren in strijken wanneer je niet de gang op wilt? Er is een hardnekkig frame, namelijk dat rechters vooral schikken uit eigenbelang (zie par. 7.2.1). Rechters willen schikken. En als je niet meewerkt, dan zet je jezelf op achterstand.

Maar, zelfs al zou een rechter handelen uit eigenbelang, dan schiet hij niets op met deze poppenkast, met toneelstukjes op de gang. Sterker, het kost hem meer. Het kost

---

[457] Ten Haaft 2019, p. 499.

zittingstijd en het doet afbreuk aan de procesbeleving. Dus zou ik denken: geef maar aan dat je denkt dat schorsen kansloos is en waarom. Zonde van de kostbare tijd. Maak het expliciet. Je kunt dan een gesprek hebben over waarom dat het geval is en in het beste geval over wat nodig is voor een zinvolle schorsing en een kansrijk schikkingsgesprek (zie par. 5.6). Als zo'n gesprek er niet inzit, dan is er niets op tegen als dat op voorhand duidelijk is, zodat zinloze schorsingen en toneelstukjes voorkomen worden.

Ik zie een ander potentieel gevaar. Als een rechter van mening is dat schikken beter is dan vonnissen, dan kan de rechter de partij die niet 'wil' schikken op de voordelen wijzen, of op de risico's van doorprocederen. Ga je vervolgens toch de gang op, dan ga je misschien wel met minder zelfvertrouwen dan zonder de overtuigingsinspanningen van de rechter. Dus mocht een partij tegen een rechter zeggen dat hij onvoldoende in handen heeft voor een kansrijk schikkingsgesprek, of de voordelen ervan niet inzien, dan moet de rechter ervoor waken dat hij beide partijen gelijk behandelt. Vertel beide partijen waar de risico's zitten en wat de mogelijke voordelen zijn.

6.4 Op de gang werd onderhandeld en soms geschikt

6.4.1 Distributieve versus integratieve onderhandelingen[458]

Verrassend was dat er soms vrij weinig gebeurde op de gang in de richting van het vinden van een minnelijk vergelijk. Wat gebeurde er in de gevallen waarin er wel degelijk werd onderhandeld? Voordat ik die vraag beantwoord, ga ik eerst in op het verschil tussen distributieve en integratieve onderhandelingen.

Er is ruime literatuur voorhanden over onderhandelen (zie par. 4.5.2), maar niet in de specifieke context van de schikkingscomparitie. In literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen distributief (ofwel positioneel) en integratief (ofwel principieel) onderhandelen.[459] Bij distributieve onderhandelingen ligt de nadruk op het resultaat van een verdelingsvraagstuk. De winst van de één staat gelijk aan het verlies van de ander.[460] Elk van de partijen neemt een positie in en partijen proberen door het doen

[458] De inhoud van paragraaf is grotendeels eerder gepubliceerd: Lieverse 2017.
[459] Brenninkmeijer 2013, p. 104.
[460] Kaplan 1993. Daarom worden deze onderhandelingen ook wel *fixed sum*, *fixed pie* (Fisher, Ury & Patton 2016, p. 21.) of *zero sum* onderhandelingen genoemd.

van concessies tot overeenstemming te komen. Integratieve onderhandelingen aan de andere kant zijn onderhandelingen waarbij partijen samenwerken om tot een optimaal onderhandelingsresultaat te komen.[461] Dat resultaat is gebaseerd op een integratie van al de betrokken belangen.[462] Integratieve onderhandelingen volgens de Harvard methode [463] bestaan uit vier elementen. Ten eerste dat problemen en betrokken personen niet met elkaar verward moeten worden. De methode gaat uit van de gedachte dat elke onderhandelaar twee soorten belangen heeft, namelijk de oplossing van het probleem en de relatie met de andere partij en dat juist die relatie en het probleem veelal met elkaar worden verward. Ten tweede dienen partijen zich te richten op de belangen en niet op de posities. De kern van het probleem gaat vaak over iemands behoeften, wensen, motieven en angsten en niet over een gekozen – laat staan juridische – positie. Achter tegengestelde posities gaan vaak niet alleen tegengestelde belangen schuil, maar ook gedeelde of verenigbare belangen. Ten derde dienen partijen in het kader van onderhandelingen te proberen om de te verdelen 'taart te vergroten' door verschillende alternatieven te bedenken. Ten vierde dient het onderhandelingsresultaat te worden gebaseerd op een objectieve standaard, zoals de mening van een expert of de wet.

Literatuur suggereert dat distributieve onderhandelingen zinvol kunnen zijn in eenvoudige zaken bij relaties van voorbijgaande aard, maar dat in meer complexe zaken integratieve onderhandelingen meer geschikt zijn. [464] Vaak zal het in rechtszaken gaan om – in onderhandelingstermen – meer complexe zaken, die vragen om integratieve onderhandelingen.

Een van mijn hypotheses voorafgaand aan mijn empirisch onderzoek was dat op de gang met name distributief en in mindere mate integratief onderhandeld zou worden,[465] ondanks dat de beroepsopleiding advocaten al sinds jaar en dag aandacht besteedt aan integratief onderhandelen volgens de Harvard-methode. [466] In de gevallen waarin partijen tot onderhandelingen kwamen, konden de onderhandelingen inderdaad als distributief worden gekwalificeerd.

---

[461] Brenninkmeijer 2013; Fisher, Ury & Patton 2016; Kaplan 1993; Thompsom 2015.
[462] Brenninkmeijer 2013.
[463] Fisher, Ury & Patton 2016
[464] Brenninkmeijer 2013, p. 105.
[465] Lieverse 2017, p. 28-30.
[466] https://beroepsopleidingadvocaten.nl/vanaf-2021/de-opleiding/centraal-vaardigheden; geraadpleegd op 12 juli 2021.

In par. 6.3.5 beschreef ik hoe het juridisch conflictoplossingsmodel leidt tot het innemen van (juridische) posities. Dat vergroot de kans op een eenzijdige kijk op het geschil[467] en de kans dat partijen zich gaandeweg gaan vereenzelvigen met hun juridische positie. Na verloop van tijd maskeren de juridische posities de onderliggende belangen. Dit is problematisch, omdat het probleem een conflict van juridische posities lijkt.[468] Als het tijdens de mondelinge behandeling onvoldoende is gelukt om partijen van hun juridische posities afstand te laten nemen, is de kans groot dat partijen schikkingsonderhandelingen starten vanuit die juridische positie en elkaar proberen te bewegen concessies te doen. Dat zijn distributieve onderhandelingen.

Distributieve onderhandelingen zijn dus vooral gericht op het beëindigen van het geschil, en niet op het oplossen van het (daaronder liggende) conflict (zie par. 1.4.6). Dat betekent niet dat daarmee slechte regelingen worden getroffen. Met distributieve onderhandelingen kunnen wel degelijk goede regelingen gevonden, zoals blijkt uit de besproken zaken. Er spelen in rechte gewoon ook *zero sum*-zaken. Maar het is zinvol om te kijken of de koek vergroot kan worden en of er andere creatievere, misschien wel betere oplossingen gevonden kunnen worden voor het voorliggende geschil. Het is natuurlijk gissen wat er gebeurd zou zijn als zaken anders verlopen waren en er meer aandacht was voor onderliggende belangen.

6.4.2 Vooral distributieve onderhandelingen

De locatie Maastricht van de rechtbank Limburg heeft een groot centraal plein met daaromheen grote zittingszalen. Er zijn ook twee gangen met kleinere enquête-kamers. De meeste zaken die ik bijwoonde vonden plaats in de grote zalen, zeker na invoering van de anderhalve meterregel, een van de coronamaatregelen. De locatie Roermond van de rechtbank Limburg heeft twee centrale pleinen, een op de begane grond en een op de eerste verdieping die met een open trap verbonden zijn. De locatie Utrecht van de rechtbank Midden-Nederland is gevestigd in een gemoderniseerd, maar karakteristiek oud pand. Er is geen centraal plein. Er zijn in alle locaties verschillende zitjes.

---

[467] Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 66.
[468] Fisher, Ury & Patton 2016, p. 72.

Het beeld was bij een schorsing bijna altijd hetzelfde. Partijen en advocaten pakten vlak voor ze de zittingszaal verlieten wat ze nodig hadden: telefoon, schrijfgerei en een portemonnee voor koffie of thee. De rechter en de bode bleven achter in de zittingszaal. Partijen liepen elk een andere kant op, want gebruik is dat ze eerst afzonderlijk overlegden met hun eigen advocaten. Soms werd ik tijdens het naar buiten lopen al aangesproken door een advocaat:

> Advocaat eisers in een zaak over wanprestatie: *"U begrijpt ook waarom er geen schikking komt? Weet je zij doen nu voor de bühne alsof ze gaan praten, maar kijk, ja, ik zou mijn cliënt best bereid kunnen vinden om met een iets lager bedrag akkoord te kunnen gaan, maar dat gaat hij toch niet bieden. Daar kom je niet uit. Bovendien het nadeel is, als je met een laag bedrag akkoord gaat, dan sluit je de weg van appel af, want als de rechtbank er hier toch niet zo over denkt zoals wij het graag willen, dan gaan we waarschijnlijk toch naar het hoger beroep in Den Bosch. Dat geldt ook voor hen."*

Partijen zochten een plekje, buiten gehoorafstand van de andere partij. Soms was dat een zitplek, maar vaak bleven ze staan. In een kringetje. En daarna werd er gefluisterd: het verloop van de zitting werd besproken. Hoe was het gegaan? Wat vonden de procespartijen ervan? Viel het mee? Wat vonden ze van de rechter? En van het optreden van de wederpartij? Wat vonden ze van het weerzien van de andere partij? Hoe stonden ze tegenover een regeling?

> Eiser sub 2: *"Wat heeft dat lang geduurd."*
>
> Advocaat eisers: *"Ja, de rechter had heel wat vragen. Wat vonden jullie zelf?"*
>
> Eiser sub 2: *"Ik irriteer me mateloos en eigenlijk heb ik zoiets van: die rechter vindt het hartstikke leuk. Laat haar haar werk doen. We gaan helemaal niets doen."*

Veelal kreeg de cliënt de gelegenheid eerst zijn visie te geven.

> Advocaat eiseres: "*Is er bereidheid om te praten?"*
>
> Vertegenwoordiger eiseres: "*Ja, kijk, voor mij is het altijd heel duidelijk geweest."*
>
> Advocaat eiseres: "*Ja, ja."*

> Vertegenwoordiger eiseres: "*Hij heeft gewoon niet betaald. (...) Dus het zit er een beetje tussenin. Maar het hangt er ook vanaf, hoe je het zelf inschat. Welke kans maken we dat we dit winnen?"*

Soms waren er onderhandelingen nodig tussen advocaat en cliënt, of moest de advocaat de eigen cliënt overtuigen een poging te wagen:

> Advocaat van eiser in een geldleningskwestie: *"Kijk, de kansen in de procedure zijn lastig. Ik heb dingen gezegd die discutabel zijn, maar ik vind dat ik dat moest doen. De kans is aanmerkelijk dat er getuigen gehoord moeten worden. Uit ervaring weet ik ook dat getuigenverhoren altijd lastig zijn. En dan heb je nog die handtekening. Dan komt er een schriftkundige. De kosten daarvan zijn ook hoog."*

Was er bereidheid, dan werd er gerekend. Wat was de ondergrens voor een regeling? Was die bepaald, dan krabbelde de advocaat die in zijn blocnote. Vervolgens werd er gekeken of de andere kant ook al klaar was. Zo niet, dan was er ruimte voor *small talk* en soms voor foute grappen. Was de wederpartij ook zover, dan liepen de advocaat en ik met mijn schrijfblok en opnameapparaat in de aanslag naar de wederpartij. Soms liepen procespartijen mee, maar meestal niet. Als er geen duidelijk onderhandelingsdoel was afgesproken, maar er was wel bereidheid dan werd er gevist:

> *"Hoe staat jouw cliënt erin?"*

En regelmatig werd er eerst een reflectie gegeven op de juridische standpunten of de zitting:

> Advocaat gedaagde (25): "*Ik zie niet hoe mediation een oplossing kan zijn. Ze moeten gewoon van elkaar af. Verkoop het onroerend goed of de aandelen en reken met elkaar af. Zo moeilijk is dat niet. Ja, zij (de rechter: LL) wilde gewoon van die zaak af. Die wilde al verwijzen naar mediation toen we binnenkwamen. Dat was wel duidelijk. Die vragen ook aan het begin: 'Hoe voel je je?' Ja, wat heeft dat nou voor zin?"*

Als er ruimte was voor overleg, dan begon het spel, 'koehandel' genoemd door een van de in mijn onderzoek betrokken advocaat (5):

> *"En dat is gewoon koehandel. Dat is gewoon pure koehandel. Dat heeft niets met juristerij te maken."*

Zo kijken niet alle advocaten tegen het schikkingsproces aan. Maar opvallend is wel dat alle onderhandelingen zich kenmerkten door het delen van uitgangsposities. Daar waar die niet te ver uit elkaar lagen, werden voorzichtige pogingen gedaan om het verschil te slechten.

Ik denk dat partijen tijdens de zittingen vaak weinig in handen kregen van de rechter om tot effectieve(re) onderhandelingen te komen. Soms waren voorlopige oordelen verstrekkend, zoals in een familiaire geldleningskwestie. Die gaven gedaagde in conventie, eiser in reconventie het idee dat hij de procedure op alle onderdelen zou verliezen bij deze rechter. De relatie van partijen speelde in deze zaak opmerkelijk genoeg geen rol, terwijl ouders tegen hun zoon procedeerden. Vlak voordat partijen de gang opgingen, zei de rechter daarover alleen:

> *"Ik stel voor dat u op de gang daarover nadenkt, want u moet niet, maar u wilt waarschijnlijk wel nog verder met elkaar. U bent familie van elkaar. Probeer er, laat ik zeggen, zelf uit te komen."*

Zij toetste de veronderstelling dat partijen nog wel verder met elkaar wilden niet (zie ook par. 5.5). Belangen als herstel van de relatie en contact werden in de procedure verder niet besproken.

Op de gang werd gesproken over een regeling, en in meerdere onderhandelingsrondes kwamen partijen tot overeenstemming; gedaagde zou de vordering van eisers in conventie integraal voldoen. De regeling ging enkel over de betalingscondities en voorzag in een korting indien sneller afgelost kon worden. Dat waren met andere woorden echte distributieve onderhandelingen.

Had het nu uitgemaakt als de rechter meer aandacht had gehad voor de relatie van partijen? Die vraag kan niet beantwoord worden. Het is niet gebeurd. Wel kan worden beantwoord hoe partijen erop reflecteerden. De advocaat van eisers vond het juist positief dat de rechter geen aandacht had geschonken aan de relatie. Hij dacht dat een gesprek daarover partijen niet dichter bij elkaar zou hebben gebracht omdat zijn cliënte daar "fel" op zou hebben gereageerd en zou zeggen dat ze "het achter zich heeft gelaten". En als dat gezegd is, is het lastig daarop terug te komen. Het zou ze volgens hem juist verder weg hebben gebracht.

> Onderzoeker: "*Dus u heeft daar dan ook een bewuste keuze in gemaakt?*"

Advocaat: "*Nee, op gevoel denk ik. Nee, niet echt over nagedacht, anders dan dat ik natuurlijk vooral de moeder, heb ik volgens mij maandag ook gezegd, die heb ik daar ervaren in de voorbesprekingen, nou en die, was er mentaal helemaal klaar mee. Terwijl je ziet dat dat in haar hart absoluut niet het geval was. Dat neem je mee.'*

Onderzoeker: *"Maar ook de rechter heeft daar niet heel veel aandacht aan besteed, hè? Die heeft wel de familiaire relatie benoemd en aangegeven dat het beter is om met elkaar tot een oplossing te komen en dan helpt dat schot voor de boeg. Maar heeft niet verder ingezoomd op wat dat geschil nu eigenlijk voor partijen betekent."*

Advocaat: *"Nee, ik weet niet of dat bewust is geweest. Dat zou kunnen. (...) Uhm, ja, als zij daar wel over was begonnen, zoals ik zei, dan was het ongetwijfeld dat de moeder zou hebben gezegd: 'Nee, ik ben er klaar mee. Ik hoef dat jong niet meer', en dat soort dingen: 'Ik heb het afgesloten'. Ja, en dan is een reden om te schikken, een belangrijke reden om te schikken, is dan weg. (...) Dus als de rechter dat bewust heeft gedaan, en ook bewust, want ik zie dat niet zo vaak dat ze meteen al ongevraagd een schot voor de boeg geven, als daarover is nagedacht, dan heeft ze dat heel goed gedaan. Dan heeft ze het goed doorzien, of een goede gok genomen dat kan ook nog."*

De advocaat van gedaagde vond de houding van de rechter niet *"storend"*: "*Je zou kunnen verwachten dat een rechter inderdaad wat meer ingaat op de verhouding tussen partijen en dat het onprettig is als er onmin blijft bestaan, en zij had de vraag kunnen stellen: 'God, ziet u elkaar nog?' en: 'Hoe zit dat dan met de kleinkinderen?' en dat soort dingen, om wat meer beweging te krijgen. Dat heeft ze niet gedaan. Ze heeft redelijk klinisch de zaak behandeld, een voorlopig oordeel gegeven en ons daarna de gang op gestuurd. Dat betekent in mijn optiek dat de rechter, ja, niet heel hard heeft meegewerkt aan het verkrijgen van een regeling."*

Hoewel in twee zaken (een burenzaak en een IE-zaak) een regeling werd gevonden die recht deed aan de onderliggende belangen[469], schaar ik ze onder distributieve

[469] In een andere burenzaak deels. De inzet van die zaak was het verkrijgen van een erfdienstbaarheid zodat eiser zijn achtertuin kon bereiken, maar dat doel kon ook bereikt worden met een persoonlijk recht.

onderhandelingen, omdat tijdens de onderhandelingen sprake was van het verdelen van vaste waardes.[470]

In de burenzaak was de inzet van de procedure de vordering tot verkrijging van een erfdienstbaarheid (recht van overpad). Deze partijen hadden al meerdere procedures tegen elkaar gevoerd en telkens had eiser die procedures verloren. De rechter zei daarover: "U hebt gegokt, maar verloren". Dat was een belangrijk motief voor eiser om te schikken. In deze zaak onderhandelden partijen over een oplossing die gevonden werd in een gebruiksovereenkomst, waarmee eiser zijn woning via het terrein van gedaagde kon bereiken. Dat gaf hem een subjectief recht en niet een erfdienstbaarheid (met zakelijke werking). De onderhandelingen gingen vooral over de voorwaarden van de gebruiksovereenkomst, die overigens niet ter zitting werd vastgelegd. De zaak werd aangehouden zodat de advocaten de overeenkomst in alle rust konden uitwerken.

In de IE-zaak procedeerde een kunstenares tegen een partij die workshops verzorgde waarbij deelnemers beelden maakten die volgens eiseres te veel leken op haar beelden en daarmee inbreuk maakten op haar intellectueel eigendomsrechten. Eiseres wilde een einde maken aan die workshops. De onderhandelingen gingen precies daarover: welke workshops mochten nog wel georganiseerd worden en welke niet? Het was geven en nemen. Deze onderhandelingen kunnen ook gekwalificeerd worden als gemengd omdat er op onderdelen ook sprake was van integratie van onderliggende belangen: wat mocht nog wel tijdens de workshops?

Een zaak waarin een voormalig 'opleideling' procedeerde tegen de opleider resulteerde in een aanhouding voor verder overleg over een door de rechter gesuggereerde oplossing (het volgen van een andere opleiding). Voor die oplossing was medewerking van een niet in de procedure betrokken derde partij vereist (praktijkplaats). Ik zie deze onderhandelingen als integratief omdat de oplossing die partijen nastreefden niet met een vonnis behaald zou kunnen worden en recht deed aan wat eiseres daadwerkelijk wilde bereiken: een opleiding.

---

[470] Zoals de gebruiksovereenkomst en de lengte en breedte van het pad dat gebruikt mocht worden. Het aantal workshops dat nog gegeven mocht worden waarbij beelden werden gemaakt waarvan gesteld werd dat ze inbreuk maakten op de intellectueel eigendomsrechten van eiseres en wat bij de andere workshops wel was toegestaan.

De rechter startte de zitting in een burenzaak met een exploratie van wat partijen wilden bereiken met de procedure en stuitte daarbij op een onderliggend belang. De zaak ging over eigendomsrechten op een stukje grond. Eisers wilden de eigendom hebben omdat zij daar een bordje wilden plaatsen met een verwijzing naar hun Bed & Breakfast. Het ging ze niet om de eigendom van de grond. Tijdens de zitting en de onderhandelingen werd gediscussieerd over dat bordje: hoe groot? Wat komt erop te staan?

In de meeste gevallen hadden de overleggen tussen advocaten op de gang trekken van distributieve onderhandelingen. Was er ruimte dan bewogen de advocaten meestal in kleine stapjes naar elkaar toe.

In een enkel geval werden er zonder onderhandeling grote bedragen weggegeven, zoals in een incassoprocedure gebeurde:

> Advocaat eisers: "*We moeten het bedrag fixeren, denk ik. Ik heb opgeteld dat de vorderingen bij elkaar inclusief rente 410 duizend euro bedragen.*"
>
> Advocaat gedaagde: "*Oh, ik dacht 430.*"
>
> Advocaat eisers: *Nou ik ben uitgegaan van de bedragen in de laatste akte. Ik heb 410. Laten we de regeling niet verder wegbrengen.*"

Na onderhandelingen over met name de betalingstermijnen bereiken partijen op de gang een regeling. Ze spraken af dat er rente verschuldigd was en ook hoe hoog het rentepercentage moest zijn, maar niet hoe die berekend moest worden. Bij het opstellen van het proces-verbaal vroeg de griffier wat daarover moest worden opgenomen. Partijen hadden wel gesproken over het rentepercentage, maar niet over hoe die berekend moest worden. Dat betreft een verschil van 18.813,78 euro (4,59 procent van de hoofdvordering),[471] waarover niet is onderhandeld.

[471] Is elke maand rente verschuldigd, dan is elke maand 1/12e van het nominaal rentepercentage (2 procent in dit geval) verschuldigd. Aan het eind van het jaar is dan het hele nominale rentepercentage ontvangen. Maar omdat tussentijds ook rente is betaald, ligt het effectieve rentebedrag hoger dan het nominale bedrag (rente op rente). Uitgaande van effectieve rente (verschuldigd per maand met rente op rente) is op 31-3-2033 141.836,25 euro betaald/verschuldigd. Wanneer uitgegaan wordt van nominale rente is op 31-3-2033 123.022,47 euro aan rente betaald/verschuldigd.

6.4.3 Reflectie

Theorie belooft betere oplossingen met integratieve onderhandelingen. Of dat het geval is, zal afhangen van de kwaliteit van de onderhandelingen, maar ook van andere zaken, zoals de aard van de zaak. Zoals in de vorige paragraaf is besproken kunnen ook met distributieve onderhandelingen goede resultaten behaald worden. In rechte spelen ook gewoonweg verdelingskwesties. Tegelijkertijd zullen onderhandelingen altijd distributieve elementen bevatten. Zoals in het voorbeeld van het bordje. Een belangrijk deel van de onderhandelingen gingen over het formaat van het bordje. Eisers wilden zo groot mogelijk, gedaagden zo klein mogelijk. Daarover werd distributief onderhandeld. Ze kwamen ergens in het midden uit.

In een belangrijk deel van de zaken deden partijen wel een openingsbod, maar bleken ze te ver uit elkaar te zitten (zie 6.3.4), waardoor de onderhandelingen werden afgebroken.

Voor het gegeven dat partijen niet dichter bij elkaar kwamen, zie ik een aantal redenen. In par. 4.5.2, 6.3.5 en 6.4.1 beschreef ik dat procedures gaan over juridische posities. Die juridische posities worden onderhandelingsposities op de gang, tenzij er tijdens de zitting voor wordt gezorgd dat partijen daarvan afstand kunnen nemen. Dan is nodig dat zij ofwel op het spoor van (andere) onderliggende belangen worden gebracht, dan wel dat hen duidelijk wordt dat de ingenomen juridische positie onhoudbaar is (bijvoorbeeld door een voorlopig oordeel). De vraag wat partijen nodig hebben, wordt in de praktijk niet gesteld. Partijen hadden in deze gevallen dus te weinig in handen om het verschil te dichten, maar vroegen de rechter vervolgens niet of hij hen daarbij kon helpen (zie par. 5.6 en 5.7). Sprekend in dit geval vind ik een zaak over de aan-verkoop van onroerend goed waarbij eiseres stelde te hebben gedwaald. Tijdens de zitting ging het vooral over de vraag of gedaagde aansprakelijk was, maar niet over de gevolgen daarvan. En juist over die gevolgen gingen partijen onderhandelen. Zij hadden daar hele andere ideeën bij, en bijgevolg heel andere ideeën bij de hoogte van de schadevergoeding.

6.4.4 Werkafspraken

In vier gevallen werd er op de gang wel (beperkt) gesproken over een regeling, maar werd (al snel) geconstateerd dat het niet mogelijk bleek er een te treffen. Procesdeelnemers spraken af dat de zaak zou worden aangehouden voor nader

overleg. Ik bespreek hierna de zaken waarin dit soort werkafspraken[472] werden gemaakt en wat maakt dat partijen inschatten dat die niet tot een regeling zouden leiden.

In een van de vier zaken, een aannemingsgeschil, speelden de emoties van gedaagden (opdrachtgevers) een rol, terwijl de zaak, bovendien complex was.[473] Partijen hadden veel gesteld en waren het over weinig eens. Vlak voordat de zitting begon, zei een van de procespartijen:

> *"Voor uw onderzoek zult u hier vandaag niet veel aan hebben. Wij komen niet voor een schikking."*

Dat had ik ook al van haar advocaat begrepen. Tijdens de zitting stelde de rechter de vraag of partijen behoefte hadden met elkaar een minnelijke regeling te beproeven. De advocaat van gedaagde antwoordde daarop dat hij wel even wilde schorsen om die vraag met zijn cliënten te bespreken. Op de gang volgde ik de vertegenwoordigers van eiseres en haar advocaat omdat de advocaat van gedaagden alleen met zijn cliënten wilde spreken, dit "vanwege de emoties".

De vertegenwoordigers van eiseres zagen wel wat in een schikking. Zij formuleerden samen met de advocaat een schikkingsvoorstel. Elke post op de lijst van meer- en minderwerk werd daarbij betrokken. De tijd die daarin is gaan zitten stond in schril contrast met de tijd die werd genomen voor het minnelijk overleg tussen de beide advocaten (waarbij procespartijen niet aanwezig waren).

> Advocaat gedaagden tegen advocaat eiseres: *"Ik heb een beetje gepeild. De emoties zitten op dit moment zo hoog, dat zij niet weten welke richting voorwaarts zij zouden willen nemen als het gaat om een regeling. Als ik iets*

---

[472] Deze term heb ik ontleend aan Verschoof & Van Rossum 2018. Een werkafspraak is (p. 27): "Een van de drie door ons geobserveerde uitkomsten van zittingen. Het gaat om een tussenstap die partijen afspreken. Zij kunnen de zaak nog niet schikken, maar willen ook nog niet voort procederen. Eerst moet er iets anders gebeuren. Over dat andere maken ze een afspraak, die wij 'werkafspraak' noemen. Het kan bijvoorbeeld gaan over de afspraak dat de accountant van eiser de administratie van gedaagde mag inzien. Pas na de daardoor te verkrijgen duidelijkheid besluiten partijen of zij gaan onderhandelen over een schikking of voort procederen. De procedure wordt meestal aangehouden in afwachting van de uitvoering van de werkafspraak."

[473] Er waren geschillen omtrent de afspraken van partijen, zoals of meer- en minderwerk verrekend mocht worden of niet, welke werkzaamheden waren uitgevoerd en met welke kwaliteit. Het pand mocht ten tijde van de zitting niet bewoond en geëxploiteerd worden omdat het niet voldeed aan het Bouwbesluit.

aandraag, dan is het: 'Ja, maar hoe zit het met dit en dat?' Ja, hoe zit het met dit en dat? Het geschil lijkt te omvangrijk."

De advocaat van eiseres vertelde wat hij met zijn cliënte had besproken en legde de contouren van een regeling voor aan de advocaat van gedaagden. Hij knikte, maar antwoordde dat het allemaal "heel hoog" zat en dat hij er daarom "niets doorheen" zou krijgen. Hij verzocht om het voorstel op papier te zetten zodat hij het in alle rust met zijn cliënten zou kunnen bespreken:

"*Het moet gewoon bezinken bij ze. Ik vind het voorstel wel begrijpelijk wat u doet. Ik denk dat het problemen gaat geven voor wat betreft schadevordering en weet ik veel wat allemaal."*

De zaak werd aangehouden. Heeft dat nog iets opgeleverd? De advocaat van eiseres vertelde mij tijdens het interview dat hij nog wel een voorstel zou gaan doen. De advocaat van gedaagde had in dat voorstel geen fiducie:

"Het alternatief is jarenlang doorprocederen. En er gaat een moment komen dat ook cliënten denken, jaren terugkijkend: hadden we dan toch eerder? Ja, en de andere partij zal vast wel zeggen dat zij bereid is te praten over een schikking, maar ja, het zit zover uit elkaar, proefde ik al op de gang."

Onderzoeker: *"Dus je hebt niet de verwachting dat jullie er nog uit gaan komen?"*

Advocaat gedaagde: *"Op dit moment niet. Als er nou een rechter zou komen in het tussenvonnis die daadwerkelijk knopen doorhakt, over de opeisbaarheid van de facturen [Achternaam eiser] in conventie en aantal verweren in reconventie. En als ze dan zou zeggen: 'Dat meerwerk dat laten we dan onderzoeken door een deskundige evenals de gebreken', ja, dan."*

Onderzoeker: *"Kun je beter je positie bepalen?"*

Advocaat gedaagde: *"Ja. Beide kanten. (...)"*

Later interviewde ik gedaagde sub 1. Zij vertelde dat het voorstel van de wederpartij een dag na de aanhoudingstermijn werd ontvangen. Haar advocaat had de rechtbank al bericht dat partijen er niet uit waren gekomen:

"*Toen had [voornaam advocaat eiseres] daar heel direct op gereageerd: 'Ho, ho, ho. Dat is wel heel erg voorbarig, want we werken nog aan een voorstel.' Nou ja,*

dat kwam dus een dag later. Nou, en daar hebben wij eigenlijk alleen maar een beetje om, ja, lachen is een fout woord misschien, maar een voorstel waarbij het erop neerkwam dat ze voorstellen om helemaal niets meer te gaan doen, maar ze willen wel alles dat zij als meerwerk zien, betaald hebben. (...) Nou ja, daar kunnen we niets mee. Dus doorprocederen."

Gedaagde sub 1 zei niets over emoties die volgens haar advocaat aan schikken in de weg stonden. Zij weet het niet kunnen schikken aan de complexiteit van de zaak:

"Nou, omdat de gehele kwestie zo complex is, met zoveel werk dat niet is afgerond, zoveel gebreken, de factureringsvraag dat ze op grond daarvan al niet gaan zeggen: 'Misschien komt u er nog wel uit met een goed gesprek vanmiddag'. (...) het was goed dat er even geschorst werd voor een adempauze, maar ik vond het vrij zinloos dat dat het doel had om te proberen samen in gesprek te gaan."

In deze zaak speelde kennelijk dat tijdens de schorsing de emoties te hoog waren opgelopen om te schikken. Daarom werd de zaak aangehouden. Eiseres zou daarop een voorstel doen. Daaropvolgend bleek dat partijen te ver uit elkaar zaten (er waren te veel geschilpunten). De zitting had hen dus niet nader tot elkaar gebracht.

Partijen in een andere zaak waren al jaren met elkaar verwikkeld in verschillende procedures. De rechter behandelde de zaak minutieus. Wat speelde er? Gedaagde verzorgt opleidingen voor professionals. Eiseres had in het verleden een opleiding gevolgd, maar deze was tussentijds beëindigd. Eiseres stelde dat gedaagde wanprestatie had gepleegd.

Rechter kijkt eiseres aan: *"Ik proefde ook, u heeft een heel lang traject mevrouw, ik richt mij even tot u. Een heel lang traject van veel procedures. U heeft het gevoel dat u in de kou heeft gestaan. En ik vroeg mij af of in hoeverre dat ook meespeelde, u hoeft daar geen antwoord op te geven aan mij, en ik vroeg mij af of dat geen opening zou kunnen bieden om daar eens met elkaar van gedachten over te wisselen."*

Eiseres zucht hoorbaar: *"Ach."*

Rechter: *"Ik weet niet. Een andere oplossing zou natuurlijk kunnen zijn: kan ik iets doen met een praktijkopleiding opnieuw op te pakken. Daar heb ik u niet over gehoord. Ik heb geen enkel aanknopingspunt om dat te doen. (...) Allemaal*

veel beter dan praten over schadevergoeding. Want dat lost uiteindelijk de schade niet op. (...) Ik weet niet of u het in het geld moet zoeken, mevrouw, maar dat is iets wat ik u wil meegeven. Heeft het zin om daar eens over na te denken?

Het was deze suggestie van de rechter die de deur voor onderhandelingen openzette.

Advocate eiseres: *"Nou, ik moet zeggen, helemaal in het begin, toen we de dagvaarding uitbrachten is er tegen verder gelegen datum gedagvaard in de hoop dat we met die dagvaarding, die stok achter de deur bij de wederpartij meer bereidheid bestond om tot een oplossing te komen. Wel dacht mevrouw toen nog vooral in geld en dat eigenlijk die opleiding pas iets van onlangs is, zodat dat niet voor de zitting ook echt met de wederpartij besproken is."*

Partijen besloten het idee van de rechter te volgen en over een andere opleiding door te praten. De zaak werd geschorst. Partijen constateerden op de gang ze dat ze deze mogelijke oplossing niet aldaar konden uitwerken. Daarvoor was een getoetste praktijkplaats voorwaardelijk. Partijen besloten om de optie verder te exploreren en de zaak werd daartoe aangehouden.

Of deze aanhouding geleid heeft tot een regeling, weet ik niet. Ik heb de procesdeelnemers geïnterviewd voordat de aanhouding voorbij was. Probleem van deze potentiële oplossing was dat instemming van een derde partij (een getoetste praktijkplaats) nodig was. Beide partijen waren er erg onzeker over of het zou lukken.

In een zaak waarin compagnons tegen elkaar procedeerden, deed de rechter de suggestie de zaak te verwijzen naar mediation. Alle betrokkenen stemden in, maar tijdens de interviews die ik later met hen had, maar voordat de mediation formeel was gestart, bleek dat ze er weinig vertrouwen in hadden. Een van de advocaten vertrouwde mij toe:

"U mag best weten dat ik tegen de klant heb gezegd: 'Wil je de rechtbank niet tegen de haren in strijken moet je misschien wel overwegen om het mediationtraject serieus in overweging te nemen'."

Ook in de laatste van de vier zaken waarin werkafspraken werden gemaakt, is onduidelijk of de aanhouding heeft geleid tot een regeling. Een van de partijen werd bijgestaan door een kantoorgenoot van de vaste advocaat. Hij wilde op de gang geen afspraken maken omdat hij onvoldoende in het dossier zat. Hij wilde het overlaten aan zijn kantoorgenoot.

6.4.5 Reflectie

Hoe vaak komen werkafspraken voor? Verschoof & Van Rossum noteerden dertien werkafspraken in de honderd door hen geobserveerde zaken[474], ik in vier van 24. Hoe kansrijk zijn werkafspraken? Verschoof & Van Rossum:

> *"We hebben preciezer naar de dertien zaken met een werkafspraak gekeken. Daardoor konden we vaststellen dat het in tien zaken de oprechte bedoeling van partijen was om later alsnog een schikking te treffen (...)."*

Ik denk dat als ik de partijen in de door mij geobserveerde zaken na afloop van de zitting zou hebben gevraagd of ze de oprechte bedoeling hadden te schikken, de meerderheid die vraag bevestigend zou hebben beantwoord. Dat betekent niet dat ze de kans daarop ook reëel achtten. Op basis van de interviews ben ik niet erg enthousiast over de kans op succes tijdens de aanhoudingen.

In de door mij geobserveerde zaken leken rechters ook niet happig op aanhoudingen. Ze wilden best aanhouden als partijen daarom vroegen, maar ik bespeurde terughoudendheid. In een bouwgeschil zei een rechter bijvoorbeeld:

> Rechter: *"Het zou in uw voordeel zijn om te kijken of u er vandaag uitkomt. En de ervaring leert mij dat de druk dan een beetje wegebt, ik wil best de zaak even aanhouden, maar eigenlijk wil ik u ervan overtuigen om vandaag echt de zaak af te ronden en dan moet u de knop omschakelen."*

Er is, voor zover mij bekend, geen onderzoek gedaan naar de effectiviteit van aanhoudingen. De werkafspraken waren in de zaken die ik bijwoonde verklaarbaar en navolgbaar. Ik kan me voorstellen dat emoties aan schikken in de weg staan. Je wilt de gevolgen van een regeling volledig kunnen overzien en in rust overwegen. Ook kan ik me voorstellen dat de complexiteit van een zaak aan schikken in de weg staat, en dan met name indien die in de weg staat aan een duidelijke rechtspositiebepaling: feiten zijn onduidelijk of het recht is onduidelijk. Maar als daarover aan het einde van de zitting nog (steeds) geen duidelijkheid bestaat, dan ligt niet voor de hand dat die duidelijkheid later tijdens de aanhouding verkregen wordt. Een aanhouding wegens complexiteit waarbij partijen geen duidelijke richting hebben meegekregen tijdens de zitting (bijvoorbeeld door voorlopige oordelen), lijkt me daarom niet kansrijk. Het ligt

---

[474] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 54.

voor de hand om aan het einde van de zitting expliciet aan partijen te vragen wat de zitting aan hun opstelling veranderd heeft en of zij voldoende richting hebben gekregen voor een hervatting van het schikkingsgesprek tijdens de aanhouding. Is er nog onduidelijkheid omtrent de rechtsposities (feiten, bewijsmiddelen), dan ligt in de rede om te vragen wat partijen gaan doen om voor zichzelf helderheid te verschaffen gedurende de aanhouding.

6.4.6 Weinig enthousiasme voor mediation[475]

In de door mij geobserveerde zaken werd maar heel beperkt gesproken over mediation. Er is maar in één zaak verwezen naar mediation. In die zaak procedeerden compagnons over de terugbetaling van een geldlening. De relatie was behoorlijk verstoord. Tijdens de zitting bleek dat de terugbetaling niet hun enige conflict was. Partijen wilden inmiddels ook hun gezamenlijke onderneming beëindigen. In dat kader suggereerde de rechter dat partijen mogelijk beter af zouden zijn met mediation, want dan zouden zij alles in een keer kunnen regelen. Op de gang zei een van de betrokken advocaten voordat partijen akkoord gingen met verwijzing naar mediation dat hij niets zag in die suggestie. Hij zag het conflict als een louter juridische aangelegenheid:

> *"Ik zie niet hoe mediation een oplossing kan zijn. Ze (procespartijen, LL) moeten gewoon van elkaar af. Verkoop het onroerend goed of de aandelen en reken met elkaar af. Zo moeilijk is dat niet."*

Ik merkte vaker een gebrek aan enthousiasme voor mediation, zoals tijdens een schorsing in een zaak waarin procespartijen ter zitting na verschillende conflictoplossingsinterventies van de rechter ingingen op diens uitnodiging om op de gang de mogelijkheid van mediation te bespreken. Een van de advocaten gaf zijn cliënt tijdens hun vooroverleg aan dat dit zinloos zou zijn: "Dan krijg je wat we net ook zagen", verwijzend naar het optreden van de rechter die met partijen in gesprek ging over de oplossing van hun conflict. Mediation was daarmee van de baan. Over dat gebrek aan enthousiasme vertelde een andere advocaat mij:

> Advocaat 37: *"Nou, ik ben er wel voor om samen een oplossing te bereiken, maar ik denk dat als je twee partijen met twee advocaten hebt en je probeert dat, je het ook kunt. En als dat niet slaagt dan zie ik er de meerwaarde niet van als één*

[475] Lieverse 2021a, p. 28.

iemand dat alleen met de partijen gaat proberen. Ik ben zelf echtscheidingsbemiddelaar, het is dus niet dat ik mediation niets vind, helemaal niet, maar ik denk wel dat er te eenvoudig over wordt gedacht en dat je, als je juridisch 'mediatet', dat je ook een jurist moet zijn en niet alleen voor de inhoud, maar ook voor de consequenties van regelingen."

6.5 Conclusies

In vier zaken werd niet geschorst. In de overige twintig zaken wel. Daarmee is niet gezegd dat de schikkingspraktijk effectief is. Integendeel. Er is nog veel winst te halen.

Allereerst de zaken waarin niet geschorst werd. Wat speelde daar? In die zaken stonden principes, emoties en/of de complexiteit van de zaken aan een schikkingspoging op de gang in de weg. Dat in die zaken niet geschorst werd, was weliswaar verklaarbaar, maar in de twee van de vier zaken waarin het leek dat partijen principieel in de wedstrijd zaten, was mijns inziens ruimte voor een nader onderzoek. Partijen leken vooral behoefte te hebben aan een precedent in de vorm van een vonnis. Dat werd in het ene geval helemaal niet, en in het andere maar beperkt uitgediept. In het eerste geval veronderstelde de rechter dat partijen geen behoefte hadden aan een schikking en sloot hij de behandeling ter zitting zonder dat aan partijen te vragen. Partijen hadden evenwel best een poging willen wagen, al zaten zij wel degelijk ver uit elkaar. In het andere geval legde de rechter zich direct neer bij de opmerking van een van de advocaten dat een precedent gewenst was, zonder te bespreken dat een vonnis ook een negatief precedent kan meebrengen en zonder te bepraten of het gewenste precedent ook met een schikking bereikt kon worden. In de complexe zaak is niet onderzocht of partijen reden zagen om vanwege proceseconomische motieven te schikken.

Dan de zaken waarin er wel geschorst werd. Ik zag zaken waarin geschorst werd, maar waarin de schorsingen zelf kansloos bleken. Er werd niet onderhandeld.[476] Soms spraken partijen zelfs nauwelijks met elkaar: het bleef bij de enkele uitwisseling dat er niet geschikt zou worden. Er waren zaken bij waarin een van de beide

[476] Wat zie ik in het kader van deze paragraaf als onderhandelingen? Iedere serieuze poging om het verschil te overbruggen en tot een minnelijke regeling te komen. De enkele uitwisseling van uitgangposities of het reflecteren op de zitting schaar ik daar dus niet onder.

procespartijen wel daadwerkelijk wilde proberen te schikken, maar de andere partij niet waardoor het vervolgens niet tot échte onderhandelingen tussen partijen kwam. Net als de gevallen waarin partijen hun openingsbod noemden en constateerden dat zij te ver uit elkaar zaten voor kansrijke onderhandelingen.

Dat partijen de gang op gaan, terwijl er geen (enkele) noemenswaardige poging wordt gedaan om tot een oplossing te komen, was voor mij een opmerkelijke observatie. Wat maakt dat partijen dat doen? Verrassend was het antwoord van advocaten dat zij de rechter niet tegen de haren in wilden strijken. Opmerkelijk vond ik ook de gevallen waarin partijen niet tegen de rechter zeiden wat zij nodig hadden om tot een zinvol schikkingsgesprek te komen. Zij hadden daartoe voor de schorsing of bij terugkomst in de zittingszaal gelegenheid, maar hielden hun mond. Het proces op de gang bleek bij voorbaat kansloos. Dat was niet meer dan een toneelstukje.

Ik zag (gelukkig) ook schorsingen waarin beide partijen wel degelijk een (serieuze) poging deden. Deze procespartijen bereidden de onderhandelingen eerst samen met hun advocaat voor. Soms waren daarvoor interne onderhandelingen nodig. Dat zijn onderhandelingen tussen de advocaat en zijn cliënt, waarin ze samen op één lijn proberen te komen. Ze bespraken het openingsbod en de marge van aanvaardbare schikkingen.

Soms onderhandelden enkel de advocaten met elkaar. In andere gevallen liepen partijen mee. De onderhandelingen waren (bijna) telkens distributief. Dat zijn onderhandelingen die kenmerkend zijn voor verdelingskwesties, ook wel *zero sum*-kwesties genaamd. De winst van de een staat gelijk aan het verlies van de ander. Het waren onderhandelingen waarin werd geprobeerd om een schikking te vinden binnen de door de procedure getrokken kaders. Er was geen sprake van wat in onderhandelingstheorie 'vergrote taart' wordt genoemd. Ik zag ook onderhandelingen die met enige goede wil als integratief bestempeld konden worden. Partijen probeerden samen tot een resultaat te komen dat met een vonnis niet bereikt kon worden, en dat meer dan dat tegemoetkwam aan onderliggende belangen. Dit was evenwel een uitzondering.

Er was tot slot weinig enthousiasme voor mediation.

7 Wat werd mij (verder) verteld?

7.1 Inleidende opmerkingen

In hoofdstukken 5 en 6 deed ik met name verslag van wat ik in de rechtbank heb gezien. Ik haalde daarbij reflecties van procesdeelnemers aan, voor zover ze (mede) duiding konden geven aan mijn observaties. In dit hoofdstuk doe ik verslag van inzichten die ik kreeg uit gesprekken met procespartijen en advocaten. Dat zijn dingen die ik niet zelf heb kunnen waarnemen, maar die toch relevant zijn voor het vinden van verklaringen voor wat ik heb waargenomen.

De interviews leverden daadwerkelijk *thick data* op. De transcripties leverden honderden pagina's op en duizenden gecodeerde segmenten. Het is ondoenlijk om alle inzichten te vermelden. Ik heb een keuze moeten maken. Naast de bekende zaken die van invloed zijn (hoofdstuk 2), zoals de aard en het belang van de zaak, werd in de interviews de nadruk gelegd op de invloed van rechters en de invloed van advocaten. Daar gaat dit hoofdstuk over.

7.2 Over rechters en rechterlijke interventies

Advocaten en procespartijen waren in de regel te spreken over de rechter en soms ronduit lyrisch:

> Advocaat 2: *"Ja, de rechter, dat heb jij ook gezien, voortreffelijk. Wat een goede rechter, zeg. Prettig ook. (...) Dat is fijn, maar dat maakt misschien de schikkingsbereidheid kleiner, want als je denkt: wat is dat een rare kwibus. Wat gaat ie doen? Dan kun je maar beter schikken. (...) Dat zit er nu niet in. (...) Dus in die zin hebben we eigenlijk last van een goede rechter, zou je kunnen zeggen, in ieder geval aan mijn kant."*

In een burenzaak complimenteerden de advocaten de rechter zelfs ter zitting met haar optreden en bedankten haar. Dankzij haar hadden partijen een regeling getroffen.

De interviews leerden mij dat er ook aandachtspunten zijn. Ik bespreek in deze paragraaf de drie belangrijkste, waarvan ik denk dat die de grootste invloed hebben op de schikkingspraktijk.

7.2.1 Er is een hardnekkig beeld: rechters schikken uit eigenbelang

Dat de rechter enkel erop uit is om partijen te helpen aan een effectieve duurzame oplossing, is niet het beeld dat bij iedereen leeft. Uit mijn onderzoek blijkt dat er een hardnekkig (voor)oordeel onder een belangrijk deel van de (in mijn onderzoek betrokken) advocaten leeft: rechters jagen schikkingen na uit eigenbelang. Zij schikken om achterstanden weg te werken en dossiers snel te kunnen sluiten. Met een schikking hoeft immers geen vonnis te worden geschreven, zo is de gedachte. Goed voor de *targets*.[477] Maar het is ook goed voor je carrière, zo wordt gemeend. Zo verwoordde een aantal van de door mij geïnterviewde advocaten dat:

> Advocaat 41: *"Maar ook de workload (...) ik heb begrepen dat (...) rechters worden afgerekend op het aantal zaken dat zij behandelen. Net zoals een advocaat natuurlijk (...). Maar ook rechters hebben, zoals ik weet, targets en als je iedere zaak tot het eindige procedeert, dan handel je minder zaken af dan een ander. Ik weet ook, want bij ons hebben er wel eens wat rechters stagegelopen, dat er wordt gekeken hoeveel zaken een rechter op jaarbasis afhandelt en als je er heel veel afhandelt, bijvoorbeeld doordat er een schikking komt, dan kom je hoger in de hiërarchie dan als je niet in staat bent om mensen tot elkaar te brengen. Dus ook carrière-technisch denk ik dat sommige rechters het fijn vinden dat ze heel veel zaken op hun lijstje hebben."*

> Advocaat 22: *"... de rechter heeft er gewoon, als hij eerlijk naar zichzelf kijkt, hartstikke belang bij om de zaak geregeld te krijgen. (...) Hij moet nu een middag gaan nadenken over het schrijven van het vonnis. (...) En dat hoeft hij anders niet. (...) Dus het scheelt een rechter ontzettend veel tijd om een zaak te regelen. Ik weet niet beter, tenminste dat is hetgeen ik toch zo hoor vanuit de rechtspraak, dat rechters ook toenemend worden afgerekend op hun prestaties, op hun productie. En als je een zaak 's middags of op diezelfde dag met een regeling hebt kunnen afwerken, nou ja, dan heb je weer een zaak afgewikkeld en het interesseert die hele rechtbank niet hoe je dat gedaan hebt, als ie geregeld is*

[477] Lieverse 2021.

en als een rechter op die manier toch meer tijd kan hebben om toch meer zaken per jaar te doen dan heeft ie meer productie en dan presteert ie beter en ik heb het idee dat het dan ook beter is voor z'n staat van dienst."

Een verondersteld eigenbelang werd ook gesuggereerd in de zaak waarin de rechter geen enkele schikkingsinterventie verrichte. Procespartijen en hun advocaten dachten dat deze rechter zijn tanden in het dossier wilde zetten om 'jurisprudentie te maken':

Advocaat 23: *"En hij is natuurlijk ook een theoreticus, zeg maar. Hij is ook goed in zijn vak. (...) Dus ik kan me voorstellen, maar misschien is dat wel wat te hoogdravend gedacht, maar ik kan me voorstellen dat hij denkt: nou, het is toch wel een mooie casus, daar wil ik wel eens een vonnis over schrijven. Maar dat weet ik niet hoor."*

Opmerkelijk vond ik ook de reflectie van eiser in deze zaak:

"Ik denk namelijk dat die rechter, wat in mijn optiek best een ijdel mannetje was, het maar al te interessant vond. (...) Hij (...) vindt het gewoon leuk om zichzelf ook op de kaart te zetten door zijn uitspraak te doen. Want dan is ie de eerste die dat doet. En dan komt hij in ieder geval daarmee in de boeken. (...) Hij had daar volgens mij helemaal geen baat bij om schikken voor te stellen."

7.2.2 *Reflectie*

Of rechters in hun zittingsaanpak en schikkingsinterventies door eigenbelangen worden gedreven heb ik onderzocht, noch kunnen vaststellen. Wel dat die perceptie bij in ieder geval een relevant deel van de in mijn onderzoek betrokken advocaten leeft.

In alle gevallen deelden rechters mede dat schikken niet hoeft, maar mag (par. 5.8). Ik zag ook wel rechters die hun best deden en ook in niet mis te verstane woorden partijen probeerden te overtuigen dat zij beter af waren met een schikking dan met een vonnis, maar daaruit blijkt geenszins het najagen van eigenbelangen. Ik heb geen aanleiding te veronderstellen dat rechters dat zeiden, maar niet meenden, en enkel om partijen naar een schikking te bewegen, omdat daarmee eigenbelangen gediend worden.

Dat rechters eigenbelangen hebben, ligt voor de hand. Iedereen heeft immers eigenbelangen (zie ook par. 3.2.6). De advocaten die wezen op veronderstelde eigenbelangen van rechters, wezen meestal op 'targets' en op vermindering van werkdruk. Hij hoeft geen vonnis te schrijven, was de gedachte. Dat scheelt tijd.

De wijze waarop rechtspraak wordt gefinancierd is vastgelegd in het Besluit financiering rechtspraak 2005. Rechtspraak kent een grote mate van outputfinanciering. Deze outputfinanciering vindt plaats op basis van de 'productie' ofwel "het totaal aantal behandelde of afgedane zaken" (art. 1 onder c van het Besluit financiering rechtspraak 2005). De vergoeding van een zaak waarin een comparitie na antwoord is gehouden (en verder geen zittingen) is hetzelfde als de zaak uitstroomt met een vonnis of als de zaak uitstroomt met een schikking op de zitting.

Langbroek stelt dat de financiering van rechtspraak feitelijk functioneert als *"business model rather than as a judicial and court-services model based on the effective administration of justice"*.[478] Langbroek:

> *"Within this system, the more cases the courts dispose of, the more money they receive the following year. However, the total amount of money cannot grow larger than the total budget for the judiciary as it has been allocated by the budget bill as it was approved of by Parliament. (...) Because everybody behaves as if the courts are a business, the judges are stuck. They focus exclusively on productivity."* [479]

Langbroek wijst op de perverse prikkels van het systeem, maar ook op de rechterlijke verantwoordelijkheid:

> *"As a judge you are independent, you do not have to go for the money. You can make choices about how you spend your time. You do not have to do voluntary work for your employer in the evenings and weekends because you are a professional. And as a Council for the Judiciary and as a court, your primary motivation should not be maximizing how much money you earn but how well you administer justice."* [480]

[478] Langbroek 2019.
[479] Langbroek 2019.
[480] Langbroek 2019.

Van Mourik stelt dat het financieringssysteem van de rechtspraak prikkels meebrengt om het aantal afgedane zaken middels schikken te verhogen, hoewel er geen kwantitatieve (empirische) gegevens zijn die laten zien of en hoe rechters daadwerkelijk beïnvloed worden door de prikkels uit het financieringssysteem.[481] Hij wijst op de hoge werkdruk onder rechters en dat uit de visitatie van de rechtbanken blijkt dat rechters gestuurd worden op productie.[482] Dat zou rechters volgens hem kunnen stimuleren om meer aan te sturen op een schikking.[483] Werkdruk is subjectief. Rechters klagen daar wel degelijk over en de werkdruk wordt door de overheid erkend, die 155 miljoen heeft uitgetrokken om rechters en ander personeel aan te trekken om die werklast te verminderen.[484] Achterstanden zijn objectief en hoewel de achterstanden schommelen, ligt het schikkingspercentage al jaren rond de 30 procent. Dat is een contra-indicatie voor een (sterk) verband tussen ervaren werkdruk en schikken.

Wanneer advocaten stellen dat rechters eigenbelangen hebben bij schikken, dan wijzen ze er vooral op dat schikken minder werk kost en dat daarmee achterstanden kunnen worden weggewerkt. Als partijen schikken, hoeft de rechter niet na te denken en geen vonnis te schrijven, zo wordt gezegd. Het beeld is dus dat rechters altijd zelf de vonnissen schrijven, maar dat is niet het geval. Dat doen ze steeds minder. Vonnissen worden vaak door de gerechtsjurist (die ook als griffier optreedt) geschreven. De rechter overlegt wel met de gerechtsjurist en moet het conceptvonnis beoordelen. Hoewel de rechter in die gevallen niet zelf het vonnis schrijft, is dat wel degelijk werk dat wegvalt met een schikking. Het zou ook kunnen dat de rechter (ook) de werkdruk van de gerechtsjurist wil verlagen, maar dat is niet wat advocaten zeggen.

Eigenbelangen kunnen ook van heel andere orde zijn, zoals het bevestigen van een zelfbeeld. In dit verband is interessant dat uit onderzoek (tekstanalyses van vonnissen) van Langbroek & Van der Linden-Smith blijkt dat de motivering van beslissingen in vonnissen niet primair gericht lijkt te zijn op de betrokken procespartijen. Rechters blijken hun vonnissen vooral te schrijven voor hun professionele collega's, terwijl de juridische kwaliteit in termen van aantallen

---

[481] Van Mourik, p. 93-94.
[482] Van Mourik, p. 93-94
[483] Van Mourik, pp. 93-94
[484] https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/07/12/structureel-meer-geld-voor-de-rechtspraak; geraadpleegd 12 juli 2022.

verwijzingen naar wet- en regelgeving en jurisprudentie toeneemt bij mediabelangstelling voor de zaak.[485] Gelet op de toegenomen aandacht voor conflictoplossing en MER (maatschappelijk effectieve rechtspraak) kan het zijn dat rechters die 'goed' zijn in schikken intern meer aanzien hebben, of dat dit gedacht wordt.

Ik denk dat rechters net als iedereen eigenbelangen hebben, maar dat wil niet zeggen dat zij die nastreven, zelfs ten koste van procespartijen. Maar het enkele feit dat het beeld leeft, heeft (relevante) betekenis. Verschillende advocaten vertelden mij dat zij het idee hebben dat voorlopige oordelen vooral bedoeld zijn om partijen in de richting van een regeling te dirigeren, waarbij de bal bewust in het midden wordt gelaten. Deze advocaten laten zich (dan ook) niet per se overtuigen door voorlopige oordelen (zie hierna: par. 7.2.3). Advocaten suggereerden met regelmaat op de gang in bijzijn van mij en procespartijen dat de schikkingsinterventies waren ingegeven door eigenbelangen. Die interventies werden daardoor gekleurd. Wat doet het beeld van een rechter die dossiers van zijn bureau wil hebben met de tevredenheid van partijen en met het aanzien van de Rechtspraak? Het is zonneklaar dat het voor de rechtvaardigheidspercepties (zie par. 1.4.3 en 1.4.4) van een justitiabele nogal uitmaakt of hij de overtuiging heeft dat een interventie is ingegeven door een rechter die gedreven is een effectieve duurzame oplossing te bereiken of door een rechter die alleen maar het dossier van zijn bureau wil hebben. Het (schetsen van dat) beeld draagt niet bij aan ervaren rechtvaardigheid. Het staat er haaks op.

7.2.3 Effectiviteit van voorlopige oordelen

Verschoof & Van Rossum onderzochten de effectiviteit van schikkingsinterventies (zie par. 3.4.8). Ik heb daar niet op gefocust, maar advocaten en procespartijen vertelden daar wel over. Opmerkelijk vond ik dat meerdere advocaten de effectiviteit van voorlopige oordelen koppelden aan hun indruk dat rechters nadruk leggen op schikken vanwege eigenbelangen. Een voorbeeld:

> Advocaat 12: *"Wat je wel ook merkt is dat bij heel veel rechters (...) heel erg de nadruk op het schikken wordt gelegd, waardoor vaak (...) de zaak iets kanslozer of kansrijker wordt voorgesteld om partijen maar tot die schikking te bewegen.*

[485] Zie Langbroek & Van der Linden – Smith 2014.

(...) En ik begrijp dat een rechter van de zaak af wil, maar soms ligt dat er wel heel dik bovenop dat een rechter echt aanstuurt op die regeling."

Onderzoeker: *"Ik hoor u eigenlijk zeggen, althans zo begrijp ik het, dat de rechter soms ook zaken anders voorspiegeld, dan ze daadwerkelijk zijn?"*

Advocaat 12: *"Ja, anders wil ik niet zeggen, maar misschien net iets scherper formuleren dan op de zitting, hè. Dat ze zeg maar partijen, en dan allebei de partijen, uhm, het meest negatieve scenario voorhouden, dat eruit kan komen, hè waardoor een cliënt dan denkt: als ik de rechter zo beluister, dan heb ik een kansloze zaak en daardoor genegen zou zijn om te schikken."*

Deze advocaat vertelde dat zij het liefst een rechter heeft die de bal in het midden laat. Het was haar cliënt juist te doen om duidelijkheid. Hij had in het interview verteld dat hij juist een duidelijk voorlopig oordeel had gemist.

Advocaat 12: *"Ja, precies, en daar is mijn ervaring dan weer in, dat als een rechter dat wel doet, dat dat vaak, dat dat soms niet overeenkomt met wat uiteindelijk het eindoordeel wordt."*

Dit hoorde ik meer:

Advocaat 22: *"Die rechter zegt tegen de ene partij: "Ja, God, je hebt hier nog een puntje. Want dat moet je nog bewijzen en de vraag is of u dat kunt bewijzen' en tegen die andere partij zegt ie hetzelfde over een ander onderwerp. Om die mensen toch een beetje bang te maken, als het ware, hè. En dat ze allebei de gang opgaan van: 'Nou ja, God die rechter die is nog niet zo heel erg zeker van mijn zaak'. En dan kijken ze je als advocaat aan van: maar jij hebt toch gezegd dat ik een goeie zaak heb? Zoiets. Want anders sta je er uiteindelijk ook niet. Dus partijen komen toch een beetje vertwijfeld de gang op. Maar het is natuurlijk gewoon de policy van de rechter."*

Maar als dat de praktijk is, hebben deze voorlopige oordelen dan nog betekenis? Of denk je: daar trekken we ons niets van aan. Die rechter wil ons enkel naar een schikking bewegen?

Advocaat 22: *"Dat is mijn indruk wel, ja. Omdat die rechter daar een eigenbelang bij heeft."*

En hoe bereid hij zijn cliënten daarop voor?

Advocaat 22: *"Ik zeg precies wat ik je net verteld heb."*

Er zijn ook andere geluiden:

Advocaat 40: *"Ik vind dat wel wat risicovol om er geen waarde aan te hechten. Kijk, laat ik het zo zeggen. Als een voorlopig oordeel meer naar jouw kant neigt, dan moeten we toch ook niet achterlijk zijn, dan ga je er toch waarde aan hechten. Dan zeg ik niet: 'Ik hecht er geen waarde aan', dat doe je pas als het in je nadeel is."*

Een voorlopig oordeel staat ook niet op zichzelf:

Advocaat 30: *"Ik denk dat het altijd een samenspel is tussen wat de rechter zegt en wat je zelf natuurlijk weet. Je kent het dossier natuurlijk heel goed, dus je weet waar de sterke en zwakke punten zitten en je zult ook natuurlijk een inschatting moeten maken van hoe is deze rechter, hoe staat ie erin? Meent ie het echt? Meent ie het niet? (...) Je kunt denk ik absoluut niet zeggen: 'Luister, rechters doen dat met het oog op en het zegt dus uiteindelijk helemaal niets over wat ze uiteindelijk gaan oordelen', want dat is zeker niet het geval."*

Deze advocaat vertelde tegelijkertijd over rechters die vooral aansturen op een regeling en dan dingen zeggen om partijen bang te maken:

"Nou goed, dan zeg je dat ook tegen je cliënt: 'De rechter wijst nu op risico's, maar ik vind die risico's absoluut niet reëel gelet op de stukken en de bewijsmiddelen. Dus dit is waarschijnlijk bangmakerij.' Maar (...) de rechter gaat allemaal vragen stellen. Alle partijen krijgen het woord. Rechter stelt vragen. Hij reageert op een bepaalde manier en dan komt het voorlopig oordeel. Nou dat oordeel en de kracht daarvan dat leid je ook wel af uit hoe de rechter zich daarvoor heeft opgesteld. Hoe kritisch hij was naar partijen of een van de partijen. Dus het is toch altijd het totaalplaatje (...)."

Het kunnen volgens hem wel degelijk effectieve schikkingsinterventies zijn:

Advocaat 30: *"Nou ja kijk, er zijn rechters en dat is vaak jammer, die helemaal niets loslaten. En er zijn ook rechters die al wel een idee geven van hoe ze over de zaak denken. Dat kan natuurlijk helpen."*

Voorlopige oordelen worden dus door sommige advocaten met een korreltje zout genomen, bedoeld om partijen naar een schikking te bewegen. Andere advocaten hechten er wel degelijk waarde aan.

> Advocaat 29: *"En ik denk dat wat de doorslag gaf dat de rechter liet doorschemeren welke kant het uit zou gaan."*

Voorlopige oordelen kunnen door rechters gebruikt worden om partijen te overtuigen, maar ook advocaten gebruiken ze om hun eigen cliënt te overtuigen (zie ook par. 4.3):

> Advocaat 37: *"Nou, die [voorlopige oordelen: LL] worden ook deels door de advocaat gebruikt, omdat op het moment dat ik het idee heb dat ik een wederpartij heb die niet wil schikken, terwijl ik denk dat hij dat wel zou moeten doen, of juist mijn cliënt niet zo ver krijg, terwijl ik het idee heb dat hij wel zou moeten schikken, dan vraag ik ook wel eens een voorlopig oordeel, omdat je dan kunt zeggen: 'Nou zie je, dit is waar de rechter waarschijnlijk naar toe gaat. Zouden we nu niet toch nog een keer gaan kijken?'"*

> Advocaat 27: *"Ja. Als ik een zaak wil regelen (...) en ik zie dat er de tegenpartij zelf daar niet echt toe genegen is, dan wil ik wel eens een keer de rechter vragen om wat piketpaaltjes te slaan. Dus om een indicatie te geven waar die aan denkt."*

Voorlopige oordelen moeten volgens advocaten niet te duidelijk zijn, in die zin dat de vordering volledig wordt toe- of afgewezen:

> Advocaat 41: *"(...) Het is nooit verstandig om tijdens een comparitie het achterste van je tong te laten zien als rechter, want dan weet je dat een partij zich heel sterk voelt en de andere heel zwak en dan is er is geen voedingsbodem om te gaan regelen."*

Rechters maakten bij het geven van een voorlopig oordeel telkens een voorbehoud. Twee voorbeelden:

> Rechter: *"Een schot voor de boeg houdt in dat ik een beetje een idee geef van hoe ik naar de zaak kijk, maar daar kunt u geen rechten aan ontlenen. Als ik het uiteindelijke vonnis moet maken, kan ik gewoon iets heel anders doen als wat ik nu bedenk, omdat ik er dan nog eens rustig over na denk en alle ins en outs nog eens op me laat inwerken."*

Rechter: *"Ik heb vandaag best veel gehoord en ik vind de vraag of uw uitlatingen onrechtmatig zijn een moeilijke. Ik moet er nog over nadenken. Ik kan niet zeggen: 'Ja, dat is zo', maar ik kan ook nu zeker niet zeggen: 'Nee, dat is niet zo'. (...) Daar moet ik nog over nadenken."*

7.2.4 Reflectie

De onderzoeksresultaten van Van der Linden toonden aan dat enkel voorlopige oordelen over schikkingsbedragen ertoe doen. Andere niet.[486] Verschoof & Van Rossum concludeerden (weliswaar op basis van kleine aantallen) dat het inbouwen van een voorbehoud schikking bevorderend werkt, net als voorlopige oordelen die niet over alle vorderingen gaan en voorlopige oordelen die het gelijk en het ongelijk verdelen over partijen.[487] Stellige voorlopige oordelen met een ruime strekking (toe- of afwijzen) leiden niet tot meer schikkingen.[488]

Deze bevindingen komen overeen met wat advocaten mij in de interviews vertelden: voorlopige oordelen moeten richting geven, maar ook ruimte laten. In twee gevallen werd een schikking bereikt na een verstrekkend voorlopig oordeel. Hoewel ook met die voorlopige oordelen niet alles werd toe- of afgewezen, was wel duidelijk wie als verliezer uit de bus zou komen. Daar speelde dat de betrokken advocaten het voorlopig oordeel – de vreemde ogen van de rechter – nodig hadden om de eigen cliënt te overtuigen.

Dit thema van de effectiviteit van voorlopige oordelen raakt aan de ethiek van rechters, maar laat ook zien dat conflictoplossing en geschilbeslechting kunnen schuren. Het mag zo zijn dat onderzoek laat zien hoe voorlopige oordelen ingekleed moeten worden om tot meer schikkingen te leiden, maar dat betekent niet dat rechters voorlopige oordelen zo schikkingseffectief mogelijk zouden moeten formuleren en al helemaal niet als dat is vanwege eigenbelangen. Als de rechter een duidelijk voorlopig oordeel kan geven en partijen vragen daarom, dan moet hij dat naar mijn mening geven. Anders worden procespartijen tekortgedaan. Ze worden daarmee immers (indirect) afgehouden van waar zij recht op hebben. Zoals eerder gezegd: het is niet aan rechters om schikkingsruimte open te laten (par. 5.7.2).

---

[486] Van der Linden, Klein & Van Tulder 2009, p. 25-26.
[487] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.
[488] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.

Bewust voorzichtige voorlopige oordelen waarbij de bal met opzet in het midden wordt gelaten hebben bovendien op de lange termijn ook een keerzijde. De effectiviteit daarvan zal met de loop van de tijd afnemen, want bekendheid met dat 'trucje' zal ertoe leiden dat voorlopige oordelen met een korreltje zout worden genomen. Dat gebeurt al. Dit soort voorlopige oordelen hebben bovendien het risico dat ze vaag zijn en door partijen verkeerd worden begrepen. Een rechter die bewust de bal in het midden houdt door te wijzen op allerhande bewijsrisico's, terwijl hij weet dat hij de zaak zal afdoen op de stelplicht, neemt de kans op de koop toe dat de partij die de zaak zal verliezen niet wil schikken omdat hij denkt het bewijs rond te krijgen.

In plaats van een voorlopig oordeel waarbij de bal in het midden wordt gelaten, zijn partijen beter af met een gesprek over wat zij nodig hebben om tot een zinvol schikkingsgesprek te komen (par. 5.5, 5.6 en 5.7).

Tot slot nog de verklaring van advocaten dat rechters onjuiste of te scherp geformuleerde voorlopige oordelen geven om procespartijen in de richting van een schikking te bewegen. Deze verklaring kan ook een gevolg zijn van de denkfout *confirmation bias*. Mensen verzinnen liever alternatieve verklaringen voor (nieuwe) informatie die in strijd is met datgene dat men al denkt, dan dat zij de eigen bestaande denkbeelden falsifiëren, omdat mensen een afkeur hebben van cognitieve dissonantie. Met dat beeld en die uitleg – rechters schikken uit eigenbelang – kleuren advocaten schikkingsinterventies en die maken het eenvoudig om onverwachte en onwelgevallige voorlopige oordelen naast zich neer te leggen: Mijn cliënt heeft gelijk, de rechter zegt dat om mijn cliënt te overtuigen te schikken, maar niet omdat hij daadwerkelijk ongelijk heeft.

7.2.5 De effectiviteit van wijzen op het bazo

In de zaken die ik observeerde, hadden schikkingsinterventies regelmatig betrekking op het bazo (beste alternatief zonder oplossing), die zagen met name op de kosten en de tijd gemoeid met verder procederen. Een paar voorbeelden:

> Rechter in een burenzaak: *"Dat is de afweging die u moet maken. Want als zij er niet in mee gaan, dan is maar de vraag wat u van mij krijgt. Als u van mij gelijk krijgt, gaan zij in appel. En dan kunt u leuk tot en met desnoods de Hoge Raad door volgens mij, maar dat duurt allemaal een tijdje. Dat is de afweging die u beiden maakt."*

De rechter in een IE-zaak: "U kunt proberen er samen uit te komen. Het lijkt een principekwestie, maar het is wel een dure aangelegenheid. U bent ondernemer. De vraag is of dat slim is. U zegt: 'Laat me met rust'. Maar in bepaalde mate heeft u dat zelf in de hand."

Soms noemt de rechter die in een adem met een voorlopig oordeel, zoals een geldleningskwestie:

"En als u van mij een vonnis vraagt, dat kan, dan schrijf ik dat, maar dan weet ik nog niet waar ik op uit kom. Ook niet of het niet dan op een of andere vorm van bewijslevering uitdraait in een van de twee varianten, waarschijnlijk in de reconventie variant. Of een verjaring. Het kan van alles zijn en de vraag is of u dat wilt en of u daar allemaal nog meer geld aan wilt spenderen. Want het is duur om hier te zitten. En niemand wordt er vrolijk van om hier te zitten."

Af en toe deed de rechter een eigen voorstel voor een oplossingsrichting, waarna werd gewezen op het bazo, zoals in een bouwgeschil:

"Dan begin je bij de staart, dan kun je je een hoop besparen, zoals het horen van getuigen."

In dat wijzen op het bazo was bij tijd en wijle de ergernis van de rechter voelbaar, zoals in een ander bouwgeschil:

"Het is nu bijna vier jaar geleden en deze ellende is nog steeds niet opgelost. Even afgezien van wie er gelijk heeft, hè. Daar gaat het even niet om. U krijgt nog ruimschoots de tijd om erover te praten. Maar hoe komen we nu door deze impasse heen? Want zonder een deskundige krijgen we hoogstwaarschijnlijk getuigenverhoren. Dan zijn we over een jaar nog bezig. En dat wil ik u niet aan doen. Mezelf maakt niet uit. Ik word daarvoor ingehuurd. Maar dit gaat allemaal maar duren en duren en duren. En het is niet goed voor de emotie en ook niet voor de portemonnee. Laat ik het zo zeggen. Denkt u daar even over na."

Rechter: "*Kent u Heinrich Böll? De schrijver."*

Gedaagde sub 1: *"Nou, ja. Van naam."*

Rechter: *"Die heeft ooit geschreven: op een gegeven moment maakt het niet meer uit wie de oorlog begonnen is, het gaat erom dat het ophoudt."*

Gedaagde sub 1: "*Ja.*"

Rechter: *"En wat ik aan het doen ben nu, is kijken hoe het op de kortst mogelijke termijn kan ophouden."*

Wat zeiden advocaten over de effectiviteit van dit soort interventies?

Advocaat 29: *"Dus ze (rechter: LL) dacht: wat zal ik hier zeggen? Nou standaard riedel, hè: 'Het kost tijd. Het kost geld, u wilt hier helemaal niet komen. Realiseert u zich dat? Hoge Raad, ben je helemaal lang onderweg.' Gebeurt nooit. Ik ben nog nooit naar de Hoge Raad gegaan in 17 jaar, dus prima."*

Wat advocaten niet prettig vinden is als ze onderdeel van het geschil worden doordat de rechter de kosten van de advocaat betrekt in het bazo.

Advocaat 28: *"Wat ik goedkoop vind is: dan moet u nog weer heel veel aan uw advocaat gaan betalen. Dan worden wij een beetje onderdeel van het geschil. Dat weten die mensen. Maar je mag zeggen dat als er meer stappen komen, dat dat in ieder geval kostbaar is en ook in de proceskosten risico's met zich kan brengen.'*

In één geval was het bazo voor een procespartij doorslaggevend:

Advocaat 35: *"Doorslaggevend voor hem was inderdaad dat ze [rechter: LL] hem voorhield dat het nog meer geld ging kosten en nog jaren ging duren."*

In die zaak speelde ook dat deze procespartij een einde aan de zaak wilde maken vanwege zijn gezondheid.

7.2.6 Reflectie

Op de gang speelt het bazo geen (zichtbare) rol. Van de andere schikkingsinterventies dan het geven van een voorlopig oordeel betrof in de onderzoeken meer dan 50 procent het wijzen op het bazo.[489] Steenberghe heeft "gemengde gevoelens" over het wijzen op het bazo in termen van "tijd, kosten en belasting":

"De informatie is bepaald geen reclame voor de rechtspraak. Niet voor niets wordt deze informatie wel de parade of horrors genoemd." [490]

[489] Steenberghe 2019, p. 428.
[490] Steenberghe 2019, p. 428.

Van der Linden over voorlopige oordelen en het bazo:

> *"Naast het geven van een voorlopig oordeel zijn er andere manieren denkbaar waarop een rechter kan aansturen op een schikking. (...) Uit de tabel komt duidelijk naar voren dat meer dan de helft van de rechters (55,3 procent) partijen waarschuwt voor de tijd, belasting, kosten die verder procederen met zich mee zal brengen."* [491]

Twee dingen vallen op: Van der Linden heeft het over het "aansturen" op een schikking en noemt het wijzen op het bazo "waarschuwen". Volgens onderhandelingstheorie is het vaststellen van het bazo een van de belangrijkste voorbereidingshandelingen. Tijdens de zittingen wordt het bazo nauwelijks geëxploreerd, er wordt wel op gewezen, maar niet onderzocht of besproken. Impliciete veronderstellingen rondom het bazo worden dus niet getoetst, terwijl het wijzen op factoren die voor partijen niet spelen, bij kunnen dragen aan het idee dat de rechter op schikken uit is. Dan krijgt het inderdaad de vorm van waarschuwen.

> Verschoof & Van Rossum bevelen aan om enkel selectief te wijzen op het bazo, *"namelijk wanneer de benoemde factoren daadwerkelijk spelen. Wijs dan vooral (ook) op het procesrisico en op de kosten, want die zijn voor partijen doorgaans relevanter dan tijd en psychische belasting".*[492]

Steenberghe geeft aan hoe dat afstemmen kan, namelijk door:

- *"Het procesrisico concreet te benoemen en uit te leggen;*
- *Een reële inschatting te maken van de te verwachten proceshandelingen en de daarmee gemoeide tijd;*
- *De kosten van en de belasting door de procedure te benoemen in samenhang met de vraag aan partijen wat het vervolg van de procedure financieel en persoonlijk voor hen betekent."* [493]

Steenberghe geeft ook voorbeelden van op het bazo gerichte reflectieve vragen:

> *"Stel dat u vandaag overeenstemming zou bereiken wat zou daarvan voor u het voordeel zijn?"*

---

[491] Van der Linden 2010, p. 60.
[492] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 387.
[493] Steenberghe 2019, p. 430.

"Stel dat het bereiken van overeenstemming niet lukt, in welk opzicht zou u dat betreuren?"

"Wat maakt het voor u de moeite waard om te proberen overeenstemming te bereiken?"

De advocaat maakt samen met zijn cliënt een procesbeslissing en daarbij behoort het bazo te worden betrokken. Het ligt daarom voor de hand dat rechters uitdrukkelijk met partijen afstemmen of zij een onderzoek naar het bazo zien zitten. Belangrijk is in ieder geval dat partijen zelf tot inzicht komen en dat zij niet te horen krijgen dat doorprocederen 'fout' is, want geld kost. Procespartijen bepalen zelf wat het hen waard is.

Dat rechters hun veronderstellingen rondom schikken nauwelijks toetsen (par. 5.5), dat het beeld leeft dat ze schikkingen najagen uit eigenbelangen en dat het bazo regelmatig niet is afgestemd, kan het idee geven dat de mondelinge behandeling een schikkingenfabriek is.

7.3 Over de invloed van advocaten

Niet alleen rechters hebben invloed op de schikkingspraktijk. Ook advocaten. Misschien wel meer. Zij zijn partijbelangenbehartigers. Van hen wordt verwacht dat zij doen wat het beste is voor de cliënt. Hun optreden wordt beheerst door hun kennis en vaardigheden, maar ook door (gedrags)recht. Over de rol en invloed van advocaten is mij veel verteld. Ik bespreek in dit hoofdstuk wederom de drie naar mijn idee meest relevante inzichten.

7.3.1 Er is een hardnekkig idee: er zijn advocaten die procederen uit eigenbelang

Meerdere advocaten vertelden mij dat eigenbelangen (ook) in de advocatuur spelen en dat die eigenbelangen (mede) verklaren dat er geprocedeerd wordt in zaken waarin (rationeel handelende) partijen zouden moeten schikken. Dat gebeurde soms expliciet en onverbloemd, zoals door de volgende advocaat:

> Advocaat 29: *"En als er een geschil is, kan er ook een procedure komen. De eenpitters hebben naar mijn smaak wel de neiging om dat dan ook uit te melken. Ik wil niet zeggen dat dat in deze zaak is gebeurd, maar uhm het zat er wel tegenaan. Dat moet je niet herhalen. (...) Maar ik denk dat wat hier heeft*

gespeeld, en dat weet ik niet, maar dat is een vermoeden, laat ik het maar voorzichtig formuleren, de wederpartij waren particulieren. Nou, die zijn normaal niet zo grif met veel geld betalen aan een advocaat en heel kritisch op facturen, tenzij ze rechtsbijstandsverzekerd zijn. En dat waren deze mensen. Dus al die procedures, hebben gok ik maar eens even, niets gekost. Dat heeft de rechtsbijstandsverzekeraar allemaal betaald. En laat ik eens gokken dat daar een budget van 25-30 duizend euro op zit van zo'n rechtsbijstandsverzekeraar. Dan zit er ook geen rem op die procedures en dan gebeurt eigenlijk een beetje wat de rechter ook schetste: eerst dit. Oh, dat lukt niet. Dan doe maar het volgende. Lukt ook niet? Doe maar het volgende. Oh. Lukt ook niet."

Hij vertelde mij dat de procedures zijn eigen cliënten heel veel geld hebben gekost én dat er voorafgaand aan de procedure voor de wederpartij betere voorstellen zijn gedaan. De wederpartij had uiteindelijk de volgens hem slechtst denkbare regeling geaccepteerd:

"En dat is eigenlijk moeilijk te rijmen. Ja, tenzij er dan toch een advocaat is, die daar dan toch goed geld aan heeft verdiend."

Wat was er volgens hem gebeurd als de wederpartij niet verzekerd was geweest?:

"Dan was dit nooit gebeurd. Nooit. Nooit. Nooit. Nee. Nooit. (...) Het is zijn brood, hè. Zo plat is het. Met alle respect daarvoor, hij moet ook ergens van leven (...)"

Maar dat geldt toch ook voor de advocaat die bij een groter kantoor werkt? Als hij aan zijn eigen portemonnee had gedacht, had hij vonnis gevraagd, want, zo antwoordde hij: dan was er een hoger beroep gekomen en had hij *"weer 5-10 duizend"* euro kunnen factureren. Op samenzweerderige toon voegde hij daaraan toe:

"En dat is volgens mij wat veel eenpitters doen. Die denken: we gaan nog even tot het gaatje."

Een aantal advocaten wees spontaan naar kleinere kantoren en eenpitters, want die "moeten natuurlijk ook gewoon hun brood verdienen" (advocaat 19) en hebben het "best moeilijk met de afkalving van de gefinancierde rechtsbijstand" (advocaat 18).

Advocaat 19: *"Kijk wij procederen niet om alles. Wij willen ook tegen een cliënt zeggen: 'Wij gaan niet procederen, als wij vinden dat de zaak zich er gewoon niet voor leent. Dat we daar gewoon voor joker gaan staan, dat doen we gewoon*

niet. (...) Maar, je ziet natuurlijk bij de wat kleinere kantoren dat dat minder vaak voorop staat. Wat natuurlijk ook wel weer begrijpelijk is, want die moeten natuurlijk ook gewoon hun brood verdienen."

Advocaat 18: *"Ik kom er regelmatig tegen. En met alle respect hoor tref je dat toch bij kleine kantoren, eenpitters, die het best moeilijk hebben met de afkalving van de gefinancierde rechtsbijstand, maar die zonder enig overleg of rauwelijks gaan dagvaarden of rauwelijks een verzoekschrift gaan uitbrengen. Ja en dan moet je daar weer wat mee en dat zet gelijk verhoudingen op scherp en ik vind dat jammer."*

Onderzoeker: *"Heeft het dan echt te maken met eigenbelangen of heeft het ook te maken met misschien ook wel het missen van mediationachtige vaardigheden?"*

Advocaat 18: *"Nee, ik denk echt dat het wel eigenbelangen zijn."*

De vraag is: als er advocaten zijn die eigenbelangen nastreven, ten koste van de belangen van procespartijen, op welke schaal gebeurt dat dan?

Advocaat 28: *"Je kunt in een zaak honderd uur besteden of twintig. Kijk, als jij een zaak snel schikt, dan is je rekening laag. Ga je procederen, dan kun je winnen, verliezen of 'in the end' dealen. Maar dan is je eigen rekening hoger. (...) Laat ik het zo zeggen: dat komt in beperkte mate zeker voor. Ja, ik denk dat in het gros van de advocaten heb ik wel vertrouwen dat ze het gewoon allemaal netjes en evenwichtig doen. Ik denk dat er ook partijen zijn die denken: nou waarom zou ik dat vandaag schikken? Kan ik beter een conclusie na enquête nemen. Daar kan ik weer twintig uur op schrijven. (...)"*

Het beeld dat eigenbelangen een rol spelen wordt naar mijn idee breed gedeeld. Er waren wel advocaten die het beeld niet herkenden, maar de meeste advocaten die ik ernaar vroeg, als ze er niet al zelf over waren begonnen, bevestigden het beeld dat er advocaten zijn die procederen uit eigenbelangen. Ze hoefden daarover niet na te denken. Zonder moeite en aarzeling vertelden ze over eigen ervaringen met andere advocaten. Ze kenden hun pappenheimers. Dat zegt nog steeds niets over op welke schaal dit speelt. Wel duidelijk is dat advocaten er last van hebben als dit gebeurt. Zo vertelde een advocaat over de processtrategie van de wederpartij, die vooral bestond uit vertragingsstrategieën:

Advocaat 12: *"(...) dat vind ik vervelend. De enige die daar beter van wordt is de advocaat zelf. Het leidt tot extra kosten voor de cliënt en dus ook voor mijn cliënt."*

Ze vertelde me over een andere zaak, die ik niet heb geobserveerd, waarin de advocaat van de wederpartij op voorhand had gezegd tot aan de Hoge Raad te zullen procederen; zijn cliënt was toch verzekerd voor de kosten van rechtsbijstand:

"En toen dacht ik, nou dat is echt bijna klachtwaardig. (...) Ja, dat speelt echt zeker. (...) Op een gegeven moment ken je je pappenheimers, en dan weet je ook van ja goed, met deze advocaat valt gewoon niet te schikken. Dat weet je gewoon. Dan weet je gewoon dat ie gaat voor zijn eigen geldelijk gewin."

Lieden die dat doen zijn een smet op het blazoen van de advocatuur, betoogde een advocaat emotioneel:

Advocaat 45: *"Ja, helaas komt dat voor. Dat kan ik alleen maar bevestigen. En er zijn ook advocaten die dat uitspreken bij het biertje. (...) 'Het interesseert me niet, ik heb er omzet aan.' Zo dat. Ja, dat vind ik zo triest. Maar het bestaat. Dat maakt ook dat die advocatuur zo'n slechte naam heeft. Je komt op een feestje of je komt ergens in een gezelschap dat wat minder met de advocatuur te maken heeft en binnen vijf minuten gaat het over geld. Advocaten zijn altijd met geld bezig. Rekeningen. Dure rekeningen. Binnen vijf minuten. Altijd. Waar je ook komt. (...) In de volksmond, in zijn algemeenheid geldt, advocaat is urenschrijven, dubbel krijten, mopjes hoe je in de hemel komt, weet ik veel wat. Dat is van alle tijden. Als je in de klassieke tijden, als bij bijv. in de Vergilius kijkt, dan worden advocaten zo afgeschilderd. En in de Middeleeuwen. Je hebt spotprenten. Het gaat altijd over geld. En dit soort mensen die dat doen, die zorgen ervoor dat de advocatuur die naam houdt. (...) De advocatuur is zo duur. Er zijn mensen die zitten aan je bureau en die kunnen niet luisteren naar je verhaal, omdat ze denken dat de tijd loopt. Dat het duur wordt. (...) En dat zie je, dat voel je, dat soort imago dat je als adviseur hebt, terwijl je eigenlijk alle tijd zou moeten nemen, in ieder geval je cliënt het gevoel moet geven dat hij alle tijd krijgt, alle aandacht krijgt, want dat schept vertrouwen en maakt oplossingen mogelijk. Dat wordt in de weg gestaan door het imago, het slechte imago dat de advocatuur heeft. En al die mensen die daaraan bijdragen en dat zijn die mensen die procederen en alleen maar naar hun eigen portemonnee*

kijken, die zorgen ervoor dat de advocatuur niet optimaal kan werken en dat zijn collega's, en die collega's neem ik dat kwalijk."

Cliënten wezen niet actief op eigenbelangen van hun advocaten, maar wel op de kosten, zoals een gedaagde deed:

> *"Nu goed, de juridische weg is door hun ingezet en daar is ook bikkelhard voor gekozen. Ik vind het ook diep triest. We zijn allebei 20-25 duizend euro kwijt aan advocaten, had ik ook af kunnen lossen. Waren we er ook uit gekomen."*

Ook een eiser die verwikkeld was in een tekortkomingszaak begon spontaan over de advocatuur en zijn ervaringen daarmee. Hij vertelde dat hij advocaten niet integer vond. Ik vroeg hem vervolgens naar zijn beeld van de beroepsgroep:

> Eiser: *"Dat het boefjes zijn. (...) Ik heb ongeveer 20 jaar zakelijke ervaring (...). Dus ik heb heel veel advocaten gezien en ook meegemaakt. En daar worden vaak tarieven gevraagd, die niet te verklaren zijn. Er worden vaak uren geschreven met een hele dikke pen. (...) Dat komt ook gewoon omdat er te veel zijn en dat er in sommige gebieden gewoon te dicht bevolkt is, met advocaten, met alle gevolgen van dien (...) dat te ruim gefactureerd wordt, dat er te makkelijk gefactureerd wordt, dat altijd aangestuurd wordt op briefjes schrijven, dat dat weer uurtjes oplevert. En ga zo maar door."*

Over zijn eigen advocaat was deze partij overigens zeer te spreken. De meeste cliënten waren dat over hun eigen advocaat. Maar in een enkel geval probeerde een cliënt bij mij te ontfutselen wat ik van het optreden van diens advocaat vond. Daarop gaf ik uiteraard geen antwoord. Ik kon het ook niet goed beoordelen omdat ik niet de beschikking had over de processtukken.

7.3.2 Reflectie

De relatie tussen cliënt en advocaat is een agent-principaal verhouding en economische literatuur zegt dat die relatie problematisch kan zijn (zie par. 3.2.6). De agent heeft eigenbelangen.[494] Per definitie. De vraag is alleen of die eigenbelangen worden nagestreefd, eventueel ten koste van de belangen van de principaal.

---

[494] Barendrecht & Weterings 2000, p. 438; Visscher 2013, p. 1131; Ter Voert 2020, p. 170: "Bij elke principaal-agentrelatie bestaat de kans op *moral hazard* (opportunistisch gedrag). Als de klant (principaal) niet in

De theorie zegt dat het risico op het (onbewust) nastreven van eigenbelangen wordt vergroot wanneer er sprake is van informatie asymmetrie, dat wil zeggen dat de agent andere informatie heeft dan de principaal.[495] De principaal, de cliënt neemt de jurist in de arm vanwege diens (veronderstelde) juridische deskundigheid. Daarmee is de informatie asymmetrie een gegeven.

Het bewijs voor eigenbelangen is hooguit anekdotisch. Ik heb geen advocaten geïnterviewd die hebben erkend zelf te hebben gehandeld uit eigenbelang. Ze wijzen telkens op andere advocaten. Ze vertelden anekdotes. Meestal hadden die betrekking op onbegrepen, in hun ogen slecht procedeergedrag. Ze verklaarden die door eigenbelangen. Ze putten uit eigen ervaringen, maar ook uit verhalen van andere advocaten die zouden hebben toegegeven in de praktijk te handelen uit eigenbelang; de praat aan de biertafel.

Vanzelfsprekend hebben advocaten eigenbelangen. Vele waarschijnlijk. Het is niet eenvoudig om de eigenbelangen van advocaten vast te stellen. Is dat eigenbelang het voeren van een procedure tegen hoge kosten of het zorgdragen voor een goede (juridische) oplossing? Een procedure levert op korte termijn misschien meer financieel gewin op. Maar op de langere termijn? Dan heb je misschien meer aan een tevreden cliënt, aan mond-tot-mondreclame. [496] En als eigenbelangen al kunnen worden vastgesteld, is de vraag of advocaten die ten koste van cliënten worden nagejaagd.

Desalniettemin, kan in ieder geval worden vastgesteld dat de advocatuur ook binnen de eigen beroepsgroep een behoorlijk imagoprobleem heeft. Dat zou behoorlijke gevolgen kunnen hebben voor de effectiviteit van de schikkingspraktijk. Als je gelooft dat 'slecht' of door jou onbegrepen procesgedrag is ingegeven door eigenbelangen van de advocaat wederpartij, dan stop je wellicht met het stellen van vragen. Maar mogelijk heeft de wederpartij voor het geschil relevante private informatie die een ander licht doet schijnen op de zaak. Wellicht heeft hij een cliënt die hij niet overtuigd krijgt en is een voorlopig oordeel nodig (vreemde ogen dwingen).

---

staat is om het werk van de advocaat te beoordelen, kunnen advocaten gebruik maken van dit informatieverschil door tot op zekere hoogte hun eigen doelstellingen te verwezenlijken en niet die van de klant."

[495] Het effect daarvan en de richting zijn overigens onduidelijk. Is het belang gericht op korte termijn of op lange termijn en kan de advocaat dat belang loslaten?

[496] Schutte 2007, p. 52.

7.3.3 Deskundigheid en karakter

Er zijn advocaten waarvoor de deskundigheid van de advocaat wederpartij geen enkele rol speelt.

> Advocaat 38: *"Dat heb ik niet",* zei een advocaat ironisch: *"maar ik heb ook niet heel vaak het idee dat de wederpartij nu echt meer deskundig is dan dat ik dat ben. Dat heb ik nooit echt gehad."*

Voor de meesten speelt die wel een rol. En dat kan een behoorlijke zijn.

> Advocaat 23: "*Er zijn advocaten die goed zijn in hun vak. (...) En daar kun je beter mee communiceren dan met andere advocaten die dat minder hebben. Daarnaast zijn er ook mensen die je graag mag, of niet mag. Maar het gaat er mij om dat ik inhoudelijk een goede discussie kan voeren. Want als ik mensen bepaalde dingen moet gaan uitleggen over een bepaalde wettelijke regeling of weet ik veel wat (...). Dat is wel een lastig dingetje."*

Kort samengevat komt het erop neer dat advocaten liever te maken hebben met een deskundige advocaat wederpartij. Dat schikt makkelijker, want die weten waar ze het over hebben en dan komt je vaak niet eens tot een procedure:

> Advocaat 29: *"Dan sturen we brieven heen en weer. Neem je stellingen in. Dan filter je uit waar hij sterk staat en waar ik sterk sta en dan constateer je dat er misschien nog ergens een bewijsprobleem aankomt. Dat is in negen van de tien zaken natuurlijk zo. Dan vind je daar wat van en probeer je daar een regeling op te treffen."*

Een advocaat die niet zeker is van zijn zaak, die laat het volgens deze advocaat liever aan de rechter over.

> *"Dan denkt ie: ik snap het niet. (...) Ik zeg gewoon: 'Nee! Ik wil dit niet'. Wat doe jij als je het niet overziet? Dan ga je ook niet 'ja' zeggen. Dan denk je: wat geef ik nu eigenlijk weg? (...) Stel dat ik toch regel en die regeling is niet goed. Je cliënt komt een keer bij een andere advocaat. Die zegt: 'Wat heb jij nu? Weet je wel dat dit en dat en dat! En wat je had kunnen krijgen! Jonge jonge jonge.' 'Oe, dat heeft mijn advocaat nooit gezegd.' Nee, dan is het veel veiliger om te zeggen: 'Ja, maar de rechter heeft beslist'. (...) Dat is veel veiliger. Ik denk dat dát de reden is waarom heel veel advocaten die je hier ziet, denken: dat laten we aan de rechter over. Op het moment dat je het overziet, dan kun je het je cliënt*

uitleggen. Dan kun je zeggen: 'Daar sta je sterk. Daar sta je zwak. Dit is wat je kunt prijsgeven. En dat niet. Dat is de speelruimte."

Er zijn ook advocaten die precies het tegenovergestelde denken. Want met een schikking heb je de uitkomst zelf in de hand. Je kunt last hebben van onervaren advocaten, maar je kunt er ook 'blij' mee zijn.

> Advocaat 38: *"Het feit, kijk, jongere advocaten, die kun je nog weleens onder druk zetten. De ervarenheid van de advocaat, een onevenwichtigheid in ervarenheid van advocaten kan ertoe leiden dat men bepaalde schikkingen eerder accepteert. Dat gevoel heb ik wel."*

Ik vroeg advocaten niet wat zij van het optreden van de advocaat wederpartij vonden. Dat vertelden sommigen mij ongedwongen, waarbij zij de ene keer wel een link legden met vermeende eigenbelangen en de andere keer niet.

> Advocaat 45: *"Deze meneer was gewoon echt ondeskundig. Ik heb het op kantoor en ook met een paar andere mensen over gehad, eigenlijk mag zo iemand niet vrij rondlopen in het vak. Kijk, waar het over gaat in conflicten en dat is je taak ook als advocaat, is je focussen op het oplossen van het conflict. Dat is veel meer de taak denk ik dan de juridische context. (...) En die advocaat die begreep echt niet waar hij mee bezig was. (...) Hij blokkeerde op alle manieren een oplossing. Zowel door zijn gebrek aan kennis, als door gebrek aan focus. Dat is teleurstellend. Dan zie je een advocaat voor je die echt zich niet bewust is van zijn eigen verantwoordelijkheden in het conflict. En dat is doodzonde. Dat gaat ten koste van de cliënten. Van zijn cliënten ook. Dat is zeker."*

Deze advocaat liet tijdens het gesprek meermaals blijken ervan te balen dat het niet gelukt was om te regelen. "Je bent er toch om het op te lossen?" Hij legde de verantwoordelijkheid daarvoor bij de advocaat van de wederpartij die hem had verteld in hoger beroep te gaan bij een onwelgevallig vonnis en reflecteerde vervolgens op wat dat – de ondermaatse procesvoering met hem deed:

> *"Want je zit zelf ook met een emotie. (...) En dan denk ik: joh, als je toch zo slecht gepresteerd hebt, wat is dan de reden dat je niet met een zeer redelijk voorstel akkoord kunt gaan? Dat is misschien ook wel mijn valkuil, dat ik dan zeg: 'Barst. Bekijk het maar.' (...) En dan ontstaat er bij mij zoiets van; voor mijn part doe ik het voor mijn cliënt gratis, dat maakt me niet uit, maar dit niet. Snap*

je? Dat is een beetje mijn rebellie tegen dat soort mensen. Ik vond het echt slecht."

Dit was evenwel geen uitzondering.

> Advocaat 4: *"Die advocaat heeft een heel onaangename rol in het geheel. (...) Die advocaat die zwalkt van de ene kant naar de andere. (...) Ze roepen maar wat. (...) Roept maar wat en blaast hoog van de toren (...)."*

Niet alleen de vermeende (on)deskundigheid speelt een rol, maar ook de relatie tussen advocaten en hun karakters.

> *Advocaat 30: "En er zijn natuurlijk ook advocaten daar merk je gewoon meteen aan, die gaan er met gestrekt been in. Die willen helemaal niet regelen. Misschien omdat ze overtuigd zijn van zichzelf. Misschien omdat ze dan meer geld kunnen verdienen. Misschien omdat ze het leuker vinden om te procederen. Ik weet het niet."*

Vertrouwen speelt in onderhandelingen een rol. Als je goed contact hebt met de advocaat wederpartij, dan is het makkelijker schikken, omdat je makkelijker kunt aftasten. Als je de andere advocaat kent, dan schikt dat makkelijker, tenzij het iemand is waarmee niet te schikken valt.

> Advocaat 29: "*Je hebt van die echte straatvechters, die altijd maar willen slaan en schoppen en op die manier hun naam en reputatie opbouwen. En ook dat soort cliënten krijgen, die alleen maar willen slaan en schoppen en niet willen regelen. Zo'n advocaat ben ik niet. Ik probeer alles te regelen. Dat lukt niet altijd. Bij dit soort partijen lukt dat niet."*

Volgens een andere advocaat (41) vinden de eigen cliënten "schreeuwlelijke advocaten" fantastisch. De wederpartij en de rechter vinden het volgens hem "verschrikkelijk". Het probleem is alleen dat particulieren echt niet kunnen "inschatten of ze een goede of slechte advocaat hebben". En sommige partijen denken dat "als hun advocaat zo hard mogelijk schreeuwt of zo veel mogelijk blaat, dat dat gunstig is voor hun zaak", maar zijn ervaring is dat het precies andersom is:

> Advocaat 41: *"Ik heb tegenpartijen gehad die echt verschrikkelijk waren. Dan ben je inderdaad niet gauw geneigd om tot een regeling te komen."*

Het is lastig schikken met deze "dwangmatige ruziemakers", zoals een andere advocaat (38) ze noemt. Advocaten zeggen snel door te hebben wat voor vlees ze in de kuip hebben.

> Advocaat 28: *"Ik heb dat zo gezien: is met iemand iets te regelen, of niet. Je hebt natuurlijk ook een heleboel advocaten, dat zijn mensen die zichzelf wel heel geweldig vinden. (...) Nou ja omdat mensen ook meer gespecialiseerd raken. Meer overtuigd raken van hun eigen gelijk, zijn ze niet zo heel snel geneigd om snel in een oplossing te denken en ze willen zich ook manifesteren naar de cliënten. En dat zie je dan ook vaak, zeg maar de jongere advocaten bij grotere kantoren, die dan voor professionele partijen mogen optreden, die weten van belangrijkheid niet hoe belangrijk dat ze zijn."*

Het beeld is wel dat de meerderheid van de advocaten openstaat voor een schikking:

> Advocaat 35: *"De ene advocaat is meer gebrand op procedures voeren en de andere op minnelijke regelingen. Nu wil ik zeggen dat ik beiden tegenkom, maar dat het merendeel van de advocaten toch wel erg openstaat voor een minnelijke regeling (...)."*

Dat er advocaten zijn waarmee het lastig schikt wordt breed gedragen. Iedereen die ik ernaar vroeg beaamde dat en kon spontaan voorbeelden geven en anekdotes delen. Op basis van het door mij verzamelde materiaal denk ik dat het een voor de praktijk relevante groep betreft, maar hoe groot en in hoeverre dat een probleem is, zegt mijn data niet.

7.3.4 Reflectie

In par. 1.4.6 en 6.3.5 schreef ik dat conflicten van nature de neiging hebben te escaleren. In die dynamiek spelen advocaten een rol. Zij kunnen conflicten hanteerbaar maken en zelfs de-escaleren, maar zij kunnen ook escalerend optreden. De Bock in *Mr.*:

> *"Advocaten bemoeilijken soms de rechtsgang bij de civiele rechter. Niet voor niets wil die spreekuurrechter het liefst dat mensen zonder advocaat komen. Het is niet leuk om te zeggen, maar de advocaat speelt vaak een rol als het gaat om de escalatie van een conflict of het afdrijven van de kern van een probleem. Mensen zeggen soms dat zij hun eigen probleem niet meer herkennen in de beslissing die de rechter neemt. Dan kun je zeggen dat het de schuld is van de*

rechter of van het juridisch systeem, maar als we nou eerlijk zijn, is het daarnaast ook te wijten aan de advocaat die er van alles bij haalt, waardoor het conflict steeds meer uitdijt. Maar natuurlijk zijn er ook zaken waar de rechter dolblij is met een goede advocaat, die het probleem analyseert en uitlegt hoe de zaak juridisch in elkaar zit. Als het goed is kan de rechter voortbouwen op het werk van de advocaat." [497]

In het daaropvolgende Redactioneel nieuws reageerde een aantal advocaten ontstemd:

Gal: *"Deze uitspraken roepen de vraag op of mr. De Bock de materie goed overziet. De cliënt bepaalt met zijn advocaat of een onderwerp tot het conflict behoort, en of een verweer moet worden gevoerd. Die afweging wordt meestal zorgvuldig gemaakt. De rechter ziet alleen de uitkomst. Als zij beweert dat partijen hun belangen beter zelf kunnen behartigen of door een rechter kunnen laten behartigen, dan vergist ze zich. De cliënt kan gebaat zijn bij een oplossing die voor beide partijen aanvaardbaar is. Dat belang kan ook liggen in de-escalatie. Uiteindelijk behoort de advocaat zich alleen om de belangen van zijen eigen cliënt te bekommeren."*

Endedijk: *"Ik heb redelijk wat ervaring met de civiele procesvoering, maar herken eigenlijk niets van wat mr. De Bock zegt over de rol van de advocaat. Cliënten weten namelijk heel goed dat procederen tijd en geld kost. (...) Ik ben nog nooit zelf een cliënt of wederpartij tegengekomen die het belangrijk vindt een conflict te laten escaleren."*

De Knijff: *"Zorgelijk dat dit beeld ontstaat op basis van incidenten en eigen ervaringen van een rechter. (...) Je prijst jezelf ook uit de markt als je je in kansloze avonturen begeeft. (...) Hij (de advocaat: LL) moet proberen voor zijn cliënt het beste te bereiken. Als dat kan door een schikking, prima. Maar soms moet het door strijd te leveren."*

"Natuurlijk zijn er ook zwakke broeders in de balie", erkent De Knijff: *"Maar er zijn geen onderbouwde onderzoeken gedaan naar dit fenomeen, en dus moet je*

[497] Smilde 2017, p. 39.

daar voorzichtig mee zijn. Ik zou hier eerst meer over willen weten voordat ik conclusies trek." [498]

De Knijff heeft een punt. Het is zaak om voorzichtig te zijn. Ik heb geen onderzoek gedaan naar dit 'fenomeen'. Ik weet niet of er advocaten zijn die actief en opzettelijk bijdragen aan escalatie. Die oplossingen verder weg brengen. Advocaten vertelden mij wel dat dát het geval is. In ieder geval staat vast dat er onder een belangrijk deel van de advocaten die ik sprak, het beeld leeft dat er 'broeders' zijn die dat doen.

Uitdrukkelijk opmerking verdient dat je niet kunt spreken over *dé* advocaat.[499] Het is niet zo dat dé advocaat ondeskundig is, dat dé advocaat escalerend optreedt, dat dé advocaat eigenbelangen heeft. Integendeel. Ik vermoed op basis van de gesprekken die ik had met advocaten dat de meeste advocaten hun werk goed doen, en integer en met overtuiging de belangen van hun cliënten dienen. Maar volgens deze advocaten is er ook een aantal dat niet zo in de wedstrijd zit. Daar heeft de hele beroepsgroep last van. Dit lijkt me een mooi onderwerp voor vervolgonderzoek.[500] Uit mijn eigen advocatenverleden weet ik nog dat het indienen van een klacht ongepast is, gereserveerd voor evidente boevenstreken. Ik denk dat de verplicht gestelde intervisie goede diensten kan bewijzen en hoop dat er breed discussie gevoerd wordt over de gewenste mores in de advocatuur anno nu. Een onderzoek naar de (gevolgen van het beeld over) eigenbelangen, 'rotte appels' en vermeend gebrekkige kwaliteit van dienstverlening ligt wat mij betreft voor de hand. Advocaten maakten in mijn onderzoek namelijk ook opmerkingen over de kwaliteit van het werk van hun collega's. Inzicht krijgen in de kwaliteit van juridische diensten is niet makkelijk.[501]

---

[498] Redactie *Mr.* magazine voor juristen 2017.
[499] Van Zelst 2020, p. 1145.
[500] Van Domselaar 2020, p. 2975.
[501] Ter Voert 2020, p. 172 geeft aan dat in verschillende studies drie dimensies worden onderscheiden: integriteit (naleving van professionele en algemene ethische normen); juridische expertise (vakbekwaamheid en professionele kennis); en service (duidelijke communicatie met klanten, bereikbaarheid e.d.). Dat laatste aspect kunnen cliënten wel beoordelen, de eerste twee veel lastiger. Uit onderzoek blijkt ook dat klanten tevreden zijn met de service door hun advocaat (Ter Voert 2020, p. 172; Geurts & Ter Voert 2019). Vanaf 2016 worden er jaarlijks ongeveer 2300 klachten ingediend, waarvan een derde gegrond wordt bevonden (Ter Voert 2020, pp. 173-174, waarbij zij stelt dat het griffierecht een drempel kan opwerpen, maar ook dat advocaten die een maatregel opgelegd krijgen, kunnen worden veroordeeld in de kosten van de tuchtzaak tot een bijdrage van duizend euro. Dat kan een prikkel zijn voor advocaten om klachten van cliënten eerder te regelen). Ter Voert wijst op onderzoek van Vogels, die vaststelde dat tussen de 30 en 50 procent van de rechters regelmatig tot vaak constateren dat advocaten zich onvoldoende verdiepen in een zaak, de jurisprudentie niet goed bijhouden, de waarde van bewijsmateriaal niet goed beoordelen of onvoldoende pleitvaardigheden hebben (2020, p. 175).

De thema's karakter van advocaten, eigenbelangen en deskundigheid lopen in mijn onderzoek door elkaar. Als advocaten bijvoorbeeld suggereerden dat de advocaat wederpartij zich had laten leiden door eigenbelangen, dan onderbouwden ze dat met ondeskundige proceshandelingen. 'Hoe kun je die anders verklaren dan door eigenbelangen?' De advocaten die er standaard met 'gestrekt been ingaan', waarmee 'niet te schikken valt', is dat vanwege hun karakter? Of speelt (ook) een *selffulfilling prophecy,* mogelijk een gevolg van eerdere ervaringen tussen beiden waarbij het vertrouwen een deuk heeft opgelopen en de relatie is verslechterd?

Tijdens de beroepsopleiding leren advocaten dat een goede relatie belangrijk is. En dat blijkt. Het schikt beter met iemand die je kent en vertrouwt, zeggen advocaten. In een klein arrondissement is de kans dat advocaten elkaar vaker treffen groter dan in een groot arrondissement, hetzelfde geldt voor advocaten die zich met een bepaald specialisme bezighouden.

Duidelijk is dat de persoon van de advocaat en diens relatie met de advocaat wederpartij cruciale betekenis kan hebben. Dat impliceert ook dat het voor het verloop en de afloop van de zaak voor procespartijen verschil kan uitmaken welke advocaat je in de arm neemt. Maar hoe kunnen procespartijen de kwaliteit van hun advocaat beoordelen? Waar je al helemaal geen zicht op hebt is of de door jou gekozen advocaat al dan niet een goede verstandhouding heeft met de advocaat wederpartij.

Dit is nogal wat. Partijen hebben een probleem dat zij samen niet opgelost krijgen en roepen de hulp in van advocaten. En dan blijkt dat voor de uitkomst allerlei niet juridische aspecten een rol spelen waarop procespartijen geen enkele invloed hebben. Dit is schokkend, maar niet verrassend. Het is mensenwerk. En mensen zijn niet feilloos.

Het lijkt prettiger zakendoen met een deskundige wederpartij, maar de meningen lopen uiteen waar het aankomt op de vraag of minder deskundige advocaten eerder schikken of het juist eerder op een vonnis laten aankomen. Een onevenwichtigheid in ervaring kan ertoe leiden dat de minder ervaren advocaat eerder en tegen slechtere condities schikt, een gevolg van macht(-ongelijkheid). Uit onderhandelingstheorie blijkt dat een zekere mate van machtsbalans nodig is voor effectieve onderhandelingen. Waar een meer ervaren advocaat een minder ervaren (deskundige) advocaat treft, is sprake van een machtsverschil. De advocaat die zei dat

hij voordeel ziet in onderhandelen met een minder ervaren advocaat door hem onder druk te zetten, heeft een punt.

Dat (vermeende) ondeskundigheid van invloed kan zijn op de vraag of geschikt wordt, is een pleidooi voor stevige voorlopige oordelen (zie par. 7.2.3). Maar we weten ook dat te stevige voorlopige oordelen niet tot meer schikkingen leiden.

Tot slot nog de vraag of advocaten zich enkel moeten laten leiden door de belangen van de eigen cliënt of dat er ook met andere zaken rekening moet worden gehouden. Mogen zij zoals Van Regteren Altena bijvoorbeeld stelt procesverstorend optreden zolang dat in het belang van hun cliënt is?[502] Mogen zij het schikkingsproces frustreren in het belang van hun cliënt? Bij het beantwoorden van die vraag moet aandacht worden geschonken aan de bijzondere rol van de advocaat in de rechtsbedeling, sterker dat is het startpunt. Het uitgangspunt van art. 10a Advocatenwet is dat advocaten in het belang van een goede rechtsbedeling de zorg dragen voor de rechtsbescherming van hun cliënten. Van Zelst:

> *"Dat een advocaat het belang van de cliënt verdedigt is omwille van de goede rechtsbedeling. Dat is het maatschappelijk belang dat advocaten dienen."*[503]

Dat betekent niet dat alles is toegestaan, zolang het in het belang is van de cliënt. Advocaten mogen bijvoorbeeld geen onwettige handelingen verrichten, ook al is dat in het belang van hun cliënt. Volgens de Hoge Raad moeten advocaten bij hun dienstverlening onder omstandigheden rekening moeten houden met de hem bekende, of redelijkerwijs kenbare gerechtvaardigde belangen van derden.[504]

Wat is het belang van de cliënt? Het antwoord wat in het belang is, is afhankelijk van de context, en het perspectief: wat een advocaat als het belang van zijn cliënt ziet is ook afhankelijk van zijn rolopvatting.[505] Mede daarom wordt de advocaat veel ruimte gegund om de belangen te behartigen. Een antwoord op wat in het belang is van een cliënt valt niet eenvoudig te geven. Is dat een vonnis na een langdurige procedure waarbij de cliënt in het gelijk wordt gesteld? Is dat een schikking waarbij de cliënt (te)

---

[502] Van Regteren Altena 2017, p 30.
[503] Van Zelst 2020, p. 1147.
[504] ECLI:NL:HR:2020:61
[505] De Wolff 2018.

veel water bij de wijn doet, maar wel weer rustig slaapt? Dat zoeken naar (onderliggende) belangen is nog niet zo eenvoudig.

Ook hier geldt dat je als advocaat je veronderstellingen over wat de (daadwerkelijke) belangen van je cliënt zijn moet toetsen en dat je als advocaat andere dingen belangrijk kunt vinden dan je cliënt. Lynch zegt daarover:

> *"Also, plaintiffs may pursue legally irrelevant issues, such as social and emotional benefits from litigation, in contrast to their lawyers, who typically view the case in strictly economic terms."* [506]

De vraag is natuurlijk in hoeverre dit ook voor Nederlandse procespartijen en advocaten geldt, maar het is goed rekening ermee te houden dat het perspectief kan verschillen en ook dat verschillende mensen, verschillende dingen belangrijk kunnen vinden. Daarom is het essentieel om te onderzoeken wat je cliënt daadwerkelijk (met de procedure) wil bereiken. Is dat het juridisch substituut? Of toch iets anders?

Advocaten hebben invloed op de procesbeleving. Nederlands onderzoek naar ervaren rechtvaardigheid in de rechtspraktijk richt zich op de inrichting van procedures en de interventies van rechters. De praktijk van de mondelinge behandeling in civielrechtelijke procedures is weerbarstig en complex. Er is veel dat invloed heeft op hoe procespartijen de procedure ervaren.[507] Onderzoek daarnaar is lastig.[508] Er is aanleiding om in het onderzoek naar ervaren rechtvaardigheid de invloed van advocaten te betrekken. Hoe wordt de procesbeleving van procesdeelnemers met procedures en interventies van rechters bijvoorbeeld beïnvloed door het beeld dat er advocaten zijn die zich laten leiden door eigenbelangen? Wat doet dat? Dat er advocaten zijn die er altijd met gestrekt been ingaan, die niet willen schikken. Wat doet dat beeld?

Er dient meer inzicht te komen in hoe advocaten de procesbeleving beïnvloeden. Dat kan bijdragen aan betere procedures; procedures waarover degenen om wie het gaat tevredener zijn en dat is gelet op maatschappelijk effectief rechtspreken relevant.

---

[506] Lynch 2019, p. 1249.
[507] Uit onderzoek van Grootelaar blijkt dat rechters en procesdeelnemers andere elementen belangrijk vinden. Welke dat zijn, blijkt mede af te hangen van het soort zaak. Zie: Grootelaar 2018.
[508] Hoe je (procedurele) ervaren rechtvaardigheid moet meten is onderwerp van debat, en de methodologische kwaliteit van het onderzoek daarnaar in het juridisch domein behoeft volgens Van den Bos (2017, p. 15) bovendien versterking.

7.4 Conclusies

Er zijn veel factoren die van invloed zijn op het schikkingsproces. In de interviews kwam een aantal thema's structureel terug. De opvallendste is wat mij betreft de gedachte dat rechters en advocaten gedreven worden door eigenbelangen. Het zijn hardnekkige *frames*. Rechters proberen partijen te laten schikken, om het dossier van hun bureau te krijgen. Dat is goed voor de *targets* en vermindert de werkdruk. Ook zou het carrière technisch interessant zijn om veel te schikken, want rechters die veel schikken staan hoger in aanzien. Er zijn ook advocaten die zich laten leiden door eigenbelangen. Zij procederen liever, dan dat zij schikken. Dat brengt meer in het laatje.

De vraag blijft of en in hoeverre advocaten en rechters zich daadwerkelijk ten koste van procespartijen laten leiden door eigenbelangen. Die vraag kan niet eenvoudig beantwoord worden, als dat al kan. De literatuur is over eigenbelangen niet eensgezind. In mijn onderzoek wezen advocaten vooral op andere advocaten en op proceshandelingen die ze niet anders konden verklaren dan te zijn ingegeven door eigenbelangen. Of het nu waar is of niet, die *frames* doen het imago geen goed en doen afbreuk aan de ervaren rechtvaardigheid.

Ze hebben bovendien gevolgen voor de effectiviteit van het schikkingsproces. Advocaten vertelden dat ze voorlopige oordelen vanwege die vermeende eigenbelangen van rechters soms met een korreltje zout nemen. En van sommige advocaten is 'bekend' dat ze niet willen schikken. Dat zijn notoire ruziemakers. Waarom zou je veel moeite doen als die 'straatvechters' toch niet willen schikken? Deze frames zijn ook een 'excuus' om te blijven geloven in het eigen gelijk. Dat hoef je daarmee niet ter discussie te stellen. Ze leiden er mogelijk ook toe dat je minder moeite doet om te begrijpen wat maakt dat de wederpartij niet wil schikken.

Zolang die eigenbelangen niet vaststaan, is het verstandig om met open vizier te onderzoeken waarom partijen van mening verschillen en wat nodig is om dat verschil te overbruggen. En als je daar niet zelf uitkomt, dan kunnen voorlopige oordelen helpen. Mijn bevindingen over voorlopige oordelen zijn in overeenstemming met de literatuur. Het inbouwen van een voorbehoud werkt schikking bevorderend, net als voorlopige oordelen die niet over alle vorderingen gaan en voorlopige oordelen die

het gelijk en het ongelijk verdelen over partijen.[509] Stellige voorlopige oordelen met een ruime strekking (toe- of afwijzen) leiden niet tot meer schikkingen.[510] Kortom, voorlopige oordelen moeten richting geven, maar ook ruimte laten.

Met partijen in gesprek gaan over het bazo kan een effectieve schikkingsinterventie zijn. Ik zeg met opzet 'in gesprek gaan', want meestal zag ik rechters die hun veronderstellingen niet toetsten en 'wezen' op het bazo. Dan bestaat het risico dat je uitgaat van verkeerde veronderstellingen. Dat helpt partijen niet en doet afbreuk aan de ervaren rechtvaardigheid. Advocaten houden bovendien niet van het wijzen op het bazo waarmee zij onderdeel van het geschil worden. Advocaten en procespartijen nemen samen de procesbeslissingen. Bij die beslissingen worden de kosten, waaronder de honoraria van advocaten betrokken. Als de rechter zegt dat partijen beter af zijn met een regeling en dat procederen duur is, voelt de advocaat zich in zijn hemd gezet.

Het schikt makkelijker met een wederpartij die je deskundig acht en met een die je mag, die je kent en vertrouwt. Ook wat dat betreft zijn niet alle advocaten even te spreken over de eigen beroepsgroep. In de interviews wezen advocaten regelmatig spontaan op andere advocaten die zij ondeskundig achtten, die 'slecht' procedeerden, die broddelwerk leverden, maar ook op advocaten met wie niet te schikken valt, op notoire 'ruziemakers' en 'straatvechters'. Het is de vraag hoe groot deze groep is. Nader onderzoek lijkt zinnig. Het enkele feit dat dit beeld leeft, heeft gevolgen. Dat beeld geeft verklaringen voor (anders) onbegrepen procesgedrag. Waarom zou je zelf veel moeite doen, als je gelooft dat met de advocaat wederpartij toch niet te schikken valt?

[509] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.
[510] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.

8 Wat betekent dit nu? Conclusies en aanbevelingen

8.1 Inleidende opmerkingen

In dit hoofdstuk staan mijn conclusies en aanbevelingen centraal.

8.2 Conclusies met betrekking tot de literatuur

Ik heb geen vergelijkbare studie gevonden. Wel vond ik veel literatuur die relevant is voor dit onderzoek naar wat er op de gang gebeurt. Hoofdstuk 3 bevat een overzicht van de belangrijkste inzichten uit die literatuur.

De rechtseconomische literatuur ziet een procedure als een 'fout'. Rationele partijen die hun rechtspositie goed inschatten, procederen niet. Zij schikken. Uitgaande van die presumptie, biedt de literatuur verklaringen voor het grote aantal procedures, of voorspelt de literatuur de waarschijnlijke gevolgen van (beleids)beslissingen op het proces- en schikkingsgedrag van procespartijen.

Het benaderen van een procedure als een 'fout' in andere dan *close cases*, kan procesdeelnemers helpen voorkomen dat zij onverstandige procesbeslissingen nemen. De theorie zegt dat vooral geprocedeerd wordt in *close cases*, zaken waarvan de uitkomst moeilijk te voorspellen is. Procedures zijn belangrijk. Zij zorgen voor een goede 'schaduwwerking'. Ze geven de kaders waarbinnen partijen hun conflicten zelf kunnen oplossen. Als er geen sprake is van een *close case*, dan is het goed te onderzoeken wat maakt dat partijen er niet zelf uitkomen. Is er sprake van divergerende verwachtingen (par. 3.2.3) en hoe komt dat? Of beschikken partijen over private informatie die voor de beoordeling van het geschil relevant is (par. 3.2.4)? Zijn partijen bereid die te delen? Zijn partijen bereid en in staat om de schikkingsruimte te bepalen en die rechtvaardig te verdelen? Of spelen er andere, mogelijk zelfs eigenbelangen (par. 3.2.6)?

In de praktijk blijken mensen niet rationeel te handelen. Daarvoor zorgen allerlei denkfouten en heuristieken (par. 3.3.5). Veel van het onderzoek daarnaar bestaat uit

laboratoriumexperimenten. De bevindingen uit dat onderzoek helpen bij het vinden van verklaringen van een aantal van mijn observaties, maar kunnen procesdeelnemers in de praktijk ook helpen voorkomen dat zij verkeerde beslissingen nemen. Zo is bekend dat het delen van (nieuwe) informatie niet per se leidt tot aanpassingen van wat men al denkt. Het delen van private voor het geschil relevante informatie hoeft dus niet te betekenen dat de andere partij een nieuwe risico-inventarisatie maakt. De kans is aanmerkelijk dat hij de informatie *self serving* verwerkt (par. 3.3.2).

De schikkingspraktijk is in Nederland eerder systematisch onderzocht. Dat onderzoek was met name gericht op de zittingspraktijk en in hoeverre die conflictoplossing ondersteunt, op rechters en hun interventies.[511] Die op de rechter en rechtspraak gerichte aandacht past bij de (actieve) regierol van de rechter en de discussie hoe die ingevuld zou moeten worden. In ongeveer 30 procent van de zaken wordt ter zitting geschikt. Schikkingen worden beter nagekomen dan vonnissen[512] en zaken waarin geschikt wordt scoren minder hoog op ervaren rechtvaardigheid dan zaken waarin gevonnist wordt.[513]

De 'gang' is niet eerder onderzocht. Ik heb dan ook geen vergelijkbaar onderzoek gevonden. Wat op de gang gebeurt, houdt natuurlijk verband met wat tijdens de zitting gebeurt. De informatie uit het systematisch literatuuronderzoek heb ik gebruikt om mijn observaties en wat advocaten en procespartijen mij vertelden te duiden en om te toetsen of mijn observaties in overeenstemming met dat eerdere onderzoek.

8.3 Conclusies ten aanzien van de methodologie

8.3.1 Generaliseerbaarheid

Ik heb mijn onderzoek beperkt tot vermogensrechtelijke zaken. Dat heeft gevolgen voor de generaliseerbaarheid. Ik heb daardoor bijvoorbeeld geen personen- en familierechtzaken onderzocht. De onderzoeksresultaten zijn daardoor niet per se één op één te vertalen naar andersoortige niet door mij onderzochte rechtszaken. Het

[511] Zie de onderzoeken van Ippel & Heeger-Herrter 2017; Van der Linden 2010 en Verschoof & Van Rossum 2018.
[512] Eshuis 2009.
[513] Van der Linden 2010; Eshuis 2009.

schikkingsproces op de gang zou wel eens anders kunnen verlopen indien (de) niet geldelijke belangen meer aan de oppervlakte liggen en zwaarder wegen, zoals in personen- en familierechtzaken. Het is niet dat mijn onderzoek voor die zaken niet relevant is. Ik denk dat er ook overeenkomsten zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan het idee dat rechters schikken uit eigenbelangen en dat eigenbelangen van advocaten, vermeende (on)deskundigheid, en karakters in de weg kunnen staan aan het sluiten van compromissen.

Mijn onderzoek was bovendien beperkt tot twee rechtbanken (en drie locaties). Dat werpt de vraag op of mijn onderzoeksbevindingen ook betekenis hebben voor andere arrondissementen. De interviews met vooral advocaten leveren geen reden op te denken dat het er bij andere rechtbanken of in andere arrondissementen (heel) anders aan toegaat. Ongetwijfeld zullen er wat (culturele) verschillen kunnen zijn,[514] maar in het algemeen zullen de onderzoeksbevindingen ook voor de andere arrondissementen relevant zijn.

Ik heb alleen zaken in eerste aanleg bekeken, maar de inzichten kunnen ook voor het schikkingsproces in appel relevant zijn. Het onderzoek legt pijnpunten bloot die verklaren wat maakt dat schikken in rechte knap lastig is. Die spelen waarschijnlijk ook in hoger beroep, waarbij uiteraard wel geldt dat er inmiddels een rechter is die een uitspraak heeft gedaan. Dat heeft waarschijnlijk betekenis. Met name de partij die in eerste aanleg gelijk heeft gekregen, zal moeilijker richting schikken te bewegen zijn.

Ik heb alleen zaken geobserveerd waarbij beide partijen werden bijgestaan door advocaten. Verzoeken om medewerking verliepen immers conform afspraak met de rechtbanken via advocaten. Zaken zonder verplichte procesvertegenwoordiging en waarin partijen niet door advocaten werden bijgestaan en/of zaken waarin niet al beide advocaten bekend waren (voorlopige voorzieningen), heb ik daarom niet meegenomen.

Een belangrijk deel van mijn veldonderzoek vond plaats ten tijde van de coronacrisis. Er waren minder zaken te observeren door afgelastingen, ziekmeldingen en uitstellen, maar ook doordat zaken via videoverbinding of telefonisch werden behandeld of schriftelijk werden afgedaan. Die heb ik niet geobserveerd. De maatregelen brachten mee dat het veel lastiger was om zaken te kunnen observeren. Zittingszalen waren te

[514] Zo zal de kans dat advocaten elkaar meermaals ontmoeten – meer onderlinge ervaringen – groter zijn in een klein arrondissement dan in een groot arrondissement.

klein om überhaupt als onderzoeker aanwezig te kunnen zijn. De anderhalvemetermaatregel kon met mij erbij niet gehandhaafd worden. De vraag is of dat betekenis heeft voor de onderzoeksresultaten. Ik waag dat te betwijfelen. Er is niemand die me heeft verteld dat de praktijk 'buiten corona' anders is dan de praktijk zoals ik die heb geobserveerd.

8.3.2 Validiteit

Bij een onderzoek als dit past het om stil te staan bij de persoon van de onderzoeker zelf en de eventuele gevolgen daarvan voor de dataverwerving en -verwerking in termen van subjectiviteit (*researcher bias*). Het is niet mogelijk om (onbewuste) hypotheses, overtuigingen en de manier waarop iemand naar de wereld kijkt, te elimineren.[515] Het enkele gegeven dat er een onderzoeker is die het schikkingsproces observeert, die daarmee ook zelf onderdeel is van de wereld die hij observeert,[516] ook al probeert hij zich onzichtbaar te maken, kan invloed hebben op datgene dat hij observeert (*reactivity*). Dat is onvermijdelijk. Het gaat veeleer om het begrijpen van die invloed.[517] Ongetwijfeld zal dat ook in mijn onderzoek hebben gespeeld. Ik denk direct aan de rechter die, nadat zij mij aankeek, schikkingsinterventies verrichtte (zie par. 2.3.6.4).

Ik ben advocaat geweest en ben daardoor bekend met de procespraktijk. Die achtergrond heeft me in dit onderzoek, denk ik, geholpen (zie ook par. 2.3.6.3). Mijn gewezen advocaat-zijn zal voor sommige deelnemers in mijn onderzoek verbindend en vertrouwenwekkend zijn geweest. Het kan tegelijkertijd ook belemmerend werken doordat je mogelijk gekleurd door je eigen ervaringen en denkbeelden naar een bepaalde praktijk kijkt. Wat dat betreft kan niet onvermeld blijven dat ik, nadat ik mij van het tableau heb laten schrappen, onderwijs- en onderzoekservaring heb opgedaan en me in die periode heb verdiept in onder andere conflicttheorie en *preventive law* en dat me dat het inzicht gaf dat alle goede bedoelingen ten spijt, juridische dienstverlening kan bijdragen aan conflictescalatie. De mate van escalatie heeft

---

[515] Maxwell 2013, p. 124.
[516] Maxwell 2013, p. 125
[517] Maxwell 2013, p. 125.

vanzelfsprekend betekenis wanneer het aankomt op conflictoplossing en geschilbeslechting (zie ook par. 1.4.6 en 6.3.5).

Vanaf het moment dat ik vaststelde dat ik het punt van verzadiging had bereikt, het moment waarop ik geen noemenswaardige nieuwe inzichten meer opdeed, heb ik nog negen zaken onderzocht.

Ik heb van die zaken ruim en nauwkeurig verslag gedaan en heb voor zover mogelijk (in de gevallen waarin alle procespartijen instemden met audio-opnamen) verbatim getranscribeerd. Dat heb ik ook met de interviews gedaan. Dat leverde de meergenoemde rijke data op. Ik stelde tijdens interviews niet enkel vragen over de betrokken zaak, maar ook over wat ik inmiddels gevonden had (*respondent validation*). Dat leverde een doorlopende toets op van mijn onderzoeksbevindingen, die daarmee enerzijds robuuster werden, maar ook door nieuwe en andere inzichten werden genuanceerd en daarmee overtuigender werden.

Door methodologische (combinatie systematisch literatuuronderzoek, observaties en interviews) en theoretische (multidisciplinariteit) triangulatie heb ik de validiteit versterkt. In het kader van de validiteitstoets heb ik me telkens de vraag gesteld of, en hoe, ik het fout zou kunnen hebben (falsificatie).

8.3.3 Betrouwbaarheid

Mijn onderzoeksgegevens zijn niet openbaar. Er waren rechters die het maken van geluidsopnamen enkel toestonden als het materiaal niet openbaar zou worden gemaakt en enkel gebruikt zou worden voor dit onderzoek en daarna vernietigd. Ook sommige advocaten stelden die voorwaarden. Dat is logisch. Zij vertelden mij gevoelige dingen. Over wederpartijen, andere advocaten, over waar het partijen daadwerkelijk om te doen was, over processtrategieën. Anonimiseren is niet mogelijk en pseudonimiseren zinloos, omdat de zaken snel herleidbaar zijn. Die informatie mag niet op straat komen te liggen. Zou ik deze vertrouwelijkheid niet hebben toegezegd, dan zou ik de data niet hebben gekregen. De onderzoeksgegevens waren vanzelfsprekend wel toegankelijk voor mijn promotoren en de leescommissie.

Door uitgebreid aandacht te besteden aan de methodologie en door mijn uitgebreide verslaglegging maak ik mijn onderzoek navolgbaar.

8.4 Conclusies over pre-procedurele schikkingspogingen

Mijn onderzoek richtte zich op het schikkingsproces op de gang, en niet op wat daaraan allemaal voorafgegaan is. Wel heeft het bijvangst opgeleverd in die zin dat het pijnpunten blootlegt.

8.4.1 Een gesprek over het mislukken van pre-procedurele schikkingspogingen

Er is veel variatie in de omvang en diepgang van pre-procedurele schikkingspogingen (hoofdstuk 4), maar over die schikkingspogingen (en wat maakt dat die niet succesvol waren) werd ter zitting niet of nauwelijks gesproken (hoofdstuk 5). Als de rechter al inging op pre-procedurele schikkingspogingen, kwam dat omdat daarover in de processtukken iets stond geschreven of, omdat een van de partijen iets zei. Maar er werd niet besproken waardoor partijen niet zelf tot een oplossing hadden kunnen komen.

In par. 5.7 besprak ik dat advocaten zonder instemming van de wederpartij geen mededelingen mogen doen over de inhoud van schikkingsonderhandelingen. Dat is een relevante gedragsregel. Zonder die gedragsregel is het mogelijk nog lastiger om (voor de procedure) tot oplossingen te komen, omdat informatie die vertrouwelijk wordt gedeeld in het kader van schikkingsonderhandelingen van invloed kan zijn op de rechtspositie van partijen. Partijen willen vanzelfsprekend niet dat die voor hun rechtspositie nadelige informatie bij de rechter bekend is. Zonder die gedragsregel zal het vertrouwelijk (confraterneel) overleg tussen advocaten minder snel leiden tot een succesvolle oplossingsexploratie, zo veronderstel ik.

Desondanks kan het zinvol zijn om ter zitting te bespreken wat ervoor heeft gezorgd dat partijen niet tot een regeling zijn gekomen. Inzicht daarin kan het schikkingsgesprek immers helpen omdat het focust op wat partijen nodig hebben om tot een schikking te komen. Het voorkomt nodeloze schorsingen en kan leiden tot effectievere schikkingsinterventies. Een rechter zal bijvoorbeeld andere interventies verrichten als partijen geen schikkingspogingen hebben gedaan (te beginnen met een exploratie van waar het hen daadwerkelijk om te doen is) dan wanneer partijen uitgebreid hebben onderhandeld, maar verdeeld blijven op een zuiver juridische rechtsvraag (dan kan een voorlopig oordeel juist effect hebben).

Daarmee wordt ook voorkomen dat de rechter uitgaat van impliciete veronderstellingen over de voordelen van schikken en de wens van partijen om te

schikken (zie par. 5.4 t/m 5.7). In het verlengde daarvan zou het goed zijn als advocaten en procespartijen (in het kader van de voorbereiding van de zitting) afspreken wat zij daarover met de rechter willen delen. Wat zij nodig hebben om tot een regeling te komen, ofwel heel duidelijk maken dat een regeling er niet in zit. Dan hoeven daar ter zitting geen woorden aan vuil gemaakt te worden.

Kan ik het fout hebben? Niet wat betreft de beperkte aandacht ter zitting voor het voortraject. Ik heb de processtukken niet gezien. Mogelijk wordt daarin wel degelijk ingegaan op pre-procedurele schikkingspogingen, al veronderstel ik dat als dat al het geval is, de opmerkingen beperkt zijn tot de rechtspositie, bijvoorbeeld omdat gesteld wordt dat stellingen zijn erkend of niet betwist of dat er is gesommeerd (stuitingshandeling). Maar er zal niet worden ingegaan op de redenen dat het partijen niet gelukt is zelf tot oplossingen te gekomen en wat zij nodig hebben om alsnog tot een effectieve en duurzame oplossing te komen. Het ligt voor de hand dat het expliciet vertellen waarom eerdere onderhandelingen mislukten en wat partijen nodig hebben, leidt tot meer schikkingen, maar nader onderzoek is aan te bevelen.

8.4.2 Over ingebrekestellingen en conceptdagvaardingen

In de zaken waarin voorafgaand aan de procedure geen schikkingsonderhandelingen zijn gevoerd, werd mij in de interviews regelmatig verteld dat dit kwam, doordat er door de andere partij niet werd gereageerd op sommaties (par. 4.4). Dat is logisch. Als er niet wordt gereageerd, kun je geen gesprek hebben.

Ik heb geen dossieronderzoek gedaan en heb de sommaties niet gezien. Juridische interventies als ingebrekestellingen kunnen relaties eenvoudig verharden (zie par. 6.3.5). Dat is mij ook in de gesprekken met procespartijen duidelijk geworden. In een enkel geval werd zelfs expliciet gewezen op de ingebrekestelling die een einde maakte aan elk minnelijk overleg tussen familieleden die in een vermogensrechtelijk geschil verwikkeld waren. In literatuur is (daarom) de suggestie gedaan om een inverbindingstelling te introduceren, en procespartijen eerst toegang tot een gerechtelijke procedure te geven nadat zij een conflictdiagnose hebben gemaakt.[518]

Ik denk dat nader onderzoek zinvol is naar pre-procedurele schikkingspogingen, en hoe je ingebrekestellingen effectief kunt redigeren, zodanig dat enerzijds wordt voldaan aan de materiële vereisten voor een ingebrekestelling en anderzijds dat die

[518] Barendrecht e.a. 2018; Van de Luijtgaarden 2018. Zie ook: par. 6.3.4.

uitnodigend is om samen een minnelijke regeling te exploreren. Hoe krijg je partijen (ook in een sterk geëscaleerd) geschil weer aan tafel?

8.4.3 Over voorbereidingen en uitgangsposities

Veelal was de reden om voorafgaand aan de procedure geen schikkingspogingen te doen, gelegen in de inschatting dat die pogingen kansloos zouden zijn omdat partijen te ver uit elkaar zaten (par. 4.5). Soms is een verschil onoverbrugbaar. Niets aan te doen. Maar soms *lijkt* een verschil onoverbrugbaar en blijkt nadere exploratie toch zinvol. Ik heb gezien dat procespartijen soms minder principieel zijn dan zij lijken en dat ten onrechte wordt gedacht dat het verstandig is om te procederen vanwege een vermeend principe (par. 6.2 en par. 6.3.2). Het dubbeltje kan ook de verkeerde kant oprollen.

Het kan zo zijn dat een uitspraak zwart of wit is, maar dat is de rechtspositie niet. Of je gelijk krijgt is namelijk (tenminste) afhankelijk van de houdbaarheid van je stellingen en je bewijspositie.[519] Dat geeft een *kans* op winst/verlies en die kans is zelden 100 procent. Was de uitkomst op voorhand duidelijk, dan zou daarover immers niet geprocedeerd hoeven worden (par. 3.2). Dat betekent dat in het kader van schikken niet de rechtspositie de inzet moet zijn, maar de kans op die (onzekere) uitkomst vermenigvuldigd met de waarde van die uitkomst – als die op geld waardeerbaar is. Daarvan moeten de proceskosten worden afgetrokken. Dat inschatten van proceskansen is evenwel geen usance en erg lastig. Het wordt juristen niet geleerd.

Uit onderhandelingstheorie volgt dat er een verband is tussen de 'agressiviteit' van een openingsbod en de winst in onderhandelingen. Kort gezegd, hoe dichter bij het weerstandspunt hoe beter (par. 3.3.3). Daarom wordt wel aangeraden om een agressief openingsbod te doen. Je kunt daarin te ver gaan. Volgens de theorie speelt rechtvaardigheid in onderhandelingen een belangrijke rol. Een vordering die als oneerlijk, niet reëel, wordt ervaren kan de welwillendheid om te praten wegnemen (zie ook par. 3.3.4).

Uit mijn onderzoek volgt dat in het kader van de voorbereidingen op de zitting vooral wordt gefocust op de rechtsposities van partijen (de inhoud van de zaak) en minder

[519] Juridisch gezien dan, want waarschijnlijk spelen ook andere (minder tastbare, zoals psychologische) factoren een rol.

op onderliggende belangen. Dat lijkt ertoe te leiden dat schikkingsvoorbereidingen vooral gaan over het bepalen van de (geldelijke) ondergrens en dat leidt als vanzelf tot distributieve onderhandelingen (par. 1.4.6 en 6.4). Die heb ik ook met name gezien (par. 6.4). Integratieve onderhandelingen waren er weinig.

8.4.4 Vreemde ogen dwingen

Soms lukt het een advocaat niet om zijn cliënt te overtuigen van zijn ongelijk. Die wil, ondanks een negatief procesadvies, koste wat het kost procederen. Af en toe is nodig dat een procespartij van de rechter hoort wat hij in een procedure zal krijgen. De vreemde ogen van de rechter dwingen (par. 4.3). In de procedure kan een voorlopig oordeel van de rechter deze procespartij zijn eigen ongelijk doen inzien. Dat is op zichzelf winst, want dat kan het begin zijn van een (duurzame en effectieve) oplossing.

Vanuit dat perspectief begrijp ik dat advocaten bereid zijn mee te werken aan 'kansarme' zaken. Bedacht moet evenwel worden dat procedures ook voor anderen dan de eigen cliënt consequenties hebben, vooreerst voor de wederpartij. Procederen kost geld (voor de maatschappij, de wederpartij en rechtsbijstandsverzekeraars). Bovendien kunnen procedures leiden tot stress en gezondheidsschade (par. 1.4.7). Ook kansarme zaken dragen bij aan de achterstanden binnen de Rechtspraak. Dat vraagt telkens om een expliciete normatieve afweging van de advocaat en dus om het niet slaafs volgen van wat een cliënt vraagt.

8.5 Conclusies met betrekking tot de zitting

8.5.1 Over de zittingsaanpak

Ik heb geen uniforme zittingsaanpak geobserveerd. De zittingsaanpak verschilt niet per rechtbank, maar veeleer per rechter (par. 5.3). In de meeste zaken komen dezelfde fases aan bod, maar de volgorde en de diepgang variëren. Dat is in overeenstemming met eerder onderzoek.[520] Dat is geen probleem, als de rechter de verwachtingen van partijen maar voldoende managet (par. 5.3.2).

Onderzoek geeft inzichten wat in het algemeen effectieve interventies zijn, maar schikken vraagt om maatwerk. Wat in het algemeen werkt, hoeft voor partijen in een

[520] Verschoof & Van Rossum 2018.

bepaalt geschil niet te werken. Wat daar werkt, zal samen met procespartijen onderzocht moeten worden. Dat vergt praten, luisteren, afstemmen en toetsen van veronderstellingen (zie ook par. 5.4, 5.5, 5.6 en 5.7)

8.5.2 Over de doelen van de zitting en de zittingsagenda

Rechters vertellen niet altijd wat er ter zitting gaat gebeuren. Het kwam zelfs voor dat de rechter enkel inventariseerde wie verschenen waren en welke processtukken hij ontvangen had om vervolgens direct op de inhoudelijke behandeling over te stappen. Daar waar rechters de agenda van de zitting bespraken, viel me op dat zij veelal mededeelden wat de agenda was, maar daarover niet of nauwelijks met partijen in gesprek gingen.

Een en ander hoeft geen probleem te zijn indien partijen weten wat hen te wachten staat. In de interviews met de procespartijen en advocaten viel me op dat dit niet altijd het geval is (zie par. 4.5). Er wordt nauwelijks aan partijen gevraagd hoe zij tegenover de zaak staan, hoe zij zich tot de zaak verhouden en wat zij van de zitting verwachten.

8.5.3 Rechters manageden de verwachtingen van partijen maar heel beperkt

Rechters toetsten nauwelijks de verwachtingen rondom (voordelen van) schikken (par. 5.5). Tegelijkertijd heb ik niet geobserveerd dat advocaten en procespartijen onjuiste veronderstellingen actief ter discussie stelden (par. 5.6). Zij hoorden het veelal lijdzaam aan. Vervolgens vertelden zij niet waar zij behoefte aan hadden, wat hen zou kunnen helpen tot oplossingen te komen. Dat geldt ook voor het strategisch terugkommoment na een schorsing. Dan is duidelijk wat partijen verdeeld houdt, wat hen dichter bij elkaar zou kunnen brengen en op welke wijze de rechter daarbij behulpzaam kan zijn. Partijen kunnen op de gang afspreken wat zij de rechter vertellen over het schikkingsproces en of de rechter behulpzaam kan zijn bij het vinden van een oplossing, maar dit gebeurde in de door mij geobserveerde praktijk niet.

Ik hoorde (te) regelmatig dat advocaten (en procespartijen) denken dat schikkingsinterventies ingegeven werden door (vermeende) eigenbelangen van rechters en de Rechtspraak (par. 7.2.1). Die perceptie doet vanzelfsprekend afbreuk aan de effectiviteit daarvan. Ik heb rechters niet de vraag gesteld in hoeverre ze in hun interventies gestuurd werden door eigenbelangen, nog daargelaten dat een dergelijke vraag eenvoudig sociaal wenselijke antwoorden ontlokt. Er moeten twee dingen uit

elkaar gehaald worden. Ik twijfel er niet aan dat er eigenbelangen zijn. Dat betekent evenwel niet dat rechters die eigenbelangen ook nastreven en ook niet dat dát nadelig is voor procespartijen. Ik had niet de indruk dat rechters schikkingsinterventies verrichtten uit eigenbelang, maar duidelijk is wel dat die perceptie onder een belangrijk deel van de advocatuur leeft en dat die perceptie gevolgen heeft voor de effectiviteit van de schikkingspraktijk (par. 7.2). Sommige advocaten nemen voorlopige oordelen met een korreltje zout.

Over de procesbeleving werd in de door mij geobserveerde zaken niet gesproken (par. 5.8.2). Vanzelfsprekend dient de zitting ertoe de rechter geïnformeerd te krijgen over de rechtens relevante feiten, maar wanneer ervaren rechtvaardigheid serieus genomen moet worden (par. 1.4.4), zou wellicht wat meer stil gestaan kunnen worden bij de verwachtingen van partijen.

8.5.4 Over de zaken waarin niet geschorst werd

In vier van de 24 zaken is niet geschorst. Dat is in elk ervan verklaarbaar. In een had een van de partijen een kredietverzekering afgesloten, die uitkeert wanneer de wederpartij zou worden veroordeeld, maar niet in staat zou zijn te betalen. Eén zaak was inhoudelijk te complex. Er zouden deskundigen worden benoemd. In beide andere zaken speelden (vermeende) principes. In die laatste bleek er overigens wel (degelijk, maar) beperkte schikkingsruimte te zijn, maar die was ter zitting niet getoetst (zie par. 6.2).

Ik heb de rechters niet gevraagd wat maakt dat zij niet meer moeite hebben gedaan. Procespartijen en advocaten hadden daar zo hun eigen ideeën bij, waaronder vermeende eigenbelangen van de behandelend rechter of dat hij dacht dat partijen principiëler waren, dan zij daadwerkelijk waren.

Uit onderzoek van Verschoof & Van Rossum volgt dat rechters soms geen noemenswaardige schikkingspogingen doen in zaken waarin zij vinden dat een van partijen duidelijk het recht aan haar zijde heeft. Als dat zo is, is er weinig op tegen dat tegen partijen te vertellen. Tegenwoordig is het zelfs mogelijk mondeling vonnis te wijzen. Waarom zou je partijen in spanning laten als je zeker bent van je zaak?

8.5.5 Hervattingsgesprek

Wanneer advocaten na de schorsing zeiden dat partijen op de gang geen regeling hadden kunnen treffen, vertelden zij in de regel niet waardoor dat kwam. Meestal werd direct vonnis gevraagd. Rechters legden zich daarbij neer (par. 5.7).

Ik denk dat dit vaak een gemiste kans was. Als partijen zouden hebben verteld waarover zij (nog) verdeeld waren, had de rechter daarbij kunnen helpen. Ik raad advocaten aan om bij het gesprek op de gang te betrekken wat zij daarover terugkoppelen aan de rechter en of zij een 'hulpvraag' stellen. Rechters raad ik aan de vraag te stellen of partijen willen vertellen wat hen nog verdeeld houdt.

8.6 Conclusies over wat er op de gang gebeurt

8.6.1 Er werd nauwelijks onderhandeld

Op de gang gebeurde regelmatig heel weinig. In sommige gevallen werd er enkel door de ene partij aan de ander medegedeeld dat er niet onderhandeld zou worden. In andere gevallen werden openingsbiedingen gedeeld, waarna partijen concludeerden dat verder onderhandelen zinloos zou zijn. Deze schorsingen zie ik als zinloos: temeer ik achteraf in elk van die gevallen kon vaststellen dat het bereiken van een schikking kansloos was (par. 6.3).

Waarom gaan partijen de gang op wanneer zij niet de intentie hebben te schikken? Je kunt altijd luisteren of de wederpartij van mening is veranderd en je wilt de rechter niet tegen de haren instrijken. Want die rechter, zo dachten ze, wil graag dat partijen schikken: die heeft daarbij een eigenbelang (zie par. 6.3, par. 6.3.6 en par. 7.2.1) en als je niet meewerkt, dan kun je daar last van hebben. Rechters zijn ook mensen.

Of die angst nu terecht is of niet. Hij leeft. Dit leidt tot een aantal eenvoudige aanbevelingen:

- Rechters kunnen expliciet aan partijen vragen of de zitting iets veranderd heeft in hun opstelling, voordat hij de suggestie doet te schorsen.
- Rechters zouden hun veronderstellingen omtrent schikken sowieso met partijen moeten bespreken (par. 5.5). Kloppen die veronderstellingen wel? Doordat de rechter afstemt op de behoefte van partijen, zal het vooroordeel dat hij zich laat leiden door eigenbelangen

hoogstwaarschijnlijk verminderen. Nu hebben partijen veelal het gevoel dat ze naar de gang 'gestuurd' worden.

- Advocaten zouden ook spontaan moeten vertellen waaraan zij en hun cliënten behoefte hebben (par. 5.6). Als zij aangeven dat ze een voorlopig oordeel wensen, dan zou de rechter dat moeten geven of vertellen waarom dat (nog) niet gegeven kan worden. Als de rechter voorstelt om te schorsen, maar je hebt niets (nieuws) in handen om een zinvol schikkingsgesprek op de gang te voeren, dan ligt het in de rede om dat te zeggen, of in ieder geval te bespreken waaraan behoefte is. Wat kan partijen op de gang verder helpen?

Met een rechter die zijn veronderstellingen toetst en advocaten en procespartijen die vertellen wat zij nodig hebben, zullen schikkingsinterventies effectiever zijn. Willen partijen wel overleggen, maar zitten zij ver uit elkaar, dan kan de rechter kijken hoe dat verschil kan worden beslecht. Zijn partijen verzekerd tegen de kosten van rechtsbijstand, dan heeft het wijzen op kosten van doorprocederen geen zin. Misschien willen partijen wel om andere redenen van de procedure af.

8.6.2 Er werd distributief onderhandeld

In de gevallen dat partijen de gang opgingen en onderhandelden werd voornamelijk distributief onderhandeld (zie par. 6.4.2), daar waar gelet op MER en de conflict oplossende aspiraties van Rechtspraak en onderhandelingstheorie meer integratieve onderhandelingen verwacht mochten worden. Toch verbaast het niet dat er vooral distributief onderhandeld werd. Uit onderzoek van Verschoof & Van Rossum bleek al dat conflictinterventies het minst vaak voorkomen, maar ook dat ze niet erg diepgaand zijn (par. 3.4.8). Dat laat ook mijn onderzoek zien (par. 5.2 en 5.3).

Conflictinterventies proberen bloot te leggen wat partijen daadwerkelijk willen bereiken. Daarmee kunnen ze afstand nemen van het juridisch surrogaat daarvoor (de juridische positie). Als er weinig conflictoplossingsinterventies worden verricht, dan blijft de focus gericht op de juridische posities en dat vergroot de kans op distributieve onderhandelingen (zie par. 6.4). Hier is nog zeker winst te behalen.

8.6.3 Over werkafspraken

In drie gevallen werd er op de gang wel (beperkt) gesproken over een regeling, maar werd (al snel) geconstateerd dat het niet mogelijk bleek om tijdens de

schorsing/zitting een regeling te treffen. Procesdeelnemers spraken af dat de zaak zou worden aangehouden voor overleg tussen partijen. Ik heb niet onderzocht of die werkafspraken, die ik par. 6.4.4 besprak, effectief waren. Dat viel buiten het bestek van mijn onderzoek. Maar op basis van de interviews betwijfel ik of deze werkafspraken een grote kans van slagen hadden. Partijen zelf achtten de kans van slagen niet groot. Het instemmen met aanhouding leidt ertoe dat het momentum verloren gaat, dat procespartijen de ervaren druk die uitgaat van een zitting niet meer voelen en dat de achterban invloed kan uitoefenen. Bovendien zijn advocaten en procespartijen weer op elkaar aangewezen en kunnen zij de rechter niet meer om hulp (bijv. een voorlopig oordeel) vragen. Dat kan allemaal gevolgen hebben voor de schikkingsbereidheid. Rechters leken in mijn onderzoek niet happig op aanhoudingen. Nader onderzoek naar (de effectiviteit van) werkafspraken vind ik zinvol.

8.7 Overige conclusies

8.7.1 Over voorlopige oordelen

Verschoof & Van Rossum vonden dat het inbouwen van een voorbehoud schikking bevorderend werkt, net als voorlopige oordelen die niet over alle vorderingen gaan of het gelijk en het ongelijk verdelen over partijen.[521] Stellige voorlopige oordelen met een ruime strekking (toe- of afwijzen) leiden niet tot schikkingen.[522] Dat wordt bevestigd door mijn onderzoek (zie par. 7.2.3 en 7.2.4).

Dat betekent mijns inziens niet dat rechters voorlopige oordelen zo schikkingseffectief mogelijk moeten formuleren. Als de rechter een duidelijk voorlopig oordeel kan geven en partijen vragen daarom (bijvoorbeeld omdat een van hen de eigen cliënt niet kan overtuigen), dan moet de rechter dat geven. Anders worden procespartijen tekortgedaan. Procespartijen worden daarmee immers (indirect) afgehouden van waar zij recht op hebben.

Bewust voorzichtige voorlopige oordelen waarbij de bal (eveneens) bewust in het midden wordt gelaten, kunnen verkeerd begrepen worden, maar hebben bovendien op de lange termijn een keerzijde: de effectiviteit daarvan zal met de loop van de tijd

[521] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.
[522] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 386.

afnemen, want bekendheid met dat 'trucje' zal ertoe leiden dat ze met een korreltje zout worden genomen.

Dat gebeurt toch al. Zoals gezegd leeft onder een belangrijk deel van de advocatuur het beeld dat rechters eigenbelangen hebben en dat schikkingsinterventies ingegeven zijn door eigenbelangen. Die gedachte werd zelfs hardop uitgesproken, ook in bijzijn van cliënten (par. 7.2.3). Dat doet afbreuk aan de effectiviteit van schikkingsinterventies en een dergelijk frame maakt samen met het gedwee de gang opgaan van de schikkingspraktijk een theater.

8.7.2 Over het bazo

Het wijzen op het bazo (beste alternatief zonder oplossing) kan een effectieve schikkingsinterventie kan zijn (par. 7.2.5 2n 7.2.6). Het is daarbij wel belangrijk om het bazo af te stemmen op de betrokkenen. Het wijzen op oplopende proceskosten bij partijen die rechtsbijstand verzekerd zijn, helpt natuurlijk niet. Toch zag ik in de praktijk dat dit afstemmen niet gebeurde. Rechters vertelden in de regel welke voordelen schikken heeft, maar vroegen betrokkenen bijna niet welke voordelen er daadwerkelijk voor hen waren (par. 7.2.5 en 5.5).

Ik vermoed dat er onbenut potentieel is. Onderhandelingstheorie zegt namelijk dat het vaststellen van het bazo een van de belangrijkste voorbereidingshandelingen is.

Advocaten vinden deze interventie enerzijds logisch, maar verschillende advocaten zijn er niet dol op. Het is hun taak om hun cliënten te wijzen op de gevolgen van een procedure en samen een afgewogen beslissing te nemen. Het wijzen op de kosten van advocaten vinden ze sowieso *not done*.

8.7.3 Over deskundigheid, karakter en ervaring van advocaten

Advocaten kunnen schikkingen maken en breken. Daar vertelden advocaten veel over. De advocaten die ik sprak vinden schikkingen goed: een goede schikking is voor de cliënt vaak beter dan een procedure. Zij vertelden ook over de eigen beroepsgroep. Dat er advocaten zijn waarmee je makkelijk schikt en advocaten waarmee dat niet gaat. Dat een goede relatie met de advocaat wederpartij helpt. Dat het makkelijker schikt met een advocaat die je deskundig acht, hoewel de meningen uiteenlopen waar het aankomt op de vraag of minder deskundige advocaten eerder schikken of het juist eerder op een vonnis laten aankomen (par. 7.3.3). Ik hoorde anekdotes over spreekwoordelijke rotte appels. Advocaten gaven ook regelmatig expliciet af op de

kwaliteit van procesvoering door de advocaat wederpartij in de door mij geobserveerde zaak. In die gevallen vertelden ze me dat die gebrekkige kwaliteit debet was aan de procedure (die was niet nodig, want de wederpartij had ongelijk) en verdere conflictescalatie. In een beperkt aantal zaken gaven ook rechters openlijk af op de kwaliteit van de processtukken en/of procesgedrag.

Advocaten vertelden me over (andere) advocaten die procederen wegens eigenbelangen, die traineren, met wie niet te praten valt, die 'schreeuwen', en over cliënten die juist 'schreeuwers' inhuren (par. 7.3).

Ik heb de overtuiging dat de meeste advocaten goed werk doen en dat de anekdotes uitwassen zijn, hoewel ze vaak zonder erover te hoeven nadenken en zonder blikken of blozen werden gedeeld. Maar buitenissige ervaringen worden mogelijk veel beter herinnerd en misschien werden ze daardoor wel zo makkelijk gedeeld. Of het nu waar is of niet. Het beeld onder advocaten van in ieder geval een deel van de eigen beroepsgroep is niet goed. Ik vraag me af of het huidige gedragsrecht daartegen opgewassen is (par. 7.3.3). Ik denk dat de verplicht gestelde intervisie goede diensten kan bewijzen en hoop dat er breed discussie gevoerd wordt over de gewenste mores in de advocatuur anno nu. Een onderzoek naar de (gevolgen van het beeld over) eigenbelangen, 'rotte appels' en vermeend gebrekkige kwaliteit van dienstverlening ligt wat mij betreft voor de hand.

8.7.4 Over eigenbelangen

Ik heb geen advocaten geïnterviewd die hebben erkend zelf te hebben gehandeld uit eigenbelang. Ze wijzen op andere advocaten (par. 7.3).

Vanzelfsprekend hebben advocaten eigenbelangen, maar het is niet eenvoudig om de eigenbelangen vast te stellen. Is dat eigenbelang het voeren van een procedure tegen hoge kosten of het zorgdragen voor een goede (juridische) oplossing? Wie bepaalt dat eigenbelang? Als eigenbelangen al kunnen worden vastgesteld, is de vraag of het hebben van eigenbelangen erg is. Ik denk het niet. Eigenbelangen zijn er altijd. Het wordt problematisch wanneer advocaten die eigenbelangen ten koste van cliënten najagen. De mogelijkheid daartoe is er wanneer er sprake is van een informatie asymmetrie. Die speelt in de praktijk. Als eigenbelangen niet worden nagestreefd, dan kan in ieder geval worden vastgesteld dat de advocatuur ook binnen de eigen beroepsgroep een behoorlijk imagoprobleem heeft (par. 7.3.1 en 7.3.2).

Ook het beeld dat rechters worden gedreven door eigenbelangen speelt in de praktijk. En ook daarvoor geldt, of dat nu waar is of niet, de perceptie heeft betekenis (par. 7.2.1 en 7.2.2).

8.8 Aanbevelingen

Deze studie leidt tot een aantal eenvoudige aanbevelingen. Allereerst aan advocaten:

> Aanbeveling 1: Ga ervan uit dat er schikkingspogingen worden gedaan en bereid eventuele onderhandelingen voor.
>
> Aanbeveling 2: Achter principes gaan belangen schuil. Maak een conflictdiagnose en onderzoek de belangen van partijen en bekijk of die niet beter op een andere manier bereikt kunnen worden dan met een principiële (zwart-wit) vordering, die bij verlies het tegenovergestelde oplevert (vergroot de taart).
>
> Aanbeveling 3: Er blijven altijd onderdelen over waarover distributief onderhandeld moet worden. Uit onderzoek volgt dat hoge aspiraties leiden tot betere onderhandelingsuitkomsten. Het is verleidelijk om een agressief openingsbod te doen in de verwachting *'dan komen we ergens in het midden uit'*. Je kunt daarin te ver gaan. Vorderingen die oneerlijk voelen verpesten de boel. Dan ben je verder van huis. Formuleer schikkingsvoorstellen niet lichtvaardig. Houd rekening met eerlijkheidspercepties van de ander en weet dat onderhandelingen snel worden afgebroken als blijkt dat partijen te ver uit elkaar zitten.
>
> Aanbeveling 4: Advocaten en procespartijen hoeven schikkingsinterventies niet lijdzaam te ondergaan. In tegendeel, vertel waaraan behoefte is, wat helpt om tot oplossingen te komen en help de rechter bij het verrichten van effectieve schikkingsinterventies. Het vinden van effectieve duurzame oplossingen is wat mij betreft een gezamenlijke opdracht en verantwoordelijkheid, waarin ieder een rol vervult.
>
> Aanbeveling 5: Bespreek op de gang wat aan de rechter teruggekoppeld wordt, wie dat doet en met welk doel. Bespreek daarbij of er interventies zijn die de rechter zou kunnen verrichten die zouden kunnen helpen en bespreek of de rechter gevraagd zal worden die te verrichten.

Aanbeveling 6: Krijg je een onverwacht, onwelgevallig voorlopig oordeel, ga er dan niet voetstoots vanuit dat het ingegeven is door eigenbelangen van de rechter. Misschien heb je het (toch) zelf niet bij het juiste eind, of heb je de rechter nog niet overtuigd. Dan is het zinvoller om te kijken hoe je de rechter alsnog kunt overtuigen, dan uit te gaan van eigenbelangen van de rechter.

Aanbevelingen voor rechters. Verschoof & Van Rossum en Steenberghe deden al eerder zinnige aanbevelingen voor een effectieve behandeling ter zitting. Op basis van mijn onderzoek doe ik de volgende:

Aanbeveling 1: Bespreek bij aanvang van de zitting met partijen het chronologisch verloop ervan. Overweeg en bespreek daarbij om te starten met het exploreren van schikkingsmogelijkheden. Indien het onderzoek naar de rechtens relevante feiten reeds is gestart, verricht dan niet (tussentijds) schikkingsinterventies voordat de feitenexploratie is afgerond dan wel met partijen is afgestemd dat tussentijds schikkingsmogelijkheden worden geëxploreerd en waarom.

Aanbeveling 2: Bespreek met partijen hun verwachtingen van de zitting en manage die. Vertel wat er wel en niet gaat gebeuren en luister naar de behoeften van procespartijen.

Aanbeveling 3: Wees je ervan bewust dat schikken maatwerk is. Er zijn geen interventies die altijd werken. In plaats van je eigen veronderstellingen te delen, is het verstandiger te vragen welke voordelen partijen zien in een regeling en wat hen daadwerkelijk dichter bij elkaar brengt.

Aanbeveling 4: Vraag partijen en advocaten voorafgaand aan een schorsing of zij voldoende in handen hebben om een schikking te exploreren en wat de zitting in hun opstelling heeft veranderd.

Aanbeveling 5: Geef een voorlopig oordeel wanneer partijen dat vragen. Geef aan over welke onderdelen (nog) getwijfeld wordt en waarom. Besef dat een voorbehoud schikken helpt, maar dat het effect daarvan op de lange termijn contraproductief is. Ben je zeker van je zaak, zeg dat dan gewoon. Houd er rekening mee dat advocaten soms ook een voorlopig oordeel wensen om de eigen cliënt te kunnen overtuigen dat hij water bij de wijn moet doen.

8.9 Hoe nu verder?

Er wordt maar in een beperkt percentage van de zaken geprocedeerd (zie par. 3.4.2, 1.4.6 en 1.4.7). In verreweg de meeste gevallen lossen partijen hun geschillen op andere wijze op, of laten zij het er eenvoudigweg bij zitten. Advocaten kunnen ook in de zaken waarin niet geprocedeerd wordt een (begeleidende of zelfs conflict oplossende) rol spelen. Advocaten vertelden mij daar regelmatig over. Dit onderzoek ziet bijgevolg maar op een deel van de praktijk. Ik zou een kwalitatief empirisch onderzoek naar buiten-processuele schikkingspogingen toejuichen. Wat doen advocaten buiten rechte om tot regelingen te komen? Wat werkt? Wat niet?

Er is nog veel te doen en te verbeteren. Wat heeft wat mij betreft nu absolute prioriteit? Ik heb bij dit onderzoek de schikkingspraktijk als gegeven genomen en terecht want de schikkingspraktijk maakt een belangrijk deel uit van de procespraktijk. Ook MER (maatschappelijk effectieve rechtspraak) heb ik als gegeven genomen. Toch denk ik dat we juist bij die beide aspecten moeten beginnen. Het is tijd voor een rechtsfilosofische en een rechtseconomische reflectie op de wenselijkheid van schikken in rechte en op MER. De kritische geluiden in de literatuur (par. 1.4.5 en 1.4.6) vragen daarom, maar ook dit onderzoek.

Ik sprak advocaten die erg voor schikken zijn, die vinden dat rechters tot het uiterste mogen gaan en advocaten die de voordelen ervan inzien, maar vinden dat er wel erg veel nadruk op schikken wordt gelegd. Ik zag lijdelijke advocaten en actieve advocaten. Ik zag advocaten die lijdzaam de gang opgingen en er vervolgens over klaagden dat ze de gang 'op gestuurd' waren. Ik zag advocaten die interventies van de rechter becommentarieerden als ingegeven door eigenbelangen: 'Niet te veel van aantrekken'. Ik zag advocaten die de rechter spontaan vertelden waarom het niet gelukt was te schikken en wat nodig was om alsnog tot een regeling te komen. Ik zag advocaten die nauwelijks iets zeiden, die hooguit vragen beantwoordden en advocaten die vol vuur voor de belangen van hun cliënt gingen staan. Er zat veel variatie in wat ik zag en hoorde. Net zomin als dé rechter (par. 5.3), bestaat dé advocaat (par. 7.3.3).

In de schikkingspraktijk zijn het de procespartijen, advocaten en rechters die het moeten doen. Wat dat betreft denk ik dat een (breed) onderzoek naar de taakopvatting onder advocaten en rechters en naar hoe de beroepsgroepen eruitzien

zinvol is. Inzicht daarin geeft ook inzicht in hoeverre zij klaar zijn voor wat van hen in het kader van MER en conflictoplossing wordt verwacht.

Met schikken eindigen procedures. Maar de ene schikking is de andere niet. Iemand die schikt omdat het (achter het geschil liggende) probleem is opgelost zal waarschijnlijk tevredener zijn dan degene die schikt om louter proceseconomische redenen. Kijk je naar tevredenheid zou je vooral de eerste schikking moeten nastreven. Tegelijkertijd kan het zoeken naar oplossingen voor achterliggende belangen leiden tot rechtsonzekerheid. Het inroepen van rechtsgevolgen maakt helder wat je kunt verwachten. Je krijgt gelijk of niet. Bij het exploreren van achterliggende belangen en integratieve oplossingen is dat op voorhand veel minder duidelijk. Dat is in de individuele zaak geen probleem, maar precedenten kleuren rechtsposities en wat dat betreft kan de praktijk in zijn geheel geholpen zijn met principe-uitspraken (schaduwwerking).

Bovendien kost het exploreren van achterliggende belangen nogal wat: opleiden van rechters en advocaten, zittingstijd enzovoorts. Tegelijkertijd eindigt een schikking de procedure. Er hoeven geen kosten meer gemaakt te worden. Cliënten kunnen weer lekker slapen (denken we). Wat levert een en ander nu op? Is het economisch gezien verstandig om die investeringen te doen, of is het verstandiger de focus te verleggen: als je procedeert, krijg je een vonnis of een schikking om proceseconomische redenen. Wil je wat anders, dan moet je een andere 'dienst' kopen en bijvoorbeeld naar een mediator gaan. Of moeten we beide soorten schikkingen nastreven? Die keuze bepaalt vervolgens wat we van procespartijen, advocaten en rechters mogen verwachten, aan (proces-)gedrag, aan opleiding, aan interventies, aan taakopvatting.

Met MER lijkt door de politiek de keuze voor de eerste soort schikking gemaakt. MER vraagt immers om effectieve en duurzame oplossingen voor de (alledaagse) problemen van gewone mensen, niet (alleen) om kortere procedures, hoewel partijen daarmee ook gediend zijn, want procedures worden als belastend ervaren. Ik heb het idee dat MER al snel gelijk wordt gesteld met schikken. Alsof een schikking altijd een effectieve duurzame oplossing behelst. Dat waag ik te betwijfelen. Sterker, soms helpt een schikking niets en soms kan een vonnis een hele efficiënte en duurzame oplossing zijn. Het is ook paternalistisch om tegen een procespartij te zeggen dat hij beter af is met een schikking. Vraag het hem. Wat in een gegeven geval opportuun en gewenst is, zal telkens opnieuw met procespartijen moeten worden onderzocht.

In mijn onderzoek zag ik toch vooral schikkingen die een einde maakten aan het geschil. Maar of die schikking in de sociale werkelijkheid van de procespartijen ook daadwerkelijk een effectieve en duurzame oplossing was voor de (onderliggende) problemen is maar de vraag. Een antwoord op die vraag vraagt om een ander soort onderzoek. Ik kan er wel naar gissen. Ik denk dat MER vooralsnog meer een belofte is, een visie, dan de daadwerkelijke praktijk.

Kortom, wat mij betreft is het tijd voor een multidisciplinair onderzoek naar de wenselijkheid van conflictoplossing in rechte, waarbij ook aandacht is voor de heersende taakopvatting binnen de rechterlijke macht en de advocatuur.

8.10 Tot slot

Deze studie beantwoordt de vraag wat er (feitelijk) op de gang gebeurt. Het antwoord: feitelijk soms heel weinig en tegelijkertijd ontzettend veel. Dit onderzoek ging veel meer over (het vinden van verklaringen voor) menselijk gedrag op de gang dan over het vinden van (juridische) oplossingen voor juridische problemen. Het ging ook over wat betrokkenen *niet* deden en waarom. Het gaat op de gang om zoveel meer dan alleen de juridische positie van partijen en om wie gelijk heeft en wie niet. Het zoeken naar oplossingen voor de problemen van procespartijen is een buitengewoon complex en multidisciplinair proces en ik heb groot respect voor advocaten en rechters.

Schikken is geen lopende bandwerk, maar maatwerk. Er is niet één schikkingsinterventie die altijd werkt. Wat werkt, verschilt van zaak tot zaak en van partij tot partij. Dat laat onverlet dat we inmiddels wel weten wat in het algemeen werkt.

Schikken is maatwerk én mensenwerk. Ik hoop dat dit onderzoek leidt tot meer aandacht voor de 'menselijke component': hoe procesdeelnemers zich gedragen, met elkaar omgaan, communiceren en hun moraliteit. Dat het eraan herinnert dat het op de gang uiteindelijk gaat om mensen. Die willen geen schikkingenfabriek (par. 7.2.6) of poppenkast (par. 6.3.7), maar een oplossing voor hun probleem.

SAMENVATTING

Een gewone civielrechtelijke procedure eindigt in eerste aanleg met een vonnis of een schikking. Met meer dan 100 duizend pogingen per jaar[523] wordt in Nederland ongeveer een op de drie zaken geregeld. Die schikkingen zijn niet nieuw. Integendeel, ze zijn van alle tijden, maar de rol van de rechter verschuift sinds een paar decennia steeds meer naar een actief bemiddelende. De eisen die aan schikkingen worden gesteld lijken ook te veranderen: een schikking zou zoveel mogelijk moeten bijdragen aan een duurzame oplossing van het onder het geschil liggende conflict.

Toen ik de kans kreeg promotieonderzoek te doen, wist ik dat de schikkingspraktijk het onderwerp daarvan moest zijn. Ik had daarin al interesse sinds ik in 2004 werd beëdigd als advocaat. Ik was niet de enige die daar meer van wilde weten. De schikkingspraktijk was al eerder systematisch onderzocht door Van der Linden[524] en toen ik mij oriënteerde op mijn onderzoeksonderwerp waren Verschoof & Van Rossum[525] bezig met het empirisch deel van hun onderzoek. Van der Linden en Verschoof & Van Rossum concentreerden zich op de rechter en de zitting, maar niet op de gang. Wat daar gebeurde was nog onontgonnen gebied, terwijl een schikking meestal op de gang wordt getroffen tijdens een schorsing van de zitting. Wat gebeurt er op de gang? Met die vraag ging ik in 2018 het veld in.

In het eerste hoofdstuk van dit boek vertel ik hoe ik tot het onderwerp voor dit onderzoek ben gekomen en leg ik uit waarom dit onderzoek relevant is. Het belang is niet alleen gegeven door de hoeveelheid schikkingen (30 procent van de civielrechtelijke zaken). Onduidelijk is allereerst hoe effectief de schikkingspraktijk feitelijk is: worden problemen daadwerkelijk en duurzaam opgelost?

Sinds het onderzoek van Van der Linden staan bovendien dwangschikkingen op de kaart. Dat zijn schikkingen waarbij ten minste één procesdeelnemer zegt dat hij zich gedwongen voelde te schikken. Hoewel je de vraag kunt stellen of dwangschikkingen koste wat het kost moeten worden voorkomen, zijn schikkingen die partijen écht

[523] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 29.
[524] Van der Linden 2010.
[525] Verschoof & Van Rossum 2018.

willen te prefereren. Zeker als je wilt dat procesdeelnemers tevreden zijn met de procedure.

Het sociaalpsychologisch leerstuk 'ervaren rechtvaardigheid' ziet op de beleving, op de subjectieve rechtvaardigheidsperceptie. Het gaat er daarbij niet om of een procedure juridisch gezien eerlijk en rechtvaardig *is*, maar om de *beleving* dat die eerlijk en rechtvaardig is. Dat is belangrijk want een procedure die als rechtvaardig is ervaren, heeft volgens onderzoek allerlei voordelen. Een procespartij die vindt dat hij eerlijk en rechtvaardig is behandeld, acht de uitkomst (eerder) eerlijk en rechtvaardig.[526] Procesdeelnemers die zich rechtvaardig behandeld voelen, leggen zich sneller neer bij de uitkomst. Dat geldt ook voor degenen die de procedure verliezen. Ervaren rechtvaardigheid heeft voorts effecten op macroniveau. Rechtvaardige procedures vergroten bijvoorbeeld het vertrouwen in rechters[527] en verminderen eigenrichting.[528]

Sinds 2016 neemt de aandacht voor de maatschappelijke effecten van rechtspraak toe. De gedachte is dat rechtspraak behoort bij te dragen aan de duurzame oplossing van conflicten. Rechters zouden, zo is de gedachte, aandacht moeten hebben voor allerlei onder het geschil liggende belangen en zich rekenschap moeten geven van de gevolgen van de uitspraak. Het gaat dus om meer dan het enkel doorhakken van knopen. Als gevolg daarvan is de vraag of het burgerlijk procesrecht een nieuwe functie heeft: de functie van conflictoplossing. Dat is nogal wat, want conflictoplossing vraagt wat anders van procesdeelnemers dan geschilbeslechting. In de wetenschap zijn zowel kritische als ondersteunende geluiden te horen. Verschoof & Van Rossum onderzochten in hoeverre rechters in de praktijk conflictoplossingsinterventies verrichten. Hun conclusie was: heel beperkt. Zowel wat aantallen, als wat diepgang betreft.

Een laatste perspectief waarom een onderzoek naar schikken belangrijk is: er zijn mogelijk lessen te leren waarmee (onnodige) procedures voorkomen kunnen worden.

Als onderzoeker maak je vele keuzes. Je kunt niet alles doen. Elke keuze die je maakt, heeft gevolgen. In hoofdstuk 2 beschrijf ik welke keuzes ik heb gemaakt en waarom, maar geef ik ook de methodologische gevolgen daarvan.

---

[526] Van der Linden 2010, p. 29.
[527] Grootelaar & Van den Bos; Grootelaar 2018.
[528] Grootelaar & Van den Bos 2018.

Ik heb 24 zittingen geobserveerd bij de rechtbanken Midden-Nederland (locatie Utrecht) en Limburg (locaties Roermond en Maastricht). In twintig van die 24 zaken werd geschorst. In die twintig zaken ben ik met partijen mee de gang opgegaan. Ik keek met hen en hun advocaten mee hoe zij tot een regeling probeerden te komen, óf hoe ze dat helemaal niet probeerden. Met een dictafoon maakte ik geluidsopnamen. Ik interviewde na afloop de procespartijen en hun advocaten. De geluidsopnamen transcribeerde ik. Vervolgens heb ik de transcripties gecodeerd waarna ik in staat was om passages met elkaar in verband te brengen. Daarnaast deed ik een systematisch literatuuronderzoek. Ik onderzocht databanken op Engelstalige en Nederlandstalige literatuur. Ik wilde daarmee de vragen beantwoorden hoe mijn onderzoek zich verhoudt tot de *state of the art*, maar ook wat daaruit te leren is voor mijn onderzoek. In hoofdstuk 2 bespreek ik de onderzoeksmethode. In hoofdstuk 3 doe ik inhoudelijk verslag van de gevonden literatuur.

In de overige hoofdstukken focus ik op mijn empirisch onderzoek. Telkens beschrijf ik eerst wat ik heb geobserveerd of gehoord. Daarna reflecteer ik daarop, waarbij ik teruggrijp op de literatuur die ik gevonden heb.

In hoofdstuk 4 ga ik in op wat er vóór de zittingen is gebeurd. Wat maakt dat partijen niet zelf tot een oplossing konden komen? Dat is een terechte vraag want uit mijn literatuuronderzoek blijkt dat een procedure rechtseconomisch als een 'fout' wordt gezien. Procederen kost immers geld. Dat geld zouden conflictpartijen beter kunnen verdelen in het kader van een regeling. Rationeel handelende partijen procederen niet, tenzij er sprake is van een *close case*, een zaak waarvan de uitkomst niet te voorspellen is. De literatuur geeft verklaringen voor dit irrationele gedrag: de verwachtingen van partijen over wat de rechter zal beslissen divergeren; zij zouden over verschillende informatie beschikken die van belang is voor de uitkomst van het geschil; zij zouden niet in staat zijn om de onderhandelingsruimte te vinden of bereid zijn om die eerlijk te verdelen; en/of eigenbelangen van advocaten zouden aan schikken in de weg staan.

In de zaken die ik observeerde speelde vooral dat partijen de zaak als zwart-wit zagen, of dat zij erg ver uit elkaar zaten en het gat niet konden dichten. In dit soort gevallen is een oordeel van de rechter gewenst. Ik hoorde ook dat er partijen waren die procederen ondanks een negatief procesadvies. Zij hadden het advies van hun advocaat in de wind geslagen. Ook in die gevallen is het oordeel van de rechter gewenst.

Een knelpunt lijkt dat advocaten op een laat tijdstip worden benaderd. Soms komt een cliënt binnenrennen met de dagvaarding onder de arm. In die gevallen is regelmatig sprake van vergevorderde conflictescalatie en moet er snel gereageerd worden. Gelet op de termijnen is dat vaak in de vorm van een conclusie van antwoord. Dan is het grootste deel van de kosten al gemaakt en die reeds gemaakte kosten verkleinen de schikkingsruimte (*sunk costs*), zo blijkt uit de literatuur.

Meestal bereidden partijen en hun advocaat de zitting voor. Opvallend is dat zij zich daarbij met name richtten op de juridische posities: waar sta je sterk? Waar zwak? Onderhandelingen werden nauwelijks voorbereid, vaak enkel met de mededeling dat de rechter partijen wel 'de gang zal op sturen'.

Ik woonde ook de zittingen bij. Daarover doe ik in hoofdstuk 5 verslag. Uit mijn onderzoek, maar dat bleek ook al uit eerdere studies, blijkt dat er geen uniforme zittingsaanpak is. Ik zag niet zozeer verschillen tussen rechtbanken, maar wel tussen rechters. De meeste rechters zijn tamelijk actief, maar de verschillen zijn groot waar het aankomt op schikkingsinterventies. De ene rechter trekt alles uit de kast, de ander doet niets. In de literatuur wordt een verband gezien tussen hoe een rechter een schikking beproeft en zijn taakopvatting. Ziet hij zichzelf als een knopendoorhakker of een conflictoplosser? Ik denk dat die taakopvatting zeker belangrijk is, maar denk ook dat het dossier en de opstelling van procespartijen van invloed zijn.

Wat opviel is dat rechters uitgaan van veronderstellingen rondom de voordelen van schikken en de nadelen van procederen, maar die niet bij partijen toetsten. Zo wees een rechter erop dat van een kale kip niet valt te plukken, maar voor de procespartij was dat geen argument van betekenis. Procespartijen en advocaten corrigeerden dat niet. Ze lieten de rechter in de waan dat de veronderstellingen klopten. Advocaten en procespartijen vertelden sowieso bijna nooit waaraan zij behoefte hadden: wat helpt hen met schikken? En als de rechter suggereerde om de zaak te schorsen teneinde een schikking te beproeven, terwijl advocaten daarin geen vertrouwen hadden, dan gingen zij gedwee de gang op. Waarom? Soms om te vernemen of de wederpartij van mening was veranderd, maar vaak om de rechter niet tegen de haren in te strijken. Op de gang gebeurde er een heleboel, maar niets dat partijen dichter bij elkaar bracht. Het was een toneelstuk om de rechter de indruk te geven dat partijen hun best deden. Kwamen deze partijen terug in de zittingszaal dan vertelden ze niet alsnog wat ze nodig hadden. In tegendeel. Ze vroegen om vonnis en de rechter legde zich daarbij neer.

Wat er op de gang gebeurde vertel ik in hoofdstuk 6. Er waren wel degelijk zaken waarin partijen onderhandelden. Dat waren meestal distributieve onderhandelingen, waarbij het (geldelijke) verschil tussen de door partijen ingenomen rechtsposities op een of andere manier werd verdeeld. Een enkele keer onderhandelden partijen ook integratief. Dat was vooral het gevolg van de manier waarop de rechter de zaak had behandeld. Daarbij was een onderliggend belang gevonden. Een schikking deed daaraan meer recht dan een vonnis.

In hoofdstuk 7 doe ik verslag van de interviews. Advocaten en procespartijen, die overigens heel openhartig waren, vertelden over hun ervaringen met de schikkingspraktijk en over de invloed van rechters en advocaten op schikkingen. Er blijkt een hardnekkig en breed gedragen beeld te bestaan dat rechters schikken uit eigenbelangen. Zij zouden partijen de gang opsturen en richting een schikking bewegen om het dossier te kunnen sluiten en geen vonnis te hoeven schrijven. Schikken zou de werkdruk verlagen en goed zijn voor de carrière. Sommige advocaten zeiden dat ook op de gang, in bijzijn van hun cliënt, waarbij ze een voorlopig oordeel van de rechter kleurden: 'Dat zegt ie alleen maar omdat hij wil dat je schikt'. Vanwege dat frame is de waarde van voorlopige oordelen voor sommige advocaten beperkt. Die worden met een korreltje zout genomen.

Tegelijkertijd leeft onder advocaten het idee dat er ook advocaten zijn die zich ten koste van hun cliënten laten leiden door eigenbelangen. Zij procederen liever dan dat zij schikken. Bovendien zijn er 'straatvechters', advocaten die alleen maar 'schreeuwen' en met wie 'niet te schikken valt'. Die hebben de meeste advocaten liever niet tegenover zich in de zittingszaal. Doe dan maar een inhoudsdeskundige advocaat. Daarmee schikt het in de regel makkelijker, zo werd mij verteld. Dat is ook zo met een advocaat die je al kent. Wederzijds vertrouwen speelt daarbij een rol.

Er is nog veel te doen en te verbeteren. Ik doe in hoofdstuk 8 een aantal aanbevelingen, maar wat heeft wat mij betreft nu absolute prioriteit? Ik zag lijdelijke advocaten en actieve advocaten. Ik zag advocaten die lijdzaam de gang op gingen en er vervolgens over klaagden dat ze de gang 'op gestuurd' waren. Ik zag advocaten die interventies van de rechter becommentarieerden als ingegeven door eigenbelangen. 'Niet te veel van aantrekken'. Ik zag advocaten die de rechter spontaan vertelden waarom het niet gelukt was te schikken en wat nodig was om alsnog tot een regeling te komen. Ik zag advocaten die nauwelijks iets zeiden. Kortom: ik zag veel variatie. Net zomin als dé rechter, bestaat dé advocaat. Ik denk dat een (breed) onderzoek naar

de taakopvatting onder advocaten en rechters en naar hoe de beroepsgroepen eruitzien zinvol is. Inzicht daarin geeft ook inzicht in hoeverre zij klaar zijn voor wat van hen in het kader van MER (maatschappelijk effectieve rechtspraak) en conflictoplossing wordt verwacht.

Deze studie beantwoordt de vraag wat er (feitelijk) op de gang gebeurt. Het antwoord: soms heel weinig en tegelijkertijd telkens ontzettend veel. Het zoeken naar oplossingen voor de problemen van procespartijen is een buitengewoon complex en multidisciplinair proces en ik heb groot respect voor advocaten en rechters. Schikken is geen lopende bandwerk, maar maatwerk. Er is niet één schikkingsinterventie die altijd werkt. Wat effectief is, verschilt van zaak tot zaak en van partij tot partij. Dat laat onverlet dat we wel inmiddels weten wat in het algemeen werkt. Schikken is maatwerk én mensenwerk. Ik hoop dat dit onderzoek leidt tot meer aandacht voor de 'menselijke component': hoe procesdeelnemers zich gedragen, met elkaar omgaan, communiceren en hun moraliteit. Dat het eraan herinnert dat het op de gang uiteindelijk gaat om mensen. Mensen die zelfstandig hun probleem niet opgelost krijgen en daarvoor de hulp inroepen van overheidsrechtspraak. Die willen geen schikkingenfabriek of poppenkast, maar een oplossing voor hun probleem.

SUMMARY

An ordinary civil law procedure ends in a verdict or a settlement. About one in three cases settle in the Netherlands, with more than a hundred thousand attempts per year.[529] Judicial settlements are by no means a new phenomenon. Still, in recent decades, the role of the judge has increasingly shifted to one of active conciliation. Settlements today are also expected to contribute as much as possible to a lasting resolution of the conflict underlying the dispute.

When I had the opportunity to do PhD research, I knew that the settlement practice in civil lawsuits had to be my subject. I have been interested in settlement negotiations since I became a lawyer in 2004, and I was not the only one. Van der Linden[530] had already researched this practice, and when I began my PhD research Verschoof & Van Rossum[531] were working on the empirical part of theirs. Both studies focused on the position of the judge and court hearings. But what happens during corridor negotiations was still unexplored territory, even though parties usually settle in the corridors of courthouses, i.e. during a suspension of the hearing. What happens in the corridor? That was the question that intrigued me, the question at the heart of this research.

This book consists of eight chapters. Chapter 1 explains how I came to start this study and why it is relevant, besides the fact that 30 per cent of civil law cases settle. First, it is unclear how effective the settlement practice really is: are problems actually and permanently solved? Furthermore, Van der Linden's research predominantly involved compulsory settlements. These are settlements where at least one litigant says they felt compelled or coerced to settle. Although from a meta point of view one could ask whether the judiciary should avoid forced settlements at all costs, my view is that settlements that parties actually desire are preferable, particularly if the aim is to give litigants the feeling that justice was done.

---

[529] Verschoof & Van Rossum 2018, p. 29.
[530] Van der Linden 2010.
[531] Verschoof & Van Rossum 2018.

The socio-psychological doctrine of perceived fairness concerns the subjective perception of justice. It is not about whether a procedure is legally fair and just, but about the perception that it is. This perception is relevant because a process that is perceived as fair has all kinds of advantages. According to mainstream socio-psychological research, a litigant who feels fairly and justly treated is more likely to consider the outcome fair and just, and is more likely to accept the outcome, whatever it is.[532] This is also true for litigants who do not win in court. Perceived fairness further has effects at the macro level. For example, fair procedures increase society's trust in judges[533] and reduce the risk of people taking matters into their own hands.[534]

Since 2016, more emphasis has been placed on the societal effects of justice. A contemporary view is that the judiciary should contribute to the sustainable resolution of conflicts. Judges should pay attention to all kinds of interests underlying the dispute and take the consequences of their judgment into account. In other words, adjudication should be about more than just making decisions. As a result, the question is whether civil procedural law has acquired a new function: the function of conflict resolution. This idea is quite revolutionary in legal thinking, as conflict resolution requires different perspectives and strategies from litigants, lawyers, and judges compared to dispute resolution. In academia, there are both critical and supportive voices of this view. Verschoof & Van Rossum investigated the extent to which judges carry out conflict resolution interventions in practice. Their conclusion was: minimal – in terms of both numbers and depth.

A final perspective on why research on the settlement practice is essential is that there may be best practices and lessons learnt to prevent unnecessary proceedings.

As a researcher, I had to make choices that came with consequences. One cannot do everything. In Chapter 2, I describe which choices I made and why. I also discuss the methodological implications of my decisions and the broader perspective of the methodology I used.

I observed 24 court hearings at the courts of Midden-Nederland (in Utrecht) and Limburg (in Roermond and Maastricht). In 20 of those 24 cases, the hearing was suspended for litigants to try to settle 'in the corridor'. In those cases, I followed the

---

[532] Van der Linden 2010, p. 29.
[533] Grootelaar & Van den Bos; Grootelaar 2018.
[534] Grootelaar & Van den Bos 2018.

litigants and their lawyers and observed them trying – or not at all trying – to reach an agreement. I made audio recordings with a dictaphone. Afterwards, I interviewed the litigants and their lawyers. I transcribed the audio recordings. Next, I coded the transcriptions, which allowed me to draw connections between text phrases. In addition, I conducted a systematic literature review. I searched databases for English and Dutch literature to find out how my research relates to legal science and adjacent disciplines. Chapter 3 reports on the content of the literature found.

The remaining chapters focus on the empirical part of my research. I first describe what I have observed or heard. Then I provide a thorough reflection, referencing the literature and scholarly perspectives.

In Chapter 4, I address what happened before people decided to file suit. Why were the parties involved unable to solve their problems without the help of the law and lawyers? This question is legitimate because the literature shows that litigation is a classic 'mistake' from a legal-economic point of view. After all, litigation is expensive, costs time, and tends to take an emotional toll. Litigants are better off settling. Rationally acting parties do not litigate unless it is a 'close case', a case in which one cannot predict the outcome. So why file suit? The literature provides explanations for this irrational behaviour: the litigants' expectations of what the judge will decide differ too much; they have different information relevant to the outcome of the dispute; they are unable to find room to negotiate or unwilling to do so fairly; and/or their lawyers' interests stand in the way of settling.

In the cases I observed, the main issues were that the parties saw the case in black and white or had very different perspectives on what would be a fair resolution, and they could not see a way to bridge that gap. In cases like these, a court decision is desirable. Furthermore, some parties went to trial despite their lawyers advising them not to. In those cases, a judgment is likewise desirable.

A complicating factor seems to be that conflict parties often fail to approach lawyers early enough Sometimes a client comes 'running in with a writ of summons under their arm'. In these kinds of cases, the conflict has often already escalated to an advanced stage. Swift action is required. Given the time limits of the ongoing procedure, this usually takes the form of a formal defence. Most of the costs have already been made by then. The literature shows that those costs reduce the scope and likelihood of successful settlement negotiations (sunk costs).

In the cases observed, parties and their lawyers usually prepared for the hearing. Strikingly, their focus tended to be on the legal positions: which of their arguments are legally strong? Which are weak? They hardly prepared for the negotiations themselves, apart from mentioning that the judge would likely 'direct the parties to the corridor to settle'.

Chapter 5 reports on the court hearings I observed. My research, like previous studies, shows that there is no uniform way in which court hearings are carried out. I saw differences between judges, though not so much between courts. Most judges are relatively active, but they differ significantly with regard to their settlement interventions. Some pull out all the stops; others do next to nothing. The literature shows a relationship between how judges try to help people settle and what they think of as their primary task. Do they see themselves as a decision-maker or a conflict resolver? However vital this perspective may be, I believe that the case file and the litigant's attitude also influence the likelihood of successful settlement negotiations, as do the lawyers' positions.

What was striking was that judges made assumptions about the advantages of settling and the disadvantages of litigation, but failed to test these with the parties. For example, one judge pointed out that a verdict that condemns someone without money has no value. The litigant he was trying to convince to settle did not think this was a powerful argument, as he had insurance that would pay out upon a judgment. The litigant and his lawyer did not inform the judge about this, leaving him with the impression that his assumptions were correct.

In fact, lawyers and litigants rarely told the judge what they needed: what would help them settle? Whenever the judge suggested adjourning the case to try to reach a settlement, they meekly agreed to try, even if the lawyers were not confident. Why? Sometimes to see if the other side had changed its mind, but often to avoid upsetting the judge. A lot happened in the corridor, but nothing that brought the parties closer together. It was a charade to give the judge the impression that the parties were doing their best. Upon returning to the courtroom, the parties still did not tell the judge what they needed. On the contrary, they asked for a judgment, and the judge acquiesced.

Chapter 6 focuses on what happened in the corridors of the courthouses during the suspensions. When parties negotiated, the negotiations were usually distributive

negotiations, where the financial differences between the legal positions taken by the parties were divided in some way. In a few cases, the negotiations were integrative. This was mainly due to the way the judge had handled the case: an underlying interest had been found, and the parties more or less agreed that a settlement would do more justice to the case than a verdict.

In Chapter 7, I describe the interviews with the persons involved. Lawyers and litigants very candidly told me about their experiences with the settlement practice and the influence of both judges and lawyers on settlements. There appears to be a persistent and widely held view that judges settle out of self-interest. This view holds that judges direct parties to settle so that they can close the case without having to write a verdict. A settlement reduces their workload and reflects positively on their career. Some lawyers also said this to their clients, colouring a judge's preliminary ruling: 'He's only saying that because he wants you to settle.' Because of this framing, the value of preliminary rulings is limited for some lawyers, who take them with a grain of salt.

At the same time, there is a widespread belief among lawyers that some of their colleagues are mainly guided by their own interests at the expense of their clients. They would rather litigate than settle. Moreover, some colleagues are said to be 'street fighters', lawyers who 'are all bluster' and with whom 'it is impossible to settle'. Most lawyers would rather not face these colleagues in the courtroom. Lawyers prefer lawyers who are experts on the subject: It's usually easier to settle with those colleagues, lawyers told me. This also holds true for lawyers who have good personal relationships and a mutual feeling of trust.

The main conclusion from my research is that there is a lot of work to be done and a lot to improve. I make several recommendations in Chapter 8. I believe the focus should be on the legal professional attitude: what do lawyers and judges see as their task? I saw both passive and active lawyers. I saw lawyers who meekly went to the corridors as 'directed' and then complained about being 'ordered' to go there. I saw lawyers who commented on the judge's interventions as being motivated by self-interest. 'Don't worry too much about it.' I saw lawyers who spontaneously told the judge why they had not succeeded in settling and what they would need to do so after all. I saw lawyers who hardly said anything. In short, I saw a lot of variation. There is no such thing as 'the' judge, and there is no such thing as 'the' lawyer. I believe that studying what lawyers and judges see as their primary tasks would be helpful. Insight

into this would give insight into the extent to which they are ready for what is expected of them in the context of a socially effective judiciary and conflict resolution.

This study answers the question of what actually happens in the corridors of the courthouses during suspensions of civil court hearings: sometimes very little, but at the same time always an awful lot. The process of finding solutions to litigants' problems is an extraordinarily complex and multidisciplinary one, and I greatly respect lawyers and judges for taking it on. Conflict resolution is not assembly-line work, but custom work. There is no single settlement intervention that always works. What is effective varies from case to case and from party to party. This, however, does not change the fact that we now know what generally works. Settling is custom work done by people, with all the problematic human and legal interactions that entails. I hope that this research will lead to more focus on the human aspect – how litigants, lawyers, and judges behave, interact, and communicate, as well as their morality. I hope that it will remind us that lawsuits are ultimately about people. People who are not able to solve their problems independently and who seek help from legal representatives and the judiciary. People who are not looking for a settlement factory or a charade in the courthouse corridor, but are simply seeking a solution to their legal problems.

LEVENSLOOP

Als derde, en middelste, in een gezin met vijf jongens, ben ik geboren in Utrecht (1977). Ik ben opgegroeid in Nieuwegein, Hilversum en Berg & Terblijt.

Na mijn VWO snuffelde ik even aan de opleiding International Business, maar na een tussenjaar waarin ik als (chef) kok werkte, koos ik voor de rechtenstudie aan de Universiteit Maastricht. Ik vond de opleiding geweldig, mede doordat ik praktijkervaring opdeed als vrijwilliger bij de Kinder- en Jongerenrechtswinkel Maastricht en als juridisch medewerker bij een klein niche advocatenkantoor, gericht op het midden- en kleinbedrijf en daardoor leerde dat je als jurist daadwerkelijk het verschil voor mensen kunt maken.

Na mijn afstuderen bleef ik zeven jaar advocaat in loondienst bij het kantoor waar ik al werkte en was ik actief in de Jonge balie – als lid en een jaar als bestuurslid.

Na die zeven jaar was ik toe aan iets nieuws. Het waren niet de stress en intensieve uren. Het altijd in de 'modder' staan in conflictueuze situaties en het besef dat het tegen hoge kosten te halen recht niet altijd oplossingen biedt, deden mij beslissen wat anders te gaan doen.

Ik werd docent en onderzoeker bij een jonge opleiding in Sittard (HBO-rechten). Daar kan ik met studenten en collega's werken aan vernieuwingen in juridisch onderwijs (wat de Gouden zandloper Legal Education & Research 2022 opleverde), maar ook aan innovaties in het recht en de toegang daartoe. Zuyd Legal Lab, het juridisch leer-werkbedrijf en laboratorium dat ik mede oprichtte, biedt daarvoor de perfecte 'proeftuin'.

Mijn (juridische) expertise ligt op het gebied van het algemeen vermogensrecht, met name het overeenkomstenrecht, het arbeidsovereenkomstenrecht en het burgerlijk procesrecht. Sinds een aantal jaar houd ik me ook bezig met conflicttheorie, onderhandelen, *preventive law*, *legal tech* en *legal (service) design (thinking)*.

Sinds 1 januari 2020 ben ik lid van de klachtencommissie Bureau Jeugdzorg Limburg en Veilig Thuis Limburg.

BIJLAGEN

Bijlage 1. Stappen systematisch literatuuronderzoek

Stap 1 en 2: Formuleren en uitvoeren zoekopdracht

Ik wilde een zoekopdracht formuleren die liever te ruim, dan te eng was. Daarvoor heb ik booleaanse operatoren gebruikt.

Web of Science

Zoekvraag	Hoe verhoudt het onderzoek zich tot ander empirisch onderzoek naar schikkingsonderhandelingen gedurende civielrechtelijke procedures?		
Zoekopdracht		empirical OR qualitative OR quantitative	in: Topic
	AND	negotiat* OR bargain* OR settle*	in: Topic
	AND	*suit OR litigat* OR proceedings OR "court case"	in: Topic
	TimeSpan:	All years (2010 – 2019)	
Aantal hits Longlist	244		

De booleaanse operator "OR" levert zoekresultaten op waarin een van de twee zoektermen voorkomt. Een *wildcard* "*" neemt de plaats in van een of meer karakters in een zoekterm. De zoekterm *negotiat** levert bijv. hits op waarin niet enkel de term 'negotiat' voorkomt, maar ook bijvoorbeeld '*negotiations', 'negotiate' of 'negotiation'* voorkomt.

De zoekopdracht is tamelijk ruim omdat de zoektermen dienden voor te komen in *'Topic'* en niet bijvoorbeeld in de *'Title'*. Zoeken op *'Topic'* houdt in dat de databank is doorzocht op het voorkomen van de zoektermen in titels, samenvattingen, auteur,

keywords en *keywords plus* (dat zijn niet door de auteurs opgegeven *keywords*, maar door *Web of Science* gegenereerde *keywords* op basis van de titels van geciteerde artikelen).[535]

In de zoekopdracht is ook een beperking opgenomen in die zin dat gezocht is naar empirisch materiaal. Daardoor is mogelijk dat relevante maar niet op empirie gebaseerde bronnen – bij deze stap – over het hoofd worden gezien. Op basis van de systematische benadering van het literatuuronderzoek, waarbij het onderzoek in de databank van *Web of Science* slechts een eerste stap is, heb ik er vertrouwen in dat ik geen essentiële bronnen heb gemist. Als er essentiële bronnen zijn die niet met de eerste stap worden gevonden, dan zouden die met de vervolgstappen moeten worden gevonden, zo is de gedachte. Daarbij vertrouw je niet alleen op de eerste zoekopdracht, maar op het gehele netwerk van verwijzingen van geselecteerde bronnen.

Google Scholar

Zoekvraag	Hoe verhoudt het onderzoek zich tot ander empirisch onderzoek naar schikkingsonderhandelingen gedurende civielrechtelijke procedures?
Zoekopdracht	(~schikkingsonderhandelingen OR ~schikken OR minnelijk*) AND (~comparitie OR CnA OR CnA OR CvP OR "mondelinge behandeling") -bestuursrecht*

De booleaanse operator “OR” levert zoekresultaten op waarin een van de twee zoektermen voorkomt. Met de zoekterm “comparitie OR CNA” worden zoekresultaten gevonden waarin het woord comparitie en/of het woord CNA voorkomt. De operator “AND” levert zoekresultaten op waarin beide zoektermen voorkomen. Een *wildcard* (“*”) neemt de plaats in van een of meer karakters in een zoekterm. De zoekterm minnelijk* levert bijv. hits op waarin niet enkel de term ‘minnelijk’ voorkomt, maar ook bijvoorbeeld ‘minnelijke’.

Met *Google Scholar* kan gezocht worden op synoniemen (“~”). De zoekterm “~schikken” levert niet enkel resultaten op waarin de term “schikken” voorkomt, maar

[535] *KeyWords Plus terms must appear more than once in the bibliography and are ordered from multi-word phrases to single terms.* KeyWords Plus *augments traditional keyword or title retrieval“.* Het programma doorzoekt automatisch spellingsvariaties (tussen bijv. Engelse en Amerikaanse spelling).

ook die waarin bijv. 'bijleggen' of 'regelen' voorkomt. Met "-" worden termen uitgesloten.

Stap 3. Inclusiecriteria en selectie relevante bronnen

Van de longlist heb ik de titels en samenvattingen (abstracts) bekeken. De volgende inclusiecriteria bepaalden of een artikel op de shortlist zou worden opgenomen en volledig geanalyseerd zou worden. Bij twijfel scande ik een artikel tenminste op inhoud en mogelijke relevantie.

Inclusiecriteria:

- De literatuur ziet op het proces van schikken tijdens civielrechtelijke procedures;
- De literatuur ziet op (schikkings-)onderhandelingen en/of daaruit kunnen inzichten worden ontleend die relevant kunnen zijn voor de Nederlandse schikkingspraktijk.

Per artikel op de longlist heb ik aan de hand van de inclusiecriteria bepaald of het artikel relevant was (voor de beantwoording van de zoekvraag).

NB. Hoewel een van de doelstellingen van het literatuuronderzoek was om het herhaalbaar te maken, merk ik op dat bij de selectie van bronnen altijd een bepaalde mate van subjectiviteit speelt. Daarom heb ik ervoor gekozen om bronnen snel te selecteren (ook bij een mijns inziens[536] beperkte relevantie).

Stap 4. *Snowball* methode/*Reference tracking*

Van alle relevante bronnen op de shortlist heb ik de bibliografie onderzocht op mogelijk relevante verwijzingen.

Stap 5. Experts identificeren en onderzoek publicaties experts

Vervolgens heb ik op basis van de verzamelde bronnen mogelijke experts geïdentificeerd, zulks op basis van (het tamelijk willekeurige) criterium dat ze hebben bijgedragen aan ten minste drie artikelen.[537] Kwantiteit zegt niet per se iets over kwaliteit. Ook publicaties van auteurs die hebben bijgedragen aan minder dan 3 relevante publicaties kunnen gezaghebbend zijn. De kans is evenwel aanmerkelijk dat

[536] Daarin ligt subjectiviteit besloten.
[537] Ook hieruit blijkt dat zelfs met het zo inzichtelijk mogelijk maken van de zoekstrategie, subjectiviteit niet te voorkomen is.

een dergelijk gezaghebbende bron al bij eerdere stappen zou zijn geselecteerd. Van deze auteurs heb ik (voor zover voorhanden) de persoonlijke webpagina's en/of instellingspagina's bekeken op mogelijke aanvullende relevante publicaties en wanneer er geen persoonlijke webpagina of instellingspagina voor handen was, is een aanvullende query uitgevoerd met *Google Scholar* of SSRN met de naam van de desbetreffende auteur als zoekopdracht.

Vervolgens heb ik de gevonden bronnen wederom beoordeeld op (mogelijke) relevantie op basis van de inclusiecriteria.

NB. Van twee publicaties was geen full-tekst beschikbaar (Spier 1992; Spier 2002). Op grond van de abstracts te kunnen worden geconcludeerd dat de artikelen niet relevant zijn voor de beantwoording van de zoekvraag.[538]

De mogelijk relevante publicaties heb ik volledig geanalyseerd.

SSRN

Vervolgens heb ik met een onderzoek in de databank van SSRN bekeken in hoeverre de zoekopdracht in de database van *Web of Science* volledige zoekresultaten opleverde. Daarvoor heb ik een zeer ruime zoekopdracht uitgevoerd, waarbij ik zocht op bijdragen waarbij de zoekterm *'settlement negotiations'* in de titel, en/of in de samenvatting en/of in de *keywords* voorkwam. De resultaten heb ik op basis van de inclusiecriteria beoordeeld op relevantie. Ik bekeek daarvoor de titel, *keywords* en samenvatting. Hits die al gevonden waren met de zoekopdracht in de databank van *Web of Science* heb ik uit de zoekresultaten geëlimineerd.

Er resteerden maar enkele hits (met name *conference* en *discussionpapers*) die niet al waren gevonden en mogelijk relevant zijn.[539]

Deze artikelen heb ik volledig geanalyseerd.

---

[538] Het betreffen beschrijvingen van economisch theoretische modellen (Spier 1992: Sequentiële onderhandelingen met eenzijdige incomplete informatie; Spier 2002: Schikkingsonderhandelingen tussen een gedaagde en twee eisers waarbij het vermogen beperkt is).
[539] Vijf daarvan vallen buiten de reikwijdte van de zoekopdracht binnen *Web of Science* (vanaf 10/2019).

Bijlage 2. Toestemming Raad voor de Rechtspraak

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

Dhr. L. Lieverse
[redacted]

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t [redacted]
f
www.rechtspraak.nl

datum 5 december 2017
doorkiesnummer
e-mail [redacted]
ons kenmerk
bijlage(n) --
onderwerp Onderzoeksverzoek "Schikkingsonderhandelingen tijdens civielrechtelijke procedures"

Geachte heer Lieverse,

U heeft bij de Rechtspraak in het kader van het onderzoek "Schikkingsonderhandelingen tijdens civielrechtelijke procedures" een verzoek ingediend. Via deze brief willen we u laten weten dat is besloten om uw verzoek te honoreren, wat onder meer inhoudt dat het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel, Kanton & Toezicht (LOVCK&T) heeft besloten positief te adviseren ten aanzien van medewerking inzake dit onderzoek.

Aan medewerking is de voorwaarde gesteld dat er afstemming over de praktische uitvoering bij de desbetreffende gerechten plaatsvindt, alsmede over de inhoud van de interviews (inzage vragenlijsten voorafgaand aan afname interviews). Voorts dient de Raad voor de Rechtspraak *vier weken* voorafgaand aan publicatie inzage te krijgen in het rapport, en op dat moment ook een A4 te ontvangen met de belangrijkste bevindingen en implicaties daarvan voor de Rechtspraak. Dit om een standpuntbepaling over de uitkomsten van het onderzoek door de Rechtspraak mogelijk te maken.

Aan medewerking door de Rechtspraak is aanvullend de voorwaarde verbonden dat vertrouwelijk met het verzamelde onderzoeksmateriaal wordt omgegaan. Ik vraag u in dit verband om de verklaring voor het houden van interviews te ondertekenen en deze vervolgens digitaal aan [redacted] te retourneren.

Voorts verzoek ik u om, indien uw onderzoek serieuze vertraging oploopt (gedurende de looptijd van het onderzoek waardoor de geplande publicatiedatum niet wordt gehaald), dit te melden aan bovenstaand contactpersoon van de Raad voor de Rechtspraak.

We wensen u veel succes met de uitvoering van het onderzoek.

Met vriendelijke groet,

[redacted]
Wetenschappelijk adviseur
Raad voor de rechtspraak

Bijlage 3. Correspondentie rechters

Rechtbank Limburg/Rechtbank Midden-Nederland

Aan: de rechters en griffiers van de sector Civiel

Maastricht, 28 februari 2018

Betreft: Verzoek medewerking onderzoek schikkingsonderhandelingen

Edelachtbare Heer, Vrouwe,

Hierbij informeer ik u over mijn promotieonderzoek naar schikkingsonderhandelingen en verzoek ik u daaraan medewerking te verlenen. Anders dan eerder onderzoek naar de schikkingspraktijk[540] richt ik mij niet op (effectiviteit van) rechterlijke interventies. Mijn onderzoek beoogt antwoord te geven op de vraag wat er feitelijk gebeurt tijdens schikkingsonderhandelingen gedurende een schorsing van een mondelinge behandeling/ comparitie van partijen en richt zich juist op het schikkingsgedrag van advocaten en partijen.

Dat inzicht kan schikkingspogingen helpen vergroten.

De Raad voor de rechtspraak heeft na toetsing op onder meer (methodologische) kwaliteit, maatschappelijke relevantie en belang voor de rechtspraak toestemming verleend voor het onderzoek. Het onderzoek wordt ook ondersteund door de rechtbanken waar het onderzoek wordt uitgevoerd, nl. de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Limburg.

Hoewel ik mij niet richt op de rechterlijke interventies, ligt voor de hand dat wat tijdens een zitting gebeurt invloed kan hebben op het schikkingsproces. Voor het

[540] Linden, J. van der, *De civiele zitting centraal: Informeren, afstemmen en schikken*, Deventer: Kluwer, 2010; Van Rossum & Verschoof, 'De civiele rechter als problem solver', *Recht der Werkelijkheid* 2017 (38), nr. 2, p. 51-75.

onderzoek zullen in geselecteerde zaken de zitting en bij schorsing het schikkingsproces op de gang worden geobserveerd. Om de kwaliteit van de observaties en dataverzameling te vergroten wil ik audio-opnames maken van de zitting en het schikkingsproces op de gang. Ik ga uiteraard vertrouwelijk om met de informatie en in de verslaglegging zal ik de informatie anonimiseren. Daarbij is het uitgangspunt dat ik enkel overga tot het observeren indien beide partijen én hun rechtsbijstandverleners hebben ingestemd met het onderzoek. Wanneer ik hen verzoek medewerking te verlenen, vermeld ik dat onderdeel van het onderzoek is dat de zitting en de schorsing worden opgenomen.

Ik verzoek u medewerking te verlenen aan het onderzoek door toe te staan dat ik audio-opnamen maak. Ik ben u daarvoor erkentelijk.

Mocht u onverhoopt onoverkomelijke bezwaren hebben tegen het maken van audio-opnamen, dan kunt u dat doorgeven aan [namen bestuur].

Indien een zaak waarin u als rechter optreedt voor het onderzoek geselecteerd is, wordt u daarvan op voorhand op de hoogte gesteld.

Vriendelijke groet,

mr. Lucas Lieverse

Bijlage 4. Correspondentie advocaten

Maastricht, [datum]

Betreft: Verzoek medewerking onderzoek

Inzake: [dossier]

Geachte [heer/mevrouw] [achternaam],

Graag nodig ik u en uw cliënten hierbij uit om medewerking te verlenen aan mijn promotieonderzoek naar het proces van schikken tijdens civielrechtelijke procedures. Dit onderzoek is voor de rechtspleging in brede zin, maar ook voor de advocatuur relevant. In een groot deel van de civielrechtelijke procedures worden schikkingen getroffen (circa 30 procent). Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt ook dat ter zitting getroffen schikkingen niet altijd door alle procesbetrokkenen worden gewaardeerd.

Dit onderzoek beoogt meer inzicht te geven in het feitelijke schikkingsproces en in hoe advocaten en procespartijen daar tegenaan kijken.

De Raad voor de rechtspraak heeft na toetsing op onder meer (methodologische) kwaliteit, maatschappelijke relevantie en belang voor de rechtspraak toestemming verleend voor het onderzoek. Het onderzoek wordt ook ondersteund door de rechtbank Midden-Nederland en de rechtbank Limburg.

De in de aanhef genoemde zaak is geselecteerd omdat daarin op korte termijn ([datum en tijdstip].) een mondelinge behandeling plaatsvindt. Ik ben niet bekend met de inhoud van de zaak.

Voor het onderzoek zal ik de zitting en bij schorsing het schikkingsproces op de gang observeren. Om het uitwerken van de observaties te vergemakkelijken maak ik (uiteraard enkel indien u dat toestaat) audio-opnames. Het kan zijn dat de observaties nog vragen opleveren. Die zou ik u in dat geval na afloop willen stellen, dat kan ook telefonisch.

Het materiaal wordt uiteraard vertrouwelijk verwerkt en het onderzoek wordt conform de richtlijnen voor wetenschappelijk onderzoek uitgevoerd. Daarnaast houd ik uiteraard ook de corona-maatregelen in acht.

Ik neem op korte termijn contact met u op om onderhavig verzoek te bespreken.

Met vriendelijke groet,

Lucas Lieverse

Bevestigingsmail

Maastricht, [datum]

Betreft: Verzoek medewerking onderzoek

Inzake: [dossier]

Geachte [heer/mevrouw] [achternaam],

Hartelijk dank voor uw deelname aan mijn onderzoek. Die waardeer ik zeer. Medewerking is voor dit soort onderzoek onontbeerlijk.

Ik gaf in mijn eerdere mail al aan dat ik vertrouwelijk met de gedeelde informatie omga en dat ik de wetenschappelijke standaarden in acht neem. Daarbij streef ik ernaar het proces zo beperkt mogelijk te beïnvloeden. U en uw cliënten zouden het gevoel moeten hebben dat ik niet aanwezig ben.

Ik zal over mijn observaties en wat mij ter ore komt over en weer uiteraard geen mededelingen doen. Een getuigenverklaring van mij en de in het kader van mijn onderzoek door mij verzamelde gegevens kunnen niet als bewijs dienen (art. 153 Rv). Deelname aan mijn onderzoek betekent dat u en uw cliënten daarmee instemmen.

Graag ontmoet ik u volgende week.

Met vriendelijke groet,

Lucas Lieverse

LITERATUUR

Ahsmann 2020
M.J.A.M. Ahsmann, *De weg van het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Ahsmann 2021
M.J.A.M. Ahsmann, 'De rechtsstaat en de toeslagenaffaire: over frames, feiten en recht(vaardigheid)', *Ars Aequi* 2021 (3).

Akkermans, De Groot & Marseille 2020
A. Akkermans, D. de Groot & B. Marseille, *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem: Inleidingen op de Lustrumconferentie van het Netherlands Institute for Law & Governance Amsterdam november 2019*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Akkermans 2020
A. Akkermans, 'Het geheel is meer dan de som der delen', in: A. Akkermans, D. de Groot & B. Marseille, *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem: Inleidingen op de Lustrumconferentie van het Netherlands Institute for Law & Governance Amsterdam november 2019*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Allewijn 2007
D. Allewijn, 'De beëindiging van conflicten in mediation en de rol van belangen daarbij', in: M. Pel & J. Emaus, *Het belang van belangen*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007, pp. 55-74.

Allewijn 2020
D. Allewijn, 'Naar een vredestichtende advocatuur', in: A. Akkermans, D. de Groot & B. Marseille, *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem: Inleidingen op de Lustrumconferentie van het Netherlands Institute for Law & Governance Amsterdam november 2019*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Alberstein 2015
M. Alberstein, 'Judicial Conflict Resolution (JCR): A New Jurisprudence for an Emerging Judicial Practice', *Cardozo Journal for Conflict Resolution* 2015.

Antsygina & Kurmangaliyeva 2022
A. Antsygina & M. Kurmangaliyeva, Settlements under unequal access to justice, *Journal of Economic Behavior & Organization* (193) 2022, pp. 237-268.

Ashenfelter & Dahl 2012
O. Ashenfelter & G.B. Dahl, 'Bargaining and the role of expert agents: an empirical study of final offer arbitration', The review of Economics and Statistics 2012 94(10), pp. 116-132.

Ashenfelter, Bloom & Dahl 2013
O. Ashenfelter, D.E. Bloom & G.B. Dahl, 'Lawyers as Agents of the Devil in a Prisoner's Dilemma Game', *Journal of Empirical Legal Studies* 2013 (vol. 10), pp. 399-423.

Van As (red.) 2018
S. van As (red.), *Visitatie Gerechten 2018. Goede rechtspraak, sterke rechtstaat*, Den Haag: De Rechtspraak 2018.

Asser e.a. 2003
W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans: Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Asser e.a. 2006
W.D.H. Asser e.a., *Uitgebalanceerd*: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Ayuso, Bermudez & Santolino 2015
M. Ayuso, L. Bermudez & M. Santolino, 'The dynamics of one-sided incomplete information in motor disputes', *International Review of Law and Economics* 2015, pp. 77-85.

Bakker 2016
F.C. Bakker, *Maatschappelijk effectieve rechtspraak*, njb.nl 8 september 2016.

Barton 2009
Th. D. Barton, *Preventive law and problem solving, Lawyering for the future*, Lake Mary: Vandeplas Publishing 2009.

Babcock & Loewenstein 1997
L. Babcock & G. Loewenstein, 'Explaining bargaining impasse: the role of self-serving biases', *Journal of Economic perspectives* 1997, p. 109-126.

Babcock e.a. 1995
L. Babcock e.a., 'Biased Judgements of Fairness in Bargaining', *The American Economic Review* 1995, p. 1337-1343.

Barberis 2013
N. C. Barberis, 'Thirty years of Prospect Theory in Economics: A Review and assessment', *Journal of Economic Perspectives* 2013, p. 173-196.

Barendrecht 2000
J. M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 690-696.

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000
J. M. Barendrecht & E. J. M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling; naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Barendrecht & Weterings 2000
J.M. Barendrecht & W.C.T. Weterings, 'Rechtshulp: een groot goed met schadelijke bijwerkingen', *Advocatenblad* 2000 (12), p. 435-451.

Barendrecht & Kamminga 2004
J. M. Barendrecht & Y. P. Kamminga, *Effectief conflicten oplossen*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2004.

Barendrecht 2011
J.M. Barendrecht, '1. Innovatie die niet van de grond komt...', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 350-357.

Barendrecht, Van Beek & Muller 2017
J. M. Barendrecht, K. Van Beek & S. Muller, *Menselijk en rechtvaardig: Is de rechtsstaat er voor de burger?,* Den Haag: HiiL 2017.

Barendrecht e.a. 2018
M. Barendrecht e.a. 'Van "in gebreke" naar "in verbinding"', *Nederlands Juristenblad* 2018/1298 (26), p. 1870-1880.

Barendrecht 2019
M. Barendrecht, 'De best mogelijke rechtspraak', *Justitiële verkenningen* 2019 (afl. 1), p. 97-114.

Barendrecht & Chabot 2020
M. Barendrecht & M. Chabot, *Het papieren paleis. De noodzaak van menselijker recht*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2020.

Bauw e.a. 2019
E. Bauw e.a. (red.), *Naar een nabijheidsrechter? Een onderzoek naar de inpasbaarheid van de vrederechter in België en Frankrijk in het Nederlandse rechtsbestel*, Den Haag: Boom 2019.

Bauw & Roos 2021
E. Bauw & J. Roos, 'De rechter in civiele handelszaken in het domein van conflictoplossing: een nulmeting', in: Dubelaar e.a., *Conflictoplossing: het domein van rechters? Een vergelijkende studie naar rechterlijke en alternatieve conflictoplossing in verschillende rechtsgebieden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 99-126.

Bebchuk 1984
L.A. Bebchuk, 'Litigation and settlement under imperfect information', *Rand Journal of Economics* 1984, pp. 404-415.

Belton, Thomson & Dhami 2014
I. K. Belton, M. Thomson & M. K. Dhami, 'Lawyer and Nonlawyer Susceptibility to Framing Effects in Out-of-Court Civil Litigation Settlement', *Journal of Empirical Legal Studies* 2014, p. 578-600.

Berlemann & Christmann 2019
M. Berlemann & R. Christmann, 'Determinants of in-court settlements: empirical evidence from a German trial court', *Journal of Institutional Economics* 2019, p. 143-162.

Bijleveld e.a. 2020
C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Van Boom, Giesen & Verheij 2013
W. H. Boom van, I. Giesen & A. J. Verheij, 'Inleiding: Een handboek voor de civiloloog-privatist', in: *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

De Bock 2017
Bock, R. de, *De toekomst van de civiele rechtspraak. Een pleidooi om de rechter niet te ontlasten.* Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Van den Bos 2017
K. van den Bos, 'Ervaren procedurele rechtvaardigheid: De wereld willen begrijpen en serieus gehoord worden', in: K. van den Bos, C.E. Drion & P.N. van Regteren Altena, *Procedurele en distributieve rechtvaardigheid (Reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, nr. 33)*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Brenninkmeijer 2017
A. Brenninkmeijer, 'Onderhandelen', in: A. Brenninkmeijer (red.) e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu uitgevers 2017.

Bruinsma 1995
F. Bruinsma, *Korte gedingen, een rechtssociologisch verslag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Cardella & Kitchens 2017
E. Cardella & C. Kitchens, 'The impact of award uncertainty on settlement negotiations', *Experimental Economics* 2017, p. 333-367.

Coenraad 2017
L.M. Coenraad, 'Het oplossen van problemen van rechtzoekenden en samenleving behoort niet tot het domein van de rechter', *Recht der Werkelijkheid* 2017 (afl. 38) 2, p. 131-135.

Coenraad & Ingelse 2017
L.M. Coenraad & P. Ingelse, 'Afscheid van de klassieke civiele procedure? Vernieuwen + behouden = versterken', in: L.M. Coenraad e.a., *Afscheid van de klassieke procedure?* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2017-I), Den Haag: Wolters Kluwer 2017.

Cooter, Marks & Mnookin 1982
R. Cooter, S. Marks & R. Mnookin, 'Bargaining in the shadow of the law: a testible model of strategic behavior.', *Journal of Legal Studies* 1982, p. 225-252.

Croson, Boles & Murnighan 2003
R. Croson, T. Boles & J. J. Murnighan, 'Cheap talk in bargaining experiments: lying and threats in ultimatum games', *Journal of Economic Behavior & Organization* 2003, p. 143-159.

Danziger, Levav & Avnaim-Pesso 2011
S. Danziger, J. Levav & L. Avnaim-Pesso, 'Extraneous Factors in Judicial Decisions', *Proceedings of the National Academy of Sciences* 108 (17) 2011.

Desrieux & Espinosa 2019
C. Desrieux & R. Espinosa, 'Case selection and judicial decision-making: evidence from French labor courts', *European Journal of Law and Economics* 2019, p. 57-88.

De Dreu 2008
C.K.W. de Dreu, *Bang voor het conflict? De psychologie van conflicten in organisaties*, Assen: Koninklijke van Gorcum 2008.

Van Domselaar 2020
I. van Domselaar, 'Professionele identiteit en beroepsethiek voor advocaten. Pleidooi voor (meer) realisme', *Nederlands Juristenblad 2020/2975*, afl. 43.

Dubelaar e.a. 2021
M. Dubelaar e.a., 'Inleiding', in: Dubelaar e.a., *Conflictoplossing: het domein van rechters? Een vergelijkende studie naar rechterlijke en alternatieve conflictoplossing in verschillende rechtsgebieden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 1-14.

Elbers e.a. 2018
Nieke Elbers e.a., Rapport Nationale Stimuleringsactie Empirical Legal Studies, Amsterdam: NSCR, 2018.
R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

Eshuis & Geurts 2016
R.J.J. Eshuis & T. Geurts, *Lagere drempels voor rechtzoekenden. Evaluatie van de Verhoging van de Competentiegrens in 2011*, Den Haag: WODC, Cahier 2016-14

Eisenberg & Farber 1997
T. Eisenberg & H. S. Farber, 'The litigious plaintiff hypothesis: Case selection and resolution', *Rand journal of Economics* 1997, p. s92-s112.

Farber & Bazerman 1989
H.S. Farber & M.H. Bazerman, 'Divergent expectations as a cause of disagreement in bargaining: evidence from a comparision of arbitration schemes', *The Quaterly Journal of Economics* 1989, p. 99-120.

Festiner, Abel & Sarat 1980-1981
W.L.F. Festiner, R.L. Abel & A. Sarat, 'The emergence and transformation of disputes: Naming, blaming, claiming…', *Law & Society Review* (3/4), p. 631-654

Fischman 2021
J.B. Fischman, 'How many cases are easy?', *Journal of Legal Analysis* (23) 2021, p. 595-656.

Fisher, Ury & Patton 2016
R. Fisher, W. Ury & B. Patton, Excellent onderhandelen. Een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in elke onderhandeling (Harvard Negotiation Project), Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2016.

Fox & Poldrack 2014
C.R. Fox & R.A. Poldrack, 'Prospect Theory and the Brain', in: P.W. Glimcher & E. Fehr, *Neuroeconomics. Decision making and the brain (2nd. Ed.),* Academic Press/Elsevier 2014, p. 533-563.

Galanter 1974
M. Galanter, 'Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review* 1974.

Galanter & Cahill 1994
M. Galanter & M. Cahill, 'Most cases settle: Judicial promotion and Regulation of Settlements', *Stanford Law Review* (Vol. 46:1339) 1994, p. 1339- 1379.

Gazal-Ayal & Perry 2014
O. Gazal-Ayal & R. Perry, 'Imbalances of Power in ADR: The Impact of Representation and Dispute Resolution Method on Case Outcomes', *Law and Social Inquiry-Journal of the American Bar Foundation* 2014, p. 791-823.

Geeraets 2021
V. Geeraets, Kanttekeningen bij een instrumentele waardering van procedurele rechtvaardigheid, *Recht der Werkelijkheid* 2021 (42), p. 50-62

Geurts & Ter Voert 2019
T. Geurts & M.J. ter Voert, *Geschillen in het MKB, Over het verloop van conflicten bij bedrijven tot tien werkzame personen* (Cahier 2019-11), Den Haag: WODC.

Giebels & Euwema 2007
E. Giebels en M. Euwema, Conflict, belangen, (de-)escalatie en partijen in de rechtszaal, een psychologisch perspectief, in: M. Pel & J. Emaus (red.), *Het belang van belangen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2007, p. 21- 33.

Giesen 2015
I. Giesen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Giesen 2020
I. Giesen, 'Burgerlijk procesrecht – Empirisch onderzoek binnen het burgerlijk procesrecht: over het 'inkleuren' van een grote landkaart', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 357-378.

Gilson & Mnookin 1994
R.J. Gilson & R.H. Mnookin, 'Disputing through agents: Cooperation and conflict between lawyers in litigation', *Colombia Law Review* 1994, p. 509-566.

Gould 1973
J.P. Gould, 'The economics of legal conflicts', *The Journal of Legal Studies* 1973.

De Groot 1667
W. de Groot, *Inleyding tot de practyck, Van den Hove* van *Holland*, 's-Gravenhage 1667 (2e dr.), p. 83.

De Groot 2012
G. de Groot, *Rechtspraak met hart voor de zaak*, Amsterdam: VU 2012 (oratie).

De Groot & Steenberge 2019
D. de Groot & H. Steenberge (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Grootelaar 2018
H.A.M. Grootelaar, 'Het belang van ervaren procedurele rechtvaardigheid in de zittingszaal', *TREMA* 2018, nr. 6.

Grootelaar e.a. 2020
H.A.M. Grootelaar e.a., *Evaluatie Rotterdamse regelrechter en Haagse wijkrechter* (Research Memorandum nr. 1), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2020.

Grootelaar & Van den Bos 2018
H.A.M. Grootelaar & K. van den Bos, 'How Litigants in Dutch Courtrooms Come to Trust Judges: The Role of Perceived Procedural Justice, Outcome Favorability, and Other Sociolegal Moderators', *Law & Society Review* 2018, Volume 52, afl. 1.

Grootelaar, Hulst & Van den Bos 2018
H. Grootelaar, L. Hulst & K. van den Bos, 'Ervaren procedurele rechtvaardigheid', in: D. de Groot & H. Steenberge (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 85-122.

Gross & Syverud 1991
S.R. Gross & K.D. Syverud, 'Getting to no: A study of settlement negotiations and the selection of cases for trial', *Michigan Law Review* 1991, p. 319-393.

Gutheil e.a. 2000
T.G. Gutheil e.a., 'Preventing critogenic harms: minimizing emotinoal injury form civil litigation', *Journal of Psychiatry and Law* 2000 (5).

Ten Haaft 2019
H. ten Haaft, 'De mondelinge behandeling vanuit het perspectief van de advocaat', in: D. de Groot & H. Steenberge (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 473-506.

Hartendorp 2020
R. Hartendorp, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak: een synthese', *Recht der Werkelijkheid* 2020 (41) 2, p. 61 ev.

Hay & Spier 1997
B. Hay & K. E. Spier, 'Litigation and settlement', *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series* 1997.

Helmers e.a. 2021
C. Helmers, Y Lefouili, B.J. Love & L. McDonagh, 'The Effect of Fee Shifting on Litigation: Evidence from a Policy Innovation in Intermediate Cost Shifting', *American Law and Economics Review* 23(1) 2021, p. 56-99.

Hertogh e.a. 2018
M. Hertogh, *"Zegt u het eens, wat wilt u van de rechter?" Evaluatie van de pilot Spreekuurrechter* (Research Memorandum nr. 4), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2018.

De Hoon 2010
M. de Hoon, 'De rechter als conflictmanager; een experiment uit de praktijk', *Tijdschrift voor Mediation* 2010, p. 12-21.

Huang 2007
Kuo-Chang Huang, 'Does discovery promote settlement? An empirical answer' (2nd Annual conference on Empirical legal studies), 2007.

Hulst & Van den Bos 2017
L. Hulst & K. van den Bos, 'Is de Nederlandse rechtsstaat echt doof, blind, vastgeroest, onmenselijk en onrechtvaardig?: Weloverwogen, en niet overhaast, op weg naar responsievere rechtspleging', *Nederlands Juristenblad* 2017, p. 1885 – 1889.

Ippel & Heeger-Hertter 2007
P. Ippel & S. Heeger-Hertter, Sprekend de Rechtbank. Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingszaal, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007.

Kahneman 2015
D. Kahneman, *Ons feilbare denken. Thinking, fast and slow,* Amsterdam: Business Contact 2015.

Kamminga, Barendrecht & Van Zeeland 2003
Y. P. Kamminga, J. M. Barendrecht & C. M. C. van Zeeland, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 37-60.

Kaplan 1993
M.J.G.P. Kaplan, 'Benaderingen', in: M.J.G.P. Kaplan, *Onderhandelen: Structuren en toepassingen,* Schoonhoven: Academic Service 1993, p. 23-31.

Kiser, Asher & McShane 2008
R. L. Kiser, M. A. Asher & B.B. McShane, 'Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations', *Journal of Empirical Legal Studies* 2008, p. 551-591.

Klaassen 2017
C.J.M. Klaassen, 'Inleiding' in: K. van den Bos, C.E. Drion & P.N. van Regteren Altena, *Procedurele en distributieve rechtvaardigheid (Reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, nr. 33)*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

Klijn 2017
A. Klijn, 'Rechtspraak die ertoe doet. Een ander geluid', *NJB Blog* 10 januari 2017 (njb.nl).

Klijn 2020
A. Klijn, 'mE=rR2. Twee vliegen in één klap?', *Recht der Werkelijkheid* 2020 (41) 2, p. 55 ev.

De Kock 1874
IJ de Kock, Iets over de poging tot minnelijke schikking (art. 19 W.v.B.Rv.), Utrecht: GA van Hoften 1874.

Korobkin 2002
R. Korobkin, 'Aspirations and settlement', *Cornell Law Review* 2002, p. 1-61.

Korobkin & Doherty 2009
R. Korobkin & J. Doherty, 'Who wins in settlement negotiations?', *American Law and Economics Review* 2009, p. 162-208.

Korobkin & Guthrie 1994
R. Korobkin & C. Guthrie, 'Psychological barriers to litigation settlement: An experimental approach', *Michigan Law Review* 1994, p. 107-192.

Korobkin & Guthrie 1997
R. Korobkin & C. Guthrie, 'Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer', *Texas Law Review* 1997, p. 77-141.

Korobkin & Guthrie 2004
R.B. Korobkin & C. Guthrie, 'Heuristics and biases at the bargaining table', *Marquette law review* 2004, p. 795-808.

Korobkin 2004
R.B. Korobkin, 'The role of law in settlement', in: Michael L. Miffit & Robert C. Bordone, *The handbook of dispute resolution,* Jossey-Bass 2004, p. 254-276.

Van der Kraats 2017
K.G.F. van der Kraats, *De eigen (aardig) heid van de kantonrechter: Over de verschillen tussen het proces (verloop) bij de kantonrechter en de civiele rechter en de betekenis daarvan*: Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Van der Kraats 2019
K. van der Kraats, 'Experimenten in de civiele rechtspraak: een oplossing voor welk probleem?', *Justitiële verkenningen* 2019 (nr. 1), p. 82-96.

Van der Kraats 2021
K. van der Kraats, 'Corona en de civiele rechtspraak: elk nadeel heeft een voordeel?', *Ars Aequi* 2021, p. 301-306.

Van der Kraats & Kruit 2021
K. van der Kraats & P. Kruit, 'De veranderende rol van de kantonrechter in ontslagzaken', in: Dubelaar e.a., *Conflictoplossing: het domein van rechters? Een vergelijkende studie naar rechterlijke en alternatieve conflictoplossing in verschillende rechtsgebieden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p.177-212.

Kritzer 2008
H.M. Kritzer, 'To lawyer or not to lawyer: Is that the question?', *Journal of Empirical Legal Studies* 2008, p. 877-906.

Kunmar & Epley 2020
A. Kumar & N. Epley, 'It's surprisingly nice to hear you: Misunderstanding the impact of communication media can lead to suboptimal choices of how to connect with others', *Journal of Experimental Psychology*: *General, 150*(3), p. 595–607.

Landeo, Nikitin & Babcock 2007
C.M. Landeo, M. Nikitin & L. Babcock, 'Split-Awards and Disputes: An Experimental Study of a Strategic Model of Litigation', *Journal of Economic Behavior and Organization* 2007.

Langbroek & Van der Linden-Smith 2014
P.M. Langbroek & T. van der Linden - Smith, 'Researching Justification Texts of a First Instance Court from Assignment to Results and Reporting', *Oñati Socio-Legal Series* (vol. 4, n. 5), 2014, p. 1071-1098.

Langbroek 2019
P.M. Langbroek, 'Financing the Judiciary in the Netherlands: between work overload in the courts and government control of the Judicial Budget', *International Journal for Court Administration* 2019, 10(1).

Langbroek 2020
P.M. Langbroek, 'Rechtspleging – Empirisch onderzoek naar het functioneren van de rechterlijke organisatie', in: C. Bijleveld e.a., *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 133-159.

Lederman 1999
L. Lederman, 'Which cases go to trial? An empirical study of predictions of failure to settle', *Case Western Reserve Law Review* 1999, p. 315-358.

Lees-Haley 1989
P.R. Lees-Haley, 'Litigation response syndrome: how stress confuses the issues', *Defense Counsel Journal* 1989 (110).

Lieverse 2017
L. Lieverse, 'Wat gebeurt er op de gang? Een kwalitatief empirisch onderzoek naar het proces van schikken tijdens civielrechtelijke procedures in Nederland', *Recht der Werkelijkheid* 2017.

Lieverse 2020
L. Lieverse, 'Het kussen van de rechtspleging moet worden opgeklopt', *de Volkskrant* 17 september 2020.

Lieverse 2021a
L. Lieverse, Rechtsbijstandsverleners en de invloed op ervaren rechtvaardigheid, *Tijdschrift Conflicthantering* 2021 (1), p. 26-29.

Lieverse 2021b
L. Lieverse, Advocaten kunnen en moeten bijdragen aan ervaren rechtvaardigheid. Een dubbel pleidooi, *Nederlands Juristenblad* 2021, p. 679-685.

Van der Linden 2008
J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord (Research Memoranda, jrg. 4, nr. 5)*, Den Haag: SDU Uitgevers/Raad voor de rechtspraak 2008.

Van der Linden, Klijn & Van Tulder 2009
J. van der Linden, A. Klijn & F. van Tulder, 'Meesterlijk gedrag: leren van compareren', *Rechtstreeks 2009, nr. 3*.

Van der Linden 2010
J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Van der Linden 2020
T.E. van der Linden, 'In de hoogste versnelling', *Nederlands Juristenblad* 2020, afl. 21, p. 1315-1382.

Van de Luijtgaarden 2017
H.J.L.M. van de Luijtgaarden, *Preventive law. Aanzet tot normatieve professionalisering in de opleiding van juristen*, Soesterberg: Uitgeverij Aspekt 2017.

Van de Luijtgaarden 2018
H.J.L.M. van de Luijtgaarden, 'Inverbindingstelling vraagt andere juristen', *Nederlands Juristenblad* 2018/38, p, 2898-2901.

Van de Luijtgaarden 2020
H.J.L.M. van de Luijtgaarden, 'Preventive law: een wending in de rechtspleging', *Tijdschrift Conflicthantering* 2020, afl. 1.

Lynch 2019
W.P. Lynch, 'Why settle for less? Improving settlement conferences in federal court', *Washington Law Review* 94(3) 2019, p. 1233-1280.

Mak 2017
E. Mak, 'De spreekuurrechter: een nuttige innovatie?', *Ars Aequi* 2017, p. 291-299.

Mak 2020
E. Mak, 'Het gezag van de juristen; een normatieve reflectie', in: *A. Berlee e.a., De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 9-34.

Mastenbroek 1993
W.F.G. Mastenbroek, 'Onderhandelen: De bomen en het bos', in: M.J.G.P. Kaplan, *Onderhandelen: Structuren en toepassingen,* Schoonhoven: Academic Service 1993, p. 148-157.

Mastenbroek 2012
W.F.G. Mastenbroek, *Onderhandelen,* Houten: Uitgeverij Unieboek/Het Spectrum B.V. 2012.

Malhorta & Bazerman 2008
D. Malhorta & M.H. Bazerman, *Negotiation Genius. How to overcome obstacles and achieve brilliant results at the bargaining table and beyond,* New York: Bentam Dell 2008.

Marseille 2020
B. Marseille, 'Op zoek naar een nieuwe rol voor de rechter als probleemoplosser', in: A. Akkermans, D. de Groot & B. Marseille, *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem: Inleidingen op de Lustrumconferentie van het Netherlands Institute for Law & Governance Amsterdam november 2019*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Marseille e.a. 2014
A.T. Marseille e.a., *Korte en effectieve kantoncomparities? Uitdaging voor reflexieve rechters* (Research Memorandua 2014, nr. 5), Den Haag: SDU Uitgevers/Raad voor de Rechtspraak 2014.

Marselli, McCannon & Vannini 2015
R. Marselli, B. C. McCannon & M. Vannini, 'Bargaining in the shadow of arbitration', *Journal of Economic Behavior & Organization* 2015, p. 356-368.

Mastenbroek 1993
W.F.G. Mastenbroek, 'Onderhandelen: De bomen en het bos', in: M.J.G.P. Kaplan, *Onderhandelen: Structuren en Toepassingen*, Schoonhoven: Academic Service 1993.

Mastenbroek 2012
W.F.G. Mastenbroek, *Onderhandelen*, Houten: Spectrum 2012.

Masur, Bronsteen & Buccafusco 2008
J. Masur, J. Bronsteen & C. Buccafusco, 'Hedonic adaptation and the settlement of civil lawsuits', *Colombia Law Review* 2008, p. 1516-1549.

Maxwell 2013
J.A. Maxwell, *Qualitative Research Design. An Interactive Approach*, California: SAGE 2013.

Mcbride, Skaperdas & Tsai 2018
M. McBride, S. Skaperdas & P-H Tsai, 'Why go to court? Bargaining failure under the shadow of trial with complete information', *European Journal of Political Economy* 2018.

Van Mourik 2019
J. van Mourik, *Over bemiddelen en beslissen: het pleit beslecht. De bemiddelende rol van de civiele rechter in een efficiënte, effectieve en rechtvaardige procedure* (masterscriptie Universiteit Utrecht), 2019.

Pecorino & Van Boening 2018
P. Pecorino & M. Van Boening, 'An Empirical Analysis of the Signaling and Screening Models of Litigation', *American Law and Economics Review* 2018, p. 214-244.

Pecorino & Van Boening 2019
P. Pecorino & M. Van Boening, 'An empirical analysis of litigation with discovery: The role of fairness', *Journal of Behavioral and Experimental Economics* 2019, p. 172-184.

Pecorino, Solomon & Van Boening 2021
P. Pecorino, M. Solomon & M. van Boening, 'Bargaining with voluntary transmission of private information: An experimental analysis of final offer arbitration', *Journal of Economic Behavior & Organization* (191) 2021, p. 334-366.

Pel 2001
M. Pel, 'Feiten zijn feiten? Het belang van feiten in mediation en in de civiele procedure', *BW-krant Jaarboek* 2001, p. 91-104.

Pel & Emaus 2007
M. Pel & J. Emaus, *Het belang van belangen. Invalshoeken en visies*, Den Haag: SDU 2007.

Pel 2007
M. Pel, 'Belangen in de strijd en in de tijd: belangenbehartiging in de dagelijkse praktijk', in: M. Pel & J. Emaus, *Het belang van belangen. Invalshoeken en visies*, Den Haag: SDU 2007, p. 95-126.

P'ng 1983
I.P.L. P'ng, 'Strategic behavior in suit, settlement and trial', *The Bell Journal of Economics* 1983, p. 539-550.

Posner 1973
R. Posner, 'An economic approach to legal procedure and judicial administration.', *Journal of legal Studies* 1973.

Prein 2017
H. Prein, 'Conflicten', in: A. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, Den Haag: SDU 2017, p. 95-130.

Priest & Klein 1984
G.L. Priest & B. Klein, 'The selection of disputes for litigation', *Journal of Legal Studies* 1984, p. 1-55.

Praagman 2011
S. Praagman, 'Comparitierechters in eenzelfde zaak vergeleken: de individuele aanpak van rechters', RdW 2011 (2), p. 6-28.

Rachlinski 1996
J.J. Rachlinski, 'Gains, losses, and the psychology of litigation', *Southern California Law Review* 1996, p. 113-185.

Rädiker & Kuckartz 2020
S. Rädiker & U. Kuckartz, Focused Analysis of Qualitative Interviews with MAXQDA, Maxqda press, 2020.

Van Regteren Altena 2017
P.N. van Regteren Altena, 'Procedurele en distributieve rechtvaardigheid en de rol van de procederende advocaat daarin', in: K. van den Bos, C.E. Drion en P.N. van Regteren Altena, *Procedurele en distributieve rechtvaardigheid*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Richards 2016
D. Richards, 'Judicial conflict resolution in English courts. A preliminary overview' (Report for the managing team of the Judicial Conflict Resolution (JCR) research project), 2016.

Rijnhout 2021
R. Rijnhout, 'De positie van de rechter bij conflictoplossing in personenschadezaken die via het aansprakelijkheidsrecht worden afgewikkeld', in: Dubelaar e.a., *Conflictoplossing: het domein van rechters? Een vergelijkende studie naar rechterlijke en alternatieve conflictoplossing in verschillende rechtsgebieden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p.63-98.

Seltzer e.a. 2012
L.J. Seltzer, A.R. Prososki, T.E. Ziegler, & S.D. Pollak, 'Instant messages vs. speech: Hormones and why we still need to hear each other', *Evolution and Human Behavior* (33). p. 42–45.

Schutte 2007
E. Schutte, 'Welk belang, welke actie? De visie van de advocaat op belangen', in: M. Pel & J. Emaus, *Het belang van belangen. Invalshoeken en visies*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007, p. 47-54.

Shavell 1982
S. Shavell, 'Suit, settlement, and trial: A theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs', *Journal of Legal Studies* 1982, p. 55-81.

Simon Thomas 2017
M. Simon Thomas, 'Context van mediation', in: A. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu uitgevers 2017, p. 55-74.

Simon Thomas 2020
M. Simon Thomas, 'Mediation – ruim 25 jaar mediation in Nederland', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p.443-478.

Simon Thomas & Koster 2021
M. Simon Thomas & E. Koster, 'De rechter als bemiddelaar', in: Dubelaar e.a., *Conflictoplossing: het domein van rechters? Een vergelijkende studie naar rechterlijke en alternatieve conflictoplossing in verschillende rechtsgebieden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 15-36.

Smilde 2017
M.J. Smilde, 'Rechtspraak is geen markt', Interview met Ruth de Bock, *Mr. magazine voor juristen* 2017 (nr. 9), pp. 35-41.

Smilde 2019
M.J. Smilde, 'Communicatie ter zitting – In gesprek over geschillen, conflicten en oplossingen', in: D. de Groot & H. Steenberge (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 31-84.

Smit e.a. 2020
M. Smit e.a., '25 jaar empirisch juridisch onderzoek in Nederland – Een inleiding', in: C. Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 11-20.

Snijders, Klaassen & Meijer 2017
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Steenberghe 2017
H. Steenberghe 2017, 'Regie als model voor samenwerking', *TREMA* 2017/6.

Steenberghe 2019
H. Stenberghe, 'De mondelinge behandeling en de schikking', in: D. de Groot & H. Steenberge (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 363-472.

Thompson 2015
L.L. Thompson, *The mind and heart of the negotiator*, Harlow: Pearson Education 2015.

Tumelty 2021
M.E. Tumelty, 'Exploring the emotional burdens and impact of medical negligence litigation on plaintiff and medical practitioner: insights from Ireland', *Legal Studies* 2021, pp. 633-656.

Van Velthoven 2011
B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *Themis* 2011 (1).

Van Velthoven & Wijck 2016
B.C.J. van Velthoven & P.W. Wijck, 'Conflictoplossing vanuit rechtseconomisch perspectief', in: G.E. Frerks, B.A. de Graaf & E.R. Muller, *Conflict. Over conflict en conflictbeheersing,* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Verberk 2020
S. Verberk, 'Maatschappelijk Effectieve Rechtspraak: Probleemoplossing door de rechter?', in A. Akkermans, D. de Groot & B. Marseille, *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem: Inleidingen op de Lustrumconferentie van het Netherlands Institute for Law & Governance, Amsterdam, november 2019*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2020.

Verschoof 2014
R.J. Verschoof, 'What Is It All about: An Overview of the Dutch Research and a Plea for Change', *Utrecht Law Review* 2014, p. 41 ev..

Verschoof 2019
R.J. Verschoof, 'Het onderliggende conflict: afblijven of uitdiepen?', *Tijdschrift voor de Civiele Rechtspleging* 2019 (2).

Verschoof & Van Rossum 2018
R. J. Verschoof & W.M. Van Rossum, *Geschikt of niet geschikt? Schikkingsgedrag van de civiele rechter en de invloed daarvan op partijen,* Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Visscher 2013
L. Visscher, 'Gedrag van advocaten', in: W. H. Boom van, I. Giesen & A.J. Verheij, *Capita Civilologie,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 1123-1149.

Ter Voert & Klein Haarhuis 2015
M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*: Den Haag: WODC 2015.

Ter Voert & Hoekstra 2020
M.J. ter Voert & M.S. Hoekstra, *Geschilbeslechtingsdelta 2019. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers* (Cahier 2020-18), Den Haag: WODC 2020.

Ter Voert 2020
M.J. ter Voert, 'Advocatuur', in: Bijleveld e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 161-184.

Ter Voert e.a. 2022
M.J. ter Voert e.a., *Gevolgen van COVID-19 voor de rechtspraak en kwetsbare rechtzoekenden. Een onderzoek naar maatregelen en de positie van rechtzoekenden binnen het straf-, civiele jeugdbeschermings-, en vreemdelingenrecht* (Rapportage ZonMw), 2022.

Vranken 2007
J. Vranken, 'Belangen in civiele procedures en in mediation', in: M. Pel & J. Emaus, *Het belang van belangen. Invalshoeken en visies*, Den Haag: Sdu uitgevers 2007, p. 35-47.

Vranken & Snel 2019
J. Vranken & M. Snel, De civiele rechter in Nederland op de schopstoel, *Nederlands Juristenblad 2019*, p. 687 ev.

Waldfogel 1998
J. Waldfogel, 'Reconciling asymmetric information and divergent expectations theories of litigation', *Journal of Law and Economics* 1998, p. 451-476

Westeus 2014
M. Westeus, 'Settlement probability asymmetries in the Swedish Labour Court', *European Journal of Law and Economics* 2014, p. 485-512.

Wetzels 2019
W. Wetzels, 'De pilot van de Rotterdamse Regelrechter', *Justitiële Verkenningen* 2019 (1).

Wijntjens 2020a
L. Wijntjens, *Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld? Over het aanbieden van excuses in de civiele procedure en de medische tuchtprocedure*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Wijntjens 2020b
L. Wijntjens, 'De rol van excuses in de civiele rechtspraak', *Nederlands Juristenblad* 2020, p. 3218-3224.

Wistrich & Rachlinski 2013
A.J. Wistrich & J.J. Rachlinski, 'How lawyers' intuitions prolong litigation', *Southern California Law Review* 2013, p. 571-636.

Wolff 2018
D.J.B. de Wolff, *Over het belang van een goede rechtsbedeling* (oratie UVA), Amsterdam 2018.

Yang 2020
E.Y. Yang, 'Optimism and pessimism in bargaining and contests', *International Review of Law and Economics* (64) 2020.

Van Zelst 2020
B. van Zelst, 'De (on)ethische advocaat. Over de balans tussen cliënt en maatschappij', *Nederlands Juristenblad 2020/964*, afl. 16.

Burgers en ondernemingen die in een juridische strijd zijn verwikkeld, kunnen naar de rechter. Die kan vonnis wijzen, maar ook een bemiddelingspoging doen. Zien partijen daar wat in, dan wordt de zitting geschorst zodat zij en hun advocaten daarover op de gang kunnen praten. In een op de drie procedures schikken partijen daadwerkelijk. Uit eerder onderzoek is bekend welke schikkingsinterventies van rechters effectief zijn en welke minder goed werken. Tegelijkertijd blijkt dat niet iedereen die schikt tevreden is.

Maar wat gebeurt er nu eigenlijk op de gang? Dat is het onderwerp van deze studie. Lieverse heeft 24 rechtszaken geobserveerd, in de zittingszaal en op de gang. Achteraf heeft hij procespartijen en hun advocaten geïnterviewd. Dat levert relevante inzichten en praktische aanbevelingen op voor iedereen die werkzaam is in de civielrechtelijke procespraktijk.