

## Een rechtssociologische klassieker over winnen en verliezen

# One shotters en repeat players

Winnen of verliezen wordt in het recht anders ervaren door partijen die een eenmalig tastbaar resultaat beogen dan door partijen die vaker procederen. In een ‘klassiek’ artikel laat Marc Galanter ons dit zien aan de hand van het onderscheid tussen *one shotters* en *repeat players*. One shotters zijn gebrand op winstmaximalisatie op de korte termijn, terwijl repeat players vaak een langetermijnbelang nastreven.

Elk jaar, in het vierde onderwijsblok, doceer ik het keuzevak Rechtssociologie aan derdejaars rechtenstudenten van de Universiteit Utrecht. Ik bied hen een ander, breder perspectief op het recht door met hen een aantal ‘klassieke’ rechtssociologische teksten te lezen. Waaronder een artikel van de Amerikaanse rechtssocioloog Marc Galanter, een tekst over ongelijke machtsverhoudingen in het recht, waarin hij betoogt dat partijen met meer ervaring met procederen en met meer middelen ter beschikking structureel een voorsprong hebben op partijen die voor het eerst in een rechtszaak zijn verwikkeld. Naast dit voordeel kijken deze twee verschillende type partijen ook anders aan tegen winnen en verliezen. In dit artikel laat ik zien wat we hiervan – nu nog steeds – kunnen leren en bekijk ik of deze kennis ook relevant kan zijn voor mediation.

De ‘klassieker’ van Marc Galanter uit 1974, in het Nederlands vertaald in *De duivel schijft altijd op de grote hoop*, gaat over het verschil tussen *one shotters* en *repeat players*, en waarom die laatste groep in de rechtszaal meestal aan het langste eind trekt – en dat waarschijnlijk ook zal blijven doen.<sup>1</sup> De one shotter is, volgens Galanter, vaak een indivi-

du die zelden een rechter inschakelt en zich in dat uitzonderlijke geval vooral bekommert over het resultaat van zijn individuele, specifieke zaak. De repeat player daarentegen is een (rechts)persoon, meestal een organisatie, een bedrijf of de overheid, die regelmatig procedeert en vooral ook belang hecht aan het effect van een uitspraak op andere, vergelijkbare zaken. De one shotter, die slechts een enkele keer zijn toevlucht zoekt in het recht zal het ‘spel’ anders spelen dan de repeat player die in de loop van de tijd bij meerdere vergelijkbare zaken is betrokken. En zo zullen zij ook anders aankijken tegen winnen en verliezen.

### Rechtspraak als wedstrijd

Het is de Utrechtse hoogleraar Ton Hol geweest die, op zijn beurt weer verwijzend naar de historicus Huizinga, in het tijdschrift *Ars Aequi* op een heldere wijze moderne rechtspraak met een spel vergelijkt, een wedstrijd.<sup>2</sup> Zo’n wedstrijd, het ligt al in het woord besloten, is een strijd. Een juridische strijd tussen twee partijen, die volgens bepaalde spelregels (proces- en andere rechtsregels) wordt gespeeld en die uiteindelijk een door de rechter aangewezen winnaar en een verliezer kent. Je zou kunnen tegenwerpen dat de vergelijking van recht-

### theorie

Door **Marc Simon Thomas**  
Illustratie: **Tamar Rubinstein**



spraak met een spel niet opgaat omdat rechtspraak een uiterst serieuze aangelegenheid is, maar ook in bijvoorbeeld een voetbalwedstrijd of het schaakspel staat wel degelijk vaak veel ‘op het spel’. Het spel wordt in die gevallen doorgaans heel serieus gespeeld, en winst en verlies worden ook echt ‘gevoeld’, een wedstrijd dus.

Het idee van een juridische strijd die winnaars en verliezers kent wordt recentelijk vaak aangeduid met het toernooimodel. Dick Allewijn wijdt daar in zijn oratie een hele paragraaf aan. ‘Het toernooi, [...] de bittere strijd op leven en dood wordt, om eigenrichting te voorkomen, vervangen door een spel, met spelregels. Het juridische steekspel’, zo schrijft hij. Om vervolgens te benadrukken dat dit juridische steekspel ‘een voortzetting is van het basale welles-nietes waaruit elk geschil bestaat, met juridische middelen. Actie, reactie en zo alsmäär door.’<sup>3</sup> Dit patroon van veelal schriftelijke escalatie is overigens ook in de rechtspraak niet onopgemerkt gebleven. Recentelijk nog wees het The Hague Institute for Innovation of Law (HiIL) er nog op dat ‘spelers vast zitten in hun eigen spel’.<sup>4</sup> Met als belangrijkste oorzaak het toernooimodel dat mensen gebruiken om hun conflicten op te lossen. Bij monde van de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, Frits Bakker, wordt dit toernooimodel door de Rechtspraak eveneens tot op zekere hoogte erkend.<sup>5</sup> Bakker stelde daarom al eerder innovatie voor om rechtspraak maatschappelijk effectiever te maken.<sup>6</sup> Goede voornemens en daaruit voortkomende experimenten in het kader

van bijvoorbeeld maatschappelijk effectieve rechtspraak ten spijt, het toernooi staat evenwel nog vaak model voor overheidsrechtspraak.

### Verschillen one shotter en repeat player

Terug naar het artikel van Galanter. In het toernooi, dat model staat voor rechtspraak, worden door hem twee van elkaar verschillende spelers onderscheiden: de one shotter en de repeat player, denk daarbij aan een uitkeringsgerechtigde versus de sociale dienst of een huurder versus een woningcorporatie. In beide gevallen kijken de partijen anders aan tegen winnen en verliezen. Voor de one shotter geldt het gelijk of ongelijk krijgen in zijn individuele zaak als winnen of verliezen. Hij krijgt als het ware maar eens in zijn leven de kans. En wat als eenmalig, tastbaar resultaat op het spel staat kan ook nog eens veel zijn in verhouding tot wat hij bezit of belangrijk vindt. Voor hem betekent winst in deze specifieke zaak nagenoeg alles. Voor de repeat player is dat anders. Voor hem staat veel minder op het spel wat het resultaat in een afzonderlijke zaak betreft, aangezien hij waarschijnlijk meer belang heeft bij langetermijnbelangen. Nog afgezien van het feit dat hij meer middelen ter beschikking heeft om door te procederen.<sup>7</sup> Winnen of verliezen is voor hem niet meer direct gekoppeld aan een individuele, specifieke zaak, maar aan een langetermijnbelang.

En dat langetermijnbelang – en dat is een wezenlijk verschil – ziet vooral op die onderdelen van een zaak die ook in toekomstige zaken een rol kunnen spelen. Voor een one shotter, zoals gezegd, gaat het om een

tastbaar resultaat, in zijn individuele, specifieke zaak. Dat eenmalige, tastbare resultaat zal hij in het hier-en-nu proberen te maximaliseren. De repeat player daarentegen, is geïnteresseerd in het maximaliseren van zijn winst in een reeks van zaken. Hij kan – en zal – dan ook geneigd zijn om zijn winst in een specifieke zaak te ruilen tegen winst in de vorm van een gunstigere uitspraak voor de rest van de toekomstige zaken. Repeat players houden daarom in mindere mate de uitkomst van het specifieke geval in het oog, maar juist het belang van die uitkomst voor toekomstige gevallen. Winnen of verliezen heeft voor hen daarom een andere betekenis.

Hoe komt het nou dat een repeat player zich veel meer kan richten op dergelijke langetermijnbelangen? Galanter schetst een aantal eigenschappen van een repeat player die dat verklaren, en daarvan noem ik er een aantal. Ten eerste kunnen repeat players gebruikmaken van hun leervermogen. Door ervaring zijn zij wijs geworden en kunnen ze daardoor een zaak (juridisch) beter overzien. Ten tweede hebben zij makkelijker toegang tot juridische professionals, terwijl zij ook zelf de nodige expertise hebben ontwikkeld. Ten derde genieten zij een bepaald schaalvoordeel: vanwege hun ervaring zijn de eerste kosten vaak lager en eventuele hoge kosten voor een specifieke zaak kunnen worden gespreid over volgende, vergelijkbare zaken. En ten slotte kunnen repeat players strategisch procederen, bijvoorbeeld door voor hen gunstige jurisprudentie uit te lokken. Dit geeft hen een voorsprong op de one shotter, die zij in de loop der tijd ook nog eens verder kunnen uitbouwen. Galanter uit hiermee zijn bezorgdheid voor *feitelijke* ongelijke machtsverhoudingen in het recht. Het artikel uit 1974 heeft voor veel vervolgonderzoek gezorgd, met niet altijd even eenduidige resultaten, maar de centrale conclusie dat zwakkere partijen systematisch in het nadeel zijn ten opzichte van sterkere partijen is nog steeds geldig. En dat komt dus niet alleen omdat die sterkere partij, de repeat player, meer middelen (geld, kennis en ervaring) ter beschikking heeft, maar ook zij zich (kunnen) richten een langetermijnbelang.

### **Bekende repeat player: de tabaksindustrie**

Als een van de meest aansprekende voorbeelden van een repeat player wordt vaak de tabaksindustrie genoemd. Daarvan is bekend dat zij al sinds de jaren vijftig in de Verenigde Staten alles uit de kast halen om aansprakelijkheidsclaims (gezondheidsklachten als gevolg van roken) aan te vechten. De juristen van de tabaksindustrie hanteerden een zogeheten *never give in*-strategie. Kosten noch moeite werden gespaard om claims te bestrijden, het liefst al voortijdig door het opwerpen van juridische, financiële en strategische obstakels. Hun

langetermijnbelang was het voorkomen van (of in ieder geval het ontmoedigen van) toekomstige claims – met als doemscenario: het verliezen van een zaak waarmee tal van volgende claims alleen maar zou worden aangemoedigd.

In Nederland gebeurde, zij het iets later, hetzelfde. De eerste civiele zaak van een ex-roker tegen een tabaksfabrikant startte in 2005 en in 2008 werd vonnis gewezen door de Rechtbank Amsterdam.<sup>8</sup> De tabaksfabrikant spendeerde zo veel geld aan allerlei deskundigenrapporten (ten faveure van de tabaksindustrie uiteraard) dat het niet meer in verhouding stond tot de belangen in die ene zaak. Na lang juridisch getouwtrek werd de eiser in het ongelijk gesteld. Moegestreden heeft deze ex-roker met gezondheidsschade ten slotte zijn verlies genomen en afgezien van hoger beroep.<sup>9</sup> De one shotter was kansloos verslagen door een repeat player. De tabaksindustrie had zijn langetermijn doel veilig gesteld, en dat had wat mogen kosten. Overigens is de tabaksindustrie niet de enige die zo te werk gaat. Farmaceutische bedrijven, de telecommunicatiebranche, en zo kan ik er nog wel meer verzinnen. Het zijn grote, vaak mondiale en economisch machtige spelers en die blijken nou eenmaal een voorsprong te hebben in het juridische toernooi.

## Hoe komt het nou dat een repeat player zich veel meer kan richten op langetermijnbelangen?

### **Lessen voor mediators**

Wat kunnen we hiervan leren voor de mediationpraktijk? De verschillen tussen mediation en het toernooimodel of een never give in-strategie zijn evident. Mediation is nadrukkelijk gericht op de-escalatie, het gezamenlijk zoeken naar een voor beide partijen optimale oplossing, met oog voor elkaars belangen en gericht op het behoud van de relatie. Mediation is daarom nou juist een alternatief voor het actie-reactiepatroon van schriftelijk procederen, het toernooimodel.<sup>10</sup> Daarnaast vereist mediation naast onderhandelingsruimte ook onderhandelingsbereidheid, en op dat laatste punt verschilt het vervolgens met klem van een never give in-strategie. Ter illustratie, bij mediation wordt vrijwel altijd in termen van *win-win* gesproken, en niet van *win-lose*. Daar waar het gaat om winnaars en verliezers van een ongelijke juridische *strijd* lijkt Galanters tekst derhalve minder relevant voor mediators.

Daar waar het echter gaat om ongelijke machtsverhoudingen en het verschil in eigenschappen tussen one shotters en repeat players wordt het voor mediators wel interessant. Als geen ander is een mediator – als het goed is – alert op formele en feitelijke verschillen in macht en daar eventueel uit voortvloeiende machtsconflicten. Het lijkt verstandig om duidelijke machtsverschillen in elk geval wel te herkennen en indien relevant ook te benoemen. Een mediator is vervolgens in staat om het conflict anders dan op macht te laten oplossen door de nadruk te leggen op ieders verschillende belangen. Machtsverschillen doen zich bijvoorbeeld ook voor bij arbeidsconflicten, zoals een conflict tussen een medewerker en een (direct) leidinggevende over het uitvoeren van het werk of tussen een werknemer en de werkgever over arbeidsvoorwaarden of ontslag. Zoals eerder in dit tijdschrift werd betoogd is het bij arbeidsconflicten niet zozeer de taak van een mediator om (verstoorde) machtsrelaties te herstellen, maar enig empowerment van de zwakkere partij wordt wel vaak toegepast.<sup>11</sup>

In het geval van een conflict tussen een werknemer en een werkgever lijkt het onderscheid tussen een one shotter en een repeat player van belang. Immers, we mogen aannemen dat een individuele werknemer niet met regelmaat dusdanig met zijn werkgever overhoop ligt dat de hulp van een mediator moet worden ingeroepen. Die ene keer dat dit wel gebeurt zal hij zich waarschijnlijk gedragen als een one shotter: gericht op tastbare winst in zijn individuele, specifieke geval. Andersom kan je je wel voorstellen dat een werkgever vaker dan eens, telkens met verschillende werknemers, aan de mediationtafel belandt. In dat geval is het essentieel om te onderzoeken waar het werkelijke belang van die werkgever in elk van die gevallen ligt. Betreft het louter een economisch bedrijfsbelang, of speelt de positie van de betrokken leidinggevende een rol? Betreft dat de tastbare winst in het concrete geval, of speelt er een langetermijnbelang? Bijvoorbeeld, het overeenkomen van een (hoge) ontslagvergoeding in het ene geval zou wel eens ongewenste verwachtingen kunnen wekken in volgende gevallen. Het langetermijnbelang is dan om het toekennen en de hoogte van dergelijke vergoedingen zo laag mogelijk te houden, terwijl er op andere onderdelen (uitbetalen vakantiedagen, moment van uitdiensttreding, het afgeven van een positieve referentie, etc.) ruimhartiger kan worden overeengekomen. De winst voor de werknemer (de one shotter) wordt beleefd in de omvang van het totaalpakket dat is overeengekomen, terwijl de winst van de werkgever (de repeat player) zit in het zo laag mogelijk houden van een bepaald onderdeel om daarmee verwachtingen in toekomstige gevallen bij anderen bij voorbaat alvast te temperen.

## Conclusie

Kortom, Galanters tekst over one shotters en repeat players vertelt ons veel over machtsongelijkheid in het recht en leert ons dat winnen of verliezen anders wordt ervaren door partijen die een eenmalig tastbaar resultaat beogen dan door partijen die vaker procederen en een langetermijnbelang nastreven. Ook bij mediation kunnen one shotters en repeat players worden onderscheiden, bijvoorbeeld bij arbeidsconflicten tussen een werknemer en een werkgever. Mediation onderscheidt zich van het juridische toernooimodel omdat gestreefd wordt naar een win-winoplossing. Mediators zijn als geen ander in staat om de verschillende belangen van partijen boven water te krijgen. Het langetermijnbelang van de werkgever is doorgaans anders dan het kortetermijnbelang van de werknemer. Omdat het conflict voor elk van de partijen een andere betekenis heeft wordt de oplossing van het conflict logischerwijze dan ook anders ervaren. Daar waar zich een repeat player aandient zal ook een mediator zich bewust moeten zijn van de machtsongelijkheid die dit onvermijdelijk met zich meebrengt. ●

## Noten

1. Marc Galanter, 'Why the 'haves' come out ahead: Speculations on the limits of social change', *Law & Society Review* 1974/1. Vertaling: 'De duivel schijnt altijd op de grote hoop: Bespiegelingen over de grenzen van rechtshervorming', in John Griffiths (red.), *De sociale werking van recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.
2. Ton Hol, 'Rituelen en symbolen in de rechtspraak. Hun functie en betekenis', *Ars Aequi* 2006/11.
3. Dick Allewijn, *Tussen recht en vrede. Mediation in de responsieve rechtstaat*, Den Haag: Sdu 2018, p. 24.
4. Maurits Barendrecht, Krijn van Beek en Sam Muller, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?*, Den Haag: HiiL 2017, p. 3.
5. Redactie Mr., 'Frits Bakker: kern van waarheid in rapport HiiL', *Mr Online* 12 mei 2017.
6. Frits Bakker, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak', *NJBblog* 8 september 2016.
7. Galanter 1974, p. 97-98.
8. Rb. Amsterdam, 17 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG7225.
9. Ivo Giesen, 'Sommige procespartijen zijn 'more equal than others'. De macht van de tabaksindustrie en de Nederlandse rechtspleging', in Nienke Doornbos, Nick Huls en Wibo van Rossum (red.), *Rechtspraak van buiten*, Deventer: Kluwer 2010.
10. Allewijn 2018, p. 26.
11. Marion Uitslag, Minke de Gruil & Meriem Kalter, 'Machtsongelijkheid aan de mediationtafel bij arbeidsconflicten', *Tijdschrift Conflictantering* 2012/4.



**Marc Simon Thomas** is universitair docent rechts-sociologie en onderzoeker bij het Mouton Centre van de Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift.