



Kostbaar toernooi in de rechtszaal

Auteur(s):

Dijk, F. van
Werkzaam bij het ministerie van Justitie.

Verschenen in:

ESB, 84e jaargang, nr. 4206, pagina 410, 28 mei 1999

Rubriek:**Trefwoord(en):**

advocatuur

No cure, no pay voor advocaten maakt rechtszaken tot een toernooi waarin naast een winnaarsreputatie ook prijzengeld te verdienen is. Dat leidt tot hoge kosten van rechtsgang.

Zal invoering van 'no cure, no pay' voor advocaten tot 'Amerikaanse toestanden' in het recht leiden? Die vraag is van belang omdat zo'n uitkomst - een overmaat aan dubieuze aansprakelijkheidsclaims en agressieve procesvoering - transactiekostenverhogend werkt en daarmee afbreuk doet aan de efficiëntie. In [zijn artikel over resultaatafhankelijke beloning](#) in ESB van 2 april, doet Peter van Wijck deze vrees af door de 'Amerikaanse toestanden' vooral te wijten aan het verschijnsel van punitieve schadevergoedingen en aan het beginsel dat iedere partij zijn eigen proceskosten draagt¹. Toch kunnen we daarop niet helemaal gerust zijn. In de eerste plaats vormen punitieve schadevergoedingen - dat zijn civielrechtelijke boetes bij ernstig nalatig of bewust schadeveroorzakend handelen die de werkelijke schade overtreffen - in de VS slechts 10 % van de totale toekenningen van schadevergoeding volgens een momentopname voor 1992². In de tweede plaats kent Nederland weliswaar de kostenveroordeling, maar deze is beperkt, waardoor beide systemen niet sterk verschillen. Er is dan ook alle reden om de situatie in de Verenigde Staten beter te bekijken en te bezien of resultaatafhankelijke beloning toch een drijvende kracht achter kostenverhogende procesvoering kan zijn.

Amerikaanse toestanden

De fameuze Amerikaanse toestanden verwijzen niet alleen naar een uitbundig gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, maar vooral ook naar een rechtscultuur van 'adversarial legalism': veel conflicten worden langs formeel juridische weg beslecht en de bewijsvoering wordt gedomineerd door advocaten³. Advocaten dragen bij aan deze rechtscultuur door agressieve werving en behandeling van zaken en ook door sterke lobbies voor jurisdisering. Deze werkwijze kan leiden tot het aanboren van vraag, die door gebrek aan informatie van gelaedeerden latent is gebleven, en behoeft niet altijd negatief beoordeeld te worden. Wel wordt de jurisdisering van conflicten sterk bevorderd. Procederen wordt gekenmerkt door het uitputten en op kosten jagen van de tegenpartij door extreme informatie-eisen, het opwerpen van procedurele obstakels en het aanspannen van extra procedures. In deze cultuur passen ook praktijken zoals het doorzetten van onvoldoende gefundeerde claims in de hoop op verkeerde inschatting door rechter of jury, en juridische afpersing. Daarbij gaat het om het aanspannen van zaken die geen grond hebben maar waarin partijen worden gedwongen te schikken om juridische kosten en vaak vooral reputatieverlies te vermijden⁴. Door deze praktijken draagt de advocatuur in de vs sterk bij aan hoge transactiekosten. Deze uiten zich onder andere in een grote omvang van de beroepsgroep. Zo zijn er in de vs per 100.000 inwoners ruim zesmaal zoveel advocaten als in Nederland. De verschijnselen lijken niet te kunnen bestaan zonder grote economische belangen van de advocatuur bij zaken. 'No cure no pay' is daarbij niet het enige, maar wel een belangrijk element. De rechtseconomische literatuur biedt weinig verklaring voor verschillen in procescultuur. Aan algemeen onderzoek naar beloningssystemen kunnen aanvullende inzichten ontleend worden.

Rangorde-toernooien

Het eigenaardige van advocaten is dat zij iedere dag verweekeld zijn in procedures die zij, simpel gezegd, winnen of verliezen van andere advocaten. Winnen kan bestaan uit een gunstige rechterlijke uitspraak, maar ook uit een voordelige schikking. Advocaten bevinden zich derhalve in een toernooi waarin zij paarsgewijs tegen elkaar uitkomen. Het gaat hier om een rangorde-toernooi waarbij winnen niet afhankelijk is van absolute inspanning, maar van de inspanning in vergelijking met die van de anderen. Deze constellatie leidt tot sterke intrinsieke prikkels. Bij beloning op basis van gewerkte uren zijn de aanwezige financiële prikkels vooral van indirecte aard. De reputatie binnen de beroepsgroep en rechterlijke macht en onder cliënten bepaalt toekomstig succes, klandizie en inkomen. Een sterke reputatie leidt bijvoorbeeld tot gunstige schikkingen, maar ook tot overtuigingskracht voor de rechter. 'No cure, no pay' voegt hieraan sterke directe financiële prikkels toe voor één van de advocaten (van de eisende partij) of soms voor beide. Theoretische en experimentele inzichten in de werking van rangorde-toernooien bieden zicht op de gedragseffecten die uit deze extra prikkels voortvloeien.

Volgens de theorie van rangorde-toernooien kan bij concurrentie tussen deelnemers in principe een efficiënt niveau van inspanning worden bereikt (zie kader). Economische experimenten waarin inspanning onder verschillende beloningssystemen is onderzocht wijzen uit dat voor (bij benadering) gelijke verdienste de inspanning onder relatieve beloning groter is dan die bij andere beloningssystemen zoals uurloon en stukloon⁵. Zij wijzen er echter ook op dat het inspanningsniveau groter is dan voor werknemers optimaal. De opbrengst van extra inspanning is dan lager dan de kosten. De uitkomst is dus niet noodzakelijk efficiënt.

Rangorde-toernooien

In een rangorde-toernooi bepalen de relatieve prestaties van de deelnemers, in de literatuur meestal werknemers, in combinatie met een toevalsfactor de beloning. Het basismodel gaat ervan uit dat werknemers zich inspinnen voor bedrijfsdoelen en dat deze inspanning kan worden gestuurd door verschillen aan te brengen in de te behalen 'prijzen'. De inspanning die werknemers leveren hangt dan positief samen met het verschil in beloning bij winst en verlies en negatief met de mate waarin toeval een rol speelt. Wanneer concurrentie tussen werknemers bestaat en duidelijk is wie van hen 'winnaar van het toernooi' is, kan de werkgever in theorie een efficiënt inspanningsniveau tot stand brengen door het verschil in de te behalen 'prijzen' net zolang te vergroten totdat de kosten daarvan gelijk zijn aan de extra opbrengst van inspanning. Alleen als werknemers samenspannen wordt geen efficiëntie bereikt.

Zie voor een samenvatting van de literatuur E.P. Lazear, *Personnel economics*, MIT Press, Cambridge, 1995.

Uit empirisch onderzoek blijkt dat ook in situaties waarin intrinsieke en indirecte financiële prikkels reeds sterk zijn, zoals wanneer reputatie van belang is, het toevoegen van directe financiële prikkels tot grotere inspanning leidt. Het klassieke voorbeeld betreft prijzengeld bij sporttoernooien (zie voetnoot ³).

Recente uitbreidingen van de theorie betrekken in de beschouwing dat deelnemers aan een toernooi niet alleen kunnen winnen door extra inspanning, maar vaak ook door andere partijen schade te berokkenen. Is dit mogelijk, dan bevordert relatieve beloning agressief gedrag en de verdringing van niet agressieve persoonlijkheden door agressieve. Het is dan optimaal het verschil in beloning te verlagen: het nadeel van geringere inspanning wordt gecompenseerd door het voordeel van minder destructieve interactie.

Advocatuur

De hierboven beschreven theorie en experimenten zijn van algemene aard en houden dus geen rekening met specifieke aspecten van juridische geschillenbeslechting, zoals de mogelijkheid van schikking. Hierdoor verandert de toernooi-constellatie echter niet wezenlijk. Op grond van de resultaten die in de vorige paragraaf zijn besproken valt te verwachten dat de versterking van de financiële prikkels via 'no cure no pay' niet zonder gevolgen zal blijven. De aard van juridische geschillenbeslechting leent zich in het bijzonder voor destructieve interactie door de procedurele middelen die advocaten ten dienste staan. Daarbij lijkt waarschijnlijk dat schikkingsonderhandelingen verharder en dat rechtszaken door extreme en meer dan efficiënte inspanningen van de advocaten het karakter krijgen van langdurige en harde confrontaties waarbij alle dienstige procedurele middelen worden ingezet, inclusief het aanspannen van additionele procedures ⁶. Kortom, het is aannemelijk dat 'no cure no pay' bijdraagt aan het ontstaan van een rechtscultuur van 'adversarial legalism'.

Marktimperfecties

Bij volledige concurrentie en transparantie zouden de beloning van advocaten die werken op basis van resultaatafhankelijke beloning en de beloning van advocaten die gewerkte uren declareren na correctie voor de risicoverdeling in elkaars buurt moeten liggen. In de vs loopt een discussie of dit zo is. Het antwoord daarop is niet eenduidig; zowel extreem hoge beloningen als relatief gelijke beloningen worden gevonden ⁷. Zeker is wel dat 'contingency fee'-advocaten gemiddeld niet goedkoper zijn dan advocaten die op basis van uurloon werken. Een gemiddeld lagere beloning had de extra inspanning onder 'no cure no pay' kunnen compenseren, maar dit lijkt niet aan de orde.

Conclusie

'No cure, no pay' draagt bij aan juridisering van conflicten en versterkt kostbaar en conflictueus onderhandelen en procederen. Te verwachten valt dat partijen elkaar eerder in rechte aanspreken, dat onderhandelingen en procesvoering zullen verharder en het gebruik van procedurele tactieken toeneemt. Hierdoor verheft de spanning tussen de belangen van advocaten en individuele cliënten enerzijds en het belang van de samenleving anderzijds. De samenleving als geheel is gediend bij goedkope, de-escalerende en snelle oplossing van conflicten waarbij met een minimum aan procedurele kwesties de pro's en contra's van geschillen worden gewogen. 'No cure, no pay' draagt hieraan niet bij. Voor de beheersing van transactiekosten is dit niet geruststellend

1 P. van Wijck, [No cure, no pay, een goed idee?](#), *ESB*, 2 april 1999, blz. 244-248.

2 Bureau of Justice Statistics, *Civil jury cases and verdicts in large counties*, US Department of Justice, 1995.

3 R.A. Kagan, Do lawyers cause adversarial legalism? A preliminary inquiry. *Law and Social Inquiry*, 1994, blz. 1-62.

4 De bescheiden kostenveroordeling in Nederland biedt hiertegen weinig bescherming.

5 C. Bull, A. Schotter en K. Weigelt, Tournaments and piece rates: an experimental study, *Journal of Political Economy*, 1987; F. van Dijk, J. Sonnemans en F. van Winden, *Incentive systems in a real effort experiment*, Creed/UvA, 1998.

6 Te verwachten valt dat zowel schikking als rechtzaak meer inspanning en tijd zullen vergen. Op voorhand is niet te zeggen of het schikken van zaken zal toe- of afnemen. Vooral daardoor is het effect op de tijdsbesteding per zaak onduidelijk.

7 H.M. Kritzer, *Rhetoric and reality, uses and abuses, contingencies and certainties: the American contingent fee in operation*, Working paper University of Wisconsin-Madison, 1996; L. Brickman, M. Horowitz en J. O'Connell, *Rethinking contingency fees*, Manhattan Institute, 1994.

Copyright © 1999 - 2003 Economisch Statistische Berichten (www.economie.nl)