



Pluriformiteit in het mededingingsrecht

Verschenen in *Mediaforum* 2000-4, p. 116-124

J. van den Beukel & A.J. Nieuwenhuis

De overheid heeft naar algemeen wordt aangenomen een voorwaarden scheppende taak op het gebied van de media en de informatievoorziening. Daarin staat de zorg voor de pluriformiteit centraal. Het belang van de pluriformiteit heeft in het verleden geleid tot mededingingsbeperkende maatregelen en het accepteren van mededingingsbeperkende afspraken als 'de vaste boekenprijs'. Wij stellen ons de vraag óf en in hoeverre de Mededingingswet ruimte biedt om net als in het verleden rekening te houden met het pluriformiteitsbelang.

Dit artikel heeft de volgende opzet. De volgende twee paragrafen onderzoeken overheidsonthouding en ingrijpen, bekeken vanuit de uitingsvrijheid respectievelijk de vrije mededinging. De paragraaf daarna gaat in op een aantal concreet benoemde spanningsvelden tussen uitingsvrijheid en vrije mededinging. Vervolgens gaat een aantal actuele kwesties voor het voetlicht: toegang tot de kabel, vaste boekenprijs, prijsafspraken in de dagbladsector, en dagbladconcentraties. Op grond van het onderzoek is het mogelijk een eerste antwoord te geven over de verhouding tussen de Mededingingswet en pluriformiteit.

1. Uitingsvrijheid, zorgplicht, pluriformiteit

Het recht op vrijheid van meningsuiting is ontstaan als reactie op censuur en repressie door de overheid. Het is als klassiek grondrecht een afweerrecht, dat een onthoudingsplicht van de overheid vastlegt. Het recht op vrijheid van meningsuiting en de daarmee verbonden overheidsonthouding zijn volgens veel schrijvers mede daarom zo belangrijk, omdat zij kunnen leiden tot een ruime verscheidenheid aan meningen en informatie. Deze 'free market place of ideas' zorgt voor keuzemogelijkheden en een levendige maatschappelijke en politieke discussie.^[1] In samenhang met de opkomst van de sociale grondrechten is het besef gegroeid dat de overheid in het algemeen ook een meer positieve rol kan spelen op het gebied van de uitingsvrijheid. Zij kan binnen bepaalde grenzen een voorwaarden scheppend beleid voeren. Onder omstandigheden is er zelfs een plicht om in te grijpen. Zo heeft het Europese Hof er weinig twijfels over laten bestaan dat de staat op grond van artikel 10 EVRM de verplichting heeft 'het pluralisme' te garanderen.^[2]

In Nederland wordt vanaf de jaren zeventig de zorgplicht of zorgfunctie meestal verbonden met de term 'pluriformiteit'. Hiermee wordt in de eerste plaats bedoeld op de inhoud van de beschikbare informatie: een rijk geschakeerd aanbod van mediaboodschappen.^[3] Krijgt de

betekenis van de media voor de democratische meningsvorming de meeste nadruk, dan dienen de media nieuws van verschillende kanten te belichten en dient er plaats te zijn voor afwijkende meningen en kritiek. Het verdwijnen van met name veel levensbeschouwelijke en politiek georiënteerde dagbladtitels wekte daarom de nodige zorg. Hier ligt de nadruk op externe pluriformiteit. Interne pluriformiteit houdt er rekening mee dat ook binnen één blad meer standpunten aan bod kunnen komen. Dat betekent dat een vermindering van het aantal zelfstandige titels niet zonder meer tot een vermindering van 'de pluriformiteit' van de media als geheel hoeft te leiden. De term 'pluriformiteit' wordt overigens in toenemende mate gebruikt voor zowel inhoud van het aanbod als aantal aanbieders. Het spreekt ook voor zich dat er in een democratie verschillende van elkaar onafhankelijke aanbieders zijn.

De media spelen niet alleen een rol bij de maatschappelijke nieuwsvoorziening en meningsvorming, zij zorgen ook voor cultuuroverdracht en vormen bovendien zelf een belangrijk onderdeel van de cultuur. Het mediabeleid is op onderdelen derhalve ook te beschouwen als cultuurbeleid, dat mede op artikel 22 lid 3 Grondwet is te baseren. Pluriformiteit als beleidsdoelstelling is dan nader in te vullen als een cultureel verscheiden en kwalitatief hoogstaand aanbod.^[4]

Het bovenstaande maakt al duidelijk dat consensus over het belang van de pluriformiteit nog niet alle meningsverschillen wegneemt; de term krijgt niet steeds dezelfde invulling. Bovendien is het niet duidelijk, op welk moment ingrijpen gewenst en/of geboden is; met andere woorden: zorgt onthouding niet voor een voldoende mate van verscheidenheid? Daar komt nog bij dat overeenstemming over de wenselijkheid of de noodzaak van ingrijpen niet automatisch leidt tot een keuze uit beleidsinstrumenten, die wellicht ook ongunstige neveneffecten sorteren. Ten slotte zijn met name de financiële middelen van de overheid beperkt zodat ook een afweging met het belang van beleidsdoelen op andere terreinen plaats moet vinden.

Bij de invulling van de zorgplicht gaat het dus om veelal beleidsmatige overwegingen. De zorgplicht heeft naar haar aard een ander karakter dan de onthoudingsplicht. Het grondrecht legt de onthoudingsplicht namelijk eenduidig vast; onthouding kan ook maar op één manier. Het is belangrijk op te merken dat het afweerrecht ook een grens trekt voor de 'zorgende overheid'. Het idee dat het bevorderen van de pluriformiteit geen beperking van de uitingsvrijheid met zich mee zou kunnen brengen, en dus niet aan het grondrecht getoetst hoeft te worden, is onjuist. Een wettelijke regeling die kranten verplicht ieder dag 'alle politieke partijen' aan het woord te laten, vergroot wellicht de interne pluriformiteit, maar vormt tegelijkertijd een onaanvaardbare beperking van de uitingsvrijheid.

2. Concurrentie, pluriformiteit en pluraliteit

Voor de handhaving van de vrije concurrentie bevat de Grondwet geen onthoudings- dan wel zorgplicht voor de overheid. De ondernemersvrijheid is met andere woorden een zwakke norm. Dat neemt niet weg dat de mededingingswetgeving is te beschouwen als een instrument van overheidszorg voor de vrije concurrentie. In de mededingingswetgeving wordt de vrijheid van bepaalde ondernemers beknót teneinde de materiële vrijheid van andere ondernemers en consumenten te beschermen. Ondernemersvrijheid wordt beknót als er sprake is van samenspanning tussen ondernemers, misbruik van een machtspositie en beheersing van de ene ondernemer door de andere. Het ingrijpen van overheidswege in het ondernemershandelen kan vrij ver gaan. Dat kan gaan om het opleggen van een bepaalde prijs, die moet worden gehanteerd. Het kan ook gaan om het verplicht afstoten van een bedrijfs onderdeel of de belofte

zich niet te geven op bepaalde productmarkten. De juridische grondslag van dit soort voorwaarden is niet altijd even helder, maar zij worden vaak opgelegd als onderdeel van een goedkeuring van een bepaalde ondernemersgedraging.

Concurrentie in de ideaaltypische vorm is een begrip dat uitgaat van oneindig veel aanbieders die leveren wat de consument vraagt. Aanbieders concurreren op prijs en kwaliteit. Zo laag mogelijke prijzen en productdifferentiatie zijn marktresultaten als gevolg van concurrentie. Pluriformiteit is in het kader van marktwerking te beschouwen als een vorm van marktresultaat zoals productdifferentiatie dat is. Pluraliteit is in dit licht te beschouwen als het equivalent van de aannahme van veel aanbieders in het model van volledige concurrentie.

Een belangrijk verschil tussen het concurrentiemodel en het democratiemodel is wel dat het concurrentiemodel indifferent is tegenover het marktresultaat van productdifferentiatie. In het democratiemodel is daarentegen pluriformiteit juist een gewenst resultaat. Zonder een pluriform aanbod is in het democratiemodel sprake van een slechte werking van de markt. In het concurrentiemodel zegt een gebrek aan productdifferentiatie niets. Dit kan ook een teken van van een efficiënte productie zijn.

In het concurrentiemodel is de afwezigheid van van veel aanbieders niet per se in strijd met het model, maar het bestaan van een monopolie is wel verdacht. Zo is het ook gesteld met de pluraliteit. Een gebrek aan veel aanbieders in het democratiemodel is onwenselijk maar dat kan tot op zekere hoogte worden gecompenseerd door de zogenaamde interne pluraliteit van een organisatie.

Pluriformiteit/pluraliteit enerzijds en monopolie anderzijds zijn op het eerste gezicht volledig tegengesteld, omdat veelzijdigheid en diversiteit haaks lijken te staan op het bestaan van een enkele aanbieder. Dit ligt uiteraard genuanceerder. Een monopolist kan immers zogenaamde interne pluriformiteit bieden. Een monopolist heeft namelijk een goede reden voor een pluriform aanbod: hij wil zijn afzetmarkt zo groot mogelijk maken en hij zal dus zo veel mogelijk smaken en voorkeuren willen bedienen. Een kanttekening hierbij is wel dat een monopolist zijn kosten wil beperken waardoor hij ook goede redenen heeft om een aanbod te leveren dat door een zo groot mogelijk aantal afnemers wordt 'geslikt' hoewel het voor velen niet hun eerste voorkeur betreft. Economisch theoretisch onderzoek naar het marktaanbod van monopolisten laat dit zien. Hetzelfde geldt voor oligopolies. Zij hebben een sterke neiging tot het leveren van aanbod dat zich 'in het midden' bevindt.

3. Parallellie en spanningsvelden

Vergelijken we onthouding en ingrijpen bij media en mededinging, dan laat zich een matrix van mogelijkheden opstellen. Motieven voor onthouding kunnen elkaar soms versterken, net als motieven om in te grijpen. Anderszins kunnen er zich meer problematische situaties voordoen, waarbij motieven voor onthouding en ingrijpen dooreen gaan lopen. Deze mogelijkheden hoeven hier niet alle in abstracto uitgewerkt te worden. Het dunkt ons beter een aantal voorbeelden ter verduidelijking te geven.

In 1814 werd de censuur uit de Franse tijd afgeschaft. De reden was dat de censurbepalingen niet alleen de voortgang der Verlichting beletten, maar ook nadelig waren voor het boekhandelsbedrijf. In 1869 werd het dagbladzegel afgeschaft. Pleidooien daarvoor hadden niet alleen gewezen op de betekenis van de pers voor de parlementaire politiek en de verspreiding

van de cultuur, maar gebruikten ook economische argumenten. Bij beide gebeurtenissen gaan persvrijheid en economische vrijheid als resultante van overheidsonthouding hand in hand. Het is ook mogelijk dat mededingingsbeleid en mediabeleid beide tot ingrijpen nopen. Beide richten zich tegen monopolievorming en een te ver gaande concentratie.^[5] Op het 'persfusiebeleid' komen wij hieronder nog terug.

De regeling die in 1958 tot stand kwam en een vestigingsvergunning voor het boekverkopersbedrijf eiste, is niet zo simpel te plaatsen. De regeling vormde een inperking van de mededingingsvrijheid, die in veel bedrijfstakken niet ongebruikelijk was. Zij was tot stand gekomen onder druk van de erkende boekhandel, die het plan om via allerlei winkels goedkope pockets te verspreiden, wilde verhinderen. De overheid gaf aan de druk gehoor omdat 'een deskundig uitgeoefende en goed functionerende boekhandel economisch, sociaal en cultureel een groot maatschappelijk goed is'. De Hoge Raad achtte de regeling echter in strijd met artikel 7 Grondwet.^[6] Juist omdat het verkopen van boeken een bij uitstek geschikt middel is om drukpersproducten te verspreiden, is een algemeen verlofstelsel ongeoorloofd. De vrijheid van mededinging is hier dus een gevolg van de grondrechtelijke vrijheid van meningsuiting.

Het steunbeleid voor de pers is bij uitstek bedoeld ter bescherming van de pluriformiteit. Het Bedrijfsfonds voor de Pers heeft sinds 1974 op verschillende wijze steun verleend, en daarnaast overigens ook onderzoek verricht en doen verrichten ten behoeve van de perssector. De steunverlening is bedoeld om zwakkere titels toch in de markt te houden, opdat de inhoudelijke concurrentie (kwaliteitsconcurrentie) blijft bestaan. De steunverlening kan daarmee op gespannen voet komen te staan met de uitgangspunten van de vrije mededinging. Wel heeft de steunverlening in beginsel een tijdelijk karakter en moet er uitzicht zijn op een rendabele exploitatie binnen een redelijke periode (individuele steun, art. 130 lid 2 Mediawet) of een structurele verbetering van de exploitatie binnen een redelijke termijn (compensatieregeling, art. 55 lid 1 sub d Mediabesluit). De tijdelijkheid van de steun valt ons inziens te beschouwen als een compromis tussen de pluriformiteitsdoelstelling, die onder omstandigheden gediend zou kunnen zijn met een meer permanente vorm van steun en de eisen van de vrije mededinging. Overigens valt daarbij op te merken dat uit de grondrechtelijke onthoudingsplicht ook argumenten tegen een blijvende financiële afhankelijkheid zijn te putten en dat een mogelijk nadelig effect op de dynamiek in de dagbladsector de pluriformiteit van de mediasector als geheel niet zonder meer ten goede hoeft te komen.

De sectorspecifieke wetgeving voor de omroep is altijd gebaseerd geweest op het streven naar een pluriform aanbod. Voor de omroep was het in Europa gebruikelijk om een monopolie als enig middel voor een pluriform aanbod te beschouwen. Het was geen particulier monopolie, maar een publiekrechtelijk dan wel een sterk van overheidswege gecontroleerd monopolie. Wat de omroepwetgeving altijd heeft gedaan, is zich richten op de output van de aanbieder. De wetgeving was gericht op het bewerkstelligen van een pluriform aanbod in plaats van een diversiteit aan aanbieders. Dat heeft te maken met de schaarse distributiemiddelen (etherfrequenties zijn schaars) die onvermijdelijk een oligopolistische marktstructuur teweeg hadden gebracht. Een publiekrechtelijke opzet van de omroep was bedoeld voor een intern plurale opzet. Enerzijds stond de omroepwetgeving op gespannen voet met het concurrentiemodel omdat het een monopolie introduceerde, anderzijds was de omroepwetgeving juist bedoeld om vormen van marktbeheersing en misbruik van een machtspositie, die zouden optreden als gevolg van schaarse etherfrequenties, tegen te gaan. Stond het publiekrechtelijke omroepmonopolie altijd al ter discussie, ook in de tijd van schaarste van distributiemiddelen, na de introductie van satelliet en kabel werd dit echt onhoudbaar in het licht van het concurrentiemodel.

In het kader van mediawetgeving heeft de overheid altijd met name ingegrepen op het gebied van institutionele vrijheid. De overheid wilde altijd bepalen *wie* mag omroepen. De onthoudingsplicht beperkte zich tot *wat* wordt omgeroepen. Dit gold en geldt voor de publieke omroep. Voor de commerciële omroep heeft de overheid met name regels voor cross-ownership opgesteld. Hier gaan pluriformiteit en volledige mededinging in ideaaltypische zin hand in hand. Pers en omroep mogen niet in handen komen van (te) weinig marktpartijen en daarom worden er restricties gesteld aan de eigendom.

Met de stabilisering van de commerciële omroep zien we overigens wel initiatieven om de zorgplicht te verschuiven naar het *wat*. Van de Ploeg, de staatssecretaris van OCenW, laat bijvoorbeeld wel eens een proefballonnetje op voor programmavoorschriften voor de commerciële omroep.

4. Vaste boekenprijs

De Koninklijke Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (KVB; voorheen VBBB), die de belangen behartigt van onder meer de uitgeverij en de boekhandel, reguleert de Nederlandse boekenmarkt. De meeste boekhandelaren zijn lid en als zodanig verplicht zich aan het Reglement voor het handelsverkeer van boeken in Nederland te houden. Dat verplicht in Nederland uitgegeven boeken te verkopen tegen een door de uitgever vastgestelde prijs. Tot enkele jaren geleden gold een dergelijk systeem van vaste boekenprijzen ook voor importboeken. In het verleden heeft bovendien een overeenkomst met de Vlaamse zusterorganisatie bestaan.

De collectieve verticale prijsbinding beperkt uiteraard de mededinging, met name die tussen boekverkopers. De KBV verdedigt de afspraken door te wijzen op de positieve effecten. Ze zouden in de eerste plaats meehelpen aan het bestaan van een ruim aantal goed gesorteerde boekhandels. Het ontbreken van prijsconcurrentie biedt enige bedrijfszekerheid en de marge op goed lopende titels maakt het mogelijk ook minder goed lopende boeken in voorraad te nemen. In de tweede plaats zouden ze het mogelijk maken dat een uitgever aan een bestseller goed kan verdienen en zodoende andere uitgaven kan bekostigen. Zonder al te veel moeite kan men hier een vorm van het 'pluriformiteitsargument' in ontdekken: een 'rijk' aanbod aan interessante boeken, waaruit de consument een keuze kan maken.

Er valt te onderscheiden tussen 'grensoverschrijdende prijsafspraken', prijsafspraken die het handelsverkeer tussen de Lid-staten van de EG anderszins ongunstig beïnvloeden, en prijsafspraken met een louter nationale invloed. Een voorbeeld van de eerste soort is de overeenkomst tussen de KVB en haar Vlaamse zusterorganisatie, die diende om de vaste boekenprijs ook over de grens heen te garanderen. Deze overeenkomst werd in 1962 aangemeld bij de Europese Commissie.^[7] In 1981 verbood de Commissie de grensoverschrijdende prijsafspraken als strijdig met art. 81 (85) EG-Verdrag. De belangrijkste reden was dat de afspraak vrijwel elke prijsconcurrentie uitsloot, zodat bijvoorbeeld een boekverkoper besparingen door vergroting van de efficiëntie niet kon doorberekenen aan de klant. Het collectieve stelsel van wederverkooprijzen was volgens de Commissie niet onmisbaar om tot het uitgeven en verdelen van de betrokken boeken te komen.

Het Hof van Justitie verwierp het beroep tegen de beschikking van de Commissie.^[8] In de procedure voor het Hof legden organisaties van uitgevers en boekverkopers onder meer de nadruk op het gunstige gevolg dat de regeling naar hun mening heeft op de veelzijdigheid van het assortiment titels; zo waarborgt de regeling ook de uitgave van poëzie. Meer in het algemeen zou

de afschaffing tot 'een beperking van de vrijheid van meningsuiting' leiden. Het Hof is niet onder de indruk van deze redenering. Voorzover artikel 10 EVRM al een waarborg in zou houden voor het rendabel uitgeven van boeken, is een daadwerkelijk verband tussen verdwijnen van de prijsafspraken en een beperking van de vrijheid van meningsuiting in casu niet aangetoond. Het waarborgen van het vrije handelsverkeer is niet een factor die de publicatievrijheid kan beperken. Deze blijft naar niet is betwist zowel op het niveau van de uitgevers als op dat van de distributiebedrijven in stand. Met andere woorden: de overheid verhindert niet het vrij kunnen publiceren. Aan de andere kant staat dat zelfs als de specifieke aard van het boek bijzondere voorwaarden zou kunnen rechtvaardigen, de beperking van het handelsverkeer in casu voldoende is om de beslissing van de Commissie te kunnen dragen. Als er al sprake is van een systeem van interne subsidiëring dan rechtvaardigt de bescherming daarvan niet deze transnationale beperking.

Een voorbeeld van een prijsafpraak, die zelf niet grensoverschrijdend is, maar wel invloed op de tussenstaatse handel heeft, was het onderdeel van het Reglement van de KBV dat zag op geïmporteerde boeken. De importeur of de KVB zelf stelde een verkoopprijs vast, waar de leden-boekverkopers aan gebonden waren. Dit element is op aandringen van de Europese Commissie, die een onderzoek was begonnen naar het Nederlandse stelsel van vaste boekenprijzen, in 1997 uit het Reglement verwijderd. Nu het Reglement zich beperkt tot de verkoop van het Nederlandse boek in Nederland, meent de Europese Commissie dat 'niet meer kan worden aangetoond dat het de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden'. Daarom valt het niet langer onder het toepassingsgebied van art. 81 EG-Verdrag. Dat zou overigens weer kunnen veranderen wanneer de Commissie ervan op de hoogte zou worden gebracht 'dat de toepassing van het reglement toch tot een beperking van de (her)invoer leidt'.^[9]

Deze mededeling strookt tot op zekere hoogte met de meer algemene beschikkingspraktijk van de Commissie.^[10] Weliswaar kunnen ook zuiver nationale kartels onder art. 81 EG vallen (Cementhandelaren?), dat geldt minder voor verticale prijsbinding.^[11] Uit het oordeel van de Europese Commissie mag dus niet afgeleid worden dat de boekenbranche een bijzondere positie toegekend krijgt. Er valt slechts uit op te maken dat de prijsafspraken onder het nationale mededingingsrecht vallen. De Nederlandse rechter is er overigens in het verleden ook vanuit gegaan dat een puur nationale regeling geen effect op de tussenstaatse handel had.^[12]

Onderzoeken we dus de positie van de vaste boekenprijs in het nationale mededingingsrecht. De KBV heeft in 1997 onder het regime van de WEM een ontheffing gekregen voorzover de prijsafspraken niet in strijd zijn met het gemeenschapsrecht. Deze ontheffing loopt tot 2005.^[13] Aan deze ontheffing ligt niet zozeer een inhoudelijke beoordeling ten grondslag als wel het voldoen aan eerder door bewindslieden aan de Kamer gedane toezeggingen.^[14] Op grond daarvan zal de 'vaste boekenprijs' tot 2005 kunnen blijven gelden. Omdat aan de ontheffing geen inhoudelijke beoordeling ten grondslag ligt, is voorzien in een evaluatie in 2000. Die zal betrekking hebben op effectiviteit en efficiëntie. Bezien moet worden 'in hoeverre en in welke mate de vaste boekenprijs leidt tot realisatie van de achterliggende culturele doelstellingen, het brede aanbod en het fijnmazig distributienetwerk'.

Ingevolge artikel 102 Mw blijft de ontheffing ook onder het regime van de Mededingingswet geldig voor de aangegeven duur, en is tot die tijd aan te merken als een ontheffing in de zin van art. 17 Mw. Na afloop van de genoemde termijn zal de NMa de prijsafspraken in de boekenbranche inhoudelijk moeten beoordelen.^[15] Het is de vraag of de NMa positief zal staan tegenover het systeem van vaste boekenprijzen. De NMa heeft namelijk al een oordeel gegeven over -individuele- verticale prijsbinding in de boekensector. Het betrof een tweetal

ontheffingsverzoeken voor een prijsbinding ten aanzien van geïmporteerde boeken.^[16]

De NMa stelt vast dat de vrije prijsvorming verhinderd wordt en eventuele kostenvoordelen dus niet aan de eindgebruikers zijn door te geven. De NMa wijst het argument van verzoekster dat een vaste prijs van het buitenlandse boek bijdraagt aan de instandhouding van een fijnmazig distributienet van boeken in Nederland, expliciet van de hand. Het verlenen van een ontheffing zou leiden tot inefficiënties, en zou het bestaande distributiestelsel bevoordelen ten opzichte van andere mogelijke stelsels als internet. Bovendien is de vaste boekenprijs geen effectieve remedie gebleken om de daling van het aantal boekhandels in Nederland tot staan te brengen. De NMa haalt daarbij in opdracht van de Europese Commissie opgestelde statistieken aan waaruit blijkt dat er geen verband bestaat tussen het bestaan van een vaste boekenprijs in een lidstaat en de mate waarin kleinere gemeentes nog een boekhandel kennen. Vooralsnog stelt de NMa zich dus afwijzend op; wel zij gezegd dat het argument van interne subsidiëring binnen de uitgeverij bij deze prijsafspraken over geïmporteerde boeken geen rol speelde.

5. Prijsafspraken dagbladsector

Vanaf de oprichting van de Nederlandse Dagbladpers (NDP) in 1908 bestaan er meer of minder vergaande afspraken in de dagbladsector. We onderscheiden hier tussen de horizontale afspraken die de bij de NDP aangesloten uitgevers met elkaar aangaan, en die de concurrentie tussen deze uitgevers op een aantal punten beperken, en de verticale prijsafspraken die prijsconcurrentie tussen detailverkopers onmogelijk maken.

Sinds 1970 bestaat er een werkelijk collectief prijsbeleid van de bij de NDP aangesloten uitgevers van dagbladen. Het gaat met name om afspraken omtrent collectieve abonnementsprijsverhogingen, collectieve advertentietariefverhogingen, en gratis en gereduceerde abonnementen. Deze zijn bedoeld om prijsonderbieding te voorkomen. De overheid heeft deze afspraken in het verleden altijd welwillend bejegend. Zo gaf minister Brinkman in 1983 aan dat het prijsbeleid van de overheid ten aanzien van de pers een dubbele functie had. Enerzijds betaalbaarheid voor eenieder, anderzijds een 'bodemprijs' opdat sterke kranten geen prijsoorlog beginnen en de pluriformiteit afneemt.^[17] De door de overheid gedoogde collectieve prijsbinding heeft relatief frequente prijsverhogingen mogelijk gemaakt.^[18]

De welwillendheid van de overheid lijkt de laatste jaren minder groot geworden. De Minister van Economische Zaken heeft eind 1997, nog onder het regime van het op de WEM gebaseerde Besluit horizontale prijsbinding, een verzoek om ontheffing deels afgewezen.^[19] Dit Besluit maakte een ontheffing mogelijk 'indien het algemeen belang dit vereist'. De nota van toelichting gaf aan dat een toets moest geschieden aan de voorwaarden genoemd in art. 81 (ex 85) EG. De NDP had daarom keurig aangegeven dat de afspraken in het algemeen belang zijn omdat zij de pluriformiteit dienen, dat zij bijdragen aan de economische en technische vooruitgang omdat zij de bedrijfstak gezond houden, zodat er innovaties mogelijk zijn, dat een billijk aandeel van deze voordelen aan de gebruikers toekomt, en dat zwakkere titels zo op de been kunnen blijven.

Het pluriformiteitsargument is het belangrijkste. De redenering is gebaseerd op het feit dat de krantenmarkt een rijpe markt is. Groei van de een gaat ten koste van de ander. Scherpe prijsconcurrentie zou derhalve leiden tot verdringing, waarbij de zwakkere titels uiteraard het eerste slachtoffer zijn. Ergo: de prijsafspraken vormen volgens de NDP een waarborg voor de pluriformiteit. De NDP kon zich in bepaalde opzichten beroepen op een advies van het Bedrijfsfonds voor de Pers dat in opdracht van de Minister al een onderzoek naar de mogelijke

effecten van het loslaten van de prijsafspraken had verricht: er zou mogelijkwijs geen onmiddellijk effect zijn, maar als één krant met prijsconcurrentie begint, zullen de anderen mee gaan doen, en dat zal uiteindelijk leiden tot een versnelling van het concentratieproces.^[20]

In het betreffende advies wordt overigens ook het standpunt van Van Neerven aangehaald, die er zeker van is dat de prijsafspraken in de periode 1965-1990 een substantiële bijdrage hebben geleverd aan de pluriformiteit, en bovendien een belangrijk aandeel hebben gehad in de financiering van innovaties in de bedrijfstak. Over de huidige periode is zijn oordeel anders. De hoge concentratiegraad, de financieel sterke concerns, de vergrote concurrentie op de advertentiemarkt hebben het nut van dergelijke afspraken volgens hem verminderd.

De Commissie Economische Mededinging geeft de Minister een advies bij het concrete ontheffingsverzoek.^[21] De Commissie achtte niet aangetoond dat zou zijn voldaan aan de ontheffingscriteria uit artikel 81 (ex 85) lid 3 EG. Het aanvaarden van de argumenten van de NDP zou iedere mededingingstoets zinloos maken. Het uitgangspunt moet echter vrije prijsvorming zijn; deze zorgt voor efficiëntie en kostenbewaking. De Commissie zet de nodige vraagtekens bij de redenering van de NDP: zo is het maar de vraag of er in werkelijkheid wel sprake is van kwaliteitsconcurrentie; marginale bladen hebben waarschijnlijk te weinig inkomsten om de kwaliteit te verhogen; in ieder geval is niet aangetoond dat de beperking van de prijsconcurrentie een noodzakelijke voorwaarde vormt om op kwaliteit te kunnen concurreren. De Commissie acht de kans op een desastreuze prijsoorlog klein; een concern zou daarmee namelijk ook de eigen zwakkere titels uit de markt drukken. Bij de weinige bladen die niet in concernverband worden uitgegeven -zoals het Reformatorisch Dagblad- bestaat bovendien een grote mate van lezerstrouw. Het is bovendien niet de dag- en weekbladsector alleen die voor een bepaalde mate van pluriformiteit zorgt; er zijn nog wel meer media. Zijn er toch maatregelen nodig ten behoeve van de pers, dan ziet de Commissie meer in bijvoorbeeld een verlaagd BTW-tarief.

De Minister besluit uiteindelijk voor de collectieve abonnementsprijshogingen een overgangperiode tot 1 juli 1999 te creëren, hoewel naar zijn mening niet aannemelijk is gemaakt dat de prijsafspraken bijdragen aan en onmisbaar zijn voor de pluriformiteit van de pers. Voor de regeling inzake gratis en gereduceerde abonnees en de advertentieregelingen wordt geen ontheffing verleend. De tijdelijke ontheffing is bedoeld om voor overgangperiode te zorgen zodat het risico van schokeffecten wordt voorkomen.^[22] Het pluriformiteitsargument lijkt dus als zodanig onvoldoende gewicht te hebben, maar leidt wel tot een grotere mate van voorzichtigheid dan in een willekeurig andere sector.

De dagbladbranche kent ook verticale prijsafspraken. Deze zorgen ervoor dat een bepaalde krant in de losse verkoop bij ieder verkooppunt dezelfde prijs heeft. Tijdens de totstandkoming van de Mededingingswet komt de vraag op welk lot deze prijsafspraken beschoren zijn. Onder druk van de Kamer zegt de Minister toe aan deze afspraken een bijzondere status te verlenen.^[23] Op voordracht van de Minister komt het Tijdelijk besluit vrijstelling prijsbinding dagbladen tot stand.^[24] Daarin is bepaald dat art. 6 van de Mededingingswet niet geldt voor verticale prijsbinding voor dagbladen; de uitgever mag de prijs vaststellen mits deze voor alle eindgebruikers gelijk is. De ontheffing geldt tot 1 januari 2003.

Als reden voor het besluit geldt wederom dat schokeffecten bij de pers, anders dan in andere bedrijfstakken op bezwaren kunnen stuiten, gezien 'de bijzondere waarde, die zij hebben als middel tot de dagelijkse voorziening van nieuws, opinies en achtergronden. Als zodanig spelen zij een belangrijke rol in de samenleving' en zijn 'unieke producten'. Bovendien heeft de overheid vanouds een bepaalde verantwoordelijkheid gevoeld. Door -te abrupte- afschaffing van de

verticale prijsbinding kunnen de marges in de bedrijfskolom onder druk komen te staan, 'wat gevolgen kan hebben voor de brede distributie van dagbladen in de losse verkoop. Deze brede verkrijgbaarheid is ook van belang voor de consument; hij kan dan kiezen uit verschillende dagbladtitels met nieuws, opinies, en achtergronden'.

Na afloop van de ontheffingsperiode zal het woord wellicht aan de NMa zijn. De NMa heeft overigens al moeten oordelen over een afspraak in de dagbladsector. Het ging om een aanvraag van de NDP om ontheffing van branche-afspraken ten aanzien van cadeaus, dus geen prijsbinding in enge zin. De NDP betoogde dat deze afspraak verspilling tegenging, en middelen doet vrijkomen voor investering in kwaliteit; de consument krijgt een grotere keuze en de kans op behoud van pluriformiteit is maximaal; daarbij komt dat de afspraak in geen enkel opzicht de concurrentie op kwaliteit vermindert.

De NMa erkent dat de concentratiegraad op de dagbladmarkt de laatste decennia sterk gestegen is. Dat doet echter niet af aan haar afwijzend oordeel. Het geven van cadeaus is namelijk gangbaar commercieel marktgedrag en bedrijfseconomisch niet als verspilling te kwalificeren. De NDP heeft bovendien het verband tussen deze afspraak en innovaties op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt; datzelfde geldt voor het verband met de pluriformiteit. Daarbij komt nog dat de interne pluriformiteit van de dagbladen de laatste decennia is toegenomen; en andere media ook een rol kunnen spelen bij een beoordeling van de mate van pluriformiteit.^[25]

Het bezwaarschrift van de NDP benadrukt nog eens het pluriformiteitsbelang. De NDP acht het besluit van de NMa gebaseerd op een te sterk economische afweging, terwijl art. 17 Mw ook andere dan economische gronden kent. De NMa oordeelt het bezwaar ongegrond.^[26] Zij merkt op dat een ontheffing op grond van art. 17 omwege van het belang van de pluriformiteit nog steeds aan de in art. 81 EG-Verdrag genoemde criteria moet voldoen. Dagbladen mogen in Nederland tot de goedkoopste in Europa behoren, het is echter maar de vraag of dat het effect van de gewraakte regeling is. Enig verband met een hoge prijs-kwaliteit-verhouding is evenmin aannemelijk gemaakt.

6. Verticale prijsafspraken tijdschriftenbranche

Het Nederlandse Uitgeversverbond (NUV) heeft bij de NMa om een ontheffing gevraagd voor verticale prijsafspraken voor publieks- en opinietijdschriften, omroepbladen, vaktijdschriften, alsmede buitenlandse tijdschriften. Volgens het NUV houden die prijsafspraken een fijnmazig distributiestelsel in stand, en bieden ze ook ruimte voor bladen over kunst en cultuur met een kleine oplagen. En dat komt de pluriformiteit ten goede.

Het ontheffingsverzoek wordt afgewezen.^[27] De NMa geeft weliswaar expliciet aan dat artikel 17 Mw de mogelijkheid biedt rekening te houden met het belang van de pluriformiteit, maar zij bespeurt inefficiënties, en deze verticale prijsbinding kan juist de handelaren bevoordelen die zich alleen op goedlopende titels concentreren. Bovendien is niet aan de ontheffingsvoorwaarden voldaan. Niet alleen is het behoud van een bestaande distributievorm niet doorslaggevend, het NUV heeft helemaal niet de noodzaak van de regeling voor de instandhouding daarvan aangetoond. Ook is er geen billijk aandeel voor de gebruikers te constateren.

De NMa gaat eveneens kort in op het verschil in positie tussen tijdschriften, kranten en boeken. De overwegingen van de Nederlandse regering bij de vrijstelling voor dagbladen en de ontheffing voor boeken hoeven niet van toepassing te zijn op tijdschriften. De Minister van

Economische Zaken noemde dagbladen unieke producten en de overheid heeft vanouds een zekere verantwoordelijkheid gevoeld ten aanzien van verkrijgbaarheid en pluriformiteit van de dagbladen. Niet elk in Nederland verschijnend tijdschrift is onmisbaar voor wat betreft de vrije opinie en meningsuiting. Het is een totaal andere markt, die op zijn eigen merites bekeken moet worden.^[28] Ten aanzien van de boekenprijsontheffing geeft de NMa aan dat er nog geen sprake geweest is van een inhoudelijk oordeel over nut, men wachte de evaluatie in 2000 af.

7. Persfusiecontrole

Over de invoering van een persfusieregeling is in Nederland decennia lang gesteggeld, zonder dat één van de vele voorstellen de meet haalde. Voorstellen voor een persfusiecontrole-regeling zijn grofweg in twee typen te verdelen. Het ene type wil -bepaalde- concentraties ook expliciet toetsen aan het gevolg voor de pluriformiteit (Persraad 1968: 'afbreuk aan de verscheidenheid van het perswezen', waardoor 'de publieke voorlichting in ernstige mate zou worden geschaad'; Persraad 1983; Mediaraad 1988: 'schadelijkheid voor de verscheidenheid en opinievorming door de dagbladpers'). Het andere type concentreert zich op economische criteria (Bedrijfsfonds 1988: 'te verwachten economische machtspositie'). Wel is nog onderscheid mogelijk in de mate van gebondenheid van een vergunning. Zo geeft een regeling waarin een hard marktpercentage is opgenomen de minste beoordelingsvrijheid.

De voorstellen zijn steeds mede beoordeeld op grond van de onthoudingsplicht van de overheid op grond van artikel 7 lid 1 Grondwet.^[29] Juist die onthoudingsplicht belette volgens de meeste schrijvers een vergunningstelsel dat gekoppeld was aan een beoordeling van de inhoud van de betrokken bladen, dus een directe pluriformiteitstoets. Een nog strikter uitgangspunt leidde tot het afwijzen van iedere beoordelings- en beleidsvrijheid op dit heikele terrein; de Grondwet zou alleen een strikt marktpercentage toestaan. De overheid zou een dergelijke vrijheid immers altijd kunnen misbruiken om inhoudelijke voorkeuren te doen gelden.

Het is duidelijk dat de regeling in de Mededingingswet naar haar aard in beginsel aansluit bij het op economische criteria georiënteerde type.^[30] De regering heeft na een verzoek van de Raad van State daartoe in de memorie van toelichting bij de Mededingingswet uitdrukkelijk aangegeven dat een vergunning niet zal worden geweigerd wegens de inhoud van de door de betrokken persorganen geopenbaarde gedachten en gevoelens. Het toetsingscriterium is de economische machtspositie.^[31] Daarnaast zullen aan een beschikking van de Minister, die bevoegd is alnog een vergunning te geven in het algemeen belang, 'nimmer overwegingen met betrekking tot de inhoud van persorganen ten grondslag liggen'.^[32]

Dat brengt de vraag met zich mee of en in hoeverre het belang van de pluriformiteit alnog een zelfstandige rol kan of mag spelen bij toepassing van de Mededingingswet op een fusie van persbedrijven. Deze vraag is te meer van belang nu er wel op gewezen wordt dat de Mededingingswet een fraai instrument biedt om de pluriformiteit van de media te beschermen. Zo pleitte de door de regering ingestelde Commissie Mediaconcentraties ervoor dat de NMa blijvend aandacht besteedt aan de pluriformiteit.^[33]

Inmiddels heeft de directeur NMa besloten dat een tweetal aangemelde concentraties in de dagbladsector vergunningsplichtig is.^[34] Het gaat om de overname van de VNU-dagbladen (minus de Limburger) door het Wegener-concern en om de overname van De Limburger door het Telegraaf-concern. In deze besluiten speelt een zelfstandig 'pluriformiteitsbelang' op het

eerste gezicht geen rol van betekenis.

De NMa begint met een afbakening van de markt. Dagbladen onderscheiden zich door een groot aantal karakteristieken van andere media: de prijs, de hoeveelheid informatie, de aard van de informatie, de actualiteit, de zesdagelijkse verschijningsfrequentie, de functie in het dagelijks leven, de presentatiewijze (papier), de wijze van verspreiding, en de vormgeving en het formaat. Daarom zijn ze in geringe mate substitueerbaar door andere media. Er is dus een aparte dagbladmarkt, waarbij onderscheiden kan worden in lezers- en advertentiemarkt. In hoeverre de markt voor landelijke dagbladen te onderscheiden is van de markt voor regionale dagbladen blijft vooralsnog in het midden. Wel vermoedt de NMa een zekere mate van substitueerbaarheid. Regionale dagbladen die in verschillende regio's worden verspreid behoren daarentegen in elk geval niet tot dezelfde geografische markt.^[35] Daarom is het aannemelijk dat de relevante markten in casu regionaal moeten worden afgebakend.

De NMa stelt vast dat de overname door Wegener leidt tot een marktaandeel van 32,5% op de Nederlandse dagbladmarkt, en op bepaalde deelmarkten als Arnhem en Terneuzen tot een monopoliepositie op de markt voor regionale dagbladen. Onder meer deze gegevens zijn voldoende om de overname binnen de werkingssfeer van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet te brengen. De overname door de Telegraaf, die zelf al het Limburgs Dagblad uitgeeft, leidt tot een zeer hoog marktaandeel op de markt voor dagbladen in Limburg, mede omdat de landelijke dagbladen in Limburg een betrekkelijk klein marktaandeel hebben. Daarnaast leidt de overname tot een monopoliepositie op de markt voor regionale bladen in bijvoorbeeld Sittard-Geleen. Deze overname valt ook binnen de werkingssfeer.

Deze besluiten kenmerken zich door het toepassen van economische criteria (relevante marktmarktaandeel) op de dagbladmarkt. De NMa hanteert algemene uitgangspunten en het levert weinig problemen op deze op de betrokken bladen toe te passen. Daarbij kunnen ook elementen uit de concentratie-pluriformiteitsdiscussie een rol spelen, wanneer die te vertalen zijn in betrekkelijk objectief te hanteren en relevante economische criteria. Zo kan de 'failing company defense' (art. 37 lid 2 Mw) die er op neer komt dat een bepaalde machtspositie ook zou zijn ontstaan zonder de concentratie, omdat de zwakkere partij toch de markt verlaten zou hebben, een 'vertaling' zijn van het idee dat het voor een zwak blad beter is om overgenomen te worden omdat het in een sterker concern een grotere overlevingskans heeft. De NMa acht deze 'failing company defense' overigens niet van toepassing op de overname van De Limburger. Hier wordt opmerkelijk genoeg juist de gezonde krant overgenomen. Zelfs als dat onder genoemde 'defense' zou kunnen vallen, is niet aan de drie voorwaarden voldaan: dat de ene krant op korte termijn uit de markt zou gaan, dat de andere zonder concentratie het marktaandeel zou verwerven, en dat er geen andere transactiemogelijkheden zijn.

Enkele algemene opmerkingen van de NMa laten de mogelijkheid bestaan dat 'pluriformiteit' en inhoud van de betrokken bladen direct van betekenis zouden kunnen worden. Er bestaat een mogelijk onderscheid tussen kwaliteitskranten en niet-kwaliteitskranten, en kranten verschillen naar 'diepgang' en politieke, levensbeschouwelijke en culturele oriëntatie, die ervoor kan zorgen dat de mate waarin kranten onderling concurreren uiteen loopt. 'Bij de beoordeling van de concentratie kan tot op zekere hoogte rekening worden gehouden met verschillen tussen kranten, ook als ze tot dezelfde produktmarkt worden gerekend'.^[36] Het is de vraag wat bedoeld wordt. Mogen bladen met een tegengestelde politieke oriëntatie eerder fuseren omdat de onderlinge concurrentie niet zo groot is? Mogen bladen die in sterke mate substitueerbaar zijn omdat ze min of meer hetzelfde karakter hebben, juist niet samengaan? Dat zouden -ook uit oogpunt van pluriformiteit- opmerkelijke uitkomsten zijn.

Wat men daarvan uit mededingingsrechtelijke invalshoek moge denken, het komt ons voor dat de grondwettelijke onthoudingsplicht in zulk een geval met voeten getreden zou worden. Wat wel geoorloofd is, is een onderscheid met behulp van min of meer objectieve criteria, die niet op een beoordeling van de redactionele inhoud terechtkomen. Acceptabel is derhalve bijvoorbeeld de overweging dat betrokken bladen een bepaalde positie innemen op markt voor advertenties voor de ziekenhuis- en zorgsector. Een beoordeling van de redactionele inhoud gekoppeld aan het al dan niet verlenen van een vergunning is echter strijdig met het verbod van voorafgaand verloop uit art. 7 Grondwet. Dat zou -voorzover mogelijk- nog erger worden door inhoudelijke voorschriften aan een vergunning te verbinden. Men vergelijkte wat hieronder wordt beschreven ten aanzien van de HMG-concentratie.

8. Toegang tot de kabel

In 1996-1997 heeft minister Wijers van Economische Zaken een aantal malen de toenmalige Wet Economische Mededinging toegepast op de toegang van programma-aanbieders op de kabel. In de eerste beschikkingen van 17 december 1996 geeft de minister een algemene uiteenzetting over zijn beleid inzake het misbruik van een machtspositie door kabelexploitanten terzake van toegang. Wijers gaat uit van de paralliteit van pluriformiteit en vrije concurrentie als overheidsdoelstellingen. In de oude mededingingswet gold een misbruikstelsel, wat betekent dat een ondernemersgedraging slechts wordt verboden als er sprake is van strijd met het algemeen belang. Wijers wijst op het belang van de uitingvrijheid voor de Nederlandse samenleving wat zowel het uiten als het ontvangen van meningen en denkbeelden omvat. Hij acht het in het algemeen belang dat er wordt gewaarborgd dat de informatie via de kabel, die een belangrijke rol speelt in de informatievoorziening, een zo groot mogelijke omvang en diversiteit heeft. Na deze zin wijst hij erop dat het essentieel is voor een goede marktwerking dat programma-aanbieders toegang hebben tot de kabel.^[37] Wijers gaat ervan uit dat het ideaal van de volledige mededinging van veel verschillende aanbieders resulteert in een pluriform aanbod. Dit is voor hem een belangrijke reden om het gedrag van kabelexploitanten inzake toegang aan nadere voorwaarden te onderwerpen.

Overigens moet deze redenering worden gezien tegen de achtergrond van een competentiestrijd tussen de 'cultuurpauzen' en de 'economen'. Het ging erom onder welk regime en onder welke toezichthouder de toegang tot de kabel zou komen te vallen: Mediawet met het Commissariaat voor de Media of de Mededingingswet met de Minister van EZ c.q. de NMa. Uiteindelijk is de OPTA er met dit afgekloven heen vandoor gegaan, maar ten tijde van bovengenoemd besluit was de Minister van EZ er veel aan gelegen om iedereen ervan te overtuigen dat met mededingingsrecht ook niet-economische belangen zoals pluriformiteit gewaarborgd kunnen worden.

Dat het streven naar pluriformiteit riskant kan zijn voor een mededingingsautoriteit blijkt uit de Alkmaarse zaak, waar een aanbieder van een kabelkrant de toegang werd ontzegd door de kabelexploitant met als argument dat er reeds een kabelkrant op het kabelnet werd aangeboden.^[38] De kabelexploitant voerde aan dat hij diversiteit in zijn aanbod wilde hebben en daarom geen extra kabelkrant wilde toelaten. Voor de kabelexploitant was het een lastig te verdedigen argument omdat nog niet alle capaciteit van het kabelnet in gebruik was. De Minister gebruikt dit gegeven uiteraard. Doordat er nog capaciteit is kan hij de redenering van de kabelexploitant niet honoreren, maar hij laat niet na om te zeggen dat een tweede kabelkrant de diversiteit juist vergroot. Het was interessant geweest om te vernemen hoe het besluit had geluid als er geen capaciteit meer over was geweest. Dan had de Minister zich moeten uitlaten over de

invulling van het begrip pluriformiteit.

8.1 Gelijkheid versus pluriformiteit

De systematiek, die Wijers heeft ontwikkeld voor het bepalen van redelijke tarieven voor de toegang tot de kabel, lijkt op het eerste gezicht een parallelle tussen pluriformiteit/uitingsvrijheid en vrije mededinging te bevatten (deze systematiek is door de OPTA overigens overgenomen in het richtsnoer "Toegang tot de kabel"). Dit is echter schijn, wanneer de tweede-orde-effecten in ogenschouw worden genomen. Iedere programma-aanbieder moet in deze systematiek in beginsel hetzelfde betalen voor de toegang. Dat is gebaseerd op de gedachte een kabelkanaal een prijs heeft die voor iedereen gelijk is. Dat betekent dat de kleine programma-aanbieder hetzelfde voor zijn distributie moet betalen als de grote programma-aanbieder. Dat is niet bevorderlijk voor de marktkansen van de kleine aanbieders die zich in niche-markten begeven en juist de diversiteit vergroten. Het is zelfs nog erger, want de systematiek staat wél prijsdifferentiatie toe op basis van de waarde die een programma toevoegt aan het aanbod van de kabelexploitant. Dat komt erop neer dat een programma met hoge kijkcijfers een lagere doorgiftevergoeding in rekening gebracht mag krijgen dan een programma met lage kijkcijfers. Dit, omdat een populair programma meer waarde toevoegt aan het aanbod van de kabelexploitant aan de consument.^[39]

Het bovenstaande over de kabeltoegang laat zien dat het concept van pluriformiteit en het concept van volledige mededinging een one-night-stand verhouding hebben: op het eerste gezicht lijkt het wel aardig maar daarna blijkt dat de karakters van beide begrippen te veel verschillen. Als een mededingingsautoriteit of een telecomtoezichthouder pluriformiteit tot zijn beleidsdoelstellingen moet rekenen, moet hij in korte tijd allerlei uitspraken doen over de inhoud van de aanbieders. Pluraliteit en volledige mededinging zijn veel meer geschikt voor het huwelijksbootje.

9. Omroep

Bij gebrek aan Nederlandse jurisprudentie maken wij een uitstapje naar het EG mededingingsrecht. In de toepassing van het kartelverbod van het EG mededingingsrecht op de omroepsector staat exclusiviteit, of liever het voorkomen daarvan, centraal. Dit is niet verwonderlijk omdat de omroepsector bestaat bij de gratie van exclusiviteit. De exclusieve beschikking over de uitzendrechten van een film, een voetbalwedstrijd of een tv-ster maakt een omroep uniek en zorgt voor kijkers. In het mededingingsrecht wordt paal en perk gesteld aan vormen van exclusiviteit door de toegang tot uitzendrechten 'open' te houden. Dat kan bijvoorbeeld door de duur van de exclusiviteit te beperken^[40] of door de toegang tot rechten open te stellen voor meer partijen.^[41]

Deze beperking van exclusiviteit draagt bij aan de pluraliteit omdat meer partijen kunnen beschikken over de schaarse uitzendrechten en dus gemakkelijker tot de markt kunnen toetreden. Aan de pluriformiteit van het aanbod lijkt echter niet speciaal te worden bijgedragen. Immers, of een programma nu door de ene programma-aanbieder of door de andere wordt uitgezonden, het aanbod verandert er niet door. Dit kan overigens anders liggen wanneer een meer open toegang tot uitzendrechten leidt tot een intensiever of veelvuldiger gebruik van de rechten waardoor het aanbod toeneemt en wellicht ook de pluriformiteit van het aanbod. De vraag zou ook gesteld kunnen worden of het ingrijpen in de exclusiviteit van uitzendrechten een beperking vormt van

de uitingvrijheid van de omroep. Dat is nogal een *long shot*. Het gaat namelijk niet om de inhoud van het object van de uitzendrechten.

9.1 HMG beschikking

Een interessante zaak is de beschikking van de Europese Commissie over de fusie van RTL en Veronica tot HMG.^[42] De Commissie verleende goedkeuring aan deze fusie onder de voorwaarde dat een van de drie zenders van de nieuwe combinatie HMG zich zou beperken tot een nieuwszender (RTL5). Deze voorwaarde had er mee te maken dat de Commissie niet wilde dat de nieuwe groep te sterk op de reclamemarkt zou worden, daarom wilde ze dat er een zender met een kleine doelgroep zou komen. Op voorstel van de aandeelhouders is dit een nieuwszender geworden.

De vraag is of zo'n voorwaarde een ongeoorloofde beperking van de uitingvrijheid vormt. Voor een bevestigend antwoord zouden nogal wat hordes genomen moeten worden. Als het opleggen van een volledig programmavoorschrift niet in strijd is met de omroepvrijheid, kan het voorschrijven van een (zelfgekozen) programmaformat dan wel daarmee in strijd zijn?^[43] Een andere constatering is interessanter. Eigenlijk moet het opleggen van een nieuwsformat worden gezien als een verrijking van het televisie-aanbod en dus als een vergroting van de pluriformiteit. Deze zaak kan juist worden opgevat als een mooi voorbeeld van paralleliteit van overheidszorg voor de vrije mededinging en een pluriform aanbod: teneinde dominantie op de reclamemarkt tegen te gaan wordt het aanbod voor de televisiekijker verruimd.

10. Conclusie

In het verleden kende Nederland een weinig effectieve handhaving van de effectieve mededinging. In dat stelsel is het niet vreemd dat 'het belang van de pluriformiteit' al snel voldoende gewicht had om een uitzonderingspositie te rechtvaardigen. De invoering van de Mededingingswet kan in dit opzicht een zekere cesuur vormen. De NMa laat weliswaar in bepaalde gevallen de mogelijkheid open dat de pluriformiteit een zeker gewicht toekomt; maar lijkt vooralsnog weinig onder de indruk te zijn van de aangevoerde 'pluriformiteitsargumenten'. Daar staan pleidooien tegenover om de NMa juist wel een rol bij het handhaven van de pluriformiteit te geven.

Het zou gemakkelijk zijn indien de toepassing van het mededingingsrecht altijd te beschouwen zou zijn als een ondersteuning of versterking van de pluriformiteit of de pluraliteit van het aanbod. In de inleiding van dit artikel hebben we echter laten zien dat mededingingsbeleid en mediabeleid niet per definitie hoeven te sporen. Met name niet, wanneer een onderscheid tussen eerste- en tweede-orde-effecten wordt gemaakt. De eerste-orde-effecten van de toepassing van het mededingingsrecht op samenspanning, misbruik en concentraties zijn in de regel positief voor het aantal aanbieders en het openhouden van de markttoegang voor aanbieders. Echter, de tweede-orde-effecten zijn minder eenduidig. Het zou heel goed kunnen dat het verbieden van prijsafspraken in de dagbladsector uiteindelijk leidt tot een vershraling van het aanbod. In de zaken over de kabeltoegang zijn wij reeds ingegaan op tweede orde effecten van het uitgangspunt van gelijkheid van doorgiftetarieven van de kabel. Wellicht hebben met name de kleine omroepaanbieders, die zich begeven op nichemarkten en juist het aanbod verrijken, last van gelijke tarieven. Dergelijke moeizaam te beantwoorden vragen zijn niet voorbehouden aan dit

domein van het mededingingsrecht. In het algemeen spelen dit soort vragen: een stringente toepassing van het kartelverbod leidt bijvoorbeeld tot een versterking van concentratietendensen, althans dat wordt wel gezegd.

Omdat het mededingingsbeleid en de zorg voor de pluriformiteit niet zonder meer sporen, dringt de vraag zich op of het wenselijk en mogelijk is om het pluriformiteitsbelang in het mededingingsrecht een duidelijke plaats toe te kennen. Over de wenselijkheid valt het volgende op te merken. Het wil ons voorkomen dat het beleidsmatig weinig efficiënt is, wanneer de overheid met het mediabeleid de ongewilde neveneffecten van het ook door haar gevoerde mededingingsbeleid moet gaan corrigeren. Uit overwegingen van efficiëntie zou dan het sterker waarderen van het pluriformiteitsbelang binnen het mededingingsrecht de voorkeur verdienen.

Het belang van beleidsmatige efficiëntie van media- en mededingingsbeleid geldt tot op zekere hoogte ook als argument tegen aanvullende, mediaspecifieke regelingen tegen beperkingen van de mededinging. Sectorspecifieke regelingen lijken weinig opportuun, indien zij dezelfde criteria kennen als het mededingingsrecht. Een mediaspecifieke regeling kan, alleen al wegens de onthoudingsplicht van de overheid, niet of nauwelijks om een beoordeling mede op grond van marktpositie(s) heen. Daarmee zou een dergelijke aanvullende regeling voor een deel 'dubbel werk' opleveren; en dat is wederom weinig efficiënt. Voor alle duidelijkheid zij hierbij opgemerkt dat andere instrumenten van het mediabeleid, zoals bijvoorbeeld gerichte steunverlening, wel een zelfstandige rol kunnen spelen.

Komt men tot de conclusie dat het wenselijk zou zijn het belang van de pluriformiteit mee te wegen, dan is de volgende vraag of het mededingingsrecht daar wel voldoende aanknopingspunten voor biedt. Er zijn twee momenten waarbij kan worden aangeknoopt: de beoordeling van de beperking van de mededinging, en de ontheffing van een ondernemersafpraak. Letter en strekking van de wet lijken hier niet veel ruimte te laten voor pluriformiteitsargumenten. Uit de hierboven beschreven zaken is gebleken dat de NMa weinig onder de indruk is van de 'pluriformiteitsargumenten' in het kader van een ontheffing. De argumentatie is vooralsnog veelal als feitelijk gebrekkig beoordeeld. Met een vermeend verband valt de NMa kennelijk niet te overtuigen. Hier ligt wel een probleem voor de verzoekster van een ontheffing. Want wie zal kunnen aantonen welke invloed allerlei -toekomstige- economische en technische ontwikkelingen uitoefenen op de 'maatschappelijke pluriformiteit'. Daar staat tegenover dat voor het invoeren van de mededingingswet het 'pluriformiteitsargument' wel erg makkelijk aanvaard werd. Dat blijkt al uit het feit dat de effecten van de vaste boekenprijs pas dit jaar inhoudelijk geëvalueerd zullen worden. In dit licht bezien is het niet vreemd dat de NMa bij haar aantreden laat merken dat zij hogere eisen stelt.

Hoe zou een grotere waardering voor de pluriformiteit in het mededingingsrecht wel tot stand kunnen komen? Zoiets als een cultuurexceptie is niet denkbaar. Wat wel kan, is dat de kartelautoriteit zich niet beperkt tot eerste orde effecten, maar een grotere rol toebedeelt aan tweede-orde-effecten in de economische analyse van een voorliggende situatie. Dat die tweede-orde-effecten niet altijd even zeker en duidelijk zullen zijn, is evident. Het gaat dan ook om een bereidheid van de kartelautoriteit om de bewijslast van tweede-orde-effecten niet te zwaar aan te zetten. Hiermee kunnen pluriformiteitsargumenten als het ware in mededingingsrechtelijke termen worden vertaald.

Bij al deze deels beleidsmatige overwegingen mag men niet voorbijzien aan de grondrechtelijke onthoudingsplicht van de overheid. Deze onthoudingsplicht trekt immers een grens die zowel voor het mediabeleid als voor het mededingingsbeleid geldt. Het beste voorbeeld van een mogelijk spanningsveld tussen de 'economische zorgplicht' en de in het grondrecht op vrijheid

van meningsuiting vastgelegde onthoudingsplicht blijft het toezicht op en oordeel over persfusies. Artikel 7 lid 1 Grondwet verbiedt het geven van verlof afhankelijk te doen zijn van een 'inhoudelijke beoordeling van de inhoud' van concrete bladen. Dat impliceert dat pluriformiteitscriteria juist niet simpelweg toegepast mogen worden.

De zaak over de HMG fusie laat zien dat de beoordeling van een fusie in de mediasector snel terecht kan komen in inhoudelijke aspecten van het aanbod van betrokkenen. Als de Commissie de aan HMG opgelegde verplichting serieus zou nemen, zou regelmatig gecontroleerd moeten worden of RTL5 nog een nieuwszender is (quod non). Dit staat op gespannen voet met de omroepvrijheid. Bij een persfusie zou er in een dergelijk geval zonder meer sprake van strijd met artikel 7 lid 1 Grondwet zijn.
