

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/2066/93484>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-22 and may be subject to change.

NIJMEGEN SOCIOLOGY OF LAW WORKING PAPERS SERIES



2011/07

Alex Jettinghoff

Wanneer en hoe procederen
bedrijven?

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 2011/07

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

© 2011, Alex Jettinghoff

url: www.ru.nl/rechten/SociologyofLawWorkingPapers

WANNEER EN HOE PROCEDEREN BEDRIJVEN?

*Alex Jettinghoff**

Abstract

Two socio-legal classics (Macaulay on contractual relations and Galanter on repeat players) are introduced as well as some recent research that illustrates their insights on the attitude of business towards litigation. On the one hand business tends to be reluctant to litigate in contractual disputes, although research reveals some variation in this respect. On the other hand, research shows businesses (debt collection firms, the pharma industry and telecom companies) in some instances to be eagerly litigating repeat players. The paper suggests an explanation for this attitudinal variation.

Keywords

Contractual relations, contractual disputes, repeat players, business litigation

1. INLEIDING

Eind 2009 heeft de Finse telefoonmaker Nokia zijn Amerikaanse concurrent Apple voor het District Court in Delaware (V.S.) gedaagd, omdat de iPhone van Apple – zonder toestemming van Nokia – gebruik zou maken van (GSM-, UMTS- en LAN-) technologie, waarop Nokia intellectuele eigendomsrechten claimt.¹ Het gaat niet om kleinigheden: de inzet van de procedure wordt geschat op 1 miljard dollar.

Dergelijke procedures zijn in het bedrijfsleven geen zeldzaamheid, want over intellectuele eigendoms kwesties procederen bedrijven regelmatig. Maar uit dergelijke berichten mogen we niet opmaken dat bedrijven in het algemeen hun geschillen veel voor de rechter uitvechten. Het lijkt er meer op dat het tegendeel het geval is, namelijk dat ze gerechtelijke procedures doorgaans zoveel mogelijk trachten te vermijden. Meestal zijn ze alleen in bepaalde omstandigheden bereid gerechtelijke stappen te ondernemen.

In dit hoofdstuk wordt eerst (in par. 2) aan de hand van onderzoek nagegaan waarom bedrijven onder elkaar doorgaans geneigd zijn het doen van gerechtelijke stappen te vermijden en onder welke omstandigheden ze bereid zijn wel te procederen. Uitgangspunt daarbij is een klassieker uit de rechtssociologie, een artikel van Stuart Macaulay uit 1963, waarin hij uit de doeken deed waarom men in het Amerikaanse bedrijfsleven van die tijd als het even kon trachtte de rechter te vermijden. Ook wordt nagegaan of en in hoeverre de bevindingen uit 1963 nog opgaan in de geglobaliseerde economie van tegenwoordig, waarin multinationals een toonaangevende rol spelen.

In de tweede plaats zal (in par. 3) aandacht worden besteed aan onderzoek waarin men zicht heeft proberen te krijgen op het hoe en waarom van

* a.jettinghoff@jur.ru.nl.

1 *BusinessWeek*, 4 november 2009.

bedrijven die wel veelvuldig procederen. Dat gebeurt onder specifieke omstandigheden en dan wordt veelal getracht strategisch te opereren. Ook voor dit onderwerp hebben we de beschikking over een rechtssociologische klassieker die als leidraad kan dienen. Het gaat om een artikel van Marc Galanter uit 1973, waarin hij beargumenteerde hoe in de rechtsbedeling partijen met veel financieel en sociaal kapitaal meestal aan het langste eind trekken en dat (zonder ingrijpende veranderingen) waarschijnlijk ook zullen blijven doen. Aan de hand van enkele onderzoeken zal worden nagegaan hoe bedrijven bij het procederen strategisch te werk gaan. We ronden af in par. 4.

2. PROCEDEREN MET ZAKENRELATIES: EEN VER-VAN-MIJN-BED SHOW?

2.1 Contractuele relaties in de V.S. rond 1960

Wanneer Stuart Macaulay in 1957 hoogleraar contractenrecht wordt aan de juridische faculteit van de Universiteit van Wisconsin (V.S.), komt hij terecht in een faculteit waarin belangstelling bestaat (en geld beschikbaar is) voor een metajuridische en dus ook rechtssociologische benadering van het recht.² De inspiratie voor het onderzoek waarmee hij later beroemd zal worden komt van een zijn schoonvader. Die was namelijk een gepensioneerd bedrijfsleider van een grote, nog steeds internationaal actieve industriële onderneming (Johnson's Wax, fabrikant van o.a. Pledge) en op grond van zijn ervaringen sceptisch over het belang van het contractenrecht in de praktijk van het bedrijfsleven (Macaulay 1995). Macaulay besloot de kwestie te onderzoeken en interviewde tientallen bedrijfsleiders, bedrijfsjuristen en advocaten (Macaulay 1963).

Voor een goed begrip van zijn benadering is het belangrijk te wijzen op de manier waarop hij het begrip 'contract' verstaat. Het gaat bij Macaulay niet om de juridische conceptie van een contract: een op schrift gestelde opsomming en omschrijving van rechten en plichten waaraan de contractspartijen (desnoods onder dwang) gehouden zijn te voldoen. Hij onderscheidt in het begrip 'contract' twee elementen: (1) rationele (uitdrukkelijke) planning door contractspartijen van prestaties, onvoorziene omstandigheden en gebrekkige of niet-nakoming en (2) het plannen en gebruik van juridische sancties. Deze elementen kunnen op onderdelen uitputtend tot niet gepland zijn en zo ontstaat er een schaal van (meer of minder) 'contractualiteit'. Schriftelijke vastlegging is in deze omschrijving van minder belang dan wederzijdse explicitering van afspraken. Zo hebben schriftelijk vastgelegde standaardcontracten – volgens deze omschrijving – soms een lage graad van contractualiteit, omdat ze vaak

2 Zie voor loopbaan en werk (in pdf) van Macaulay: www.law.wisc.edu/facstaff/macaulay/.

zonder overleg met de wederpartij worden opgesteld en dan min of meer terloops op de achterkant van een factuur worden vermeld en ongelezen blijven. Het komt nogal eens voor dat beide partijen over en weer zo te werk gaan, wat uiteindelijk kan leiden tot strijd over de vraag welke standaardvoorwaarden gelden (de zogenaamde *battle of the forms*).

Macaulay komt tot de conclusie dat er in veel zakelijke transacties contractuele planning te herkennen valt, bijvoorbeeld bij transacties die niet tot de bedrijfsmatige routines behoren en/of waarmee grote belangen gemoeid zijn. Maar Macaulay signaleert ook dat zo mogelijk nog meer zakentransacties op het vlak van uitdrukkelijke planning tekort schieten. Zelfs met betrekking tot de inhoud van de transacties wordt soms niet erg rationeel te werk gegaan, bijvoorbeeld wanneer er bestellingen worden gedaan die niet voldoende zijn gespecificeerd of omdat zakenmensen niet graag omslachtig te werk gaan en vertrouwen op het fatsoen van oude bekenden ('we can trust old Max'). En dat terwijl men daarmee aanzienlijke financiële risico's loopt als er iets misgaat.

Voorts komt Macaulay tot de conclusie dat de totstandkoming van een transactie in verhouding toch nog meer volgens plan verloopt dan de tussentijdse aanpassing van die transactie en het afhandelen van geschillen. Zo wordt het afzeggen van transacties meestal niet als problematisch gezien. Zakenmensen zien het meer als het 'afzeggen van een order' dan als het 'schenden van een contract'. Bovendien worden klachten of geschillen bij voorkeur in onderling overleg geregeld, zonder verwijzing naar het contract of eventuele juridische sancties. Gerechtelijke procedures zijn in het zakenleven een betrekkelijke zeldzaamheid.

Macaulay heeft zich afgevraagd hoe men in het zakenleven met succes kon werken met zo weinig aandacht voor planning en juridische sancties. Zijn tentatieve verklaring is dat enerzijds planning en sancties meestal niet nodig zijn, omdat in de functies van planning op een andere manier voorzien. Specificaties of prijzen van bijvoorbeeld grondstoffen hoeven niet altijd volledig te worden omschreven omdat ze in een branche gestandaardiseerd zijn. Ook worden er allerlei tactieken gehanteerd om gebrekkige tegenprestaties te voorkomen. Men kan betrouwbare handelsrelaties selecteren, de inkoop van cruciale grondstoffen of halffabrikaten over meerdere leveranciers spreiden en andere risico's verzekeren. Juridische sancties zijn vaak overbodig, omdat er een beroep op niet-juridische sancties kan worden gedaan. Via de persoonlijke relaties die vaak ontstaan tussen de mensen van afdelingen van beide partijen zal er druk ontstaan om zich aan de afspraken te houden of om gebreken in prestaties te herstellen. Dat zijn de elementaire normen waaraan iedereen geacht wordt zich te houden. Wie dat niet doet wordt al snel voorwerp van roddel en lijdt reputatieschade. Bovendien wordt het dan onwaarschijnlijk dat de betrokken tegenpartij bereid zal zijn het samen zaken doen te herhalen.

Maar niet alleen is contractualiteit enerzijds vaak niet nodig, het kan anderzijds ook nadelige gevolgen hebben. Het aandringen op uitvoerige contractuele planning kan worden opgevat als tijdrovende overbezorgdheid of mogelijk zelfs wantrouwen. Ook kan daardoor de in het zakenleven benodigde 'flexibiliteit' in gevaar komen, die gewenst wordt om onvoorziene ontwikkelingen samen het hoofd te bieden. Gerechtig procederen ten slotte kost vaak meer dan het oplevert en wordt soms opgevat als een belediging ('ik laat me niet behandelen als een crimineel'). Bovendien kan een proces een einde maken aan het voortduren van een jarenlange, voor beide partijen profijtelijke zakenrelatie.

En waarom bestaan contractuele praktijken dan wel? Macaulay's verklaring is dat een hoge mate van contractualiteit zal bestaan wanneer de verwachting is dat de baten daarvan groter zullen zijn dan de kosten. Dat kan het geval zijn wanneer de kans groot wordt geacht dat significante problemen of schade ontstaan. Het kan ook zijn dat contractualiteit essentieel wordt geacht als een bedrijfsintern communicatiemiddel, bijvoorbeeld om te zorgen dat de productieafdelingen zich aan de gevraagde specificaties houden. Een bedrijf zal tot gerechtelijke stappen overgaan wanneer andere vormen van geschilbehandeling falen en naar verwachting de baten de kosten zullen overtreffen. Daarbij kunnen naast financiële ook emotionele baten (wraak) gewicht in de schaal leggen.

2.2 Meer contractualiteit door globalisering?

De waarnemingen van Macaulay zijn in diverse landen met zeer uiteenlopende culturele, economische en politieke kenmerken bevestigd, zoals bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk, Japan, Indonesië en Ethiopië.³ De bevinding is telkens dat contractuele planning met het oog op het risico van gebrekkige of niet-nakoming niet altijd even uitvoerig en precies is en verder dat in zakelijke relaties zelden geprocedeerd wordt over contracten. In het bedrijfsleven geeft men de voorkeur aan andere manieren om geschillen bij te leggen. Procederen kan misschien wel gebeuren bij eenmalige transacties, maar de realiteit van het moderne zakenleven (en vooral dat van de industrie) is dat het daar gaat om 'long-term continuing relationships'. En die wil men meestal niet met een procedure op het spel zetten. (Macaulay 1977: 509).

Halverwege de jaren 1980 en begin 1990 krijgen Macaulay en enkele van zijn collega's het vermoeden dat er zich op het vlak van de contractuele praktijken verschuivingen aan het voltrekken zijn.⁴ Er zijn dan indicaties dat bedrijven door de groei van bedrijfsjuridische afdelingen en grote advocaten-

3 Zie voor literatuur: J. Griffiths (red.) (1996) *De sociale werking van recht*, Ars Aequi Libri, p. 88.

4 Macaulay 1985; Galanter & Rogers 1991.

kantoren meer inzetten op juridisering en ook vaker over contractuele kwesties zijn gaan procederen. De verklaring voor deze tendens wordt gezocht in het feit dat het Amerikaanse bedrijfsleven grootschalig is geworden en veel meer opereert op transnationale markten dan in de jaren 1960 het geval was. Het lijken de gevolgen van globalisering. Deze ontwikkelingen zouden – zo werd door de onderzoekers voorzien – afbreuk doen aan de ‘duurzame relaties’ tussen contractspartijen en resulteren in meer procedures tussen bedrijven resulteren.

Het lijkt er op dat deze conclusies voorbarig zijn geweest. In een onderzoek naar contractuele praktijken in het bedrijfsleven in de Limburgse EU-regio komt een mondiaal opererende bedrijfstak – de kunststofverwerkende industrie – naar voren, waar duurzame relaties en weinig procederen nog steeds de dagelijkse praktijk zijn en ook zelden wordt geprocedeerd (Jettinghoff 2001). Deze branche wordt gecontrasteerd met de juist lokaal of regionaal opererende hoofdaannemers in de bouwnijverheid. Daar blijkt men – anders dan Macaulay zou doen vermoeden – helemaal niet wars van procederen.

2.3 Recente zakenrelaties in Nederland: dominante partners en wisselende contacten

Jettinghoff geeft in zijn (vooral op enkele tientallen uitvoerige interviews met bedrijfsleiders uit het MKB gebaseerde) onderzoek een beeld van twee bedrijfstakken die op een heel verschillende manier contractuele relaties aangaan en onderhouden. Deze contrasterende bedrijfstakken zijn de kunststofverwerkende industrie (‘plastics’) en de bouwnijverheid en het gaat in dit onderzoek vooral om middelgrote en kleine bedrijven.

De beschreven kunststofverwerkende bedrijven opereren in de slagschaduw van grote multinationals. Ook deze kleinere bedrijven blijken zeer internationaal georiënteerd. Ze maken vaak deel uit van wereldomspannende industriële productieketens. Het zijn doorgaans productiebedrijven die halffabrikaten, onderdelen of verpakkingsmiddelen maken. De belangrijkste leveranciers zijn leveranciers van grondstoffen. Dat zijn vooral internationale chemische concerns, waarvan de grondstof in bulk wordt afgenomen. De levering van grondstoffen wordt juridisch vormgegeven via raamcontracten en orders. In deze raamcontracten worden principeafspraken gemaakt over op afroep te leveren grondstoffen. De contracten bevatten hoofdzakelijk: a) uitputtende technische specificaties van de te leveren grondstof, b) prijsafspraken, c) leverings- en betalingsvoorwaarden. Meestal doet men inkopen bij een klein aantal multinationale vaste leveranciers. Het gaat hier om een dilemma. Hoe minder toeleveranciers, hoe groter de volumekorting die bedongen kan worden. Maar afhankelijk worden van een of enkele leveranciers maakt het bedrijf weer te kwetsbaar. De keuze maakt men soms zelf, maar het komt ook voor dat de

keuze wordt bepaald door een grote afnemer. Aan de kant van de klanten liggen de verhoudingen doorgaans niet veel anders dan aan de zijde van de leveranciers. Ook hier raamcontracten en duurzame relaties met veelal internationaal opererende bedrijven. Men doet al jaren zaken met elkaar en soms worden de producten van het bedrijf in kwestie zelfs in samenwerking met de klant ontwikkeld. Men spreekt over elkaar als 'partners'. In deze branche is een systeem van kwaliteitszorg (een controlesysteem – zoals ISO-9000 – dat moet waarborgen dat voldaan wordt aan de eisen van de klant) vaak een vereiste (van de klanten), wil men zaken blijven doen. De bedrijfsleiders in deze branche spreken niet graag van 'geschillen' of 'conflicten'. Dat klinkt ze te confronterend. Er zijn wel dingen die soms niet helemaal naar wens gaan zoals defecten en storingen, maar dat blijft meestal binnen de grenzen van het – soms expliciet vastgestelde – aanvaardbare. Het zijn als het ware 'normale' storingen. Als het iets te vaak voorkomt, wordt dat ter sprake gebracht op de jaarlijkse evaluatiegesprekken, zodat de controlesystemen kunnen worden aangepast. Er zijn soms ook wel problematische storingen. Dat is vooral een storing die de continuïteit van de eigen productie of die van de klant in gevaar brengt. Het stilvallen de het productieproces kan schadelijk zijn voor de machines, leiden tot tijdverspilling of (het meest rampzalige) de tijdige levering aan de klant (of van de klant aan zijn afnemers) in gevaar brengen. In dat geval is een eerste vereiste: de betrokkenen zo snel mogelijk op de hoogte stellen van het dreigende gevaar, zodat ze nog in staat zijn noodmaatregelen te treffen. Wie dat nalaat, en pas waarschuwt als het te laat is om nog iets te redden, gedraagt zich niet zoals het een goed 'partner' betaamt en brengt zijn positie in gevaar. Als de storing nog te verhelpen is, wordt verwacht dat degene die voor de prestatie verantwoordelijk is alles in het werk zal stellen om dat ook te doen. De kosten van dergelijke operaties en de schuldvraag zijn van minder en vooral van later zorg. Als schade onherstelbaar is, wordt over de vergoeding overlegd. Opmerkelijk daarbij is dat, wanneer duidelijk is door wiens toedoen de schade is ontstaan, het veelal niet de gedupeerde die een claim op tafel legt. Verwacht wordt dat de verantwoordelijke met een bevredigend voorstel komt. In het uiterste geval komt het tot 'discussies', waarbij partijen meestal door wat geven en nemen samen uitkomen. Gerechtelijke procedures zijn in deze relaties uiterst zeldzaam. Het gaat dan bijvoorbeeld om een faillissement of de schending van een patent. Dat zijn typisch situaties waarin de relatie tussen de bedrijven in feite beëindigd is, dan wel vijandig is geworden.

De andere beschreven bedrijfstak, die van de hoofdaannemers in de bouwnijverheid, verschilt in verschillende opzichten van de kunststofverwerking. De ondernemingen opereren overwegend regionaal of zelfs lokaal, maar dat betekent niet dat er zich weinig geschillen of gerechtelijke procedures voordoen. Die komen juist regelmatig voor. Dat heeft te maken met een aantal ty-

pische kenmerken van deze branche, die de kans op geschillen vergroten. Aan de kant van de opdrachtgevers gaat het vaak om eenmalige projecten, dus er zijn meestal geen duurzame relaties aan die zijde. Aan de kant van de leveranciers kan daarvan wel sprake zijn met betrekking tot de leveranciers van bouwmaterialen en onderaannemers. De bedrijfstak is namelijk conjunctuur- en seizoensgevoelig, zodat productieplanning omgeven is met onzekerheden. Deze onzekerheid wordt deels opgevangen door flexibiliteit ten aanzien van personeel, dat naar behoefte wordt betrokken via onderaannemers (in plaats van het aannemen van eigen personeel). De uniciteit van het product noopt tot uitputtende afspraken met klant en toeleveranciers, neergelegd in het 'bestek'. De contractuele afspraken betreffen de specificaties van het object, de tijdsplanning, de betaling van (de opeenvolgende delen van) de bouwsom en een reeks van onvoorzienbare omstandigheden (denk aan slecht weer). De relaties met de leveranciers van bouwmaterialen leveren nog de minste problemen op. Het zijn voor de relaties met de onderaannemers en de opdrachtgevers waaruit de meeste problemen voortkomen. De onderaannemers zijn vaak kleine bedrijfjes, die niet altijd vaardig zijn in planning en administratie. Verkeerde planning kan er bijvoorbeeld toe leiden, dat de onderaannemer op het moment dat hij verwacht wordt zijn aandeel in het project te leveren geen mensen beschikbaar heeft, omdat die nog op een ander project bezig zijn. Een onderaannemer gaat ook nog al eens failliet (wat ook nog problemen oplevert in verband met ketenaansprakelijkheid). Dat zijn gebeurtenissen die een project ernstig in problemen kunnen brengen en die ook niet zo gemakkelijk zijn te voorkomen. Deze problemen zijn soms te voorkomen door zaken te doen met vaste en betrouwbaar gebleken onderaannemers, maar die zijn niet in elk specialisme te vinden. Vooral voegers worden genoemd als een onberekenbare beroepsgroep. Ook met de opdrachtgevers doen zich meer geschillen en juridische procedures voor dan met de klanten uit de kunststofverwerking. Dat heeft naast de eerder genoemde verschillen (uniek project vs. massaproductie, beheersbaar vs. onbeheersbaar productieproces) ook te maken met het feit dat men de opdrachtgever niet noodzakelijk goed kent en vertrouwt. Er wordt dus hoog ingezet op de contractualiteit van de relatie en op de verzekering van grote risico's. Geschillen doen zich vooral voor rond 'meerwerk'. Het komt vaak voor dat de opdrachtgever lopende de bouw iets anders wil hebben dan in het bestek staat. Hij kan daarvoor aanwijzingen geven en als hij of zij verstandig is worden daarover schriftelijke afspraken (over specificaties, kosten en gevolgen voor de planning) gemaakt en aan het bestek toegevoegd. Maar dat gebeurt vaak niet, vooral ook omdat het de aannemer goed uitkomt kostenplaatje onbesproken te laten. Voor het aangenomen project heeft hij een scherpe prijs gemaakt, maar voor meerwerk kan 'het volle pond' worden gevraagd. Dat kan de oorzaak zijn voor flinke conflicten als de eindafrekening

op tafel komt. Gerechtelijke procedures en bouwarbitrages over dergelijke kwesties zijn geen zeldzaamheid. Er staat geen vaste klandizie op het spel. Over de aan gerechtelijke stappen verbonden kosten en de tijd die een procedure kost zijn de aannemers goed geïnformeerd. Deze factoren worden afgewogen tegen hetgeen op het spel staat. Het gaat in de bouw snel om grote bedragen die nodig zijn voor de volgende projecten.

Uit deze bedrijfstakingstudie blijkt dat globalisering niet noodzakelijk samen gaat met het verdwijnen van duurzame relaties tussen bedrijven. Die zijn in de kunststofverwerkende bedrijven in ieder geval nog springlevend, al zijn ze wel veel minder persoonlijk geworden. Het is aannemelijk dat ze in meer bedrijfstakken in de industrie voorbestaan. Voorts hebben we gezien dat bedrijven onderling procederen veelal bij voorkeur vermijden. Dat is met name het geval ten aanzien van klachten en conflicten die ontstaan binnen duurzame contractuele verhoudingen. Met meer incidentele contractuele relaties met andere bedrijven wordt minder omzichtig omgesprongen, al hoeft dat nog niet tot zeer frequent procederen te leiden.

2.4 Totaalbeeld

Het zojuist beschreven onderzoek laat goed de verschillen zien in procedeerbereidheid tussen bedrijfstakken en vooral ook wat daarvan waarschijnlijk de oorzaken zijn. Maar het is niet in staat een totaalbeeld te schetsen. Daarvoor is ander veel grootschaliger onderzoek nodig, zoals gedaan is door Croes en Maas (2009). Hun bevindingen zijn gebaseerd op een telefonische enquête met ruim 1700 bedrijfsleiders. Zij komen tot de conclusie dat van de bedrijven met potentiële juridische problemen 23% uiteindelijk de rechter inschakelde. Dat is dus ook weer niet echt weinig. Daarbij moet wel bedacht worden dat het hierbij niet alleen gaat om problemen tussen bedrijven onderling (zoals in het onderzoek van Jettinghoff) maar om alle (potentieel) juridische problemen, dus ook die met particuliere klanten, werknemers en overheden.

3. BEDRIJVEN ALS PROCEDERENDE 'REPEAT PLAYERS'

Komt het eigenlijk voor dat bedrijven zeer frequent procederen? Daarvan zijn inderdaad verschillende voorbeelden bekend in andere dan contractuele relaties tussen bedrijven onderling. Het interessante daarbij is dat ondernemingen dan zeer uitgekookt te werk kunnen gaan. Op dat verschijnsel is vooral de aandacht gevestigd door Marc Galanter in een intussen famous artikel (Galanter, 1974). We zullen de wording en inhoud van het artikel kort weergeven en de actualiteit ervan met meer recent onderzoek illustreren.

3.1 Progressief optimisme rond 1970

Hier is een intussen ingeburgerd begrippenpaar 'repeat-player' en 'one-shotter' uit een andere rechtssociologische klassieker van belang. Deze begrippen worden door Marc Galanter geïntroduceerd in een artikel in 1974 met de titel 'Why the 'haves' come out ahead'. De aanleiding tot het artikel is als volgt (Galanter 1999). In 1970 wordt Galanter een fellow aan de prestigieuze Yale Law School. Een juridische faculteit is een nieuwe ervaring voor hem, want voordien had hij zich vooral beziggehouden met onderwijs in de sociale wetenschappen en onderzoek naar het recht van India. De strijd tegen de rassensegregatie van de bewegingen voor burgerrechten in de V.S. is in die periode succesvol aan het verlopen en heeft de verwachting gewekt dat het ook voor andere achtergestelde groeperingen mogelijk moet zijn het recht om te vormen van instrument van onderdrukking tot instrument van emancipatie. Advocaten worden opgeroepen zich daarvoor in te zetten, bijvoorbeeld door het verlenen van gratis rechtshulp aan minvermogenden en door rechtsbijstand te verlenen wanneer het algemeen belang in het geding is ('public interest advocacy'). Op grond van zijn ervaring met het inzetten van juridische middelen door emancipatiebewegingen in India is Galanter sceptisch ten aanzien van al deze hooggespannen verwachtingen. Hij schrijft het artikel om te verklaren waarom de effecten van sociale ongelijkheid in het recht juist zeer hardnekkig zijn.

Hij introduceert in dat verband het begrippenpaar 'repeat-player' en 'one-shotter', een typologie van 'haves' (zoals vermogende particulieren, bedrijven en overheden) en 'have-nots' (zoals niet-vermogende particulieren en kleine zelfstandigen) die – overeenkomstig de belangen die ze te verdedigen hebben – veel resp. weinig in rechte optreden. Het typische van de 'repeat-players' zou zijn dat zij hun sociaal bevoorrechte positie ten opzichte van 'one-shotters' kunnen aanwenden in en zelfs verder uitbouwen middels optreden in juridische arena's. Hij noteerde ook een lijstje van dergelijke strategische voordelen van de repeat-players, zoals:

- leervermogen: dat repeat players door ervaring wijs kunnen worden; ze weten wat er kan gaan gebeuren en profijt trekken van hun ervaringen; ze kunnen bijvoorbeeld volgende transacties opnieuw zo inrichten dat ze in een meer voordelige positie zijn dan de vorige keer; en ze hebben geleerd dat het verstandig is om een dossier op te bouwen.
- juridische expertise: repeat-players ontwikkelen zelf juridische expertise en zijn bovendien een aantrekkelijke partij voor externe juridische professionals.
- 'economies of scale', d.w.z. dat repeat-players schaalvoordelen genieten bij de handhaving van hun rechten; vanwege hun ervaring zijn de aanloopkosten vrij laag en als men een keer flinke kosten maakt (door bijvoorbeeld door een geschil tot het einde uit te procederen of door een

kansloos geachte vordering te laten lopen), kunnen die over een groot aantal zaken worden gespreid.

- 'playing for the rules': het is voor repeat-players mogelijk de regels van het spel (de configuratie van rechten en plichten) in een gunstige richting te veranderen, bijvoorbeeld door het uitlokken van gunstige jurisprudentie of door het lobbyen voor een aanpassing van wetgeving.
- spelervaring: bij het streven naar aanpassing van het spel zijn repeat-players (door hun deskundigheid en ervaring) in staat vooral in te zetten op regelgeving die ook daadwerkelijk zoden aan de dijk zal zetten.⁵

Dergelijke voordelen zorgen er voor – zo stelt Galanter – dat 'repeat players' tegenover 'one shotters' door de bank genomen een grotere kans hebben in rechte aan het langste eind te trekken. Het politiek-economische klimaat in Amerika en Europa is sinds 1973 drastisch veranderd.⁶ Doordat het marktdenken de politiek in zijn greep krijgt ('liberalisering'), door Europeanisering en economische globalisering hebben de 'haves' sinds de jaren 1980 de ruimte gekregen en is het politieke draagvlak voor nivellerend overheidsingrijpen afgenomen. Het mechanisme dat 'repeat players' in rechte meer 'winnen' dan 'one shotters' is intussen dan ook buiten de Verenigde Staten in diverse onderzoeken naar voren gekomen (Galanter 2006).

Het is de bedoeling hier – aan de hand van Nederlands onderzoek – iets te laten zien van het optreden van bedrijven als 'repeat players' in gerechtelijke procedures en daarbij ook van de manieren waarop ze daarbij strategisch te werk gaan – en niet alleen tegenover 'one shotters'. Achtereenvolgens treden bedrijven in het strijdperk tegenover particuliere klanten, hun concurrenten en de overheid.

3.3 Betalingsproblemen bij shoppen op krediet⁷

Wanneer men de dossiers van de gerechten in eerste aanleg onderzoekt blijkt dat een aanzienlijk deel van de zaken van grote spelers afkomstig is: banken, verzekeringsmaatschappijen, de fiscus, de nutsbedrijven en ook postorderbedrijven behoren tot de vaste klanten.⁸ Het zijn meestal incassovorderingen, dat wil zeggen vorderingen die lopende de procedure worden ingetrokken, bij verstek worden toegewezen of waarin de vordering wordt erkend. Een incassovordering eindigt meestal met een toewijzing bij verstek. Voor het gerecht

5 Galanter 1973, p. 98-103.

6 Zie bijvoorbeeld G. Woltjer (2002) *De economische manier van denken*, Bussum: Coutinho, p. 277 e.v.

7 Ontleend aan Jettinghoff 1997.

8 Freudenthal, M. (1996) *Incassoprocedures*, Deventer: Kluwer; J.R.A. Verwoerd, E.R. Blankenburg, G.R. Rutgers & T.L.Q. Pellis (1987) 'Recht doen door de kantonrechter: confectie of maatwerk', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, jrg. 49, p. 383-404.

is de afhandeling van deze zaken daarom voornamelijk administratieve routine.

In het hierna beschreven onderzoek van Jettinghoff wordt nagegaan of postorderbedrijven – als typische repeat-players – daadwerkelijk gebruik maken van de door Galanter bedoelde strategische voordelen bij het doen van juridische stappen inzake standaardproblemen, welke voordelen dat zijn en hoe dat in zijn werk gaat. Daarbij gaan we ook na, welke alternatieven men heeft voor het doen van juridische stappen en hoe die alternatieven werken. Immers, het feit dat een flink aantal zaken bij het gerecht ter tafel komen wil nog niet zeggen dat er vanuit het perspectief van de repeat players vaak juridische stappen worden ondernomen. Het kan heel goed om het topje van een ijsberg gaan, waarvan het grootste deel op andere wijze buiten het gerecht om wordt afgewikkeld.

INCASSOBELEID VAN POSTORDERBEDRIJVEN

Postorderbedrijven hebben veel klanten die op krediet kopen. Over de afbetaling van deze schulden ontstaan vaak problemen. De focus van het onderzoek ligt op wat er gebeurt bij wanprestatie, i.c. wanbetaling door de consument: 1) wordt er op het moment van het afsluiten van een transactie door postorderbedrijven rekening gehouden met het mogelijk ontstaan van betalingsproblemen en (2) gaan postorderbedrijven vaak naar de rechter met betalingsproblemen en als dat gebeurt, met welke zaken?

De eerste vraag kan positief worden beantwoord, maar niet in de zin dat er contractuele bepalingen bestaan die aangeven wat er moet gebeuren als er betalingsproblemen ontstaan. Wel heeft het bedrijf, de potentiële crediteur, in de organisatie meestal al een uitgewerkte procedure klaar liggen voor de betalingsproblemen. De betrokken consument merkt dat meestal pas na het ontstaan van de problemen. Over dergelijke routines blijkt veelal terdege te zijn nagedacht. Laat ik een voorbeeld geven van een bedrijf met een zeer uitgewerkte procedure. Tegelijkertijd kan dan ook een beeld worden gegeven van de bereidheid gerechtelijke stappen te ondernemen. Het betreft hier een groot postorderbedrijf in de sector kleding.

‘Hier heb ik een overzichtje van onze uitstaande debiteuren per week. We praten over een gemiddeld aantal uitstaande debiteuren van 500 000 per week, dat zijn dus gigantische aantallen. Daarvan bevindt zich per week onder een eerste aanmaningssituatie bedrijfsintern 15 procent (= 75 000), onder een tweede aanmaning belandt 4 procent, dat zijn er dan zo'n 20 000, onder een derde aanmaning belandt 1,5 procent en uiteindelijk komen wij in de zogenaamde interne incassofase en dar zit 0,2 procent. Nou, uiteindelijk gaan van die duizend stuks er nog eens de helft, 500 stuks, naar het externe incassobureau. Ook daar is het streven er in eerste instantie op gericht om de

man naar voren te halen, om contact met hem te krijgen. Uiteindelijk belandt van die 500 vorderingen een aantal van 175 per week bij de kantonrechter en in alle andere gevallen is op een of andere manier een vergelijk getroffen. Ja, dan krijgen we eigenlijk het probleem. Het is een probleem voor ons, maar het is zeker ook een probleem voor de rechterlijke macht, want in 160 van de 175 gevallen is die klant nog steeds niet bereid om naar voren te stappen en te zeggen: 'hier ben ik, ik kom u wel een even vertellen wat er aan de hand is'. In de meeste gevallen wordt een vordering bij verstek toegewezen en in het restant, waarin hij wel verweer voert, volgt in circa 8 gevallen een afwijzing van de vordering, en in 7 gevallen dus een veroordeling, plus de 160 waarin geen verweer wordt gevoerd. Dat is eigenlijk in grote lijnen het traject waar wij mee te maken hebben. Het is een heel lang traject.'

De meeste grote bedrijven in deze branche hebben in enige vorm een uitgewerkt incassoprogramma, waarbij de rechter er in een relatief gering deel van de gevallen aan te pas komt. Dat is niet altijd zo geweest. Er zijn gevallen bekend van bedrijven die alle wanbetalingen afschreven en nooit procedeerden. In een ander geval gingen de vorderingen bij duizenden de deur uit naar de rechtbank.

In wat voor gevallen gaat men nu wel naar de rechter? Van doorslaggevend belang is de vraag of het de moeite waard is; het is vooral een afweging van kosten en baten:

'Er is een bedrag, dat wij periodiek vaststellen, waar beneden we gewoon niet de moeite nemen. Zodra we daaronder blijven doen we het niet, en alles wat erboven zit gaat wel. Daar wordt niet echt kritisch naar gekeken. Ja, tenzij je natuurlijk op voorhand de indruk hebt dat het een kansloze zaak is, maar dan komen ze niet eens bij het incassobureau, dan worden ze hier onderschept.'

Het tweede criterium is de haalbaarheid van de zaak: 'Dan moet de zaak dus helemaal rond zijn. Juridisch helemaal rond. Dat je ook bij de rechter, al krijg je verweer, kunt winnen.' Een derde criterium blijkt de verdenking van fraude: 'Een aperte oplichtingzaak, dat vormt voor ons ook een reden om eventueel juridisch verder te gaan.' Daarbij beoogt men niet alleen een speciaal, maar ook generaal preventief effect.

SUCCES VAN DE 'REPEAT PLAYER'?

Het postorderbedrijven zullen dus een goede kans hebben hun incassovorderingen in rechte te krijgen toegewezen. Maar betekent dat nu ook dat ze ook hun daadwerkelijk hun geld krijgen? Uit een onderzoek van Van Koppen en Malsch blijkt dat een gewonnen zaak toch zeer vaak niet tot een daadwerkelijke inning van het gevorderde bedrag leidt (Van Koppen en Malsch 1997).

Uit hun onderzoek blijkt dat na drie jaar meer dan de helft van de gedaagden de aan de eiser toegewezen vordering nog moet betalen. Dat zal er mede toe hebben geleid dat postorderbedrijven hebben ingezet op de preventie van wanbetaling. Hoe gaat dat in zijn werk?

PREVENTIE VAN WANBETALING

Postorderbedrijven doen hetzelfde met hun klanten als de hiervoor beschreven bedrijven doen ten opzichte van leveranciers en klanten: ze selecteren betrouwbare relaties. Wanneer een kredietverlener vroeger een beeld wilde hebben van de kredietwaardigheid van zijn potentiële klanten, moest geïndividualiseerde informatie vergaard worden, vaak met behulp van een daarin gespecialiseerd bedrijf. Deze betrekkelijk dure methode is geleidelijk verdronken door een veel goedkopere methode, waarbij de computer een centrale rol speelt. Deze methode wordt *credit scoring* of *credit rating* genoemd en houdt in dat via een statistische methode een beperkt aantal factoren wordt geselecteerd, die bewezen hebben kredietwaardigheid te voorspellen. Aan deze factoren wordt een zodanig gewicht toegekend, dat de kans op een verkeerde voorspelling zo klein mogelijk wordt. Vervolgens wordt (op grond van vooral bedrijfseconomische overwegingen) de score bepaald waaronder geen krediet wordt verleend.⁹

Bij het vaststellen van een creditscore graaft men niet diep in het geestelijk leven van de potentiële klant. Het gaat om een aantal persoonlijke gegevens. Voor zover mogelijk gebruikt men eigen gegevensbestanden, maar waar dat ontoereikend is, wordt bedrijfsexterne informatie gebruikt. Een voorbeeld:

‘We hebben zoals dat heet een scoresysteem, twee scoresystemen. Een voor de nieuwe klanten, klanten die we nog niet in het bestand hebben (...) en een voor de klanten met wie we al een relatie hebben opgebouwd. (...) Nieuwe klanten beoordelen we aan hun adres, heeft daar in het verleden iemand bij ons besteld? Zo ja, hoe was die klant, zo nee, kennen we wellicht in de buurt een heleboel slechte of een heleboel goede klanten, dat is een belangrijk criterium. Tegenwoordig heb je allerlei sociodemografische systemen die per postcode kwalificaties afgeven van dat is een goede en slechte buurt. Ik weet alleen wat er in gaat en wat er uit komt. De bestelling gaat er in en het systeem controleert een aantal variabelen: adres, hoe lang is het geleden dat op dat adres iets gebeurd is. Dat geeft dan de waardering aan dit adres: wat voor artikelen bestelt de persoon in kwestie; hoe oud is de persoon in kwestie; hoe duur is het artikel dat hij bestelt. Allemaal van dat soort zaken die uit de bestelling door het systeem af te leiden zijn Daar komt aan het eind een score

⁹ Ingerling, R. (1980) *Das Credit-Scoring-System im Konsumentencreditgeschäft*, Berlin: Schmidt; Rodrigues, P. & J. Schep (1990) *Incasso in beeld*, Den Haag: SWOKA, p. 84 e.v.

uit, de man krijgt aan de hand van de bestelling die bij ons binnenkomt een score en die score leidt weer tot een kwaliteitscode. De kwaliteitscode geeft zijn kredietruimte aan. Wanneer iemand zijn kredietruimte overschrijdt dan wordt hij door het systeem niet geaccepteerd en komt op een afdeling die hem handmatig bekijkt. En in die handmatige fase kan het voorkomen dat er dus een informatiebureau wordt ingeschakeld: joh, ga eens kijken, kun je daar wat meer van vertellen, is dat vertrouwd of niet. Dat zijn nieuwe klanten en voor de bestaande klanten werkt het in feit een beetje hetzelfde, alleen daar is de kwaliteitscode aan de hand van de ervaringen die we in het verleden met de man hebben gehad opgesteld.'

Zoals uit het bovenstaande al blijkt, heeft de informatievoorziening over consumenten zich tot een zelfstandige commerciële activiteit ontwikkeld. Ook daar maken automatisering en statistiek het mogelijk informatie over consumenten te produceren, die voor crediteuren relevant is. Via de postcode is men in staat de daarachter schuilgaande 15 huishoudens te typeren naar 'lifestyle', hetgeen onder meer omvat informatie over consumentengedrag, gezinsgrootte, type huis, inkomen en opleiding. Een manager van één van de in deze sector opererende bedrijven omschreef zijn ambities op dit punt als volgt: ¹⁰

'Wat we doen is de informatie verzamelen die men vroeger in een dorp had. Iedereen kende iedereen, kende elkaars belangstellingen en hield daar rekening mee. Wij proberen die oude dorpsituatie te benaderen.'

Niettemin geeft men er vaak de voorkeur aan om waar dat kan eigen gegevens te gebruiken. Niet alleen is dat goedkoper, de informatie is natuurlijk ook bedrijfsspecifiek en gedeeltelijk geïndividualiseerd. Men meent dat dergelijke gegevens een grotere voorspellende waarde hebben voor het betalingsgedrag van nieuwe klanten – want ze zijn immers aan eigen ervaringen ontleend – dan de algemene postcodegegevens. Toch blijkt er ook bij dit soort selectietechnieken een afweging gemaakt te worden tussen veiligheid en omzet:

'Maar ja, het zijn veel relaties die je hebt in een week, veel vorderingen die uitstaan, het is allemaal massaal en je moet bij de maatregelen die je neemt om te voorkomen dat er iets mis gaat natuurlijk wel praktisch blijven en je kunt niet iedere goedwillende klant door eenzelfde controlesysteem heen sluisen als die anderhalve slechte klant op de honderd die je misschien zou kunnen vangen. Dat zou de 98,5 goede klanten weggagen op den duur. Dus dat is de afweging die je maakt.'

10 Ontleend aan: Kuip, R. (1989) 'Uw postcode is goud waard', *Carrière*, p. 20-21.

Blijkbaar neemt men om commerciële redenen tot op zekere hoogte de kans op problemen voor lief.

3.4 Juridische oorlog in farma-land¹¹

Het grootste deel van de farmaceutische industrie wordt gevormd door de 'innovatieve' producenten, dat wil zeggen concerns die zich toeleggen op het ontwikkelen en uitbaten van nieuwe geneesmiddelen. Het zijn doorgaans multinationals als Pfizer, GlaxoSmithKline, Sanofi-Aventis, Novartis, AstraZeneca, Johnson&Johnson en Roche, allemaal gigantische ondernemingen met (in 2007) omzetten aflopend van 45 (Pfizer) tot 22 (Roche) miljard dollar.¹² Octrooien zijn voor dergelijke bedrijven van eminent belang. Het zijn door de overheid verleende en beschermde tijdelijke monopolies op het te gelde maken van uitvindingen. Door het verwerven van octrooien zijn deze farmaceutische ondernemingen in staat de fortuinen terug te verdienen die ze zeggen te besteden aan 'research & development' ten bate van nieuwe geneesmiddelen. De hoge r&d- kosten vormen de meest gegeven reden waarom deze concerns er vooral op uit zijn geneesmiddelen te ontwikkelen (of op te kopen) waarin grote omzetten te behalen zijn ('blockbusters'), dus vooral ziekten, kwalen en klachten die op grote schaal voorkomen. De jacht op succesnummers middels fusies en overnames heeft bijgedragen aan de geleidelijke consolidatie van de bedrijven in deze sector, waardoor de huidige farmareuzen zijn ontstaan.¹³

Een kleiner deel van de farma-industrie wordt gevormd door de 'generieke' producenten. Deze bedrijven concentreren zich op de productie van reeds ontwikkelde geneesmiddelen, waarvan het patent is verstreken. Ook dit zijn multinationals zoals Teva, Sandoz, Merck, en Ratiopharm.¹⁴ De omzetten van deze concerns zijn beduidend kleiner dan die van de innovatieve bedrijven, aflopend van (in 2007) 5 (Teva) tot 2 (Ratiopharm) miljard dollar. Zij azen op aflopende of ongeldige octrooien om dan met eigen (goedkopere) erken op de markt te komen.

Volgens ingewijden zijn de concurrentieverhoudingen in de farma-industrie nogal heftig. Er wordt wel over gesproken in termen van oorlog. De ontwikkelingsfasen van een geneesmiddel (research, wetenschappelijke publicaties, 'clinical trials', registratie, octrooiering, marketing) lijken even zovele fronten waarop innovatieve bedrijven met elkaar concurreren. Maar er is ook strijd tussen de innovatieven en de generieken. We zullen nader ingaan de juridische

11 Ontleend aan: A. Jettinghoff 2010.

12 D. Fischer & J. Breitenbach (Hrsg.) (2007) *Die Pharmaindustrie*, München: Elsevier, p. 18.

13 Zie voor deze geschiedenis A.D. Chandler (2005) *Shaping the Industrial Century*, Cambridge: Harvard University Press, p. 230 e.v.

14 Fischer & Breitenbach, t.a.p., p. 25.

strijd tussen de farmabedrijven, vooral op het vlak van octrooiering en octrooi-bescherming.

STRATEGISCH OCTROOIEREN: NELIE KROES DOET EEN BOEKJE OPEN.

Octrooieren in Europa heeft enkele typische trekken. Er bestaat er een zogenaamd 'Europees' octrooi, dat bij een centrale organisatie (het Europees Octrooibureau – EOB) kan worden aangevraagd. Het gaat hier echter om een volkenrechtelijk organisatie (opgericht onder de vlag van de Raad voor Europa) en dit betekent dat het verleende octrooi een 'bundeloctrooi' is, in feite een bundel nationale octrooien. Het octrooi kan ook alleen in rechte worden verdedigd of aangevallen in de landen waar het octrooi geregistreerd wordt door het deponeren van een vertaling. Deze octrooien genieten bij multinationals de voorkeur, onder meer omdat het EOB (in tegenstelling tot verschillende nationale octrooibureaus, zoals het Nederlandse) de octrooiaanvraag aan een inhoudelijke toetsing onderwerpt. Het Europees octrooi wordt doorgaans beschouwd als een kwalitatief 'goed' octrooi.

In de concurrentiestrijd tussen de farmabedrijven is het octrooieren bij het EOB één van de juridische fronten waar de degens worden gekruist. Over de manieren waarop dat gebeurt valt onder meer te leren uit een onderzoek van de farmaceutische sector dat onlangs werd gepubliceerd door de DG Mededinging.¹⁵ Een van de tactieken die door de innovatieve farmaceuten wordt gebruikt wordt 'evergreening' genoemd. Dat houdt in dat de houder van een aflopend octrooi probeert zijn monopolie te verlengen door een draai te geven aan de originele werkzame stof (een andere dosering, een andere toepassing, een toevoeging) en daarvoor een nieuw patent aan te vragen. Als zo'n poging slaagt is het aan de generieke bedrijven om in verweer te komen. Zij kunnen dat direct bij het EOB, door bezwaar tegen de verlening aan te tekenen ('in oppositie' te gaan). Een oppositie wordt beoordeeld door een 'Board of Appeal' dat de klacht gegrond kan verklaren. Het octrooi verliest dan zijn geldigheid. Partijen staat daarna nog de weg naar de octrooirechter open.

Zo zijn er nog veel meer manieren waarop octrooien als 'markt instrument' gebruikt kunnen worden.¹⁶ Een ander voorbeeld is het zogenaamde 'struikgewas van octrooien' ('patent thicket'), waarbij rond een kerninnovatie tal van innovaties die daarbij in de buurt komen ook worden geoctrooieerd teneinde de concurrenten op een afstand te houden.

15 *Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report*, DG Competition Staff Working Paper, 28 November 2008.

16 Zie: D. Guellec e.a. (2006) 'Patent as a Market Instrument', in: D. Guellec & B. van Potteberghe de la Potterie (red.) *The Economics of the European Patent System*, Oxford: Oxford University Press, p. 85-113.

STRATEGISCH PROCEDEREN: VAN FORUM SHOPPING EN ITALIAANSE TORPEDO'S

Vanuit de farmaconcerns gezien is procederen over een octrooi vaak een mondiale operatie, die op 'corporate' niveau wordt aangestuurd. Op het hoofdkantoor wordt een comité geformeerd dat een mondiale strategie uitstippelt. Die wordt afgestemd op de kenmerken van belangrijkste octrooiregimes. Europa is in vergelijking met de Verenigde Staten en Japan een apart geval.

Het volkenrechtelijke karakter van het Europees octrooi heeft zoals gezegd als gevolg dat men voor het beschermen of aanvechten van een octrooi aangewezen is op een menigte nationale rechtbanken. Dat betekent meestal dat een keuze moet worden gemaakt in welke landen wordt geprocedeerd. Want farma-octrooien worden tegenwoordig wel in de meeste Europese landen geregistreerd, maar dat wil niet zeggen dat ze ook overal in rechte worden verdedigd of aangevallen. Er wordt meestal volstaan met een handvol procedures.¹⁷

De forumkeuze kan per geval verschillen. Wanneer men de kans op succes hoog inschat kan een octrooihouder er voor kiezen te gaan procederen in landen waar de octrooirechters een goede reputatie hebben en een interessante (lees: een grote) markt te verdedigen is (bijvoorbeeld Duitsland). In geval van succes kan men dan inbreukmakers in andere landen doen terugschrikken door ze met de uitspraak te confronteren. Er kan zelfs een successie van procedures op gang worden gebracht, waarbij men dan hoopt dat de (gunstige) beslissing in de eerste zaak meeweegt in de volgende procedures elders in Europa. Wanneer men niet zo zeker is van succes, kan een proefprocedure worden gevoerd in een land met een kleine markt (bijvoorbeeld Nederland). Afhankelijk van het resultaat kan dan al of niet verder worden geprocedeerd in andere landen. Een generiek farmaconcern dat in rechte de geldigheid van een octrooi wil aanvechten kan vergelijkbare strategieën volgen.

Wanneer een farmabedrijf door een concurrent wordt beticht van een octrooi-inbreuk kan het – om zich te verdedigen – tot de aanval overgaan. Dat kan bijvoorbeeld met de 'Italiaanse torpedo'.¹⁸ Daarvoor wordt gebruik gemaakt van het feit dat in sommige Europese landen de gerechtelijke molens zeer langzaam draaien, zoals bijvoorbeeld Italië. Daar wordt dan bij de octrooi-rechter een verklaring van recht gevraagd dat geen inbreuk wordt gemaakt. Die zaak wordt dan eindeloos uitgesponnen, terwijl intussen rechters in andere landen waar een inbreukprocedure is gestart de behandeling moeten

17 Het sectoronderzoek van DG Mededinging noemt 5 landen als gemiddeld aantal.

18 M. Franzosi (1997) 'Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo', *European Intellectual Property Review*, p. 382-385.

opschorten tot de verklaring is afgegeven. Op die manier kunnen de inbreukprocedures elders voor jaren worden opgehouden en aldus 'getorpedeerd'.

3.5 Telecommunicatiebedrijven vs. de publieke toezichthouder¹⁹

In een verslag van een onderzoek naar het werk van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) constateert Havinga dat een tiental telecommunicatiebedrijven verantwoordelijk is voor honderden beroepsprocedures bij deze instantie. (Havinga 2010b: 31). Voor een goed begrip van dit gedrag van de telecommunicatiebedrijven moet iets verteld worden over de recente geschiedenis van deze bedrijfstak.

Na het besluit tot het vormen van een interne markt uit de nationale markten van de lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap wordt in Brussel eind jaren 1980 ook bepaald dat een aantal bedrijfstakken die voorheen door staatsmonopolies werden gedomineerd, dienen te worden geliberaliseerd. Dat houdt in dat de staatsbedrijven dienen te worden geprivatiseerd en verder dat er voor moet worden gezorgd dat er op de nieuwe markten in de EU concurrentie mogelijk is. In dat verband worden verschillende richtlijnen opgesteld aan de hand waarvan in de lidstaten deze nieuwe markten moeten verwezenlijken. Een van deze bedrijfstakken is de telecommunicatie, die in 1998 geliberaliseerd is. De Nederlandse PTT wordt KPN en er ontstaat vanaf 2002 een 'gereguleerde' markt. Dat wil zeggen dat sindsdien een toezichthouder vinger aan de pols houdt om er voor te zorgen dat er geleidelijk een situatie van vrije mededinging ontstaat, ook voor Europese concurrenten. Deze toezichthouder heet in Nederland de OPTA.²⁰ De OPTA heeft de opdracht om periodiek telecommunicatiemarkten te analyseren om na te gaan of niet één of meer bedrijven de markt dreigen te domineren. Als dit gevaar wordt gesignaleerd is de OPTA bevoegd in te grijpen, bijvoorbeeld door deze bedrijven verplichtingen op te leggen om de risico's van een dominante marktpositie te beperken.

Uiteraard was het aanvankelijk zo dat de markt volledig werd beheerst door de voormalige monopolist, de KPN. De concurrenten hebben zich moeten invechten en dat typeert nog steeds de marktverhoudingen: men spreekt van een 'vechtmarkt'. In dat verband zijn de beslissingen van de OPTA van vitaal belang voor de bedrijven in deze sector – en dus meestal omstreden. Het gaat tenslotte om hun mogelijkheden op de markt en dus om hun overlevingskansen en financiële toekomst. Tegen de besluiten van de OPTA kan men beroep aantekenen bij gespecialiseerde rechters van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) en dat gebeurt dan ook regel-

¹⁹ Gebaseerd op Havinga 2010a en 2010b.

²⁰ OPTA is een acroniem voor 'Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit'.

matig. Het gaat hierbij vaak om ingewikkelde dossiers en complexe partijverhoudingen. Over de dossiers merkt respondent in het onderzoek op:

‘Zo’n OPTA [marktanalyse]besluit telt tussen de 200 en 400 bladzijden. Bij een procedure is vaak niet een partij, maar zijn er vaak drie of vier partijen betrokken, die ook allemaal een zienswijzen indienen van 50 bladzijden plus nog een extern economisch onderzoek of iets dergelijks. Het dossier al snel een paar duizend bladzijden dik.’ (Havinga, 2010b: 33)

De partijverhoudingen zijn ingewikkeld, omdat het om een soort driehoeksverhouding gaat: de toezichthouder, de dominante partij (KPN) en de concurrenten:

‘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. En dat is natuurlijk wel apart van deze sector dat je een hele grote partij hebt waar mensen iets mee moeten.’ (Havinga, 2010a: 257)

Om te voorkomen dat ze in een procedure – vanwege uiteenlopende belangen – door KPN tegen elkaar worden uitgespeeld, hebben de kleinere marktpartijen een strategie ontwikkeld die op een dergelijk vechtmak niet evident is. Zij hebben (alsof zij Galanter in praktijk brengen) samenwerkingsverbanden opgericht die het hen mogelijk maakt in een procedure hun belangen te bundelen. Zij kunnen zo bijvoorbeeld hun procedeedrag onderling afstemmen. Ook is het op manier mogelijk om bewijsproblemen over schadeclaims gehonoreerd te krijgen, die ze anders wellicht zouden mislopen:

‘Het is echter erg moeilijk om de schade van individuele bedrijven te bewijzen. Speciaal hiervoor hebben we een stichting opgericht. Wij dragen onze vorderingen over aan die stichting en dat doen andere bedrijven ook. De stichting vertegenwoordigt 99% van de markt. De stichting eist schadevergoeding, die kunnen we dan in abstracto berekenen. Het is dan niet moeilijk te bewijzen dat schade is geleden. De verdeling van het geld doen we vervolgens zelf binnen de stichting, daarvoor is een verdeelsleutel afgesproken.’ (Havinga 2010a: 258)

4. SLOT

De bereidheid van bedrijven om te procederen lijkt vooral afhankelijk van de aard van de tegenpartij. Bij klanten en toeleveranciers blijken bedrijven doorgaans zeer terughoudend om geen goede relaties te verliezen. Het is dan veel

aantrekkelijker zo mogelijk te trachten om klachten en conflicten te voorkomen. Als het risico op het verlies van een relatie niet aanwezig is kan de afweging weer anders uitpakken. Maar ook dan staat procederen niet altijd in een positief daglicht. Het wordt in dergelijke gevallen toch regelmatig als een retrospectieve en onproductieve activiteit weggezet. Het verdient dan de voorkeur om te investeren in het voorkomen van klachten en conflicten, iets wat ook al onder het motto van 'kwaliteit' tegenwoordig hoog in het vaandel van het bedrijfsleven staat. Dat alles is anders wanneer concurrenten en/of de overheid de tegenpartij vormen. Daar is geen relatieverlies te vrezen en vaak staan daarbij zeer vitale bedrijfsbelangen op het spel. De kwestie van al dan niet procederen komt uiteindelijk – dat zal in dit verband niet verbazen – vooral neer op een kosten/baten afweging, hoe globaal ook. En die afweging valt blijkens het onderzoek van Croes en Maas (wat het MKB betreft) over het geheel genomen regelmatig positief uit.

De artikelen van Macaulay en Galanter hebben de aanzet gegeven tot internationaal onderzoek dat mooie inblikjes oplevert over hoe recht(sbedeling) en bedrijfsleven zich tot elkaar verhouden. Dergelijk onderzoek illustreert dat de thema's die zij hebben aangesneden (de rol van recht in de praktijk resp. aan wie komt rechtsvorming en rechtshandhaving het meest ten goede) onverminderd actueel zijn.

LITERATUUR

- Croes, M.T. & G.C. Maas (2009) *Geschilbeslechtingdelta midden- en kleinbedrijf. Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*. Den Haag: WODC, Cahier 2009-13.
- Galanter, M. (1974) 'Why the 'Haves' Come Out Ahead', 9 *Law & Society Review*, p. 95-160.
- Galanter, M. (1975) 'Afterword: explaining litigation', 9 *Law & Society Review*, p. 347-366
- Galanter, M. (1999) 'Farther Along', 33 *Law & Society Review*, p. 11131-1123.
- Galanter, M. (2006) 'Planet of the APs: Reflections on the Scale of law and its Users', 53 *Buffalo Law Review*, p. 1369-1417.
- Havinga, T. (2010a)
- Havinga, T. (2010b) 'Waarom telecommunicatiebedrijven zoveel procederen', in: *Rechtspraak van buiten* (liber amicorum prof.dr. J.F. Bruinsma), Deventer, p. 29-36.
- Jettinghoff, A. (1997) 'Profielen in het privaatrecht', in: P.J. van Koppen e.a. (red.) *Het hart van de zaak. Psychologie van het recht*. Deventer, Gouda Quint, p. 63-78.
- Jettinghoff, A. (2001) *Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*. Universitaire Pers Maastricht.
- Jettinghoff, A. (2010) 'Repeat players in de farmaceutische industrie', in : *Rechtspraak van buiten* (liber amicorum prof.dr. J.F. Bruinsma) , Deventer, Kluwer, p. 37-43.
- Koppen, P.J. van & M. Malsch (1992) 'Hoe de verliezer wint, executie van civiele vonnissen', *Nederlands Juristenblad*, p. 1101-1104.
- Macaulay, S. (1963) 'Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study', 28 *American Sociological Review*, p. 55-67.
- Macaulay, S. (1977) 'Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract', 11 *Law & Society Review*, p. 507-528.
- Macaulay, S. (1995) 'Crime and custom in Business Society', 22 *Journal of Law and Society*, p. 248-258.