

DE TELEGRAAF – DE LIMBURGER, ZAAKNR. 1538

Besluit van de d-g NMa d.d. 12 mei 2000.

Voorwaarden aan concentratie.

(m.nt. mr P.P.J. van Ginneken)

Beschikking

De d-g NMa heeft op 12 mei 2000 een vergunning verleend voor de overname van De Limburger door De Telegraaf-groep. De NMa keurde de betreffende concentratie goed onder een aantal voorwaarden.

Bij de behandeling van de vergunningaanvraag gaat de NMa uit van het bestaan van een aparte lezersmarkt voor dagbladen. Hoewel er wel een concurrentiedruk uitgaat van landelijke dagbladen op regionale dagbladen, is dat in de hier onderzochte regio's in Limburg minder het geval dan elders. Desalniettemin neemt de NMa het gezamenlijk marktaandeel van landelijke én regionale dagbladen als uitgangspunt. Dit gezamenlijk marktaandeel in de regio's in Limburg bedraagt ongeveer 88%. In de betreffende regio's krijgt De Telegraaf-groep na de overname dus een bijzonder sterke positie op de lezersmarkt. De Telegraaf-groep heeft dan de beide regionale dagbladen (De Limburger en het Limburgs Dagblad) in zijn bezit evenals De Telegraaf, het landelijk dagblad met het grootste marktaandeel in de betreffende regio's. Hierdoor vallen de concurrentieprikkels tussen deze bladen weg. Voor nieuwkomers op deze markt bestaan bovendien vrij hoge toetredingsdrempels.

Om deze economische machtspositie op te heffen, heeft De Telegraaf-groep voorstellen voor voorwaarden gedaan. De Telegraaf-groep heeft zich ertoe verplicht dat beide dagbladen worden ondergebracht in aparte vennootschappen die een eigen commercieel en financieel beleid voeren. De termijn van de voorwaarden is onbepaald. De NMa heeft bij beoordeling van deze voorwaarden meegewogen dat uit onafhankelijk onderzoek door de Van den Boom-groep is gebleken dat het Limburgs Dagblad zeer waarschijnlijk niet verkoopbaar is. Uit onafhankelijk onderzoek van BDO was reeds gebleken dat het Limburgs Dagblad ook binnen De Telegraaf-groep op middellange termijn niet levensvatbaar zou zijn zonder een fusie.

Op de adverteerdersmarkt hebben de partijen in de betreffende regio's in Limburg een bijzonder sterke positie op de markt voor advertenties in regionale bladen en huis-aan-huisbladen. Partijen hebben hier een marktaandeel van ongeveer 65%. Om deze economische machtspositie op te heffen worden onder andere een aantal huis-aan-huisbladen verkocht. Tevens is van belang dat de commerciële activiteiten van De Limburger en het Limburgs Dagblad gescheiden worden door ze onder te brengen in aparte vennootschappen, aldus de NMa.

Voorwaarden aan concentratie

Net als in de Wegener/VNU-zaak¹ zijn de voorwaarden, opgelegd om mededingingsproblemen op de lezers-

markt te voorkomen, het interessantst.² Hier wordt verder ingegaan op de voorwaarden, waarvoor in deze specifieke situatie werd gekozen.

Specifiek aan de hier door de NMa onderzochte situatie was dat het Limburgs Dagblad, reeds deel van De Telegraaf-groep, slechte perspectieven had. Dit werd vastgesteld in de onderzoeken van BDO en de Van den Boom-groep. Deze bijzondere omstandigheid bleek de uitkomst van de procedure op verschillende wijzen te beïnvloeden. De omstandigheid was in de eerste plaats van invloed op de voorwaarden ten aanzien van de lezersmarkt, die de NMa oplegde in haar besluit. Voordat de NMa echter toekwam aan de beslissing om voorwaarden op te leggen, waren de slechte perspectieven van het Limburgs Dagblad reeds de reden dat de NMa onderzocht of De Telegraaf-groep wellicht een beroep kon doen op de failing company defence.

Hieronder zal eerst kort aandacht worden besteed aan het beroep op de failing company defence. Daarna zal aandacht worden besteed aan de oplossing van het onderbrengen van de dagbladen in aparte vennootschappen binnen één concern. Vervolgens zal worden beoordeeld in hoeverre deze oplossing in casu tegemoet kwam aan de mededingingsrechtelijke bezwaren tegen de concentratie.

Failing company defence

Zoals gezegd kwam, voordat over voorwaarden werd gesproken, de deplorabele financiële toestand van het Limburgs Dagblad aan de orde bij het onderzoek naar de door De Telegraaf-groep opgeworpen failing company defence. Met een 'failing company' wordt bedoeld op een onderneming die zonder overname failliet zou gaan. De failing company defence komt erop neer dat de concentrerende partijen die een economische machtspositie dreigen te krijgen, zich verweren met de stelling dat de machtspositie ook zou zijn ontstaan zonder de concentratie, omdat de failing company toch de markt verlaten zou hebben, het marktaandeel van de failing company dan aan de overnemer zou toevallen en er geen alternatieve transactie mogelijk is die de mededinging minder schade toebrengt. Deze verdediging werd door de Europese Commissie tot op heden slechts in één concentratiebeschikking aanvaard, te weten in de zaak Kali+Salz/MdK/Treuhand³.

Opmerkelijk in de onderhavige situatie was dat de beweerde failing company (het Limburgs Dagblad) deel was van een veel groter concern (De Telegraaf-groep) en zich bovendien aan de zijde van de koper bevond. Aan beide complicaties wordt door de NMa aandacht besteed. Aller-

1 Wegener Arcade - VNU Dagbladen, zaaknr. 1528, 13 maart 2000.

2 Ook voor het overige zijn er veel parallellen tussen de twee zaken. Veel van het feitenmateriaal dat is gebruikt, komt overeen met het feitenmateriaal dat is gebruikt in de zaak Wegener/VNU. Bovendien werd de overname van De Limburger door De Telegraaf-groep al meegenomen in de analyse in de Wegener/VNU-zaak (randnummer 267).

3 Zaak IV/M.308, 14 december 1993, Pb. EG L 186/38 van 21 juli 1998; vgl. HvJ EG 31 maart 1998, zaken C-68/94 en C-30/95.

A n n o t a t i e s

eerst neemt de NMa aan, dat de argumentatie die ten grondslag ligt aan de failing company defence, ook geaccepteerd kan worden wanneer de failing company een onderdeel van een andere onderneming is. Er is dan sprake van een 'failing division'. Juist ten aanzien van uitbreiding van de failing company defence naar failing divisions is in het verleden wel opgemerkt dat dit niet toegestaan zou zijn.⁴ De NMa nuanceert haar oordeel overigens door toe te voegen dat het bij een failing division voor partijen moeilijker is om aannemelijk te maken dat een oorzakelijk verband tussen de concentratie en het ontstaan van de machtspositie ontbreekt. De tweede complicatie is dat de failing division in casu niet de over te nemen onderneming is, maar behoort tot het concern van de koper. De NMa laat expliciet in het midden of deze omstandigheid ertoe leidt dat er geen beroep meer kan worden gedaan op de failing company defence.

In casu kan de NMa een beslissing hierover in het midden laten, omdat niet is voldaan aan een van de voorwaarden voor de toepassing van de failing company defence, te weten dat het marktaandeel van het Limburgs Dagblad hoe dan ook aan De Telegraaf-groep zou toevallen. Er is volgens de NMa geen sprake van dat het marktaandeel van De Telegraaf-groep zonder de concentratie op een vergelijkbare wijze zou stijgen als mét de concentratie. De NMa acht de failing company defence daarom niet van toepassing op de overname van De Limburger.

Interessant blijft echter de ruime en flexibele uitleg door de NMa van de failing company defence: de NMa gaat ervan uit dat deze ook van toepassing is op failing divisions en laat daarnaast in het midden of de failing company defence van toepassing is wanneer de onderneming in moeilijkheden juist deel uitmaakt van de overnemer.

Het onderbrengen van dagbladen in aparte vennootschappen

Nadat het beroep op de failing company defence was afgewezen, en er daarmee geen argument meer overbleef om te oordelen dat er geen economische machtspositie zou ontstaan, kwamen de voorwaarden aan de orde die de NMa zou kunnen stellen. Hierbij is voor wat betreft de lezersmarkt gekozen voor de voorwaarden dat de dagbladen het Limburgs Dagblad en De Limburger worden ondergebracht in aparte vennootschappen binnen één concern.

Dit is de tweede keer dat door de NMa voor deze oplossing wordt gekozen; de oplossing van twee onafhankelijke dagbladen onder één dak werd ook al toegepast in de zaak Wegener/VNU. In de zaak Wegener/VNU was de redenering om te komen tot deze oplossing de volgende. Het afstoten van een dagblad in Zeeland zou disproportioneel zijn. Er was daar een beperkte overlap tussen twee kranten in Zeeuws-Vlaanderen. Er was dus slechts een licht mededingingsprobleem. Was dit anders geweest dan was een andere oplossing gekozen, zo lijkt te volgen uit het besluit. In Gelderland, waar een groter mededingingsprobleem ontstond, moest namelijk wél een dagblad worden afgestoten.

Naast het besluit Wegener/VNU is er in de NMa-beschikkingspraktijk geen precedent te vinden voor het onderbrengen van dagbladen in aparte vennootschappen. Voor meer precedents kan wel worden gekeken naar het Verenigd Koninkrijk. Ook de Engelse Monopolies and Mergers Commission (nu Competition Commission geheten) heeft in het verleden aan concentraties voorwaarden opgelegd ter waarborging van het onafhankelijk voortbestaan van twee dagbladen in één concern. Dit gebeurde bijvoorbeeld bij de overname van The Times door de Thomson-groep⁵ en bij de overname van The Observer door de Lomrho-groep.⁶ Deze zaken betreffen dagbladfusies, die aan een specifiek regime zijn onderworpen in het Verenigd Koninkrijk.⁷ Dagbladfusies worden in het Verenigd Koninkrijk niet alleen aan economische criteria getoetst, maar ook aan een pluriformiteitstoets, waarbij van belang is hoeveel titels er blijven bestaan na een concentratie. In dit kader kan het laten voortbestaan van twee onafhankelijke titels in één concern een oplossing vormen. Het betreft dan dus echter een oplossing voor een ander probleem dan een mededingingsprobleem.

In het algemeen is niet aannemelijk dat het onderbrengen van twee dagbladen in aparte vennootschappen binnen één concern een economische machtspositie opheft. Deze oplossing geeft veel minder garanties dan werkelijke desinvesteringen. De ultieme moederonderneming heeft namelijk nog steeds zeggenschap in beide vennootschappen. Binnen één concern zullen daarom niet evenveel concurrentieprikkels tussen de dagbladen bestaan als tussen twee afzonderlijke ondernemingen. Ook kan de moeder van de dagbladen, zelfs als deze relatief onafhankelijke entiteiten zijn, er zorg voor dragen dat op den duur één van de dagbladen in een gebied met overlap verdwijnt.

Beoordeling voorwaarden

De redenering om in de zaak De Telegraaf/De Limburger te kiezen voor de oplossing van het onderbrengen van dagbladen in aparte vennootschappen, ligt niet in de omstandigheid dat er in de betreffende regio slechts een licht mededingingsprobleem bestond, zoals in de zaak Wegener/VNU het geval was. Integendeel, er ontstond binnen de marktdefinitie van de NMa⁸ een zeer hoog marktaandeel op de relevante lezersmarkt. De reden om bij de overname van De Limburger te kiezen voor een andere oplossing dan desinvesteringen was de vergelijking van de toekomstige mededingingsstructuur mét en zonder concentratie. De toetssteen die de NMa aanlegde was of 'de marktstructuur na voltrekking van de concentratie onder deze

4 Zie J. Faull & A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, p. 250.

5 *HCP* (1966-67), 273.

6 *HCP* (1980-81), 378.

7 Zie R. Whish, *Competition Law*, Londen 1996, p. 672 e.v.

8 Op die marktdefinitie valt overigens nogal wat af te dingen, vgl. P. Glazener, *Wegener Arcade/VNU-Dagbladen*, *Mediaforum* 2000, p. 189-190.

A n n o t a t i e s

voorwaarden mededingingsrechtelijk beter is dan zij binnen afzienbare tijd zou zijn als de concentratie niet is voltrokken' (randnummer 270). Deze vergelijking sluit in wezen aan bij de argumentatie van de failing company defence.

Het scenario dat de overname zou worden geblokkeerd heeft volgens de NMa het negatieve effect, dat het Limburgs Dagblad zou verdwijnen. Dit wordt bevestigd door de twee onafhankelijke onderzoeken die in deze zaak zijn verricht. De NMa heeft vastgesteld dat het Limburgs Dagblad alleen zodanige schaalvoordelen kan behalen dat het kan voortbestaan, wanneer het met De Limburger zal fuseren. Tot zover lijkt het scenario van het blokkeren van de overname dus alleen maar nadelige gevolgen voor de marktstructuur te hebben.

Echter, hier moet het volgende bij worden aangetekend. Wanneer de concentratie zou worden geblokkeerd, dan zou worden voorkomen dat het landelijk dagblad met veruit het grootste marktaandeel in de betreffende regio's in één hand komt met de meest succesvolle regionale krant. Uitgangspunt van de NMa bij de afbakening van de productmarkt is geweest dat de nationale dagbladen concurrentiedruk uitoefenen op de regionale dagbladen. Deze concurrentiedruk valt door de overname grotendeels weg. Kortom, het blokkeren van de overname van De Limburger door De Telegraaf-groep zou ook een gunstig effect op de marktstructuur hebben gehad.

Het wél voltrekken van de concentratie, maar dan onder de voorwaarden als voorgesteld, heeft volgens de NMa het volgende effect. Door het in één hand komen van De Limburger en het Limburgs Dagblad zijn schaalvoordelen mogelijk, die het verdwijnen van het noodlijdende Limburgs Dagblad kunnen voorkomen. Om deze reden is het onderbrengen in twee aparte vennootschappen binnen één concern een goede oplossing, aldus de NMa. Er blijven twee regionale titels, waartussen 'een bepaalde mate van concurrentie' bestaat.

Hier dient ook een kanttekening bij te worden gemaakt. Van evenveel concurrentie als tussen twee afzonderlijke ondernemingen zal geen sprake zijn bij dagbladen die tot hetzelfde concern behoren. Een andere concurrent die het Telegraaf-concern nog kan disciplineren in de betreffende regio's, is er met de oplossing van de NMa niet meer. Bovendien, de voorwaarden garanderen niet dat het noodlijdende Limburgs Dagblad op de lange termijn zal voortbestaan. Beide kranten hebben dezelfde moeder, voor wie het op enig moment gunstiger kan zijn om één van beide regionale kranten te laten verdwijnen.

Door de nadruk te leggen op het voortbestaan van het Limburgs Dagblad, blijven bepaalde aspecten van de overname onderbelicht. Wanneer De Telegraaf-groep niet De Limburger koopt, blijft er in de betreffende regio's zoals gezegd concurrentiedruk op De Limburger door De Telegraaf en vice versa. De verkoop van De Limburger aan een ander dan De Telegraaf-groep zou kunnen betekenen dat er twee volwaardige concurrenten blijven bestaan in de

betreffende regio's. Uit het besluit blijkt niet dat de NMa de perspectieven van De Limburger heeft onderzocht, indien deze bijvoorbeeld niet door de Telegraaf-groep zou zijn gekocht maar door een andere partij.

Tot slot

Het is moeilijk om aan de hand van het besluit vast te stellen of de voorwaarden, zoals gesteld door de NMa, werkelijk tegemoet komen aan de mededingingsrechtelijke bezwaren tegen een overname van De Limburger door De Telegraaf-groep. Niet alle informatie die hiervoor nodig is, is te vinden in het besluit. In het algemeen geldt dat het verplichten tot twee onafhankelijke vennootschappen binnen één concern geen oplossing is om het ontstaan dan wel de versterking van een economische machtspositie te voorkomen. De NMa is zich daar ook bewust van en stelt in randnummer 273: '*In dit uitzonderlijke geval* kan dus worden geconcludeerd dat de concentratie onder deze voorwaarden niet is aan te merken als oorzaak van het ontstaan of versterken van een economische machtspositie' (cursive-ring toegevoegd). De indruk die men bij het lezen van het besluit krijgt is dat partijen bij deze concentratie, die binnen de marktdefinitie van de NMa tot een zeer hoog marktaandeel leidde, goed wegwamen.