

Mededingingsrecht en menselijke waardigheid

Een vraaggesprek met Marc van der Woude

Op 19 november 2010 interviewden drie leden van de redactie van Actualiteiten Mededingingsrecht Marc van der Woude. Aanleiding voor dit vraaggesprek is zijn benoeming als de nieuwe Nederlandse rechter bij het Gerecht,¹ waarvoor hij op 13 september 2010 de eed aflegde in Luxemburg.² De redactie was benieuwd naar de manier waarop Marc van der Woude aankijkt tegen recente ontwikkelingen in het mededingingsrecht, wat zijn maatstaf is bij het rechtspreken, en hoe het Gerecht en het Hof functioneren. Hoewel hij ten tijde van het gesprek slechts een paar maanden rechter was en de antwoorden wellicht anders zouden luiden met meer rechterlijke ervaring, had Marc van der Woude op ieder van onze vragen een weloverwogen antwoord. Zijn antwoorden waren doorspekt met verwijzingen naar boeken en zelfs schilderijen. Het resultaat van dit boeiende en open gesprek treft u hierna aan.

U bent referendaris bij het Hof, Commissieambtenaar, advocaat en hoogleraar geweest. Sinds kort bent u rechter. Wat acht u het grootste verschil tussen uw huidige en voorgaande functies en hoe kijkt u aan tegen de verschillen in perspectief van waaruit u in uw loopbaan het mededingingsrecht hebt beoefend?

Afgelopen woensdag [17 november jongstleden,³ red.] had ik de eerste zitting als rechter, in dezelfde zaal als waar ik een paar maanden geleden nog stond te pleiten als advocaat. Ik bedacht me toen dat dat curieus was en letterlijk een ander perspectief opleverde.

Ook figuurlijk heb je een ander perspectief als rechter. Als advocaat is het duidelijk: het belang van de cliënt leidt je. Als je voor de Commissie of de staat optreedt, is het belang wat abstracter en diffuus, maar op enig moment heb je het belang voor je gevoel wel gedefinieerd en is dat ook duidelijk. Als rechter heb je daarentegen geen enkel belang als ijkpunt. Het is juist de bedoeling dat je zonder belang en onafhankelijk beslist. Maar wat dan wel jouw ijkpunt of maatstaf is, is niet altijd duidelijk. Vooral in 'grijze zaken' is het niet eenvoudig de juiste maatstaf te vinden. Bovendien hebben rechterlijke uitspraken repercussies voor ondernemingen en instellingen.

Uit mijn Commissietijd heb ik bijvoorbeeld onthouden



Ambtsaanvaarding 13 september 2010

bron: Hof van Justitie van de Europese Unie

dat als de Unierechter heel hard 'tegen' de Commissie beslist, dit gevolgen kan hebben voor toekomstig beleid. Volgens mij geldt dat ook voor andere instellingen als de Raad.

Als academicus redeneer je natuurlijk ook zonder belang. Het ijkpunt is dan eigenlijk altijd: wat is nu het recht en zou het recht in de toekomst niet beter anders kunnen worden? Voor een rechter is het, denk ik, moeilijker je mening in alle vrijheid kwijt te kunnen, zoals in de academie.

Maar het moeilijkst is wel, wat de maatstaf of het ijkpunt dan wel is als rechter.

Grootmoeders 'decency' is voor mij een rechterlijke maatstaf

Volgens Posner (een Amerikaanse filosoof die nu rechter is, red.) is het *judicial pragmatism*, of wellicht *common sense* en de maatschappelijke ervaring van de rechter, die hem leiden in situaties waarin de regels zelf geen

1 Bij besluit van 8 juli 2010 voor de periode van 1 september 2010 tot en met 31 augustus 2016 (PB 2010, L186/29).

2 PB 2010, C317/5.

3 In zaak T-461/08, *Evropaiki Dynamiki/Europese Investeringsbank*, red.

duidelijk antwoord op de voorliggende vraag geven.⁴ Op dit moment heb ik in elk geval twee ijkpunten. Ten eerste de fundamentele rechten, waar je niet van wilt afwijken. Ten tweede wat ik zou noemen de menselijke waardigheid. Ik besef dat dit een vaag concept is. Misschien ligt het wel dicht aan tegen 'decency' en wat de fictieve Judge Leonard White daarover zei: "decency is what your grandmother taught you".⁵ Een ander verschil is de manier van werken. Als advocaat kan je tot op zekere hoogte prioriteiten aanbrengen in de zaken. Als rechter kan dat niet; als rechter blijft de werklast je achtervolgen. Het is een beetje zoals ik vroeger als Commissieambtenaar bij kartelinspecties te werk ging: je begint links bovenaan om rechts onderaan de kast te eindigen. Een frappant verschil is ook dat je een zaak pas gaat begrijpen als je het verzoekschrift hebt gelezen. Als je een Commissiebeschikking leest, denk je vaak: dat klinkt logisch. Dan lees je het verzoekschrift en besef je waar het om gaat. Juist wat niet in de beschikking staat, kan voor de rechter van groot belang zijn. Dat zie je pas als iemand je erop wijst in zijn verzoekschrift.

Onrechtvaardigheid ten aanzien van mensen raakt aan je rechtsgevoel

Tijdens het voorgesprek noemde u als de wellicht mooiste zaak die u als advocaat hebt gedaan, een zaak die een groep mensen betrof van vlees en bloed. De zaak appelleerde bij u aan een diep gevoel van onrechtvaardigheid over wat die mensen overkwam. Is dat Trechtvaardigheidsgevoel een ijkpunt voor u als rechter? En geldt dat ook voor rechtspersonen, waar het in het mededingingsrecht meestal om draait?

Een zaak waar mensen van vlees en bloed bij betrokken zijn maakt een zaak anders. Stel je bijvoorbeeld het volgende voor, hoewel het misschien een weinig waarschijnlijke casus is: bij de doorzoeking van een privéwoning, komen de ambtenaren binnenvallen op het moment waarop het echtpaar net de kinderen aan het aankleden om ze naar school te brengen. Dat is een aantasting van de privacy en dat raakt je rechtvaardigheidsgevoel: "Moest dat nu zo? Kon men niet eventjes wachten?". Dit illustreert het punt van de menselijke waardigheid als ijkpunt.

Bedoelt u hier een bepaalde notie van het begrip 'rechtvaardigheid'? Misschien om het in een kader te plaatsen: recentelijk zei Joost Italianer over de invoering van strafbepalingen voor mededingingsinbreuken dat rechtsregels er zijn om 'justice' te bereiken. Een regel die nooit wordt toegepast, is onwenselijk, omdat zij geen 'justice' brengt.⁶

Dat lijkt me een protestantse of Noordwest-Europese

Korte biografie M.H. van der Woude

1960	Geboren te Gorredijk uit Nederlandse vader en Franse moeder;
1983	Rechtsgeleerdheid (Rijksuniversiteit Groningen);
1984	Europacollege te Brugge;
1984-1986	Assistent aan het Europacollege;
1986-1987	Docent aan de Universiteit Leiden;
1987-1989	Rapporteur bij het DG Mededinging van de Commissie;
1989-1992	Referendaris bij het Hof van Justitie;
1992-1993	Beleidscoördinator bij het DG Mededinging van de Commissie;
1993-1995	Lid van de juridische dienst van de Commissie
1995-2010	Advocaat aan de balie te Brussel;
2000-heden	Hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam;
13-9-2010	Rechter in het Gerecht (vierde kamer).

opvatting van rechtvaardigheid; dat je de naleving van de regels moet handhaven. Die deel ik niet per se. Een meer katholiek of Zuid-Europees idee is dat er veel regels zijn die van alles verbieden of verplichten, maar de naleving en handhaving er als zodanig minder toe doen.

U noemde fundamentele rechten als een van de ijkpunten voor u als rechter. Zullen het Gerecht en het Hof anders omgaan met het EVRM als de EU toetreedt tot het EVRM?

Ik denk niet dat het iets uitmaakt of de EU wel of geen lid is. Zolang de EU geen lid is, zal een overtreding van het EVRM via aansprakelijkstelling van de lidstaten kunnen geschieden, zoals bleek in de zaak Senator Lines voor het EHRM.⁷

Bovendien zou het in theorie natuurlijk niets moeten uitmaken of de EU partij is bij het EVRM of niet. De rechten uit het EVRM zouden als beginsel van Unierecht net zo moeten worden uitgelegd en toegepast als het EHRM doet. In de praktijk is er denk ik wel een verschil. Hoe het Gerecht of Hof het EVRM interpreteert en toepast, is niet noodzakelijk dezelfde manier waarop het EHRM dat doet. Deels wordt dat veroorzaakt doordat begrippen in het EVRM en het Unierecht uiteenlopen. Waar bijvoorbeeld het EHRM rechten toekent aan rechtspersonen, heeft het Hof in mededingingszaken te maken met ondernemingen. Dat levert vragen op met betrekking tot het onschuld-principe waar het de toerekening betreft aan moedervennootschappen die als rechtspersoon niets met het kartel van doen hebben, maar wel onderdeel zijn van dezelfde onderneming als de dochtervennootschap. Die spanning zie je terug in zaken als Akzo⁸ en ook recentelijk in de

⁷ Zaak 56672/00. De procedure in Straatsburg werd overigens afgebroken, nadat het Gerecht de bewuste boetebeschikking nietig had verklaard in zijn arrest van Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 30 september 2003 in de gevoegde zaken T-191/98, T-212/98 tot T-214/98, Atlantic Container Line AB e.a. (Jurispr. 2003, p. II-3275), red.

⁸ Arrest van het Hof van 10 september 2009 in zaak C-97/08, Akzo Nobel e.a./Commissie (Jurispr. 2009, p. I-8237), red.

⁴ R.A. Posner, *How judges think*, Cambridge: Harvard University Press, 2008, red.

⁵ Karakter uit het boek van Tom Wolfe, *The Bonfire of the Vanities*, red.

⁶ Zoals hij dat verwoordde op het jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht op 7 oktober 2010 in een discussie over de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

conclusie van AG Mazák in de zaak *General Química*.⁹

Zou het zo kunnen zijn dat het Gerecht en het Hof na de toetreding tot het EVRM 'bang' zouden kunnen worden voor het EHRM en dat die angst een rol kan gaan spelen in de dynamiek bij toepassing EVRM door het Hof?

Ik denk van wel. Wat fundamentele rechten betreft, zit het Hof klem tussen het Bundesverfassungsgericht en het EHRM, zoals bijvoorbeeld in de *Kadi I*-zaak.¹⁰ Het is evenwel een vreedzame co-existentie. Als gevolg daarvan lijkt het Hof overigens wel aan zelfcorrectie te doen. Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit de recente conclusie van Bot in de *Arcelor*-zaak waar hij onder andere ingaat op de onschuldpresumptie in het geval van de aansprakelijkheid van een moedervenootschap voor gedragingen van haar dochter.¹¹ Wellicht dat je in Luxemburg daarom een hogere mate van bescherming krijgt dan in Straatsburg.

Ik ben niet in staat orders te geven of te ontvangen

U bent van eind jaren tachtig tot begin jaren negentig referendaris bij het Hof geweest. Wat is er in de afgelopen twintig jaar veranderd bij deze instelling?

Op het eerste gezicht is er hier in Luxemburg niet veel anders dan toen, behalve dan dat het gebouw veel groter is. Er zijn veel mensen uit die tijd die hier nog steeds werken. Wel zijn er veel meer rechters dan in die tijd, waardoor naar mijn idee de convivialiteit anders is dan vroeger.

Een groot verschil met toen is dat het Gerecht destijds net was opgericht terwijl het nu al meer dan twintig jaar bestaat. Toen was het Gerecht nog klein en heerste er een pioniersgeest, een soort 'stoute jongens sfeer'. Die pioniersgeest kon destijds met twaalf rechters ook bestaan, maar met de huidige 27 met ieder een kabinet van vijf personen is dat veel moeilijker. Het is echt een instituut geworden. Vreemd genoeg is de overlegstructuur nog steeds hetzelfde: in een algemene vergadering en dan nu met 27 rechters. Dat is niet echt efficiënt. Wel krijg ik nu managementles. Maar dat is gericht op het runnen van mijn kabinet en niet zozeer op een efficiëntere organisatie en hogere productie van arresten van het Gerecht zelf. Dat terwijl er op dit moment een achterstand is; zaken duren hier lang. Waar precies de *bottleneck* zit, kan ik nog moeilijk duiden. Wellicht dat een deel van de oorzaak te vinden is in de diversiteit van de EU die zich uit in de beschikbaarheid van de rechtspraak in alle talen. Het vertalen van de nodige (interne) processtukken en uiteindelijk het arrest zelf neemt tijd in beslag. Op dit moment zijn met name de vertalers die naar het Engels vertalen overbelast. Een zaak in het Engels aanbrengen, waardoor dat de procestaal wordt,

levert anders dan velen misschien in eerste instantie zouden kunnen denken alleen daarom al vertraging op. Een zaak in een andere taal aanbrengen, kan de zaak een stuk sneller doen gaan.

Bovendien zou er misschien ook efficiënter kunnen worden gewerkt. Zo worden argumenten van partijen bijvoorbeeld wel viermaal samengevat: (i) in het voorlopig rapport, (ii) in het rapport ter terechtzitting, in het arrest (iii) waar de argumenten van partijen worden weergegeven en dan ook nog eens (iv) in de beoordeling van het Gerecht waar het ingaat op die argumenten.

Terug naar het verschil met vroeger.

In het begin stond het Gerecht in de schaduw van de oude eik die het Hof vormt. Nu is het Gerecht die schaduw ontgroeid. Het Gerecht is sinds het Verdrag van Lissabon de eerste lijn in praktisch alle procedures.¹² Gek genoeg is het Gerecht zijn naam 'Gerecht van Eerste Aanleg' kwijtgeraakt met Lissabon, terwijl het sindsdien eigenlijk zijn naam pas verdiende nu het Gerecht in de regel de rechter in eerste aanleg is in alle zaken.

De huidige omvang van het Gerecht laat cultuurverschillen ook duidelijker zien. Als Nederlander heb ik de gewoonte in het gerechtshuis rond te lopen en bij collega's onaangekondigd binnen te stappen om een praatje te maken; dat heb ik altijd zo gedaan. In het begin van het Gerecht kon dat ook. Nu is dat anders. Als ik rondwandelen is er 'ineens' een rechter op de afdeling. Dat zorgt soms voor paniek; of ik niet even een afspraak had kunnen maken. Dat komt door de verschillende culturen én de grootte van het Gerecht. Er is nu meer protocol, wat de snelheid niet bevordert, maar tegelijk zeer wenselijk is in een grote instelling met veel verschillende culturen; het voorkomt discussies. Zonder protocol zou het een chaos worden.

Het managen van een kabinet en de managementlessen die Marc van der Woude volgt, brengen het gesprek op een anekdote over zijn studiekeuze.

Toen ik bijna klaar was met mijn middelbare school overwoog ik naar de Koninklijke Militaire Academie (KMA) in Breda te gaan. Ik was er met wat schoolvrienden heen gereisd. Aan het einde van een boeiende introductiedag had ik een gesprek met een officier, een meneer van Friese adel. *Couleur locale*: hij zat pontificaal onder een groot schilderij waarop zich een veldslag afspeelde en zei mij: "U bent totaal ongeschikt voor het leger. U bent niet in staat orders te geven of te ontvangen." Dat heb ik altijd als compliment ervaren.

De motivering schrijf je vooral voor degenen die verliest

¹² Sinds het Verdrag van Lissabon is het Gerecht de rechter in eerste aanleg in nagenoeg alle beroepen tot nietigverklaring (art. 263 VWEU) en beroepen tot nalaten (art. 265 VWEU) – met uitzondering van enkele beroepen tot nietigverklaring/wegens nalaten ingesteld door lidstaten tegen de Raad of het Europees Parlement (art. 51 van het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie) –, schadevergoedingsacties (art. 268 VWEU) en arbitragezaken (art. 272 VWEU); (art. 265 lid 1 VWEU), red.

⁹ Conclusie van AG van 14 september 2010 in zaak C-90/09, *General Química e.a./Commissie*, par. 34, n.n.g., red.

¹⁰ Arrest van het Hof van 3 september 2008 in de gevoegde zaken C-402/05 en C-415/05 (*Jurispr.* 2008, p. I-6351), red.

¹¹ Conclusie van A-G Bot van 26 oktober 2010 in de gevoegde zaken C-201/09 en C-216/08, *randnummers* 204-210, n.n.g., red.

Als rechter geeft u in zekere zin ook orders of bevelen in de vorm van een dictum. Bent u daarvoor wel geschikt?

Dat is iets heel anders. Je wordt als rechter gevraagd door een van de partijen een geschil te beslechten. Misschien is dat alleen anders bij voorlopige maatregelen.

Maar moet u er niet voor zorgen dat uw 'bevel' wordt geaccepteerd?

Dat doe je door goed te motiveren. Ik heb het gevoel dat je de motivering vooral schrijft voor degene die verliest. Het gevolg daarvan is wellicht dat de argumenten van de verliezende partij uitgebreider worden besproken in het arrest. Als in een arrest lang wordt stilgestaan bij de opvattingen van een partij, dan weet je vaak al dat die gaat verliezen.

Wat ook met aanvaarding heeft te maken, is de manier waarop je omgaat met procedurele regels omtrent de inzet van middelen. De ruimte voor ambtshalve toetsing is heel gering. Dat wil echter niet zeggen dat je je geheel passief hoeft op te stellen. Sommige middelen die formeel zijn ingestoken zijn bijvoorbeeld materieel bedoeld. Dan kan je wel meteen zeggen dat daarmee het middel niet-ontvankelijk is, maar dat komt de aanvaardbaarheid van je arrest niet ten goede bij de benadeelde partij. Bovendien wees een rechter bij het Gerecht mij er terecht op dat je dat middel dan niet al te lichtzinnig moet afwijzen als rechter, omdat de advocaten die procederen uit verschillende nationale rechtstradities komen. Dat aspect had ik mij aanvankelijk niet ten volle beseft. Daar heb je rekening mee te houden binnen de grenzen van je bevoegdheid. Bovendien ben je de feitenrechter die juist de materiele middelen moet wegen.

Als rechter kan je heel gemakkelijk beleid tot recht verheffen. Sluipenderwijs ontstaat zo een muur van beton.

Zou een A-G wenselijk zijn bij het Gerecht? En dan met name de A-G die de rol op zich neemt om een lans te breken voor nieuwe jurisprudentie?

Ten opzichte van mijn tijd als referendaris bij het Hof mis ik de A-G wel een beetje. Hij houdt je een spiegel voor. Bovendien geeft de A-G je een startpunt voor het delibereren. Zijn vrijheid van toon is prettig en hij kan van alles bij zijn betoog halen.

Het nadeel van het ontbreken van een A-G is dat je bovendien het 'waterbedeffect' mist. Een goede A-G kan je laten inzien dat als je linksboven iets indrukt, er rechtsonder iets naar boven kan komen op een geheel ander terrein van het Unierecht. Onder anderen wijlen Geelhoed was daar een meester in. Een goede A-G staat niet in, maar boven de materie. Je merkt ook dat de Commissie heel sterk is in het hebben van een dergelijk overzicht over het geheel. Voordat je het weet, kan in één zaak iets geoordeeld worden dat door de Commissie feilloos wordt getransponeerd in een heel andere zaak als argument, waar het verwoestende effecten kan hebben.

Hoe kijkt u naar de rechtschepende rol van de rechter?

Naar mijn idee doe je dat altijd binnen de perken van de rechtsstrijd en vooral niet meer dan nodig daarbuiten. Soms zie je natuurlijk wel dat er iets buiten de rechtsstrijd gebeurt. Bijvoorbeeld over oud-rechter Pescatore ging het gerucht dat, hij schijnbaar ongemerkt van die zinnetjes in een arrest liet glijden, die hij vervolgens in een andere zaak bleek te gebruiken.

Ik heb overigens wel zo mijn twijfels over de rechtschepende rol van de rechter. Waar staat dat een arrest precedentwerking heeft?

Waar staat dat een arrest precedentwerking heeft?

Wat het scheppen van recht betreft, is er overigens wel een vreemde wisselwerking tussen het beleid van de Commissie in haar mededelingen enerzijds en uitspraken van het Gerecht en Hof anderzijds. Waar ik mij bijvoorbeeld als advocaat aan kon storen is het volgende. De Commissie zet een bepaald beleid uit in een mededeling. Wanneer het Gerecht of Hof de Commissie gelijk geeft in een zaak waar die mededeling betrekking op heeft, zal de Commissie dat opvatten als een rechterlijke goedkeuring van haar mededeling, bijna ongeacht of de rechter ook daadwerkelijk iets heeft gezegd over die mededeling. Zo bevestig je dat beleid als rechter impliciet en verhef je dat beleid heel gemakkelijk tot recht, althans de Commissie zal in een volgende zaak niet nalaten te verwijzen naar dat eerdere positieve rechterlijke oordeel over die mededeling. De mededeling wordt op die manier in beton gegoten. Sluipenderwijs ontstaat zo een muur van beton. Dat is volgens mij niet de bedoeling van de rechtspraak.

Zoals u weet bestaan bepaalde tendensen in sommige lidstaten in de richting van criminalisering van de mededingingsregels, terwijl andere lidstaten zich er juist van afkeren. Hoe staat u hier tegenover?

Naar mijn idee zijn kartels tegenwoordig vaak geen zaak meer waar de top van grote ondernemingen bij betrokken is, maar worden kartels door, vaak nog steeds hooggeplaatste functionarissen van ondernemingen gepleegd, juist onder de top of lager. De echte topmensen van ondernemingen – zeg op holdingniveau – hebben tegenwoordig misschien niet eens de tijd meer om bijeenkomsten te hebben in wegrestaurants met hun evenknieën bij de concurrenten. Dat maakt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van moedervennootschappen en haar werknemers lastig.

Andersom wordt de druk op de werknemer op de vloer steeds groter door targets te stellen en daar bonussen aan te koppelen. Als je bijvoorbeeld kijkt naar de tachograaf, is mijn idee dat de druk van de werkgever zo groot is om meer te rijden, dat de werknemer er uiteindelijk aan gaat knoeien. Ik vind het dan te gemakkelijk die werknemer dan te bestraffen. Zo zie ik het mededingingsrecht ook.

Sancties op individuen, van welke aard dan ook, vervullen in die zin een nuttige rol. De vraag is of het zinvol is

strafrechtelijke normen te introduceren. Hierbij acht ik het van groot belang hoe het gedrag waarop de individuele sanctie wordt gesteld, gedefinieerd is. Als het op veel manieren geclausuleerd kartelgedrag betreft dat willens en wetens is gepleegd, kan ik me er wat bij voorstellen, maar hier is ook weer de vraag wat de sociale, arbeidsrechtelijke, context is waarin het gedrag zich afspeelt.

Zou het Gerecht een aparte kamer moeten krijgen voor mededingingszaken?

Nee, dat vind ik niet. De reden is dat het mededingingsrecht niet in een vacuüm opereert en invloeden van buitenaf nodig heeft. Het mededingingsrecht is onderdeel van een geheel en moet worden geplaatst in een breder perspectief. Het Verdrag van Rome was toch een prachtig verdrag. De volgorde van verschillende onderwerpen is logisch en vormt een mooi geheel. Het mededingingsrecht is daar onderdeel van. Wel moet mij van het hart dat de huidige verzameling verdragen lijkt op een soort Chinees menu, waarin de samenhang in gerechten vaak moeilijker is te ontdekken.

Als hoogleraar gaf ik een keuzevak mededingingsrecht. Ik vroeg altijd aan mijn studenten wat ze hier deden; wat was hun motivatie, het vak was immers niet verplicht. Het laatste jaar antwoordde een student: “mededingingsrecht gaat over macht”; het was een Duitse student, maar zijn opmerking deed mij denken aan de Amerikaanse antitrust zaak omtrent Standard Oil dat uiteindelijk werd opgesplitst; dat ging inderdaad over macht.

Hoe ziet u het doel van het mededingingsrecht. Betreft het de bescherming van de consument? De bescherming van het concurrentieproces? Of de markt?

Volgens mij is dat aan verandering onderhevig en denken we er over een paar jaar weer anders over. Hoe je er tegenaan kijkt, heeft te maken met een fundamentele vraag. Is de staat de regel en de markt de uitzondering? Of is het juist andersom: is de markt de regel en vormt de staat daarop de uitzondering; het laissez-faire kapitalisme dat Ayn Rand aanhing.¹³ Op grond van dat laatste principe staat de markt en dus de mededinging voorop en zijn derogaties daarop een uitzondering. Wellicht dat je uit de reactie op de financiële crisis en de manier waarop de banken door overheden zijn gered de conclusie kunt trekken dat het mededingingsrechtelijke uiteindelijk gaat om het beschermen van concurrenten? Vooral ook het denken over het meewegen van niet-economische belangen in het mededingingsrecht is heel interessant. Ik heb altijd gedacht dat het mededingingsrecht ondergeschikt is aan de vrijheid die de staat creëert. Daar ging het in mijn oratie ook over: derogaties voor niet-economische belangen.¹⁴

¹³ (mede-)Auteur van bijvoorbeeld *Capitalism: The Unknown Ideal*, red. M.H. van der Woude, De grenzen van mededinging, Oratie, Erasmus

Ten aanzien van de heiligheid van het vrije markt-denken, komt er ook een andere, wellicht filosofische, gedachte bij mij op. Volgens één interpretatie van het Darwinisme zou er in het dierenrijk het volgende adagium gelden: de *survival of the fittest*. De bioloog Frans de Waal geeft in zijn boek *The age of empathy*¹⁵ een voorbeeld dat dit zeker niet altijd waar is. Dieren van eenzelfde soort kunnen een zwakkere soortgenoot beschermen of dieren van verschillende soorten kunnen elkaar helpen. Hij beschrijft een geval van twee dolfinen die een derde gewonde dolfin redden door hem op te tillen boven de waterlijn, zodat die derde dolfin kan blijven ademen, terwijl zijn twee redders bijna verstikken door een zuurstoftekort. Dat is in strijd met het aangenomen adagium van de *survival of the fittest* en is een nieuw gezichtspunt. Volgens mij is dat met het mededingingsrecht net zo: de inzichten veranderen.

Sociale markteconomie brengt menselijke maat terug

Met het Verdrag van Lissabon is de doelstelling van een interne markt met ongestoorde mededinging geschrapt als doelstelling van het verdrag en verplaatst naar een protocol. Bovendien is in art. 3, lid 3 EU aangegeven dat een van de doelstellingen van de Verdragen is het creëren van een ‘sociale markteconomie’. Welke waarde hecht u daaraan?

Wetstechnisch was de aanpassing noodzakelijk. Een interne markt met ongestoorde mededinging paste niet meer in het rijtje van voormalig artikel 3. Anderzijds zou het ook een uitdrukking van de tijdsgeest kunnen zijn; de tijd van de markt is achterhaald. Dat valt goed te lezen in het boek van Hans Achterhuis over het falen van de vrije markteconomie, dat ik onlangs van mijn voormalige medewerkers cadeau kreeg.¹⁶ Het vrije marktdenken doet me denken aan de verering van het gouden kalf, zoals geschilderd door Nicolas Poussin. Ook de economisering van het mededingingsrecht zou ik in die tijdsgeest plaatsen. Het Gerecht ging daarin mee in de GlaxoSmithKline-zaak, maar is naar mijn idee terecht teruggefloten door het Hof.¹⁷ Of de verandering door het Verdrag van Lissabon gevolgen zal hebben voor toekomstige rechtspraak zal moeten blijken. De sociale markteconomie brengt mij wel terug bij een van de ijkpunten die ik als rechter heb: het brengt de menselijke maat terug.

PAS, WG, MdG

Universiteit Rotterdam, 1 juni 2001, red.
¹⁵ F. de Waal, *The Age of Empathy: Nature's Lessons for a Kinder Society*, New York: Crown Publishing Group, 2010, red.
¹⁶ H. Achterhuis, *De utopie van de vrije markt*, Rotterdam: Lemniscaat Uitgeverij, 2010, red.
¹⁷ Arresten van het Gerecht van 27 september 2006 in zaak T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissie* (Jurispr. 2006, p. II-2969) en van het Hof van 6 oktober 2009 in de gevoegde zaken C-501/06, C-513/06, C-515/06 en C-519/06, *GlaxoSmithKline Services e.a.* (Jurispr. 2009, p. I-9291), r.o. 62 e.v., red.