

# Decision Analysis in Litigation

11 april 2024

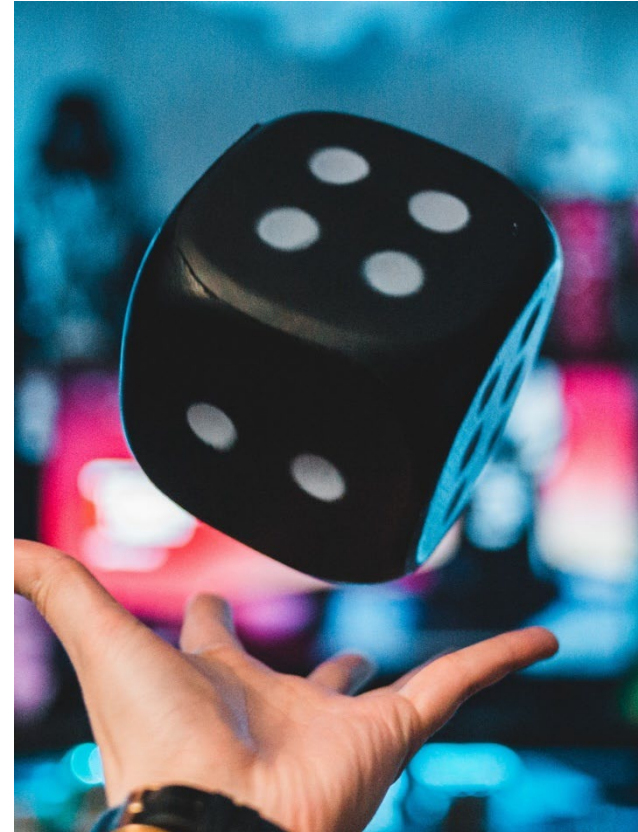
Rein Philips, directeur Redbreast, advocaat Philips & Philips  
Amaury de Bruijn, Associate Director Legal bij FrielandCampina



# Decision Analysis in Litigation

1. Doel van de cursus of Decision Analysis: Quality v. Outcome (Rein) 9.30-10.00
2. Wanneer is procederen rationeel? (Amaury) 10.00-10.45
3. Pauze 10.45-11.00
4. Irrationale motieven (Rein) 11.00-11.30
5. Decision tree analysis (Amaury) 11.30-12.15
6. Procesanalyse (Rein) 12.15-12.45
7. Lunch 12.45-13.30
8. Opdrachten en casus (Rein en Amaury) 13.30 – 16.15
9. Presentatie en bespreking 16.15 – 16.45

# Decision Quality versus Decision Outcome



# Decision Quality versus Decision Outcome



# Waarom?

- Op lange termijn leiden betere besluiten tot betere resultaten.
- Spijt en zorgen verwijderen uit (proces)beslissingen en lopende procedures.
- Verbetering communicatie tussen legal en finance / business
- Beperking conflicten met partners/cliënten, vermijden destructieve procedures.

# Hoe?

- Outside view
- Falsificatie (devil's advocate)
- Checklists
- Check je biases
- Decision Analysis: leren denken in en rekenen met kansen (probabilities)

# Decision Analysis in Litigation

1. Doel van de cursus of Decision Analysis: Quality v. Outcome (Rein)  
9.30-10.00
2. **Wanneer is procederen rationeel? (Amaury) 10.00-10.45**
3. Pauze 10.45-11.00
4. Irrationale motieven (Rein) 11.00-11.30
5. Decision tree analysis (Amaury) 11.30-12.15
6. Procesanalyse (Rein) 12.15-12.45
7. Lunch 12.45-13.30
8. Opdrachten en casus (Rein en Amaury) 13.30 – 16.15
9. Presentatie en bespreking 16.15 – 16.45

# Decision Analysis in Litigation

1. Doel van de cursus of Decision Analysis: Quality v. Outcome (Rein)  
9.30-10.00
2. Wanneer is procederen rationeel? (Amaury) 10.00-10.45
3. Pauze 10.45-11.00
- 4. Irrationale motieven (Rein) 11.00-11.30**
5. Decision tree analysis (Amaury) 11.30-12.15
6. Procesanalyse (Rein) 12.15-12.45
7. Lunch 12.45-13.00
8. Opdrachten en casus (Rein en Amaury) 13.00 – 16.15
9. Presentatie en bespreking 16.15 – 16.45



Twoe kleine testjes

1000

40

1000

30

1000

20

1000



10

# Antwoord

Peiling

1000

40

1000

30

1000

20

1000

10

---

4100

Tel de f-en

Finished files are the result  
of years of scientific study  
combined with the experience  
of years...

# Antwoord

Peiling

Finished files are the result  
of years of scientific study  
combined with the experience  
of years...

# Irrationele oorzaken

## Cognitieve en emotionele *biases* relevant voor procedures

- Selectieve opname van informatie (*selection bias / hindsight bias*)
- Het onderschatten van de tijd en kosten die met een procedure zijn gemoeid (*planning fallacy*)
- Het overschatten van de kansen en/of opbrengsten van een zaak (*overconfidence, confirmation bias, priming*)
- Doorgaan met een procedure omdat er al zoveel in is geïnvesteerd (*sunk costs bias*)
- De uitkomst is niet eerlijk/redelijk want wij leveren meer in dan zij (*egocentric interpretation of fairness, emotional biases*)
- Onderschatting extremen: steek nooit een rivier over die gemiddeld 1 meter diep is (*risk of ruin*)
- Niet goed meewegen van de *base rate* (*base rate fallacy*)

Leestips: *Thinking, fast and slow* van Daniel Kahneman en *Antifragile* van Nassim Taleb

# Irrationele oorzaken

*Egocentric interpretations of fairness:*

Combinatie van twee bekende bevindingen uit de gedragspsychologie:

1. Wat men als eerlijke of redelijke uitkomst ervaart hangt nauw samen met de perceptie van wat de uitkomst voor anderen.
2. Mensen zijn geneigd hun eigen bijdrage in een gezamenlijk project te overschatten.





# Irrationele oorzaken

*Egocentric interpretations of fairness* (Thompson en Loewenstein):

Hypothese: partijen zullen bij de beoordeling van wat een eerlijke uitkomst is hun eigen bijdrage aan een schikking overwaarden en de bijdrage van de ander onderwaarden.

- Experiment 1. Onderhandeling tussen vakbond en werkgever. Impasse leidt tot kostbare staking.
- Experiment 2. Het effect van toevoegen complexiteit:
  - Verschillende kosten van staking.
  - Meer achtergrond informatie.
- Conclusies: *Egocentric interpretations* worden aangetoond en versterkt door extra complexiteit. Verband met selectie-bias.

# Irrationele oorzaken

## *Agency problems*

- Conflicterend belang tussen vertegenwoordiger en vertegenwoordigde.
- Rationeel vanuit perspectief vertegenwoordiger maar leidt tot irrationeel resultaat vanuit perspectief vertegenwoordigde.
- Bureaucratie

# Decision Analysis in Litigation

1. Doel van de cursus of Decision Analysis: Quality v. Outcome (Rein)  
9.30-10.00
2. Wanneer is procederen rationeel? (Amaury) 10.00-10.45
3. Pauze 10.45-11.00
4. Irrationale motieven (Rein) 11.00-11.30
- 5. Decision tree analysis (Amaury) 11.30-12.15**
6. Procesanalyse (Rein) 12.15-12.45
7. Lunch 12.45-13.30
8. Opdrachten en casus (Rein en Amaury) 13.30 – 16.15
9. Presentatie en bespreking 16.15 – 16.45

# Decision Analysis

## Een beslisboom maken

- Wat is de vraag / beslissing?
- Wat is het doel / criterium (bijv. risico beperken of winst maximaliseren)?
- Wat zijn de discussiepunten? Welke factoren spelen daarbij een rol? Scheiden hoofdvragen van sub-vragen. Houd het simpel!
- Wat is de onderlinge relatie tussen de verschillende discussiepunten (incl. volgorde van behandeling)?
- Processcenario's (duur & kosten)

# Decision Analysis

## **Eerst een peiling**

- Wat is een verdedigbaar argument?
- Wat is een goede kans van slagen?

# Decision Analysis

Voorbeeld:

- Int. o.d.-claim EUR 1.500.000
- Schikkingsvoorstel gedaagde: EUR 150.000
- Aanvaardbaar?
- “Laten wij een procesadvies vragen aan onze advocaat”

# Decision Analysis

Discussiepunten	Conclusie in woorden
Nederlandse rechter bevoegd?	“... waarschijnlijk bevoegd”
Voldoende bewijs?	“... aannemelijk dat de rechter de gestelde feiten bewezen zal achten”
Onrechtmatige daad?	“... goed verdedigbaar dat er sprake is van een onrechtmatige daad”
Causaal verband?	“...zeer waarschijnlijk voldoende causaal verband”

**Hoe luidt het procesadvies?**



# Decision Analysis

Discussiepunten	Conclusie in woorden	Conclusie in percentages
Nederlandse rechter bevoegd?	“... waarschijnlijk bevoegd”	80%
Voldoende bewijs?	“... aannemelijk dat de rechter de feiten bewezen zal achten”	80%
Onrechtmatige daad?	“... goed verdedigbaar dat er sprake is van een onrechtmatige daad”	60%
Causaal verband?	“...zeer waarschijnlijk voldoende causaal verband”	90%

# Decision Analysis

Proceskansen

Jurisdictie?		Bewijs?		O.D.?		C.V.?		Schade?	P
						ja 90%	→	?	35%
				ja 60%	→	nee 10%	→	€ 0	4%
		ja 80%	→	nee 40%	→		→	€ 0	26%
ja 80%	→	nee 20%	→		→		→	€ 0	16%
nee 20%	→		→		→		→	€ 0	20%
							control		100%

# Decision Analysis

Schade

			P	V	V (kansgewogen)	
		Hoog	25%	€ 1.600.000	€ 400.000	
Toewijzing		Middel	50%	€ 800.000	€ 400.000	
		Laag	25%	€ 250.000	€ 62.500	
					<b>€ 862.500</b>	totaal

# Decision Analysis

Waardering en analyse

Jurisdictie?		Bewijs?		O.D.?		C.V.?		Toewijzing ?	P	EV (bruto)
						ja 90%	nee 10%	€ 862.500	35%	€ 298.080
				ja 80%				€ 0	4%	€ 0
			ja 60%		nee 20%			€ 0	10%	€ 0
ja 80%				nee 40%				€ 0	32%	€ 0
nee 20%								€ 0	20%	€ 0
								control	100%	€ 298.080

# CASUS 1: Wanprestatie

- Kees bestelt bij garage Hans een Audi A4, die in verband met het starten van een nieuw bedrijf uiterlijk op 1 mei 2021 moet worden afgeleverd. Kees begint een bezorgdienst waarvoor hij door het hele land moet reizen. Kees heeft uitdrukkelijk aan de garage aangegeven dat de leveringsdatum belangrijk voor hem is. Desondanks levert garage Hans de auto pas op 15 mei 2021. In de tussentijd heeft Kees een auto moeten huren voor 600 euro per week.
- 6:74 BW. (1) Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. (2). Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt lid 1 slechts toepassing met inachtneming van hetgeen is bepaald in de tweede paragraaf betreffende het verzuim van de schuldenaar.
- Maak een beslisboom voor de beoordeling van de vraag of Garage Hans aansprakelijk is voor de huurkosten van Kees.

# Decision Analysis in Litigation

1. Doel van de cursus of Decision Analysis: Quality v. Outcome (Rein)  
9.30-10.00
2. Wanneer is procederen rationeel? (Amaury) 10.00-10.45
3. Pauze 10.45-11.00
4. Irrationale motieven (Rein) 11.00-11.30
5. Decision tree analysis (Amaury) 11.30-12.15
- 6. Procesanalyse (Rein) 12.15-12.45**
7. Lunch 12.45-13.30
- 8. Opdrachten en casus (Rein en Amaury) 13.30 – 16.15**
9. Presentatie en bespreking 16.15 – 16.45

## Casus 2: A v B

- A heeft vordering op B van EUR 100.000.
- B betwist de vordering van A.
- Kans van slagen = 50% (zowel in 1<sup>e</sup> als 2<sup>e</sup> aanleg).
- A en B zijn risiconeutraal.
- B zal bij verlies in eerste aanleg, in hoger beroep gaan.
- A zal bij verlies niet in hoger beroep gaan want dan is zijn geld op.
- Wat is de kans dat de vordering van A in laatste instantie wordt toegewezen?
- Kosten van eerste aanleg: EUR 25.000
- Kosten van tweede aanleg: EUR 10.000
- Wat is voor A de rationele schikkingsbandbreedte?

# Casus 3: bestuurdersaansprakelijkheid (eventueel)

- Garage Hans gaat oktober 2020 failliet. Het boedeltekort is 1,3 miljoen. De omzet liep al jaren terug omdat Garage Hans niet goed was uitgerust om de rijdende computers, die auto's van tegenwoordig zijn, te repareren. Garage Hans was door zijn bank al onder gebracht bij bijzonder beheer. Terugval in het aantal reparaties door corona deed Garage Hans de das om.
- Uit het oorzakenonderzoek van de curator blijkt dat de laatste twee jaarrekeningen van Garage Hans ruim 3 maanden te laat zijn gedeponereerd. De curator overweegt Hans aansprakelijk te stellen voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.



# Noot K. Harmsen bij ECLI:NL:HR:2016:233 - bestuurdersaansprakelijkheid

1. De curator stelt bestuurder aansprakelijk o.g.v. artikel 2:248 lid 2 BW vanwege schending van de administratie- en/of openbaarmakingsplicht.
2. De bestuurder maakt vervolgens aannemelijk dat sprake is van een van buiten komende oorzaak die ten grondslag ligt aan het faillissement en tracht hiermee het vermoeden te weerleggen dat de onbehoorlijke taakvervulling (a) een belangrijke oorzaak is van het faillissement.
3. De curator maakt de bestuurder op zijn beurt verwijten over het intreden van de externe oorzaak van (b).
4. De bestuurder stelt tot slot (en maakt aannemelijk) dat zijn handelen of nalaten ter zake van de van buiten komende oorzaak geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (in de zin dat geen redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld) oplevert.

# Casus 4: gemiste diagnose

- Handout
- Individuele behandeling
- Indeling in groepen
- Onderhandelingsspel

# Decision Analysis

De norm waaraan het handelen van de radiologen moet worden getoetst is die van de redelijk handelende en redelijk bekwame vakgenoot die in gelijke omstandigheden heeft te oordelen.

# Decision Analysis in Litigation

1. Doel van de cursus of Decision Analysis: Quality v. Outcome (Rein)  
9.30-10.00
2. Wanneer is procederen rationeel? (Amaury) 10.00-10.45
3. Pauze 10.45-11.00
4. Irrationale motieven (Rein) 11.00-11.30
5. Decision tree analysis (Amaury) 11.30-12.15
6. Procesanalyse (Rein) 12.15-12.45
7. Lunch 12.45-13.30
8. Opdrachten en casus (Rein en Amaury) 13.30 – 16.15
9. **Presentatie en bespreking 16.15 – 16.45**

## **Vragen / discussie**

“Always remember, however sure you are that you could easily win, that there would not be a war if the other man did not think he also had a chance.”

*Churchill*

**FIN**

**CPO<sup>o</sup>**