

KEES KLOP

De Mededingingswet en de afweging tussen

markt en waarden

Casus: programmabladen

1. Inleiding

De spanning tussen markt en waarden is in ons land zo opgelopen dat er twee burgerbewegingen zijn ontstaan die zich beijveren voor bezinning op dit gebied en die proberen kiezers en politici te beïnvloeden. De stichting ‘Stop de uitverkoop van de beschaving’ is opgericht door onder anderen de dichter Huub Oosterhuis, de schrijfster Mies Bouhuys, de econoom Arjo Klamer en de rechtsfilosofe Dorien Pessers.¹ Zij verzetten zich ertegen dat de politiek is gaan geloven in de markt als panacee voor alle maatschappelijke kwalen. Door dat beleid dreigen niet alleen typisch Nederlandse verworvenheden als een redelijk eerlijke inkomensverdeling, het sociale zekerheidsstelsel en een voor iedereen toegankelijke gezondheidszorg verloren te gaan. Het is niet minder dan de beschaving zelf die samen met de publieke sector in de uitverkoop wordt gedaan, aldus hun gelijknamige manifest. Een tweede initiatief is de groep ‘En nu echte welvaart’, die is voortgekomen uit de Stichting Natuur en Milieu. Een groot aantal maatschappelijke organisaties werkt in deze campagne samen. Deze groep zoekt naar mogelijkheden om economie en waarden weer aan elkaar te verbinden. Er leeft in Nederland, aldus de groep, een verlangen naar dingen die zeker zo belangrijk zijn als inkomen en werk: rust en ruimte, natuur, echte zorg en aandacht, evenwicht tussen werk en vrije tijd, balans tussen ons leven en dat van anderen, hier en elders op de wereld. Waarden en behoeften die om andere keuzes vragen.²

Hun kritiek zou zich nog concreter dan in het genoemde manifest gebeuren, kunnen toespitsen op de beslissingen die tot de gewraakte ontwikkelingen leiden. Dat zou kiezers en burgers gelegenheid geven om zich met de politieke en maatschappelijke besluitvorming terzake in te laten. Aldus ontstijgt de kwestie het niveau van de vage onrust inzake een ontwikkeling die nu eenmaal over ons lijkt te komen. Dat laatste is immers niet het geval: de markt rukt niet op, zij wordt door beslissingen van de nationale, de Europese en de mondiale autoriteiten om politieke redenen opgedrongen aan maatschappelijke terreinen waar zij tot dusver afwezig was of een lagere prioriteit had dan andere allocatiemechanismen, dan wel verzetten deze wetgevers zich niet als bedrijven zich op terreinen begeven die tot dusver nog niet op andere wijze geregeld waren. Beide typen beslissingen zijn voor politieke discussie en – zij het soms indirect – beïnvloeding vatbaar. De wetenschap kan bij de daarbij benodigde analyse behulpzaam zijn. Behalve economie en ethiek zouden daar ook het recht en de rechtsfilosofie bij betrokken moeten worden. Het vrijgeven van terreinen van het maatschappelijke leven voor marktwerking wordt immers ook juridisch bevorderd door de Mededingingswet en de afwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Deze bijdrage behandelt daarom een concrete casus, waarbij deze wet en de daarop gebaseerde beslissingen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) aan de orde worden gesteld. De casus betreft de zaak die *De Telegraaf* bij de NMA heeft aangespannen tegen de NOS en de Holland Mediagroep (HMG, die verantwoordelijk is voor de zenders RTL 4 en 5 en Yorin) inzake de weigering van NOS en HMG om de programmeergevens te verkopen.³ De vraag is of Adam Smith' *invisible hand* hier te rigoureus wordt toegepast, dan wel of de wet een goede afweging tussen markt en waarden behelst.⁴

2. De casus: *De Telegraaf* versus de NOS en de HMG

De Telegraaf wil zelf een programmablاد gaan uitgeven. Daartoe dient het dagblad te kunnen beschikken over de programmagegevens. De NOS en de HMG weigerden die gegevens te leveren in de vorm die *De Telegraaf* wenst. Zij leveren wel zogenaamde dagelijkse en genre-gegevens, maar geen weekoverzichten die het mogelijk maken een programmablاد te produceren in de vorm van de bladen die de omroepen zelf uitgeven. Deze gegevens worden wel uitgewisseld tussen de omroepverenigingen en de commerciële omroepen. De NMA heeft de NOS en de HMG veroordeeld wegens misbruik van een economisch monopolie.⁵ De HMG is inmiddels overstag gegaan en onderhandelt met *De Telegraaf* over de prijs. De NOS procedeert verder.

Als de burgers schijnbaar gratis of tegen een zeer geringe meerprijs bij hun krant een programmablاد ontvangen, zullen de omroepen hun betalende-abonneebestanden drastisch zien teruglopen. Niet alleen de abonnees, ook de ledenaantallen van de omroepen blijven niet ongeschonden. De reden voor het abonnement of het lidmaatschap ligt dan immers uitsluitend nog in de ideële verbondenheid van mensen met een omroep en niet meer in een nuttig gebruiksartikel dat aan die verbondenheid ook een tastbare vorm geeft. De verwachting is dat de meeste programmabladen van de omroepverenigingen zo verlieslatend zullen worden dat zij hun uitgave moeten staken en dat een groot aantal omroepen hierdoor onder de wettelijke minimumgrens van 300.000 leden zal zakken. De vraag moet worden gesteld of daarmee bepaalde waarden naar de marge worden gedrongen en welke dat zijn. Eerst dan kan een oordeel worden gevormd over de wenselijkheid van dit streven.

3. Omroepverenigingen

Laten we daartoe om te beginnen nader verkennen welke waarden en welke relatie tot de markt er in het beleidsobject 'omroepprogrammabladen' te onderkennen vallen. Wellicht kan dit ons helpen om in deze casus de relatie tussen markt en waarden te verhelderen en aldus zicht te krijgen op de theoretische grondslagen van de Mededingingswet.

Omroepen zijn aan het begin van de twintigste eeuw ontstaan als organisaties waarin burgers zich verenigden om, gedreven door morele idealen, hun grondwettelijke vrijheid uit te oefenen om informatie te ontvangen en te verspreiden via nieuwe technieken. Aanvankelijk ging het om de radiotechniek, later kwam daar de televisie bij en thans dient internet zich aan. De overheid is er pas later aan te pas gekomen, toen zij het belang ging inzien van wat deze burgers met elkaar deden. De Mediawet regelt de ordening en de bekostiging van wat vrije burgers op basis van hun grondrechten begonnen zijn te doen. Het begin en het wezen van de activiteit ligt niet bij de overheid, maar bij de burgers. De kern van het bestaan van de omroepen zit in hun morele idealen en in de grondwettelijke vrijheden van vereniging en van meningsuiting.

Hier wordt wel tegen in gebracht dat dit type organisatie van de omroep gebonden is aan de verzuiling en dus niet meer relevant is sinds de ontzuiling. Het is echter verdedigbaar om te stellen dat de genoemde grondrechten niet gebonden zijn aan het tijdperk van de verzuiling. De verzuiling was een tamelijk militante organisatievorm van onze maatschappij tussen 1900 en 1960. Lang vóór 1900 was er echter al sprake van vrije organisaties van burgers die, door morele idealen gedreven, taken in het algemeen belang op zich namen.⁶ En ook na de ontzuiling zijn ze er nog en zullen ze er zijn. Een kenmerk van moraal en van levensbeschouwing is, dat hun inhoud niet voor eens en voor altijd kan worden vastgelegd. Morele idealen moeten

in veranderende omstandigheden telkens opnieuw worden geïnterpreteerd. Interpretaties kunnen hun robuustheid verliezen. Dan worden ofwel nieuwe interpretaties gevonden, ofwel boeten de institutionele dragers van deze interpretaties aan aanhang in en kunnen ze uiteindelijk hun bestaansrecht verliezen. Ook omroepverenigingen kunnen verdwijnen en er kunnen andere opkomen. Feitelijk gebeurt dat ook. Het publieke omroepbestel biedt daartoe terecht de mogelijkheid in de vorm van een substantiële eis inzake het ledental. Het verschijnsel van vrije organisaties van burgers die gedreven worden door morele idealen als zodanig is echter niet beperkt in de tijd.

In het Concessiebeleidsplan 2000-2010 van de NOS hebben de omroepen zich gepresenteerd als zulke organisaties die bepaalde morele en levensbeschouwelijke waarden voorstaan:

De AVRO maakt programma's vanuit haar traditie van ongebondenheid, gericht op de bevordering van vrijheid, verdraagzaamheid en verantwoordelijkheid.

De EO wil mensen bereiken met het Evangelie van Jezus Christus.

De KRO wil, geïnspireerd door de katholieke traditie en verbonden met de katholieke gemeenschap, publieksgerecht, interactief, multimediaal en integraal audiovisuele diensten aanbieden met een goed gevoel voor wat er in de samenleving leeft.

De NCRV wil vanuit een protestants-christelijke inspiratie een toonaangevende bijdrage leveren aan de Nederlandse samenleving. Zij draagt waarden uit als respect, liefde, vertrouwen en fatsoen.

De TROS wil laagdrempelige en voor iedere kijker toegankelijke, ondogmatische en onafhankelijke programma's brengen. Zij staat voor burgerlijk fatsoen, nationaal gevoel, gezelligheid, betrouwbaarheid; ze wil familiaal zijn en constructief in houding en meningsvorming.

De VARA is een onafhankelijke progressieve omroep die zich laat inspireren door de waarden afkomstig uit het

socialisme, de sociaal-democratie en het humanisme. Zij wil verdraagzaamheid en respect betonen.

De *VPRO* wil een toekomstgerichte, verkennende omroep zijn, die ondogmatisch en onbevangen zoekt naar de diepere achtergronden van maatschappelijke ontwikkelingen.

BNN wil een omroep zijn voor jongeren die zich kenmerken door *lust for life*.

Gezien het interpretatieve karakter van moraal en levensbeschouwing is het vanzelfsprekend dat omroeporganisaties met hun kijkers en luisteraars van gedachten wisselen over de interpretatie van hun morele idealen. Dat interpretatieproces vindt plaats in de programma's en óók in de programmabladen. Programmabladen zijn geen waardevrije opsommingen van programma's en tijdstippen, maar zij brengen ook morele opvattingen over de programma's naar voren en de lezers reageren daarop. Programmabladen kunnen daarom met reden opgevat worden als een belangrijk communicatiemiddel tussen omroepen, die bepaalde waarden voorstaan, aan de ene kant en luisteraars en kijkers, die zich door die waarden aangesproken voelen, aan de andere kant. Ook als een abonnement op een programmablad niet samenvalt met het lidmaatschap van de omroepvereniging in kwestie, dan nog wordt deze functie vervuld.

De uitoefening van de hoofdtaak, het maken van omroepprogramma's, wordt in Nederland in belangrijke mate bepaald door het feit dat de omroepen representanten zijn van geestelijke en maatschappelijke stromingen. Een actieve dialoog met hun leden, kijkers en luisteraars over de actuele betekenis van hun morele inspiratie is een wezenlijk onderdeel van de culturele bronnen waar omroepen en hun programmamakers uit putten. Het argument dat in het buitenland programmabladen ook door commerciële uitgevers op de markt worden gebracht, miskent precies dit bijzondere karakter van de actieve en door maatschap-

pelijke democratie gedragen pluriformiteit van de Nederlandse cultuur. Er verschijnen in het buitenland publicaties die met bewondering spreken van deze actieve pluriformiteit en deze aan hun eigen regeringen ten voorbeeld stellen.⁷ Een door buitenlanders zelf als achterstandssituatie bestempelde toestand zou in ons land kunnen worden geïmporteerd als de NMA-uitspraak zou worden gevolgd. Het lijkt mij verdedigbaar om dit te beschouwen als een aantasting van het functioneren van de omroepverenigingen en dus van de hoofdtaak van de omroep. Deze aantasting kan alleen worden gelegitimeerd als dan op een andere en even aanvaardbare wijze maatschappelijke pluriformiteit in de media wordt weerspiegeld.

Wie, zolang dit niet het geval is, dan ook stelt dat leden alleen nodig zijn om een erkenning als zendgemachtigde te krijgen, maar niet om die uit te oefenen,⁸ die toont een gebrek aan begrip voor het functioneren van de grondwettelijk beschermde geestelijke vrijheid in ons land. De NMA meent dat van de omroepverenigingen mag worden verwacht dat zij andere mogelijkheden vinden om leden te werven en te behouden. Zelfs als de verenigingen dat kunnen, gaat het dan niet wat ver dat een uitvoerend orgaan van de overheid bepaalt dat programmabladen daartoe niet noodzakelijk zijn? Men kan er begrip voor opbrengen dat de politiek er enige jaren geleden moeite mee had dat elke abonnee automatisch als lid meetelde. Een expliciete wilsverklaring mag gevraagd worden en dat doen omroepverenigingen nu dan ook al een aantal jaren. Maar het is de omroep rechtuit schade berokkenen als de politiek *de facto* gaat bewerkstelligen dat de leden duurder uit zullen zijn met hun programmablad dan de niet-leden die het gratis bij de krant krijgen. Aldus wordt, louter gemotiveerd door een lagere consumentenprijs, een koude sanering van het omroepbestel doorgevoerd zonder dat er een acceptabel alternatief voor de pluriformiteit van de media wordt geboden.

4. De Mededingingswet

Een belangrijke rol in dit geding speelt de Mededingingswet, die sinds 1998 in ons land geldt. Die wet bepaalt dat iedere organisatie die een economische activiteit verricht, een onderneming is en aan de wetten van de markt heeft te voldoen. Omdat omroepverenigingen een programmablad uitgeven, waarvoor abonnees betalen, ziet deze wet omroepen ook als bedrijven. Deze bedrijven beschikken gezamenlijk over de programmegegevens. Deze programmegegevens vormen een economisch goed, dat volgens de NMA verhandelbaar dient te zijn op de markt. De omroepen mogen het andere bedrijven niet onmogelijk maken om diezelfde productiefactor te benutten. Dat wordt beschouwd als misbruik van een economische machtspositie.

Een rigoureuze toepassing van deze redenering op alle terreinen van het maatschappelijk leven roept vragen op. De wetgever heeft dat onderkend en daarom maakt artikel 25 van de Mededingingswet een uitzondering mogelijk op het verbod van misbruik van een economische machtspositie, als er sprake is van de uitoefening van een taak van algemeen economisch belang, waartoe de wetgever opdracht heeft gegeven. Het gaat dan bijvoorbeeld om postbezorging, afvalverwerking of elektriciteitsvoorziening. De Europese Commissie en de Europese rechter beschouwen publieke omroepen als organisaties die zo'n taak van algemeen economisch belang behartigen. Zulke taken mogen door marktwerking niet worden verhinderd, ook al is er sprake van een economische machtspositie. Daarom is een uitzondering mogelijk mits de daardoor veroorzaakte inbreuk op het mededingingsrecht proportioneel is. Volgens de jurisprudentie wil dat zeggen dat de onderneming in kwestie haar taak zonder deze inbreuk niet kan uitvoeren.

De NMA weigert deze uitzonderingsgrond echter toe te passen in de kwestie tussen NOS, HMG en *De Telegraaf*,

omdat het uitgeven van programmabladen wordt gezien als een nevenactiviteit van de omroepen. De hoofdtaak, het verzorgen van omroep, wordt door het toelaten van meer marktwerking op het gebied van de programmabladen niet verhinderd, vindt de NMa. De conclusie van de NMa was daarom dat de programmeergevens moeten worden verkocht aan *De Telegraaf*. Dit in weerwil van het feit dat berekeningen hebben aangetoond, dat dit feitelijk de ondergang betekent van een groot aantal omroepbladen en dat een aantal omroepen onder het wettelijke minimumledental zou zakken. Dat roept de al eerder gestelde vraag op welke alternatieven voor het huidige omroepbestel er zouden moeten worden geopend om toch pluriformiteit van de media te blijven realiseren als de NMa-benadering wordt doorgezet.

5. Consequenties van de NMa-benadering: maatschappelijke ondernemingen?

Op de eerste plaats, zo wordt wel geopperd, zou de wettelijke minimumeis inzake het ledental om voor erkenning als zendgemachtigde in aanmerking te komen, moeten worden verlaagd. Groenlinks heeft al eens, zonder succes, voorgesteld te gaan naar een aantal van 50.000 leden. Dat zou overigens betekenen dat het oprichten van een nieuwe zendgemachtigde nog weer eenvoudiger wordt, terwijl het bestel al zucht onder een overmaat van zendgemachtigden. Om die reden is dit niet aantrekkelijk. Ook al zou het omroepen uiteraard vrij blijven staan om naar hogere ledentallen te streven dan de wettelijke minimumeis, feitelijk betekent het inslaan van deze weg voorts dat de wetgever het niet langer relevant acht dat omroepen hun legitimatie ontleen aan verenigingen van burgers. Zoals de kranten hun bestaansbasis vinden in de lezers, zo zouden de omroepen die kunnen vinden in aantallen kijkers en luisteraars. Het worden dan zogenaamde maatschappelij-

ke ondernemingen, dat wil zeggen: bedrijven, die ‘gewoon’ meeconcurreren op de markt, maar voor hun publieke taakvervulling geld van de overheid krijgen. Het enige verschil met de rest van het bedrijfsleven is dat zij hun winst weer in het bedrijf moeten investeren en niet mogen uitkeren aan aandeelhouders.⁹

Op de tweede plaats zou een *level playing field* moeten worden gecreëerd. *De Telegraaf* zal enerzijds gewone concurrentievoordelen mogen benutten, die bijvoorbeeld daarin te vinden zijn dat de krant toch al wordt bezorgd, dat men een ‘kalere’ gids kan aanbieden, goedkoper papier kan gebruiken etc.¹⁰ Maar er is nog een concurrentievoordeel, dat als onjuist moet worden aangemerkt: *De Telegraaf* mag de kosten van haar programmablad laten drukken op de algemene begroting van de krant, terwijl de omroepen van de Mediawet niet intern mogen kruissubsidiëren tussen radio- en televisiegelden en hun programmablad. Dat laatste moet kostendekkend zijn. Het moet ook binnen een strikt economische benadering als onjuist worden beschouwd dat feitelijk een *free rider* (*De Telegraaf*) in het zadel wordt geholpen, die niet – zoals de omroepen – aan de Mediawet is gebonden. Economisch beleid hoort erop gericht te zijn zulke *free riders* te weren. Consequent is het dan om ofwel alle uitgevers van programmabladen, inclusief *De Telegraaf*, te verbieden om kruissubsidiëring toe te passen waardoor programmabladen feitelijk onder de kostprijs worden aangeboden, ofwel de omroepverenigingen toe te staan hun programmabladen ook uit de omroepmiddelen te bekostigen en aldus een concurrerende prijs te kunnen rekenen. Het is zeer de vraag of de politiek bereid is deze consequentie te trekken. Dit laatste vergt ook dat de uitgifte van de bladen niet meer als een nevenactiviteit wordt gezien en betekent dus een ondergraving van de argumentatie van de N M a. Dat zou juridische consequenties kunnen hebben voor het hoger beroep dat de N O S heeft ingesteld.

Deze consequenties van de N M a-benadering vergen

dus wetswijzigingen. Zij dienen aan de orde te worden gesteld door degenen die omroepen als ondernemingen willen beschouwen, die weliswaar voor hun publieke taakvervulling door de overheid worden bekostigd, maar die overigens op 'normale' wijze deelnemen aan het economisch verkeer op de markt. Die consequenties zullen dan wel volledig moeten worden getrokken. Doet de politiek dat niet, dan kan men de omroepen niet verwijten dat zij doorprocederen.

Het trekken van deze consequenties zou betekenen dat het gebied in de samenleving dat door marktwerking wordt bepaald in ons land een flink stuk groter wordt dan het was. Het is duidelijk dat aldus de van hoge waarde geachte pluriformiteit in de omroep en het bijbehorende morele discours tussen omroepen en hun leden, kijkers en luisteraars worden ondergraven en weggedrukt ten gunste van lagere prijzen voor consumenten en een grotere oplage van kranten. Omdat de pluriformiteit van de pers zelf onder grote druk staat en er aan de lopende band titels verdwijnen, betekent dit dat daar niet een duidelijk alternatief voor de pluriformiteit van de media tegenover wordt gesteld. De botsing tussen de waarden 'pluriforme informatievoorziening' en 'welvaart door lagere prijzen' wordt door de N M a-benadering beslist ten gunste van de laatste en ten koste van de eerste.

6. Botsing van wereldbeschouwingen

De kern van het probleem zit mijns inziens in de tekst van de Mededingingswet die vereist dat de in het algemeen belang uitgeoefende taak door marktwerking 'niet wordt verhinderd'. Ook het E G -Hof zegt hier, dat getoetst moet worden of de verweten gedraging werkelijk onmisbaar is voor een goede taakvervulling, in die zin dat er geen alternatieve wegen zijn om ook zonder de verweten gedraging tot een goede taakvervulling te komen. De vraag is of wet

en jurisprudentie hier niet een veel te beperkt criterium bevatten. Door het zo te stellen, wordt in wet en jurisprudentie marktwerking niet afgewogen tegen de taak die in het algemeen belang wordt behartigd, maar wordt marktwerking bij voorbaat als de normale gang van zaken beschouwd. Marktwerking krijgt de voorrang, tenzij absolute schade kan worden aangetoond aan de taak die in het algemeen belang wordt vervuld. Dat bewijs kan niet zo snel worden geleverd, terwijl toch wel degelijk schade wordt toegebracht, alleen geen absolute schade. Men zou zich ook een andere theoretische grondslag van de wet kunnen voorstellen. In dat alternatief zou het er niet om gaan of marktwerking de hoofdtaak niet verhindert, maar of marktwerking ertoe kan bijdragen dat de hoofdtaak zo goed mogelijk wordt vervuld.

Hier botsen twee wereldbeschouwingen op elkaar. In de ene is marktwerking de normale omgangsvorm tussen mensen en organisaties, waarvan alleen in uitzonderlijke gevallen afwijking wordt getolereerd. In de andere wereldbeschouwing wordt het economisch aspect van maatschappelijke instellingen niet veronachtzaamd, maar staat dit aspect altijd in dienst van het goede functioneren van de eigen kwaliteit van die maatschappelijke organisatie.

De eerste wereldbeschouwing is de liberale. Zij wil niet dat de overheid een normatieve opvatting van maatschappelijke organisaties heeft. In navolging van Mill en Hayek, die betoogden dat mensen elkaars preferenties niet kunnen kennen, wordt moraal beschouwd als een zaak van individuele voorkeuren, die door de markt worden gestuurd. De overheid moet moreel neutraal zijn. Beroemd is de uitspraak van Mill dat niemand voor een ander kan bepalen dat het lezen van gedichten waardevoller is dan het spelen van ezeltje prik. Deze wereldbeschouwing ontleent haar vitaliteit vooral aan een begripelijk verzet tegen omstandigheden waarin religie en levens- en wereldbeschouwing een cultuur zozeer domineren dat van theocratie of fundamentalisme sprake is. In seculariserende en

individualiserende tijden is haar eigen succes echter tegelijk haar Achilleshiel, omdat zij de waarden die ook zij behoeft als fundering van de vrijheid van het individu, niet zelf kan genereren.

De andere wereldbeschouwing is de christelijk geïnspireerde opvatting, zoals die bijvoorbeeld door de filosoof Herman Dooyeweerd is ontwikkeld. Deze opvatting ziet maatschappelijke organisaties als constellaties van verschillende aspecten, waaronder het economische aspect. In het bedrijfsleven moet dit uiteraard leidend zijn, maar in de gezondheidszorg, de omroep, het onderwijs, de kunst enzovoorts moet het economische aspect in dienst staan van andere aspecten die kwalificerend zijn voor de sector in kwestie.

Dooyeweerd geeft daarbij het voorbeeld van een kunstwerk. Dit heeft zeker een economisch aspect. Er moeten grondstoffen voor gekocht worden en het heeft een prijs. Maar het is primair esthetisch gekwalificeerd. De bedoeling van een kunstwerk is schoonheidsbeleving. Wie het kunstwerk door het economisch aspect laat bepalen en het in een kluis bergt als beleggingsobject, die schaadt de eigenlijke esthetische bedoeling ervan. Het denken van Dooyeweerd is christelijk omdat hij vindt dat deze eigenlijke bedoelingen van de verschijnselen door God zo in de Schepping zijn aangebracht dat zij door mensen aan het licht gebracht kunnen worden. Dat te doen op een wijze die de eigenlijke bedoelingen tenietdoet, noemt hij zonde.

De overheid heeft in deze wereldbeschouwing wel degelijk een normatieve opvatting van de verschillende sectoren van de samenleving. Zij zal zich steeds afvragen hoe het economisch aspect in dienst kan worden gesteld van het opbloeien van de kwalificerende aspecten van de onderscheiden sectoren. Dat betekent dat de markt niet per definitie als het beste sturingsmechanisme wordt opgevat, waarop alleen in noodgevallen uitzonderingen mogelijk zijn. De markt moet dienstbaar zijn aan de bedoelingen

van de verschijnselen. In het geval van de omroep: aan de opbloei van een pluriforme meningsuiting en vorming.

7. Sociaal kapitaal

De Europese wetgeving en jurisprudentie behelzen betere mogelijkheden dan de Nederlandse om een rechtvaardige afweging te maken tussen beschermwaardige belangen en het nut van marktwerking. In Europa moet bijvoorbeeld de bescherming van de natuurlijke omgeving worden geïntegreerd in het mededingingsbeleid.¹¹ Voor de geestelijke omgeving behelst artikel 151.4 van het EG-verdrag ook zo een integratiebepaling, die de Gemeenschap opdraagt om bij het behartigen van de belangen van de markt rekening te houden met de culturele verscheidenheid. De Nederlandse Mededingingswet is, anders dan bij het EG-verdrag het geval is, niet in een grondwettelijk kader geplaatst dat afwegingen mogelijk maakt tussen economische en andere belangen. Het Nederlandse recht zou ook geen algemene beginselen kennen op grond waarvan die afweging gemaakt kan worden. Staatsrechtelijk gezien heeft de Mededingingswet dezelfde status als de wetten die andere belangen beschermen. De huidige beleidscontext is er bovendien één van marktwerking, liberalisering en bevordering van concurrentie, aldus de directeur-generaal van de NMa.¹²

Ondanks het gemis van een juridisch kader voor afweging tussen marktwerking en andere belangen, bevat de Mededingingswet wel een aanknopingspunt voor zo'n afweging. Artikel 4 geeft de Minister van Economische Zaken de bevoegdheid aanwijzingen te geven aan de NMa. Zulke aanwijzingen kunnen betrekking hebben op de wijze waarop de NMa bij beslissingen inzake artikel 17 van de wet (kartelverbod) andere belangen dan economische belangen in haar afweging moet betrekken. Dat kunnen volgens de wet onder meer culturele belangen zijn. Niet

helemaal duidelijk is of deze andere belangen ook in het geding kunnen worden gebracht bij aanwijzingen die betrekking hebben op het in de onderhavige casus toegepaste artikel 24 van de wet (verbod op misbruik van economische machtspositie). De tekst van artikel 4 lid 1 (algemene aanwijzingen) sluit dat in elk geval niet uit. Waar het recht niet tot afweging tussen belangen noopt, kan de Tweede Kamer de Minister dus wel uitnodigen om de NMa een aanwijzing te geven dat het culturele belang moet worden meegewogen.

Voor zo'n aanwijzing zijn er niet alleen omroeppolitieke, maar ook economische argumenten. De Amerikaanse politieke denker Francis Fukuyama heeft overtuigend aangetoond dat een economie niet op de eerste plaats tot bloei komt omdat zij op geld is gebaseerd, maar omdat zij op vertrouwen is gebaseerd. Op het vertrouwen dat er volgens gerechtvaardigde verwachting wordt geleverd en betaald. Dit vertrouwen verlaagt de transactiekosten en vergroot de efficiency. Economen noemen het sociaal kapitaal.¹² Een economie gaat een slechte toekomst tegemoet als zij haar eigen sociaal kapitaal aantast.

Dit sociale kapitaal wordt niet door de markt voortgebracht. Ook niet door de overheid. Beide hebben er wel behoefte aan, maar zij kunnen het niet produceren. Vertrouwen kun je niet bij wet afdwingen en je kunt het niet met een winstprikkel uitlokken. Vertrouwen komt juist tot stand als je niet bang hoeft te zijn dat de ander je in de steek laat omdat hij elders nog meer kan verdienen. Vertrouwen komt tot stand in menselijke relaties die niet door dwang of door winst worden bepaald. Vertrouwen groeit in de derde sector van de samenleving, naast overheid en markt. In die sector gaat het om vriendschappen, om gezinnen, om de kerk, om het verenigingsleven, om sociale netwerken die andere waarden dienen.

Men zou omroepverenigingen als zo een vorm van sociaal kapitaal kunnen opvatten, die uitermate belangrijk is om de factor vertrouwen in de samenleving te cultiveren.

Bij de omroepverenigingen in het publieke bestel mag je erop vertrouwen dat de radio- en televisieprogramma's niet gemaakt zijn om je geld uit de zak te kloppen, of je met een positief beeld van het overheidsbeleid te indoctrineren. Dat is een waardevolle zaak. We hoeven maar aan Italië te denken of aan de Franse staatsinvloed op de omroep, om te beseffen wat het verschil is. Maar deze functie kunnen omroepen alleen vervullen als zij het karakter hebben van morele interpretatiegemeenschappen, die niet in dienst staan van de macht of het geld, maar van waarden.

Dat sociale kapitaal is ook economisch belangrijk. Daarom is er zelfs een goede economische reden om deze culturele opdracht niet ondergeschikt te maken aan te ver doorgevoerde marktwerking. Dat economische belang kan tegengeworpen worden aan de argumentatie van de NMA die op een verouderd en beperkt neoklassiek economisch denken gebaseerd lijkt. De inzichten in de economische wetenschap reiken al verder.¹⁴ In een institutionele economie kan de publieke omroep gezien worden als een institutie die vertrouwen genereert, dat nodig is om economische transacties tegen zo laag mogelijke kosten te laten verlopen. De economie is er daarom op lange termijn mee gediend dat er omroepen zijn die onafhankelijk van de overheid en onafhankelijk van de commercie informatie verstrekken over wat er in de samenleving aan de hand is.

8. Conclusie

Wat kunnen burgers die zich mét de stichting 'Stop de uitverkoop van de beschaving' en mét de groep 'En nu echte welvaart' zorgen maken over te ver doorgevoerde marktwerking nu doen? Mijns inziens dienen zij te kijken naar wat hun politieke partij over de Mededingingswet zegt. Dat is opportuun, want de wet moet in 2002 worden geëvalueerd. Voor wie de bovenstaande redenering deelt, zijn er drie voorstellen mogelijk:¹⁵

1. De omroepen worden door het publiek gesteund in hun voortgezette juridische procedure. Het hoger beroep is zeker kansrijk, zoals blijkt uit de in voetnoot 3 aangehaalde tekst.

2. Het artikel in de Mededingingswet inzake taken in het algemeen belang die door marktwerking niet mogen worden 'verhinderd', wordt gewijzigd in een formule die een beter evenwicht tussen marktwerking en publieke taken aanbrengt. Dat is nodig en vormt ook de koninklijke weg. Onderzocht zou moeten worden of het artikel dan niet beter in overeenstemming is met de Europese regelgeving (inclusief de cultuurparagraaf uit het Verdrag), waarvan de Nederlandse Mededingingswet in principe is afgeleid.

3. De derde mogelijkheid is dat de Minister van Economische Zaken gebruik maakt van de aanwijzingsbevoegdheid die in de Mededingingswet is opgenomen en dat hij een aanwijzing geeft aan de N M a dat het in het belang is van de economie om het uitgeven van programmabladen in Nederland niet als een normale markt te beschouwen, maar als een markt waarop alleen omroepen concurreren. Bij de omroepbladen zou dit niet betekenen dat er geen concurrentie is, maar dat deze markt wordt voorbehouden aan echte omroepen omdat dit past bij hun culturele taakstelling. Feitelijk is zo'n markt er allang. De omroepen bieden programmabladen aan die in prijs en kwaliteit sterke verschillen vertonen: de consument kan kiezen.

Tegen dit voorstel zou kunnen worden ingebracht dat het niet past dat de regering een proces tracht te beïnvloeden dat 'onder de rechter' (de N M a) is. Ik zou daar tegenover willen stellen dat de directeur-generaal van de N M a zelf het politieke klimaat aanwijst als een factor die zijn afweging in sterke mate bepaalt.¹⁶ De N M a heeft wel degelijk een discretionaire bevoegdheid, waarvoor politieke verantwoordelijkheid moet worden gedragen.¹⁷

Dat is reden om erop te wijzen dat de wens tot wetswijziging of tot een aanwijzing wel degelijk op tafel kan worden gelegd door burgers die zich zorgen maken over de vercommercialisering van de samenleving. Een dergelijke wens spoort bijvoorbeeld met het verkiezingsprogramma van het CDA, dat het belang van ledenorganisaties in de omroep benadrukt, hoewel de Mededingingswet niet ter sprake komt. Het programma van de PVDa zegt evenmin iets over de Mededingingswet, maar bevat in de omroep-paragraaf wel aanknopingspunten. De VVD had in Bolkestein een leider die begreep dat de samenleving een bezield verband nodig heeft. Hij was bereid de morele neutraliteit van de overheid ter discussie te stellen, maar verloor het punt tot zijn spijt op zijn eigen partijraad. Toch moet de bovengenoemde argumentatie inzake sociaal kapitaal ook voor verstandige liberalen een reden kunnen zijn om een al te rigoureuze voorkeur voor marktwerking te matigen.¹⁸ Dat betekent wel dat het standpunt van de VVD behoorlijk moet worden gewijzigd. Hetzelfde geldt voor D66 dat in zijn sociaal-liberale beginselprogramma een mensbeeld bepleit dat op verantwoordelijkheid en respect is gebaseerd, maar in zijn verkiezingsprogramma de NMa steunt.

4. Als de voorstellen 2 en 3 niet worden overgenomen, ligt als vierde mogelijkheid nog de weg naar de multimediale maatschappelijke onderneming open. Daartoe is het noodzakelijk dat omroepen in de positie worden gebracht dat zij daadwerkelijk kunnen concurreren, hetgeen betekent dat zij intern moeten kunnen kruissubsidiëren tussen de verschillende media die zij beheren. Dat vergt wijzigingen van de Mediawet. Teneinde het karakter van morele interpretatiegemeenschap te kunnen behouden dat voor de publieke taakvervulling nodig is, zou het wettelijk ledental juist niet moeten worden verlaagd. Dat is ook niet nodig als het eerste deel van deze aanbeveling wordt gerealiseerd. Daarnaast zouden omroepen het dialoogkarak-

ter bijvoorbeeld via hun internetsites verder kunnen ontwikkelen naar doelgroepen die minder openstaan voor het klassieke verenigingslidmaatschap.

Waar het nu op aankomt is, dat de verschillende politieke partijen door leden, kiezers en namens dezen door de media bevraagd worden op hun visie op de afweging tussen mededinging en andere waarden in de samenleving. Die afweging is één van de belangrijkste politieke vraagstukken van onze tijd. Het is niet alleen in het belang van de omroep maar van een groot scala aan maatschappelijke organisaties, dat de Mededingingswet een betere balans gaat behelzen tussen op zichzelf legitieme en terechte marktwerking en plekken in de samenleving waar de markt ondergeschikt moet zijn aan hogere belangen.

NOTEN

- 1 www.stopdeuitverkoop.nl
- 2 www.echtewelvaart.nl
- 3 De Nijmeegse hoogleraar mededingingsrecht, prof. dr. A. Quaedvlieg, stelde in november 2001 in een lezing voor *Ars Aequi, Databanken. Televisieprogrammalijsen als toets en steen des aanstoots*, dat de N M a een veel te vrije interpretatie hanteert van het Magill-arrest van het Europese Hof. Anders dan in de Ierse situatie die daarin aan de orde was, zou in Nederland van een monopolie dat het de kijker verhindert om kennis te nemen van programmegegevens, geen sprake zijn. Dat zou betekenen dat de N O S een goede kans heeft om in hoger beroep gelijk te krijgen. Voor deze meer auteursrechtelijke zijde van het probleem verwijs ik naar Quaedvliegs lezing.
- 4 Wetenschappers wijzen erop dat Adam Smith zelf de economie ingebed zag in een bezielde verband. Naast zijn boek *The wealth of nations* is zijn *Theory of moral sentiments* tenminste even belangrijk. Vgl. de bijdrage van G. Manen-

- schijn, 'Internationale economische gerechtigheid en vrij kapitaalverkeer: Internationale economische gerechtigheid', in: M. Becker e.a. (red.), *Economie en ethiek in dialoog* (Assen: Van Gorcum, 2001), p. 257-282. Zie ook de bijdrage van Toine van den Hoogen en Jan Peil, 'Visies op de markt', in deze bundel.
- 5 Besluiten van de directeur-generaal van de N M a, in 1998 en 2001, www.NMa.nl.
 - 6 Bijvoorbeeld de *Maatschappij tot Nut van 't Algemeen*, die thans nog steeds scholen bestuurt, dateert al uit 1784.
 - 7 Bijvoorbeeld: S.V. Monsma en J.C. Soper, *The challenge of pluralism: church and state in five democracies*, Lanham: Rowman & Littlefield, 1997.
 - 8 Aldus het Besluit van de directeur-generaal van de N M a, dd. 10 september 1998, punt 8.7.
 - 9 Dit model is gepropageerd door Steven de Waal, *Nieuwe strategieën voor het publieke domein* (Alphen aan de Rijn 2000) en door J.P. Balkenende en G. Dolsma, 'De maatschappelijke onderneming in de gezondheidszorg', in: *Christen-Democratische Verkenningen*, (2000), nr. 7-9, p. 67-73.
 - 10 Het zou een misverstand zijn te menen dat *De Telegraaf*, anders dan de omroepen, een moreel neutrale gids zou uitgeven. Nu al biedt het dagelijkse programmaoverzicht in de krant hedonistisch getoonzette en geïllustreerde informatie met veel nadruk op *glamour* en sterrendom. Er is een sterke parallel met het programmablad van de T R O S. Van vergroting van de keuzevrijheid van de consument is dus ook niet werkelijk sprake in de benadering van de N M a.
 - 11 A.W. Kist, 'De Nederlandse mededingingsautoriteit en het waarborgen van niet-economische belangen', in: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen* (Deventer: Kluwer, 2001), p. 4.
 - 12 Kist, 'De Nederlandse mededingingsautoriteit', p. 6.
 - 13 Zie: I. van Staveren, 'De paradox van zorgarbeid', in: Becker, *Economie en ethiek in dialoog*, p. 179-193.
 - 14 Zie onder meer de bijdrage van H. Garretsen en J. Peil, 'De

relatie tussen economie en ethiek bezien vanuit de economie. Van segregatie naar reïntegratie?', in: Becker, *Economie en ethiek in dialoog*, p. 9-38.

- 15 Er is uiteindelijk nog een vierde weg denkbaar. Omroepverenigingen zouden met een beroep op hun grondwettelijke vrijheden kunnen weigeren hun programmeergevens aan de NOS te verschaffen. Als een substantieel aantal omroepen daartoe overgaat, wordt de verkoop van de programmeergevens onmogelijk. Dat levert echter een overtreding van de Mediawet op en dus burgerlijke ongehoorzaamheid. Ik heb deze optie uiteengezet in mijn bijdrage 'Hoe ontoegankelijk is de publieke ruimte voor religieuze organisaties?' aan de bundel van H. Evers en J. Stappers, *Het informatieparadijs. Verslag van het symposium, gehouden op 20 november 1999 bij gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van het Katholiek Instituut voor Massamedia* (Nijmegen: Valkhof Pers, 2000), p. 43-63, met name p. 59-60.
- 16 De directeur-generaal van de NMa stelt in zijn boven aangehaalde artikel zelf het ontbreken van een afwegingskader tussen de Mededingingswet en andere wetten aan de kaak en hij verwijst voor de 'beleidscontext' naar 'het huidige beleid'. In zijn beslissing in de zaak tussen de NOS en *De Telegraaf* verdedigt hij met zoveel woorden zijn 'interpretatie' van de Mededingingswet met verwijzing naar 'de democratische wilsvorming'.
- 17 De regering voert, in het wetsontwerp *Overheid en markt* en in het ontwerp van *Wet op de zelfstandige bestuursorganen*, als motief voor schrapping van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid aan, dat de NMa geen discretionaire bevoegdheid heeft, maar louter uitvoeringsorgaan is. Tegen deze stellingname pleiten de in noot 16 genoemde uitspraken van de directeur-generaal NMa. In zijn verwerende bewoordingen dringt zich een ervaring zijnerzijds op dat er wel degelijk sprake is van een afweging tussen mededinging en andere waarden.
- 18 Het is interessant om te zien dat op het ministerie van Eco-

nomische Zaken een kentering in het denken over vermarkting aan de gang is, aldus de secretaris-generaal van dit ministerie, J.W. Oosterwijk, in *de Volkskrant* van 20 april 2002. Zie ook: www.volkskrant.nl/marktwerking.