

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/91423>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-12 and may be subject to change.

NIJMEGEN SOCIOLOGY OF LAW WORKING PAPERS SERIES



2009/04

Tetty Havinga

Waarom telecommunicatiebedrijven
zoveel procederen
Een rechtssociologische beschouwing
naar aanleiding van een rechterlijke
uitspraak

The Institute for Sociology of Law is part of the Law Faculty of the Radboud University Nijmegen. It has a long tradition of empirical research in the area of law and society. Special focuses are the legal professions, food safety regulation, migration law and anti-discrimination law. The researchers at the Institute have different disciplinary backgrounds (including law, sociology, anthropology, development studies, Middle Eastern studies) and much of their research is interdisciplinary.

The Nijmegen Sociology of Law Working Paper Series provides a vehicle for staff members, PhD students and fellows to rapidly disseminate their research results.

ISSN 2212-7844

Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series 2009/04

Centre for Migration Law
Faculty of Law
Radboud University Nijmegen
P.O. Box 9049
6500 KK Nijmegen
The Netherlands

Editors Dr. Tetty Havinga, t.havinga@jur.ru.nl
 Friso Kulk MA LLM
 Dr. Anita Böcker

Lay-out Hannie van de Put

Cover photo Erik van 't Hullenaar

© 2009, Tetty Havinga

url: www.ru.nl/rechten/SociologyofLawWorkingPapers

WAAROM TELECOMMUNICATIEBEDRIJVEN ZOVEEL PROCEDEREN EEN RECHTSSOCIOLOGISCHE BESCHOUWING NAAR AANLEIDING VAN EEN RECHTERLIJKE UITSPRAAK

*Tetty Havinga**

Abstract

Last decades many new regulatory agencies were created with sometimes far-reaching powers to regulate markets and industries. Regulated industries (such as Telecommunication, Energy, Public Transport) are constrained by decisions from regulatory agencies or administrative bodies. This paper investigates corporate litigation in the telecommunications industry against decisions of the Independent Post and Telecommunications Authority of the Netherlands (OPTA). The Court of Appeal on Trade and Industry (CBb) is a special administrative court which rules on disputes in the area of social-economic administrative law. Why is litigation in the telecom so common? Generally, companies are reluctant to enter litigation for several reasons: they want to continue the relationship, court proceedings take a long time and litigation is costly. These factors are also present in the telecommunications –and energy markets in the Netherlands. However, companies in these industries are not reluctant to enter litigation. The explanation is sought in characteristics of the social field (network), characteristics of the market and characteristics of the disputes. Firms will go to court more easily in case of changing relations with business partners in high competent markets, where high interests are at stake (survival of the firm) in a market in turmoil.

Key words

Administrative law, telecommunications, regulated industry, litigation rate, relational distance, Macaulay, OPTA, CBb

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft op 23 juli 2008 uitspraak gedaan over een marktanalysebesluit van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA).¹ Op grond van de Telecommunicatiewet moet de toezichthouder OPTA onderzoek doen naar de mate van concurrentie op de verschillende telecommunicatiemarkten. In deze zaak gaat het om de markt voor mobiele gespreksafgifte. Een schets van de gebeurtenissen:

- OPTA heeft 14 november 2005 bepaald dat de markt voor mobiele gespreksafgifte niet concurrerend is en dat de tarieven daarom moeten worden gereguleerd.
- Dit OPTA besluit is door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) vernietigd na beroep door een aantal aanbieders van mobiele telefonie.²

* T.Havinga@jur.ru.nl.

1 www.rechtspraak.nl, LJN: BD8280 , ABW 07/674 e.a.

2 CBb, 29 augustus 2006, LJN: AY 7997.

- OPTA heeft op 30 juli 2007 een nieuw besluit genomen en de tarieven vastgesteld. Daarbij heeft OPTA het maximumtarief overgenomen dat door de mobiele operators onderling was overeengekomen. Het eigen onderzoek van OPTA had weliswaar geleid tot een lager tarief, maar OPTA heeft het belang van (rechts)zekerheid voor alle betrokkenen zwaarder laten wegen.
- UPC, een aanbieder van vaste telefonie, heeft beroep ingesteld tegen dit besluit en de vastgestelde tarieven.
- De mobiele operators (KPN, Vodafone, Orange, Tele2 en T-Mobile) zijn vervolgens ook in beroep gegaan waarbij ze hebben verklaard dat hun beroep voorwaardelijk is en als ingetrokken kan worden beschouwd wanneer het beroep van UPC niet-ontvankelijk of ongegrond wordt verklaard.
- Het CbB heeft eerst het beroep van UPC beoordeeld (ondanks de eerdere afwijzing van verzoeken van de mobiele aanbieders en van OPTA daartoe). Het CbB komt tot het oordeel dat het beroep van UPC gegrond zal moeten worden verklaard omdat het marktanalysebesluit wat betreft de hoogte van de tarieven niet berust op een deugdelijke motivering. Het College heropent het onderzoek en nodigt OPTA uit een schriftelijk standpunt in te dienen naar aanleiding van de overwegingen. Het College overweegt dat niet is uitgesloten dat OPTA tot een nieuw besluit komt waarin de mobiele aanbieders willen berusten en hoopt met deze handelwijze te komen tot een snellere en efficiëntere afwikkeling van het geschil.

OVER HET CBB

De hier besproken uitspraak is een van meer dan 100 uitspraken over telecommunicatie die het CbB de afgelopen jaren heeft gedaan. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven is een van de drie hoogste bestuursrechtelijke colleges die Nederland kent. Als gespecialiseerde rechter op het terrein van het economische bestuursrecht behandelt het College vier soort zaken: in eerste en enige instantie in geschillen met betrekking tot een aantal gespecialiseerde terreinen van economisch bestuursrecht (bijvoorbeeld telecommunicatie en marktordening gezondheidszorg),³ hoger beroepen tegen uitspraken van de rechtbank Rotterdam inzake bestuurseconomische geschillen (bijvoorbeeld over

3 De Nederlandse wetgever heeft vrijwel altijd het CbB aangewezen als bevoegd te oordelen over geschillen tussen markttoezichthouders en marktdeelnemers. Zie bijvoorbeeld artikel 17.1 lid 1 Telecommunicatiewet en artikel 105 van de Wet Marktordening Gezondheidszorg.

bestuurlijke boetes),⁴ beroepen tegen besluiten en handelingen van lichamen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie,⁵ en in appel als tuchtrechter.⁶

Het College van Beroep is een gespecialiseerde rechter, maar dat betekent geenszins dat het steeds over dezelfde wetgeving gaat. Het algemene kader wordt gevormd door de Algemene Wet Bestuursrecht, maar de geschillen waarover het CBb moet oordelen hebben betrekking op 122 verschillende specifieke wetten en regels. Ongeveer 5% van de zaken van het CBb heeft betrekking op communicatiewetgeving.

Voor juristen is deze uitspraak van het CBb interessant omdat hier sprake is van een zogeheten 'bestuurlijke lus'.⁷ Dat wil zeggen dat in een 'tussenbeslissing' wordt gezegd dat het beroep gegrond is en het bestuursorgaan krijgt de gelegenheid om het besluit te herzien. Rechtssociologisch interessant is de vraag wanneer en waarom bedrijven bij geschillen een beroep doen op de rechter. In deze bijdrage maak ik gebruik van interviews met telecombedrijven, telecomadvocaten, OPTA en het CBb in het kader van ons onderzoek naar ervaringen van grote ondernemingen met gespecialiseerde gerechtelijke instanties (waaronder het CBb).⁸

WAAROM TELECOMBEDRIJVEN ZOVEEL PROCEDEREN

Uit rechtssociologisch onderzoek blijkt dat bedrijven over het algemeen terughoudend zijn bij het starten van een juridische procedure. In zijn klassiek geworden artikel laat Macaulay⁹ zien dat bedrijven hun onderlinge relaties doorgaans niet juridisch benaderen. Geschillen met zakenrelaties worden meestal via onderhandeling opgelost zonder verwijzing naar contractuele afspraken en zonder een beroep te doen op de rechter. In een recenter Nederlands onderzoek komt Jettinghoff¹⁰ tot een vergelijkbare conclusie. In alle on-

4 Sinds 1994 is sprake van toename van het aantal wetten waarin een bestuurlijke boete is opgenomen. Doorgaans is het CBb hier de appelinstantie en de rechtbank Rotterdam rechter in eerste aanleg.

5 Het betreft bepaalde besluiten en handelingen van de Sociaal-economische Raad, productschappen en bedrijfsschappen.

6 Bijvoorbeeld ingevolge de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie, de Landbouwkwaliteitswet en de Wet op de registeraccountants.

7 Zie bijvoorbeeld noot Luit Wildeboer (*Mediaforum* 208-10, p. 418), S. Haakmeester (*Juridisch up to date* 4 december 2008-22, p 15-16).

8 Het betreft een nog niet afgesloten onderzoek dat wordt uitgevoerd door A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghoff, C. Klaassen en L. Bakker van de Rechtenfaculteit van de Radboud Universiteit Nijmegen in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak.

9 Macaulay, S., 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', *American Sociological Review*, vol. 28 (1963) 55-67 (Nederlandse vertaling in J. Griffiths (red.), *De Sociale werking van recht*).

10 Jettinghoff, A., *Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*, Maastricht: Metajuridica publications 2001.

derzochte bedrijven komen juridische geschillen zelden voor. Maar de kunststofverwerkende industrie en transportbedrijven blijken terughoudender te zijn ten aanzien van het nemen van juridische stappen dan bouwbedrijven. Als verklaring voor dit verschil wijst Jettinghoff er op dat het minder bang zijn om een vaste klant te verliezen en dat er grote bedragen op het spel staan. Op basis van een kwantitatief onderzoek constateren Rooks en Snijders¹¹ dat in de jaren 1990 het Nederlandse midden- en kleinbedrijf wel vaak verwijst naar het contract bij de oplossing van geschillen met een IT-leverancier (in overleg of bij nemen van maatregelen). Ook uit dit onderzoek blijkt echter dat het MKB zelden een beroep doet op de rechter; onduidelijk is of dit komt doordat al via overleg of maatregelen een oplossing is bereikt.

Verschillende factoren dragen bij aan deze terughoudendheid om een geschil voor te leggen aan de rechter. Allerbelangrijkste lijkt te zijn dat een bedrijf de relatie met de zakenpartner in de toekomst niet in gevaar wil brengen door een gang naar de rechter. Ook de lange duur van juridische procedures (die leiden tot jarenlange onzekerheid) en de aan een procedure verbonden kosten, maken een beroep op de rechter niet populair.

Telecommunicatiebedrijven doen echter wel veelvuldig een beroep op de rechter. Een tiental telecommunicatiebedrijven is verantwoordelijk voor honderden beroepsprocedures. Hoe zit dat?

Allereerst valt op dat ook energiebedrijven vrij veel procederen bij het CBb. De energiemarkt is evenals de telecommunicatiemarkt geliberaliseerd. De liberalisering heeft geleid tot sterk gereguleerde markten. KPN en nutsbedrijven hebben niet langer een monopoliepositie. De toegang tot de geliberaliseerde markt en de prijzen worden gedetailleerd gereguleerd om een competitieve markt mogelijk te maken. Om toezicht te houden op de geliberaliseerde markten zijn instanties opgericht zoals de Opta, de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Autoriteit Financiële Markten. Dergelijke toezichthouders hebben vaak aanzienlijke bevoegdheden. Ook in veel andere landen is sprake van liberalisering van markten, sterke regulering en toezicht door een groeiend aantal markttoezichthouders.

De sterke regulering van de telecommunicatiesector leidt tot allerlei juridische procedures. In een zoektocht naar mogelijke verklaringen zal ik achtereenvolgens kort ingaan op kenmerken van het sociale veld (de bedrijven en de telecommunicatiemarkt) en kenmerken van de geschillen en de beroepsprocedure.

11 Rooks, G. en C. Snijders, 'Een hernieuwde kijk op dispuutpiramides', *Recht der Werkelijkheid* 25 (2004) 1, 32-42.

HET SOCIALE VELD: VECHTMARKT

In Nederland is slechts een beperkt aantal telecombedrijven actief. Bij een telecombedrijf zijn enkele personen belast met 'reguleringszaken'. Het aantal gespecialiseerde advocaten is eveneens gering. Dit betekent dat bij de rechtszaken een beperkt aantal personen is betrokken die elkaar allemaal kennen. Doorgaans beginnen mensen juist niet gemakkelijk een juridische procedure tegen mensen die ze persoonlijk kennen en regelmatig ontmoeten. Deze bevinding sluit aan bij wat binnen de rechtssociologie de 'relational distance' these wordt genoemd: mensen maken minder gebruik van recht naarmate de dichtheid van hun onderlinge verhoudingen toeneemt. De 'relational distance' these kan echter geen verklaring bieden voor het procedeedgedrag van de telecombedrijven.

De telecommunicatiemarkt is een nieuwe, sterk competitieve markt. Er bestaat (nog) geen stabiele verdeling van de markt en ook de onderlinge machtsverhoudingen liggen niet vast. Er is sprake van een complex patroon van onderlinge afhankelijkheid. De bedrijven zijn enerzijds elkaar concurrent en vechten voor een groter marktaandeel. Aan de andere kant zijn telecombedrijven sterk van elkaar afhankelijk bijvoorbeeld omdat ze het netwerk van de ander nodig hebben. De voormalige monopolist KPN moet medewerking verlenen aan nieuwkomers op de markt; KPN wil de eigen marktpositie sterk houden en de regulering en de bevoegdheden van OPTA zo beperkt mogelijk houden. Nieuwkomers willen de markt betreden en moeten daarvoor de infrastructuur van KPN gebruiken; ze willen dat OPTA KPN verplicht om de markt open te leggen. Een jurist van een telecombedrijf zegt hierover:

'De concurrentie is hevig. Wellicht heviger dan in andere gereguleerde sectoren en de afhankelijkheid van één partij is ook groot. Er is een grote afhankelijkheid van KPN voor andere bedrijven om hun diensten de markt op te krijgen en dat geeft een spanningsveld wat leidt tot procedures. Want ik denk dat 80-90% van de procedures, daar is KPN bij betrokken.'

In geschillen met KPN en met OPTA treden de nieuwe telecombedrijven soms gezamenlijk op in de Associatie van Competitieve Telecombedrijven. De (gezamenlijke) strijd tegen de macht van KPN is dan kennelijk belangrijker dan de onderlinge concurrentie over de verdeling van de markt. Deze specifieke constellatie van partijen in een nieuwe markt waarin geen stabiele verdeling van de markt en de macht bestaat kan het procedeedgedrag gedeeltelijk verklaren.

OMVANGRIJKE BESLUITEN EN COMPLEXE GESCHILLEN

Als bestuursrechter beslist het CBb over beroepsprocedures die gaan over besluiten van bestuursorganen. In deze uitspraak gaat het om een besluit van de OPTA. In de meeste telecomzaken is sprake van veel belanghebbende partijen. Er wordt gezegd dat vrijwel elk marktanalysebesluit van de OPTA leidt tot een beroepsprocedure. Die marktanalysebesluiten zijn complex en omvangrijk en bevatten vele onderdelen. Er is altijd wel één partij die het oneens is met tenminste één onderdeel van het besluit. Een bedrijfsjurist van een telecombedrijf zegt het zo:

‘Zo’n OPTA besluit telt tussen de 200 en 400 bladzijden. Bij een procedure is het vaak niet één partij, maar zijn er vaak drie of vier partijen bij betrokken, die ook allemaal een zienswijze indienen van 50 bladzijden plus nog een extern economisch onderzoek of iets dergelijks. Het dossier is al snel een paar duizend bladzijden dik.’

Beroepsprocedures zijn een manier om de strijd te voeren over de verdeling van de markt en de macht. Soms betreft zo’n procedure een geschil tussen een telecommunicatiebedrijf en de OPTA en gaat de strijd over de macht van de OPTA. In veel gevallen is in een beroepsprocedure echter tevens sprake van onderlinge geschillen tussen telecommunicatiebedrijven.

De vertegenwoordigers van de telecombedrijven zeggen niet terughoudend te zijn bij het aangaan van een juridische procedure. Voor zowel de voormalige monopolisten als voor nieuwkomers op de markt gaat het om heel grote belangen waarmee veel geld is gemoeid. Bepaalde besluiten van de toezichthouder/marktautoriteit hebben zulke grote gevolgen voor de financiële positie, de overlevingskansen of de marktmogelijkheden dat bedrijven al snel in beroep gaan tegen een besluit. Een bedrijf ‘kan zich eigenlijk niet veroorloven niet te procederen. Want dan worden we meteen onder gesneeuwd.’

‘We zijn het doorgaans niet eens met OPTA. Daar clashen de belangen te veel voor. Dus wij opteren er toch vaak voor om een rechter daar naar te laten kijken.’

Sommige (nieuwe) telecombedrijven wijzen ook op de opstelling van KPN die uit eigen beweging geen ruimte zou willen prijsgeven. Ook onduidelijke regelgeving en de sterke regulering van nieuwe markten worden beschouwd als oorzaken voor juridische procedures.

Jettinghoff beschrijft dat bedrijven doorgaans in onderling overleg proberen gerezen onenigheden op te lossen. Rooks en Sniijders constateren eveneens dat MKBedrijven bij problemen over een IT-inkooptransactie meestal in overleg

treden met de leverancier. De meeste door ons geïnterviewde bedrijfsjuristen van grote bedrijven zien doorgaans weinig mogelijkheden om via overleg of mediation conflicten op te lossen. Bedrijven en advocaten die met Opta en de NMa te maken hebben vinden overleg met het bestuursorgaan zinloos.

Bij geschillen tussen bedrijven onderling zoals die in de telecommunicatie veel voorkomen, zijn de mogelijkheden voor een onderlinge oplossing vaak gering vanwege de ongelijke machtspositie van de bij het geschil betrokken partijen en omdat het voor een belangrijk deel gaat om het behouden of verkrijgen van een positie in de markt. Een bedrijf probeert soms wel eenmalige financiële kwesties te schikken, maar de andere partij is daartoe vaak niet bereid (heeft meer financiële armslag) tenzij het voor hen van belang is dat er geen rechterlijke uitspraak komt (bijvoorbeeld vanwege de reikwijdte van een uitspraak door een antidiscriminatieverplichting).

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft een keer een mediationstraject geïnitieerd in een telecommunicatiezaak. De betrokken partijen hebben daaraan meegewerkt, hoewel ze er geen perspectief in zagen 'omdat de belangen gigantisch groot waren en de belangen van beide bedrijven volkomen tegengesteld.' Bedrijfsjuristen en advocaten zien weinig in mediation in dit soort zaken door de rechtbank; als een schikking mogelijk was dan lag de zaak niet bij de rechter.

'Mijn ervaring is dat je daar geen mediator voor nodig hebt. Als je allebei wilt, kom je er samen uit, want je bent volwassen partijen en je bent heel goed in staat om elkaars belangen in te schatten en tot een vergelijk te komen als je allebei die wens hebt.'

Ook de complexe partijconstellatie vormt een belemmering voor schikkingen en mediation. Een advocaat wijst er op dat er tenminste drie partijen zijn: een toezichthouder, een dominante partij en concurrenten.

'Dat geeft een driehoeksverhouding waarin het heel erg lastig is om iedereen op één lijn te krijgen. Soms zijn er zelfs vier partijen.... [Bovendien] is het vaak voor een bestuursorgaan lastig om in een achterkamertje een deal te maken met een partij waar dan uiteindelijk een besluit over moet komen waar rekeningschap en verantwoording over wordt afgelegd. Dus het gebeurt wel maar dan moeten dus echt alle partijen het eens worden.... Maar dan zal er toch altijd nog weer een partij op kunnen staan die zegt: daar ben ik het niet mee eens (...) en dan zegt het CBB: oké dan gaat het toch onderuit. En dan gaat Opta bewegen en gaat alles weer schuiven.'

Dit laatste wordt ook geïllustreerd door de hier besproken uitspraak. De mobiele telecombedrijven waren onderling tot overeenstemming gekomen over de tarieven. OPTA heeft die tarieven overgenomen omdat 'het toepassen van de door de mobiele aanbieders afgesproken tarieven in hoge mate zou bijdragen aan de (rechts)zekerheid van alle betrokken partijen, nu de tarieven voor drie jaar vast zouden staan en partijen onderling een beperkte beroepsmogelijkheid zijn overeengekomen.' Vervolgens gaat UPC die als aanbieder van vaste telefonie niet bij de prijsafpraak is betrokken, in beroep. Dit leidt tot anderhalf jaar extra onzekerheid, maar materieel blijft het besluit van OPTA in stand. Ook tegen het nieuwe OPTA besluit van 19 december 2008¹² (waarin de tarieven beter zijn gemotiveerd) wordt beroep ingesteld door niet bij de afspraken betrokken telecombedrijven (Colt Telecom, British Telecom en Verizon). Het CbB verklaart dit beroep niet-ontvankelijk met de overweging dat Opta geen wijzigingen heeft aangebracht in het dictum maar slechts de overwegingen heeft gewijzigd.¹³

Enkele respondenten verwachten dat na verloop van tijd de markt wat meer gestabiliseerd zal raken en dat dan het aantal beroepsprocedures zal verminderen. Ook OPTA signaleert een verschuiving.

*'Na tien jaar (telecom) toezicht komt het accent van het toezicht meer te liggen op preventie. OPTA ... zoekt ... waar mogelijk naar marktgedragen oplossingen voor de markten waarop zij toezicht houdt, omdat dit de effectiviteit van het toezicht ten goede komt doordat bijvoorbeeld slepende juridische procedures worden voorkomen. Daarvoor is de dreiging van regulering nodig. Voorbeeld... hiervan ... [is] het covenant van mobiele aanbieders waarmee de mobiele afgiftetarieven zijn verlaagd.'*¹⁴

De lange duur van veel procedures zorgt voor langdurige onzekerheid. Het eerste OPTA besluit over de tarieven voor mobiele gespreksafgifte dateert van november 2005, de uitspraak in beroep over het laatste OPTA besluit komt pas 3½ jaar later in maart 2009. Die langdurige onzekerheid kan een stimulans zijn om alternatieve routes van geschilbeslechting te overwegen of uit te proberen.

12 OPTA Besluit inzake het marktanalysebesluit mobiele gespreksafgifte (MTA), kenmerk OPTA/AM/2008/202914 (www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2813, geraadpleegd 1-7-2009).

13 CbB, 10 maart 2009, LJN BJ3029.

14 OPTA Persbericht 'OPTA's Visie 2008: 'Focus op preventie en marktgedragen oplossingen', <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2473>, geraadpleegd 1-7-2009.

WAT WILLEN BEDRIJVEN BEREIKEN MET EEN BEROEPSPROCEDURE?

Reden voor bedrijven om in beroep te gaan is uiteindelijk vrijwel altijd gelegen in financiële belangen. Soms gaat het om financieel belang op korte termijn (protest tegen hoge boete; tarieven) soms op langere termijn (veiligstellen toekomstige markt of beïnvloeden toekomstige beslissingen van markttoezichthouder). Bedrijven willen van het CBb een duidelijke uitspraak die overtuigend is gemotiveerd. Het CBb tracht in de hier besproken uitspraak te vermijden dat de kwestie langer dan nodig onzeker blijft. De mobiele telecombedrijven en de OPTA zullen het toejuichen dat het CBb heeft gekozen voor deze oplossing. Bedrijfsjuristen, advocaten en bestuursorganen zouden graag zien dat het CBb duidelijk de richting aangeeft wanneer een beroep gegrond is. In een interview zei een advocaat het zo:

‘Het bestuursrechtelijke proceskader biedt de rechter denk ik veel mogelijkheden om actief op te treden en een van mijn suggesties zou dus zijn dat er daarvan actiever wordt gebruik gemaakt. Heel onlangs heeft het CBb voor het eerst gebruik gemaakt van wat we dan noemen de bestuurlijke lus. Normaal gesproken zou het CBb een besluit, als zij meent dat het beroep terecht is ingesteld, vernietigen en dan moet het bestuursorgaan opnieuw zijn huiswerk doen en dan kan weer iedereen er tegen in beroep en dan krijg je een nieuwe zaak. Bij de bestuurlijke lus is het zo dat de rechter in een tussenbeslissing zegt: op deze en deze punten denk ik dat het niet goed gaat met dit besluit, maar er nog even geen vernietiging aanknoopt en dan het bestuursorgaan eigenlijk informeel, terwijl het beroep nog hangt, de gelegenheid geeft om zich daar nader over uit te laten.’

Concluderend, (telecom)bedrijven gaan in beroep tegen een besluit van een marktautoriteit vanwege de financiële belangen die daarmee verbonden zijn. Telecombedrijven zijn niet terughoudend in het initiëren van een juridische procedure en in die sector is dat zo gebruikelijk dat het kennelijk niet leidt tot verstoring van de onderlinge verhoudingen. Het grote aantal beroepsprocedures lijkt samen te hangen met de sterke regulering en de instabiele machtsverhoudingen in deze nieuwe sterk competitieve markt. De complexe partijconstellatie bij veel geschillen (veel actoren, veel belangen, onderlinge afhankelijkheid, positie OPTA) maakt het lastig om in onderling overleg tot overeenstemming te komen. Deze bevindingen duiden erop dat de theorie van Macaulay niet altijd op gaat. De aard van de zakenrelaties in de telecommunicatiemarkt is anders dan die van de bedrijven in de studies van Macaulay, Jettinghoff en Rooks & Snijders. In deze studies gaat het veelal om inkooptransacties tussen bedrijven: het ene bedrijf gebruikt bijvoorbeeld het product of de dienst van het andere

bedrijf, beide bedrijven hebben elkaar nodig voor de afzet of inkoop. In zo'n situatie is samenwerking vaak voor beide partijen de beste optie. Zeker wanneer men ook in toekomst met elkaar zaken wil/moet blijven doen. Jettinghoff constateerde al dat in de bouwwereld waar sprake is van meer wisselende contacten tussen bedrijven, geschillen eerder juridisch worden uitgevochten.

Telecombedrijven hebben wel langdurig te maken met dezelfde andere telecombedrijven. Bovendien hebben ze elkaar, en vooral KPN, nodig en zijn ze dus van elkaar afhankelijk. Wat dat betreft lijken ze op de door Jettinghoff onderzochte bedrijven in de kunststofindustrie of wegtransport. Verschil is echter dat telecombedrijven op de eerste plaats elkaars concurrenten zijn en bovendien in een 'nieuwe' markt.

Bovenstaande leidt tot de volgende aanvulling op de theoretische ideeën van Macaulay en Jettinghoff. Bedrijven zullen bij voorkeur hun conflicten oplossen buiten de rechter om. In een aantal situaties blijkt echter minder terughoudendheid te bestaan om een conflict voor te leggen aan de rechter. Bedrijven zullen naar verwachting eerder een conflict voorleggen aan de rechter naarmate sprake is van meer wisselende contacten (in plaats van langdurige relaties), naarmate sprake is van sterke onderlinge concurrentie, naarmate sprake is van zeer grote belangen (voortbestaan van bedrijf) en naarmate de onderlinge verhoudingen sterk in beweging zijn (in plaats van stabiele marktverhoudingen).

Tot slot. Gezien de sterke competitie is het opmerkelijk dat de nieuwe telecombedrijven in juridische procedures tegen bijvoorbeeld OPTA of KPN gezamenlijk optreden. Het is al vaker gezegd: een gezamenlijke vijand kan vechtende partijen verenigen.