
WEGENER E.A. T. D-G NMA

Rechtbank Rotterdam d.d. 20 september 2000 (Wegener, enkele individuele journalisten, Redactiecommissie WUGO-middagbladen en NVJ t. d-g NMa).

Toetsing van concentratiebesluiten door de rechtbank. (m.nt. mr P.P.J. van Ginneken)

Uitspraak rechtbank

De Rechtbank Rotterdam heeft op 20 september 2000 beslist op het beroep van Wegener en enige andere appellanten tegen het concentratiebesluit Wegener Arcade – VNU Dagbladen¹. De rechtbank heeft Wegener gedeeltelijk in het gelijk gesteld. Wegener had beroep aangetekend tegen de voorwaarden die de d-g NMa had verbonden aan de overname van VNU Dagbladen. De rechtbank heeft beslist dat Wegener niet het Gelders Dagblad en enkele edities van de Arnhemse Courant hoefde te verkopen en ook geen voorzieningen hoefde te treffen voor de onderlinge redactionele onafhankelijkheid van de kranten PZC en BN/De Stem. Wel moest Wegener zijn huis-aan-huisbladen verkopen en het voortbestaan van de Zuid-Oost Persdienst verzekeren.

Achtergrond

De procedure bij de rechtbank volgde op een (lange) procedure bij de NMa, waarin de overname van VNU Dagbladen door Wegener werd onderzocht. De NMa onderzocht in dit kader drie verschillende markten, waarbij op alledrie die markten een mededingingsprobleem werd vastgesteld. Allereerst betrof dit de lezersmarkt, ten tweede de markt voor persdiensten en ten derde de adverteerdersmarkt. Om de geconstateerde mededingingsproblemen op te lossen, legde de NMa vier voorwaarden aan de partijen bij de concentratie op:

- verkoop van de Arnhemse Courant en enige edities van het Gelders Dagblad;
- waarborging van het voortbestaan van de onderlinge onafhankelijkheid van de kranten PZC en BN/De Stem en het feit dat beide kranten zich (mede) op Zeeuws-Vlaanderen blijven richten;
- verkoop van een aantal huis-aan-huisbladen;
- het laten voortbestaan van de Zuid-Oost Persdienst.

Wegener stelde beroep in tegen de voorwaarden van het NMa-besluit. Het beroep keerde zich vooral tegen de eerste en de tweede voorwaarde.² De eerste voorwaarde werd door de d-g NMa opgelegd als remedie tegen de mededingingsproblemen op de lezersmarkt, maar ook als remedie tegen problemen op de markt voor persdiensten en

de adverteerdersmarkt. Hierdoor was de eerste voorwaarde door de d-g NMa in wezen driemaal gemotiveerd. De tweede voorwaarde werd enkel gemotiveerd als remedie tegen problemen op de lezersmarkt.

In de uitspraak op Wegeners beroep is voor het eerst duidelijk geworden op welke wijze de Rechtbank Rotterdam concentratiebesluiten inhoudelijk beoordeelt.³ Daarnaast werden door de rechtbank enige interessante beslissingen genomen over procedurele aspecten. Hieronder komen eerst deze procedurele aspecten aan de orde. Achtereenvolgens zullen de beslissingen worden besproken omtrent het procedurele argument van de d-g NMa, Wegeners procedurele argument en de procedurele positie van derden. Daarna wordt ingegaan op het inhoudelijke oordeel van de rechtbank. Eerst zullen de algemene overwegingen over het karakter van de toetsing worden besproken. Dan zal de concrete toetsing worden besproken met de hieraan te verbinden conclusies.

Procedureel argument d-g NMa

Voordat de d-g NMa inhoudelijk verweer voerde tegen het beroep van Wegener, beriep hij zich erop dat het beroep van Wegener niet kon slagen omdat het beroep zich slechts tegen de voorwaarden van de vergunning keerde. Wegener zou bij dit beroep geen procesbelang hebben nu zij de voorwaarden zelf heeft voorgesteld tijdens de behandeling van de vergunningsaanvraag.

Dit procedurele verweer van de d-g NMa werd door de rechtbank verworpen. De rechtbank stelde vast dat het niet in strijd met de Mededingingswet en de Algemene wet bestuursrecht is om een beroep te beperken tot de aan een vergunning verbonden voorwaarden. Dit geldt ook wanneer de appellante die voorwaarden zelf heeft aangeboden tegen het einde van de behandeling van de vergunningsaanvraag. Overigens acht de rechtbank zich vrij om na een aldus vormgegeven beroep het gehele besluit te heroverwegen.

De afwijzing van het procedurele verweer van de d-g NMa is toe te juichen. Een ander oordeel van de rechtbank zou aan partijen bij een vergunningsaanvraag alleen nog maar de mogelijkheid laten hun rechten voor te behouden door in het geheel geen voorwaarden aan te bieden of om na het aanbieden van voorwaarden in beroep te gaan van een positieve beschikking. Dit zijn eigenlijk geen alternatieven. De eerste mogelijkheid is geen alternatief omdat het rechtsonzekerheid en vertraging creëert en de tweede mogelijkheid is geen alternatief omdat van partijen dan steeds gevergd zou worden tegen een voor hen positief besluit in beroep te gaan.

1 Besluit van de d-g NMa d.d. 13 maart 2000, zaaknr. 1528.

2 Zo kan uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam worden afgeleid.

3 Enkele aanwijzingen waren al gegeven in het kort geding inzake MKB-Nederland/NMa, Pres. Rb. Rotterdam 17 december 1998.

Het oordeel van de rechtbank sluit ook aan bij het Europese procesrecht. Ook hier bestaat de mogelijkheid van een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring, gericht tegen de voorwaarden.⁴ In het arrest kunnen vervolgens de voorwaarden ongedaan worden gemaakt, alhoewel dit in de praktijk nog niet is voorgekomen.⁵ Ook in de literatuur is erop gewezen dat niets zich ertegen verzet dat in beroep een concentratiebeschikking partiel wordt vernietigd.⁶ Wel zou er dan nauwkeurig moeten worden gekeken naar wat precies de gevolgen zijn voor het gehandhaafde deel van de beschikking.

Procedureel argument Wegener

Ook Wegener beriep zich op een procedureel argument alvorens inhoudelijk op de voorwaarden bij de vergunning in te gaan. Wegener stelde dat de d-g NMa niet binnen dertien weken een beschikking had gegeven en er daardoor een fictieve vergunningverlening had plaatsgevonden. De NMa was met de vergunning met voorwaarden dus te laat.

De d-g NMa stelde dat hij, door in de vergunningfase aanvullende vragen te stellen en daarbij de klok stil te zetten, 31 dagen extra had om te beslissen. De d-g NMa beriep zich op artikel 4:5 Awb, dat bepaalt dat indien de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de behandeling van een aanvraag, het bestuursorgaan om aanvulling mag verzoeken. Volgens artikel 4:15 Awb loopt de termijn niet tijdens de periode waarin om aanvulling is verzocht.⁷

De rechtbank wees het procedurele argument van Wegener af. Zij oordeelde dat tekst, geschiedenis, systematiek en uitvoeringspraktijk van de Mededingingswet niet in de weg staan aan toepassing van artikel 4:5 Awb in de vergunningsfase. Het feit dat in de meldingsfase een specifieke regeling bestaat in de artikelen 35 lid 2 Mw en 38 Mw, en deze regeling in de vergunningsfase ontbreekt, vormde volgens de rechtbank geen argument tegen toepassing van artikel 4:5 Awb. In de meldingsfase is er geen sprake van een aanvraag, waardoor afdeling 4.1.1 Awb niet van toepassing is. Het is om die reden dat de wetgever de specifieke regeling in de artikelen 35 lid 2 Mw en 38 Mw heeft opgenomen.

In een belangrijke overweging ten overvloede stelde de rechtbank dat een aanvrager die zich wenst te verzetten tegen opschorting van de beslistermijn naar aanleiding van aanvullende vragen, dit standpunt direct zou moeten uiten tegenover de NMa. Als voorbeeld noemde de rechtbank het geval dat de NMa in strijd met de zorgvuldigheid overbodige vragen stelt. In een dergelijk geval kan dan achteraf worden vastgesteld dat de NMa niet meer bevoegd was de vergunning onder voorwaarden te verlenen of te weigeren.

In uitzonderlijke gevallen ziet de rechtbank hier ook ambtshalve een taak weggelegd voor zichzelf, dus zonder dat partijen hebben aangegeven het oneens te zijn met de opschortingen. Voortaan is het echter te adviseren om bij overbodige vragen in de beantwoording deze kennelijke

overbodigheid te vermelden, of dit reeds te melden gelijk na ontvangst van dergelijke vragen.

Volgens velen zijn overbodige vragen eerder regel dan uitzondering bij de NMa en dienen deze vragen enkel om de termijn op te rekken.⁸ Bij de Commissie is het overigens niet beter. Ook de Commissie heeft haar eigen wijze om de vaste termijnen te verlengen, namelijk door de incompleetverklaring van de melding. Er zijn gevallen waarin incompleetverklaring zelfs pas enkele dagen voor het verstrijken van de oorspronkelijke termijn plaatsvond.⁹ Een deugdelijke bescherming biedt het Europese procesrecht niet.

Procedurele positie overige appellanten

Naast Wegener hadden zich bij de rechtbank nog enige andere appellanten gemeld, die allen stelden belanghebbende te zijn bij de vergunningverlening onder voorwaarden door de d-g NMa. Al deze beweerdelijk belanghebbenden kwamen op voor de belangen van de werknemers van de af te stoten kranten.

Allereerst hadden enige individuele journalisten zich bij de rechtbank gemeld. Deze stelden door de opgelegde voorwaarde van de gedwongen verkoop van regionale dagbladen te worden geschaad in hun 'loopbaanbelangen'. De rechtbank oordeelde dat deze belangen niet rechtstreeks bij de in geschil zijnde voorwaarde waren betrokken. Verder had de Redactiecommissie Wugo-middagbladen zich bij de rechtbank gemeld. Omdat de redactiecommissie geen rechtspersoon was en artikel 1:2 Awb lid 3 dus niet van toepassing was, kon de commissie niet ontvankelijk worden verklaard op grond van door haar behartigde belangen. Ook de Nederlandse Vereniging van Journalisten had zich bij de rechtbank gemeld. Deze vereniging zou alleen ontvankelijk kunnen zijn als ze het belang van de gezamenlijke leden of een relevant deel ervan zou behartigen. Hier betrof het echter de behartiging van het belang van slechts enkele leden. Net als de andere appellanten werd de vereniging dan ook niet-ontvankelijk verklaard.

De rechtbank paste hier de vaste Awb-beginselen toe. De terughoudendheid bij het toelaten van derden-belanghebbenden is ook in overeenstemming met hetgeen geldt in het Europese procesrecht.¹⁰ Het beroep van de werknemers-

4 Frankrijk, SCPA en EMC t. Commissie (Kali & Salz), C-68/94 en 30/95, par. 37; het Gerecht kan evenwel niet de Commissie gelasten de voorwaarden te veranderen of zich in de plaats van de Commissie stellen, zie ENS t. Commissie, T-74/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, par. 53.

5 Frankrijk, SCPA en EMC t. Commissie, a.w., par. 258.

6 C.J. Cook & C.S. Kerse, *E.C. Merger Control*, p. 216.

7 Deze grondslag voor opschorting is ook te vinden in de toelichting op het Formulier melding concentratie en formulier aanvraag vergunning, te vinden op de website van de NMa.

8 Vgl. bijvoorbeeld de opmerkingen in 'Kartelwaakhond onder vuur', *NRC Handelsblad*, 1 september 2000, p. 1 e.v.

9 Vgl. ELF Atochem/Rütgers, zaaknr. IV/M.442, waarin de melding plaatsvond op 27 mei en de incompleetverklaring volgde op 22 juni.

10 Vgl. E. Hawk & H. Huser, *European Community Merger Control: A Practitioners Guide*, p. 333 e.v.

vertegenwoordigers bij de rechtbank vertoonde enige gelijkis met het beroep in de Perrier-zaken bij het Gerecht.¹¹ Ook hier was het onderwerp van geschil een goedkeurende beschikking onder voorwaarden. Het Gerecht bepaalde dat (vertegenwoordigers van) werknemers, waaronder vakbonden, niet-ontvankelijk waren omdat de werknemers niet rechtstreeks geraakt werden door de beschikking. Hierbij lette het Gerecht mede op Richtlijn 77/187, die het werknemersbelang bij een overname regelt. Voor het werknemersbelang was in het beroep tegen de concentratiebeschikking daarom geen plaats meer.

Algemene opmerking over de materiële beoordeling

Voordat de rechtbank zich boog over de materiële beoordeling van het besluit van de d-g NMa, heeft de rechtbank een algemene opmerking gemaakt over het toetsingskader bij deze beoordeling.

De d-g NMa had betoogd dat de rechterlijke toetsing beperkt diende te blijven tot de vraag of de d-g NMa in redelijkheid tot het bestreden besluit had kunnen komen. De rechtbank had op grond van het bestuursrecht en meer specifiek enige bepalingen uit de Awb¹² een andere opvatting. De d-g NMa bezit bij de te maken beoordeling op grond van artikel 41 lid 2 Mw geen beleidsvrijheid. De aard van de beoordeling brengt wel mee dat bij de begrippenuitleg en de feitenwaardering er een zekere beoordelingsruimte is. Die beoordelingsruimte strekt echter volgens de rechtbank niet zover dat de toetsing beperkt dient te blijven tot de vraag of de d-g NMa in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen. De rechtbank stelde dat zij ook in jurisprudentie van het Hof en het Gerecht hiervoor onvoldoende aanknopingspunten vond.

Die vergelijking met de Europese jurisprudentie is onduidelijk en onnodig. Onduidelijk, omdat de rechtbank niet vermeldde welke jurisprudentie zij voor ogen had. Er zijn slechts enkele Europese uitspraken over concentratiebeschikkingen, en die sluiten niet aan bij het oordeel van de rechtbank. Als gedacht is aan de uitspraak inzake Kali & Salz, dan geldt dat hier juist wél sprake was van een beperkte toets.¹³ Als gedacht is aan de uitspraak inzake Endemol¹⁴, geldt hetzelfde. De verwijzing naar het Europese procesrecht is bovendien onnodig omdat het regime van de Awb geldt als het toepasselijke procesrecht, en hierin niet wordt verwezen naar het Europese procesrecht.

De vraag is overigens of de uitkomst van de procedure in casu anders zou zijn geweest bij een toetsing op grond van de redelijkheid in plaats van een volle toetsing. Dit blijkt uit het vervolg van de uitspraak van de rechtbank. In de analyse van de rechtbank ging het grotendeels om een motiveringsgebrek van de d-g NMa (namelijk het negeren van bepaalde informatie uit de onderzoeksrapporten). Ook in het kader van een toetsing op basis van de redelijkheid zou de NMa-uitspraak wellicht gesneuveld zijn door dit motiveringsgebrek.

Materiële beoordeling in casu

Vervolgens gaf de rechtbank haar materiële beoordeling van het NMa-besluit. Kort gezegd was de materiële beoordeling de volgende. Op de lezersmarkt bestond volgens de rechtbank geen mededingingsrechtelijk probleem. Ook indien werd uitgegaan van de marktafbakening door de d-g NMa, dan nog zou de concentratie op de relevante lezersmarkten niet leiden tot problemen, zo leidde de rechtbank af uit een door Wegener ingebracht rapport van LECC.

Hieruit volgde dat het voorschrift inzake de onderlinge onafhankelijkheid van de kranten PZC en BN/De Stem niet aan de vergunning had mogen worden verbonden. Dit voorschrift had immers uitsluitend betrekking op de lezersmarkt. Voor de voorwaarde van het afstoten van twee regionale kranten lag dit anders; deze voorwaarde was volgens de d-g NMa ook van belang op de markt voor persdiensten en op de adverteerdersmarkt.

Op de markt voor persdiensten was er volgens de rechtbank wel een mededingingsrechtelijk probleem, maar waren de door de d-g NMa opgelegde voorwaarden niet noodzakelijk. De voorwaarde ten aanzien van het voortbestaan van de Zuid-Oost Persdienst diende volgens de rechtbank te worden gehandhaafd, de voorwaarde van het afstoten van twee regionale kranten niet. Op de adverteerdersmarkt was er volgens de rechtbank eveneens een mededingingsrechtelijk probleem, maar ook hier waren niet alle voorwaarden noodzakelijk. De rechtbank concludeerde dat de afstoting van de huis-aan-huisbladen moest worden gehandhaafd, maar de afstoting van de twee regionale kranten niet.¹⁵

Hiermee was ook de voorwaarde om twee regionale kranten af te stoten van de baan. Ten aanzien van deze voorwaarde gold immers dat, voorzover de voorwaarde betrekking had op de lezersmarkt, in de mededingingsrechtelijke beoordeling van die markt geen grondslag was gelegen voor de voorwaarde, en dat voorzover de voorwaarde betrekking had op de markt van persdiensten en de adverteerdersmarkt, dit voorschrift niet 'noodzakelijk, adequaat en proportioneel alsmede overigens rechtmatig' was.¹⁶

11 CCE Vittel en CE Pierval t. Commissie, T-96/92, en CCE Grandes Sources t. Commissie, T-12/93.

12 Genoemd worden artikelen 3:2, 3:46 en 3:47 Awb.

13 Frankrijk, SCPA en EMC t. Commissie, a.w., par. 223-224.

14 Endemol Entertainment t. Commissie, T-221/95, par. 113-147 en 165-170.

15 Ten aanzien van de tweede en derde markt geeft de rechtbank met haar argumentatie, gebaseerd op noodzakelijkheid, mijns inziens een redenering die voor discussie vatbaar is. De ene voorwaarde werd wél en de andere voorwaarde werd niet noodzakelijk geacht. De motivering hiervoor van de rechtbank is tamelijk summier, vgl. p. 20 en 21 van de uitspraak.

16 Deze terminologie sluit aan bij Gencor t. Commissie, T-102/96, par. 317 en de conceptmededeling van de Commissie inzake verbintenissen, te vinden op de website van de DG Competition, http://europa.eu.int/comm/competition/index_nl.html.

De door Wegener ingeroepen toetsing van het besluit van de d-g NMa aan artikel 7 Grondwet (drukkersvrijheid) was na het voorgaande nog slechts van belang voor de resterende voorwaarden. De rechtbank stelde vast dat de NMa in geen enkel opzicht sturend te werk was gegaan bij de uitnodiging aan Wegener om voorwaarden aan te bieden. Hiermee stond volgens de rechtbank vast dat artikel 7 Grondwet niet was overtreden. De resterende voorwaarden bleven dus in stand.

Conclusies bij deze materiële beoordeling

Allereerst blijkt uit de materiële beoordeling van de rechtbank het belang van partijrapporten. De rechtbank heeft in haar uitspraak zwaar geleund op het door LECG opgestelde rapport, dat door Wegener in het geding was gebracht. Met betrekking tot de mededingingsrechtelijke situatie op de lezersmarkt ontleende de rechtbank haar oordeel volledig aan dit rapport. De NMa zelf had na haar eigen onderzoek weinig waarde aan het rapport toegekend. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt echter dat het rapport doorslaggevend had moeten zijn voor de NMa.

Opmerkelijk detail hierbij is dat het LECG-rapport ook was ingebracht in de zaak De Telegraaf – De Limburger door partijen.¹⁷ Ook hier hechtte de NMa weinig waarde aan het rapport en gaf een vergunning onder voorwaarden af. De Telegraaf stelde beroep in, maar dit beroep werd vlak voor de uitspraak op Wegeners beroep weer ingetrokken. De beschikking inzake De Telegraaf – De Limburger is hierdoor niet meer aan te tasten.¹⁸

Bij het aan partijrapporten toegekende belang kan mijns inziens het volgende worden aangetekend. Vaak zullen partijrapporten in opdracht van partijen door economen worden geschreven, en eigenlijk een veredeld partijstandpunt behelzen. Het is de vraag of zulke rapporten voor de NMa altijd doorslaggevend zouden moeten zijn. Hierop gaat de rechtbank niet verder in.

Ten tweede blijkt uit de materiële beoordeling dat de rechtbank daadwerkelijk rechtsbescherming kan bieden bij concentratiebesluiten. De voorwaarde inzake de afstoting van de twee regionale dagbladen was door de d-g NMa in wezen driemaal gemotiveerd. Dit betekende dat de rechtbank driemaal een ander oordeel moest hebben dan de NMa, wilde het beroep tegen deze voorwaarde slagen. Desalniettemin slaagde het beroep, dit nadat de rechtbank de motivering inzake alle relevante markten had bekeken.

(Voorlopig) slot

De uitspraak van de rechtbank naar aanleiding van het beroep tegen het besluit Wegener – VNU Dagbladen bevat interessante beslissingen op het gebied van de materiële beoordeling van concentratiebesluiten alsmede over

enige procedurele aspecten bij deze beoordeling. De uitspraak van de rechtbank is echter nog niet definitief. De d-g NMa is inmiddels tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep gegaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het is dus afwachten hoe het College van Beroep voor het bedrijfsleven zal oordelen over de beslissingen van de rechtbank; het oordeel van de rechtbank is slechts een voorlopig slot aan de procedure.

¹⁷ Besluit van de d-g NMa d.d. 12 mei 2000, zaaknr. 1538, zie met name par. 67-76.

¹⁸ Persbericht NMa van 19 september 2000, te vinden op de website van de NMa, www.nma-org.nl.