





# Bijlagen

## Toetsing van persfusies

*Studies ten behoeve van het rapport van het Bedrijfsfonds voor de Pers over de wenselijkheid en de mogelijkheden van wettelijke regelingen inzake persconcentraties*

DRS. G.W. TEPAS, Stichting 'Het Persinstituut'  
**Enkele aantekeningen over persconcentratie**

MR. G.A.I. SCHUIJT, Instituut voor Informatierecht  
**Grenzen en mogelijkheden van een persfusiecontrole-regeling**

MR. A.P.J.M. VAN LOON, Instituut voor Informatierecht  
**Rechtsvergelijkend onderzoek fusie- en persfusie-controleregelingen**

© Publikatie van het Bedrijfsfonds voor de Pers, december 1989

Uitgave: december 1989

Vormgeving: Saaltink & Kerremans (T & O S M/Rotterdam)

Druk: A N D O , 's-Gravenhage

Exemplaren van deze uitgave zijn schriftelijk of telefonisch te bestellen bij het Distributiecentrum D O P, Postbus 20014, 2500 E A 's-Gravenhage, telefoon (070) 3 78 98 85, onder vermelding van het I S B N-nummer en het afleveringsadres.

I S B N 9 0 3 4 6 2 1 8 2 0

INHOUD

DRS. G. W. T E P A S

Stichting ‘Het Persinstituut’

*Enkele aantekeningen over persconcentratie* 7

MR. G. A. I. S C H U I J T

Instituut voor Informatierecht

*Grenzen en mogelijkheden van een persfusiecontroleregeling* 37

MR. A. P. J. M. V A N L O O N

Instituut voor Informatierecht

*Rechtsvergelijkend onderzoek fusie- en persfusie- controleregelingen* 69



DRS. G. W. TE PAS

Stichting 'Het Persinstituut'

## Enkele aantekeningen over persconcentratie





Bijna een jaar geleden verschenen de resultaten van een in het kader van het research-programma van de Stichting 'Het Persinstituut' uitgevoerd empirisch onderzoek naar het Nederlandse persklimaat in de jaren 1950-1985. Het persklimaat werd in bedoelde studie met name beschouwd in relatie met het concentratieproces zoals dat zich de laatste drie decennia in de Nederlandse dagbladwereld voltrok. Het boek, waarin de resultaten zijn neergelegd, is dan ook getiteld '*Concentratie en persklimaat*' (J.J. van Cuilenburg, J. Kleinnijenhuis en J.A. de Ridder, 1988, Amsterdam: v u-uitgeverij). De onderzoeksresultaten zullen we in het navolgende bespreken. Voordat we echter overgaan tot de bespreking van de onderzoeksresultaten, zal eerst het gebruikte begrippenapparaat nader toegelicht worden. Het begrippenapparaat is ontleend aan een door één van de auteurs eerder geschreven boek, te weten '*Persconcentratie in Nederland: begripsvorming, bepaling en beschrijving*', J.A. de Ridder, 1982, Amsterdam: v u-uitgeverij.

---

## 2. DRIE VERSCHILLENDE SOORTEN CONCENTRATIE

Er zijn verschillende verschijnselen in de werkelijkheid die met de term 'persconcentratie' worden aangeduid. In de eerste plaats natuurlijk het van de markt verdwijnen van zelfstandige dagbladen, maar ook de volgende processen worden wel onder de noemer 'persconcentratie' gebracht: de relatieve stijging van de oplagen van de grootste kranten, de verstrengeling tussen dagbladondernemingen en het ontstaan van allerlei redactionele samenwerkingsverbanden. Wanneer een term zoveel verschillende betekenissen blijkt te hebben, is het verstandig om steeds duidelijk aan te geven welke betekenis men in een bepaald verband op het oog heeft. Om de spraakverwarring rond het begrip 'persconcentratie' tegen te gaan, kan men in navolging van De Ridder de term uiteen laten vallen in drie verschillende processen, te weten *redactionele concentratie*, *publieksconcentratie* en *aanbiedersconcentratie*. In de volgende paragrafen zullen we aangeven hoe de juistgenoemde begrippen gedefinieerd kunnen worden. In paragraaf 7 zullen we vervolgens kort aangeven hoe de drie genoemde vormen van concentratie empirisch met elkaar blijken samen te hangen.

In 'Massacommunicatie en samenleving' (J.G. Stappers (red.), 1982, Assen: Van Gorcum) merkt G.W. Noomen op dat er twee clusters van factoren zijn, waarmee rekening gehouden moet worden bij de verklaring van het concentratieproces in de dagbladpers:

1. ontwikkelingen in de samenleving die mede van invloed zijn geweest op de relatie 'pers-publiek';
2. veranderingen in het exploitatieklimaat van dagbladen als gevolg van economische en technische veranderingen.

In onderzoek dat is verricht naar persconcentratie staat het laatste aspect (de economische factoren) meestal centraal. In dit verband kan gewezen worden op de studie die Alsem c.s. verrichtte voor de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. Economische factoren zijn voor een verklaring van persconcentratie zeker relevant; het is echter onverstandig om alleen naar deze factoren te kijken omdat aannemelijk is dat ook sociale factoren van invloed zijn geweest op het proces van persconcentratie. Bij de sociale factoren kan gedacht worden aan een maatschappelijk proces als ontzuiling zoals dat zich de laatste dertig jaar heeft voltrokken en waardoor een aantal 'richtingsbladen' in de problemen kwam. Met name voor het overheidsbeleid kan het een belangrijk gegeven zijn te weten waardoor het proces van persconcentratie veroorzaakt wordt. Zou mogen blijken dat persconcentratie voornamelijk veroorzaakt wordt door een verandering in de smaak van het publiek – in ons type samenleving zelden voldoende reden voor overheidsingrijpen – dan lijkt daar uit te volgen dat overheidsingrijpen minder voor de hand ligt, dan wanneer zou blijken dat het concentratieproces vooral veroorzaakt is door allerlei factoren van financieel-economische aard.

#### 4. REKENING HOUDEN MET DE MATE VAN ZELFSTANDIGHEID

Na de oorlog is het aantal dagbladen in Nederland sterk verminderd. Maar is daardoor ook de verscheidenheid in de Nederlandse dagbladpers in dezelfde mate aangetast? Of met andere woorden: is de stelling ‘hoe meer kranten, des te groter de pluriformiteit’ in haar algemeenheid juist? Het antwoord op deze vraag luidt als volgt: het heeft niet zoveel zin om zonder meer naar het aantal verdwenen kranten te kijken. Het verdwijnen van een krant valt vanuit de optiek van dagbladpluriformiteit slechts dan te betreuren wanneer het een krant met een ‘eigen gezicht’ betreft. Het verdwijnen van een zuiver kopblad doet, omdat een dergelijk blad nauwelijks een ‘eigen gezicht’ heeft (de redactionele zelfstandigheid is nagenoeg nihil), geen afbreuk aan de op het moment van het verdwijnen bestaande pluriformiteit. Men moet derhalve rekening houden met de zelfstandigheid van de verdwenen bladen.

De *nvj* beschouwt in principe alle kranten met een eigen hoofdredacteur *als redactioneel zelfstandige kranten*. Een onderscheid naar de mate van redactionele zelfstandigheid wordt daarbij niet gemaakt. Volgens de *nvj*-definitie zijn ook dagbladen redactioneel zelfstandig die formeel een eigen hoofdredacteur hebben, maar die feitelijk voor een groot deel van hun nieuwsvoorziening op het ‘moederblad’ zijn aangewezen. Achter de *nvj*-definitie kunnen echter nog meer vraagtekens geplaatst worden. Veel kranten werken namelijk samen in gemeenschappelijke persdiensten waarbij kopij van andere kranten wordt overgenomen en waarbij berichten zonder enige vorm van bewerking kunnen worden ‘doorgeplaatst’. Daarom is het in dit kader zinniger om niet het aantal redactioneel zelfstandige kranten te tellen, dat wil zeggen het aantal dagbladen dat niet als kopblad aangemerkt kan worden, maar een meer verfijnde maatstaf te hanteren, te weten het *aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen, dagbladen*.

Ook bij concentratie op het niveau van dagbladondernemingen (aanbieders) dient rekening gehouden te worden met de mate van zelfstandigheid. De zelfstandigheid van een aanbieder kan op verschillende wijzen worden ‘aangetast’. Ondernemingen kunnen namelijk op verschillende manieren

samenwerken. In dit verband kan een onderscheid gemaakt worden tussen samenwerking op *financieel* terrein en samenwerking op *commercieel* terrein. Er is naar de in het onderzoek gehanteerde definitie sprake van 'financiële' samenwerking als een bepaalde onderneming (zelf al dan niet een werkmaatschappij) meer dan 50% van de aandelen van een andere onderneming (zelf werkmaatschappij) in handen heeft. Er is sprake van 'commerciële' samenwerking wanneer ondernemingen samen trachten adverteerders te werven. Omdat beide vormen van samenwerking elkaar niet uitsluiten, zijn er – aldus onderscheiden – uiteindelijk vier mogelijke situaties wat betreft de samenwerking tussen dagbladondernemingen.

Ook op redactioneel terrein vinden allerlei vormen van samenwerking tussen verschillende persondernemingen plaats. De vormen van redactionele samenwerking lopen uiteen van vrij intensief (samenwerking op het gebied van zowel het binnenlandse als het buitenlandse nieuws) tot uiterst summier (het gaat in dit geval om tamelijk vrijblijvende, incidentele samenwerking). Voor de precieze wijze waarop de samenwerking tussen persbedrijven en persorganen geoperationaliseerd is, zijn men verwezen naar De Ridder (1982: 49-52).

Uit het straks nader te bespreken empirisch onderzoek blijkt dat de ontwikkeling (= afname) van het aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen in de tijd minder schoksgewijs verloopt dan de ontwikkeling van het aantal redactioneel zelfstandige dagbladen naar de NVJ-definitie (Concentratie en persklimaat: 12). Dit betekent dat de redactionele zelfstandigheid van de kranten die in het verleden zijn verdwenen op het moment van verdwijnen al verregaand aangetast was.

De concentratiegraad in een 'markt' kan als volgt gedefinieerd worden:

**CONCENTRATIEGRAAD:** de concentratiegraad is de mate waarin de produktie, uitgedrukt in enigerlei groottemaatstaf, plaatsvindt in weinig produktie-eenheden dan wel weinig zelfstandige produktie-eenheden.

De definitie veronderstelt een 'markt' waarbinnen het concentratieproces wordt bestudeerd. Vaststelling van de omvang van de 'markt' is een essentieel onderdeel bij het meten van concentratie. De mate van concentratie zal immers variëren bij verschillende definities van de 'markt'.

Uit de gegeven definitie van 'concentratiegraad' blijkt dat er twee belangrijke aspecten aan dit begrip te onderscheiden zijn: het aantal produktie-eenheden (dagbladtitels, aanbieders) en de verdeling naar grootte hiervan. Een groter aantal ondernemingen zal de concentratie doen afnemen. Maar ook de verandering in verdeling heeft effect. Door een meer of minder evenwichtige verdeling naar grootte zal de concentratie verminderen respectievelijk toenemen. De totale produktie vindt in geval van een meer ongelijke verdeling immers ook in sterkere mate dan voorheen plaats in weinig produktie-eenheden. Beide aspecten zijn dan ook van belang. In de praktijk beperkt men zich echter nogal eens tot of het één of het ander. Juist in de mediadiscussie volstaat men vaak met het geven van een tabel waarin de ontwikkeling van de aantallen dagbladen (of aanbieders) wordt weergegeven. Er wordt dan de conclusie getrokken dat er sprake is geweest van concentratie op basis van het gegeven dat in een bepaalde tijdsperiode het aantal dagbladen (aanbieders) is verminderd. Het aantal dagbladen is vanzelfsprekend een zeer belangrijk aspect, maar om een indruk van de concentratie te krijgen dient ook met de verdeling naar grootte rekening gehouden te worden. Andersom is evenwel volstrekt duidelijk dat een maatstaf die uitsluitend gebaseerd is op de verdeling naar grootte ongeschikt is voor het meten van persconcentratie. Immers, juist bij persconcentratie is het aantal titels, onafhankelijk van hun grootte een uiterst belangrijk aspect.

Twee bekende concentratie-maatstaven die zowel het aantals- als het verdelingsaspect verdisconteren, zijn de Herfindahl-index en de entropiemaatstaf. Op grond van een aantal hier niet nader aan te geven overwegingen, wordt ten behoeve van het onderzoek gekozen voor de entropie-maat. Deze maatstaf wordt echter zodanig getransformeerd dat de gemeten concentratie wordt weergegeven in de eenheid  $N_E$  ('*numbers equivalent*'). Dit laatste geschiedt omwille van de eenvoudigheid te interpreteren betekenis van de eenheid  $N_E$ . Indien bijvoorbeeld de aanbiedersconcentratiegraad uitgedrukt in  $N_E$  *gelijk is aan*  $x$ , dan kan men de vraag 'hoe erg is het nu met de aanbiedersconcentratie gesteld?' beantwoorden met: 'de mate van aanbiedersconcentratie is even sterk als in een *denkbeeldige situatie met x even grote aanbieders*'.

In de eerder gegeven definitie van ‘concentratiegraad’ is sprake van produktie-eenheden. Op basis van een keuze voor een produktie-eenheid kunnen twee hoofdvormen van concentratie onderscheiden worden. In de eerste plaats kan men als produktie-eenheid de onderneming kiezen. Het gaat dan om persconcentratie voor zover deze haar oorzaak vindt in de concentratie van dagbladondernemingen. In dit geval kan van *aanbiedersconcentratie* gesproken worden. Daarnaast kan ook de ‘krant’ als produktie-eenheid gekozen worden. Deze vorm van concentratie wordt aangeduid met de term ‘*krantenconcentratie*’. In beide gevallen wordt als grootte-maatstaf het aantal abonnees gebruikt, dat door de desbetreffende onderneming respectievelijk redactie van een krant wordt voorzien.

De eerste hoofdvorm kan aldus gedefinieerd worden: *Aanbiedersconcentratie* is een proces waarbij de abonnees van dagbladen in steeds sterkere mate door een steeds beperkter wordende groep zelfstandige aanbieders dan wel een groep van steeds minder zelfstandig wordende aanbieders bediend worden. Het aantal aanbieders kan op verschillende manieren verminderen. Een aanbieder kan om één of andere reden van de dagbladmarkt verdwijnen (*opheffing*). Daarnaast kan sprake zijn van *overnames en fusies*. In dat laatste geval smelt een bepaalde onderneming met een andere onderneming samen tot een derde. Er behoeven echter niet zulke desastreuze zaken te gebeuren om toch van een aantasting van de zelfstandige positie van een onderneming te kunnen spreken. Er kunnen allerlei *samenwerkingsverbanden* ontstaan. Een dagbladonderneming verliest dan slechts een gedeelte van haar autonomie. Dit aspect is reeds eerder ter sprake gebracht.

Bij *krantenconcentratie* kan een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds concentratie zoals deze haar oorzaak vindt in de beweging van het publiek en anderzijds krantenconcentratie zoals deze haar oorzaak vindt in de vermindering van het aantal zelfstandige (of vermindering van de zelfstandigheid van een aantal) redacties. Het onderscheid is theoretisch van belang omdat hierdoor een ingang wordt gecreëerd om hypothesen te formuleren omtrent de effecten van sociale factoren. In het zojuist



genoemde eerste geval hebben we te maken met het verdelings-aspect; het gaat om de mate waarin er sprake is van een ongelijke verdeling van abonnees over de kranten. In dit geval wordt van *publieksconcentratie* gesproken. In het tweede geval gaat het voornamelijk om het aantals-aspect. ‘Voornamelijk’, omdat de zelfstandigheid van de redactie nog verdisconteerd moet worden. In dit geval spreekt men van krantenconcentratie in engere zin, of wel van *redactionele concentratie*. De twee grootheden worden als volgt omschreven:

**PUBLIEKSCONCENTRATIE:** de mate waarin de verdeling van oplage-aantallen scheef is.

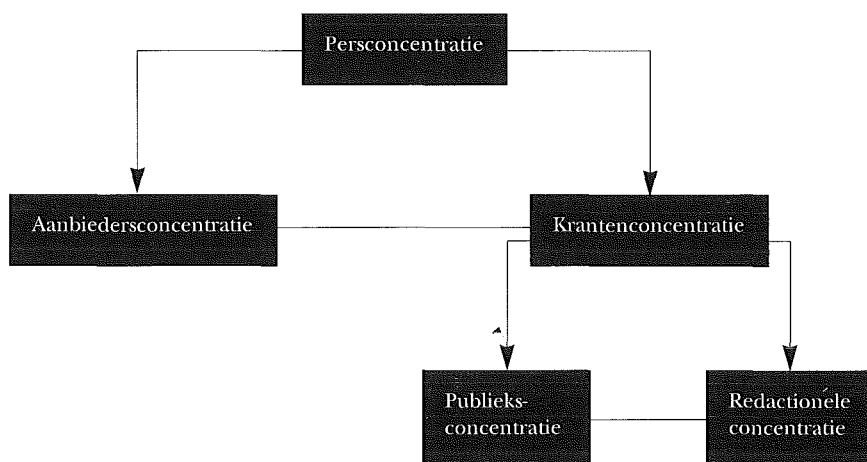
**PROCES VAN REDACTIONELE CONCENTRATIE:** een proces waarin het aantal kranten dat op de markt verschijnt en/of de redactionele zelfstandigheid van kranten afneemt.

Redactionele concentratie kan zowel het gevolg zijn van de afname van het aantal kranten als van de vermindering van de zelfstandigheid van kranten. In dat laatste geval verandert niet het aantal dagbladtitels maar de verdeling van wat men redactionele invloed zou kunnen noemen.

Evenals bij aanbiedersconcentratie kunnen er drie vormen van inbreuk op het zelfstandig bestaan van een redactie worden onderscheiden. Er kan sprake zijn van opheffing (de uitgave wordt gestaakt), van fusie (volledige samensmelting van redacties) en van samenwerkingsvormen.

Het bovenstaande betoog kan in schema (zie: bladzijde 18) worden samengevat:

Om het verschil tussen ‘publieksconcentratie’ en ‘redactionele concentratie’ wat inzichtelijker te maken nog het volgende. De krantenconcentratiegraad kan als volgt geoperationaliseerd worden:  $K_C(t) = R_C(t) / P_C(t)$ , waarbij  $K_C(t)$  de krantenconcentratiegraad is (in jaar  $t$ ) en waarbij  $R_C(t)$  en  $P_C(t)$  staan voor respectievelijk de redactionele concentratie en de publieksconcentratie. De publieksconcentratiegraad moet dus beschouwd worden als een correctiefactor: het geeft aan door welke factor de redactionele concentratiegraad (d.w.z. het aantal kranten gecorrigeerd voor de mate van zelfstandigheid) gedeeld moet worden om een ‘zuiver’ beeld te krijgen van de mate van krantenconcentratie. Als bijvoorbeeld de publieksconcentratie-



graad gelijk aan 2 is, heeft het publiek een zodanige voorkeur voor bepaalde kranten dat de mate van concentratie vergelijkbaar is met die in een situatie met een gehalveerd aantal kranten die alle even groot zijn.

Vatten we het bovenstaande nogmaals samen, dan zouden we 'redactionele concentratie' kunnen omschrijven als 'het aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen, dagbladen' (het kengetal dat aangeeft in welke mate op de gehele dagbladmarkt gekozen kan worden uit volstrekt redactioneel zelfstandige dagbladen). Publieksconcentratie daarentegen is het verschijnsel dat lezers zich 'scheef' over dagbladen verdelēn, dat wil zeggen het verschijnsel dat de oplagen van kranten sterk uiteen gaan lopen.

In het empirische onderzoek is een hypothese uit de ‘dynamische markttheorie’ getoetst. En wel de volgende: er bestaat volgens de dynamische markttheorie een samenhang tussen de specifieke fase waarin de produktcyclus zich bevindt, en het aantal aanbieders op de markt. Volgens de ‘dynamische markttheorie’ leidt een expansieve groei in de markt – als gevolg van ‘control losses’, produktdifferentiatie, consumentenconcentratie etcetera – uiteindelijk vaak tot een verminderd aantal aanbieders. Dit wordt wel de concurrentie-paradox genoemd; een gunstige marktontwikkeling (bijvoorbeeld een vergrote vraag) die via verhevigde concurrentie de facto nadelig blijkt te zijn voor nagenoeg alle bedrijven in een bedrijfstak. Uit het onderzoek blijkt dat de (omgekeerde) s-curve in de persbedrijfstak inderdaad aangetroffen kan worden. Geconstateerd wordt dat de dagbladsector zich al geruime tijd in de laatste fase (= verzadigingsfase) van de s-curve bevindt, die in de dynamische markttheorie wordt beschreven. Na aanvankelijk sterk teruggelopen te zijn, stabiliseren de aanbiedersconcentratiegraad en de redactionele concentratiegraad zich de laatste jaren ongeveer op het niveau dat reeds in 1975 werd bereikt (zie: Tabel 1, bladzijde 20).

*Leesaanwijzing:* Omdat de concentratiegraden zijn weergegeven in NE, worden de getallen kleiner naarmate de concentratie toeneemt.

Uit het onderzoek blijkt verder dat aanbiedersconcentratie (veroorzaakt door het overnemen en fuseren van ondernemingen) in de periode 1950-1985 een *afremmend effect* heeft gehad op het proces van redactionele concentratie. De belangrijkste *conclusie* van het onderzoek luidt als volgt: ‘publieksconcentratie leidt tot een vermindering van het aantal zelfstandige redacties, tenzij sprake is van een hoog niveau van aanbiedersconcentratie’.

Aanbiedersconcentratie heeft met andere woorden ‘erger’ voorkomen. Bovendien blijken – en dat is wellicht nog opmerkelijker – de meeste factoren, die volgens de gangbare

Tabel 1. Overzicht 1950-1985 verschillende concentratie-maatstaven

| Jaar | Redactionele<br>concentratie<br>(in NE) | Aanbieders-<br>concentratie<br>(in NE) | Publieks-<br>concentratie |
|------|-----------------------------------------|----------------------------------------|---------------------------|
| 1950 | 45.3                                    | 33.8                                   | 1.219                     |
| 1955 | 43.0                                    | 32.5                                   | 1.192                     |
| 1960 | 45.0                                    | 30.2                                   | 1.200                     |
| 1965 | 40.8                                    | 27.9                                   | 1.254                     |
| 1970 | 32.6                                    | 24.1                                   | 1.258                     |
| 1975 | 25.7                                    | 18.0                                   | 1.304                     |
| 1980 | 25.4                                    | 17.3                                   | 1.280                     |
| 1981 | 25.1                                    | 16.8                                   | 1.283                     |
| 1982 | 24.8                                    | 16.2                                   | 1.285                     |
| 1983 | 24.9                                    | 16.0                                   | 1.288                     |
| 1984 | 25.0                                    | 15.9                                   | 1.288                     |
| 1985 | 25.0                                    | 15.8                                   | 1.288                     |

theorie van belang worden geacht voor de verklaring van redactionele concentratie, niet of slechts marginaal van invloed te zijn geweest. De volgende factoren blijken geen of nauwelijks geen invloed te hebben gehad op het proces van redactionele concentratie: de oplage-ontwikkeling, de reclame-opbrengsten en de loonkosten. Deze factoren blijken in de tijd gezien niet systematisch met het 'aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen' samen te hangen.

Publieksconcentratie, zo is gebleken, is de motor achter het proces van redactionele concentratie (= de afname van het aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen). Het publiek heeft in de loop der tijd een sterkere voorkeur gekregen voor bepaalde titels. Het nevenstaande Diagram (zie: bladzijde 21) moge dat illustreren.

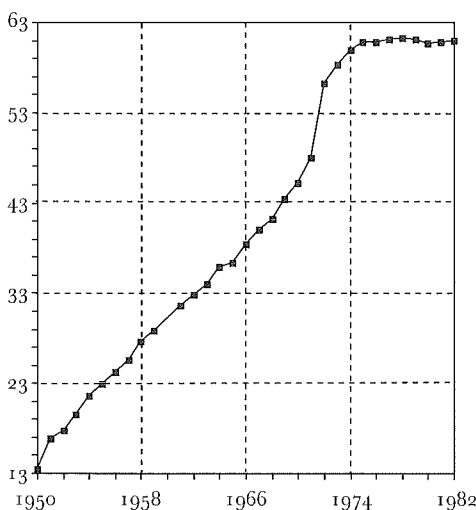
Het Diagram laat zien dat het marktaandeel van De Telegraaf/ Nieuws van de Dag en het Algemeen Dagblad in de periode 1950-1982 sterk is toegenomen. Hadden die bladen in 1950 samen nog slechts 14% van de markt voor landelijke dagbladen in handen, thans is hun marktaandeel op deze markt gestegen tot boven de 60%. In 1972 is een duidelijke trendbreuk waarneembaar. Deze trendbreuk wordt veroorzaakt door het feit

dat Het Vrije Volk in 1972 ophield als landelijk dagblad te verschijnen; Het Vrije Volk trok zich terug op de regio Rotterdam. Door deze verandering daalde de oplage van de landelijke dagbladpers en stegen derhalve de marktaandelen van de resterende landelijke dagbladen.

De sterke voorkeur voor bepaalde titels (publieksconcentratie) is met name waarneembaar bij de *nieuwe lezers* die tot de dagbladmarkt toetraden. En dat zijn er velen. Sinds 1960 is de oplage van de dagbladen met ruim anderhalf miljoen exemplaren toegenomen (1960: 3.1 miljoen, 1985: 4.5 miljoen). Lezers die eerder een krant gelezen hebben, maar van krant moesten veranderen omdat hun krant verdween, hebben zo leert een nadere analyse het niveau van publieksconcentratie niet beïnvloed. Dat wil zeggen dat de 'herintreders', zij die een nieuwe krant moesten kiezen omdat hun oude dagblad niet meer verscheen, de ongelijkheid in de marktaandelen van dagbladen niet groter hebben gemaakt. Nog anders: de herintreders verspreidden zich over de resterende dagbladen op een manier die niet afweek van de gemiddelde voorkeur van de overige lezers. Concluderend kunnen we stellen dat de nieuwkomers op de lezersmarkt de kwantitatieve verhoudingen in dagbladpers ingrijpend veranderd hebben.

Het feit dat de nieuwe lezers een sterke voorkeur voor bepaalde titels ten toon spreiden, houdt automatisch in dat een

Diagram 2. Het percentuele aandeel van De Telegraaf en het Algemeen Dagblad in de markt van landelijke dagbladen – puntenwolk.



aantal andere dagbladen hun marktaandeel zag teruglopen. Dat hoeft overigens niet te betekenen dat hun oplage ook achteruit liep. De periode 1950-1985 werd zoals gezegd gekenmerkt door een sterke groei van de totale dagbladoplage. Het betekent wel dat deze bladen hun *relatieve* omvang (dat wil zeggen hun 'marktaandeel') zagen teruglopen. En dit heeft, zo blijkt uit het onderzoek, in de meeste gevallen noodlottige gevolgen. Alle dagbladen waarvan het marktaandeel sinds 1950 is gestegen, zijn namelijk blijven bestaan, terwijl van alle bladen die sinds 1950 zijn verdwenen het marktaandeel terugliep. Niet alle dagbladen waarvan het marktaandeel is teruggelopen, zijn echter verdwenen. Van de 33 dagbladen waarvan het marktaandeel terugliep, zijn er 24 verdwenen. Van de negen bladen die de terugloop in marktaandeel overleefd hebben, worden er zeven in concernverband uitgegeven. Het hebben van een concern-draagvlak zorgt er blijkbaar voor dat de overlevingskansen van een titel met een teruglopend marktaandeel aanzienlijk groter worden. In het woord 'overlevingskansen' ligt echter reeds besloten dat het hebben van een concern-draagvlak geen garantie inhoudt dat kranten met een teruglopend marktaandeel tot in lengte van dagen in leven zullen worden gehouden. In dit verband kan gewezen op dagbladen als De Tijd, Het Vaderland en de Winschoter Courant die het ondanks een concern-draagvlak uiteindelijk toch niet konden bolwerken.

De concurrentie tussen Nederlandse dagbladen is de laatste decennia niet zozeer gevoerd met behulp van de prijs die voor het produkt betaald moet worden, maar met behulp van de kwaliteit en de omvang van het produkt. Het is niet ondenkbaar dat velen voor de grote titels hebben gekozen omdat in die bladen voor hetzelfde geld veel meer te lezen staat. Met deze vaststelling zijn we bij een verklaring aangeland waarom een proces als 'aanbiedersconcentratie' zich heeft voltrokken en indirect waarom dit proces de afname van het aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen, heeft afgeremd. De grotere vraag naar dagbladen gecombineerd met het groter wordende aantal pagina's per dagblad vereiste namelijk een enorme toename van de produktie-omvang, een vergroting die via kapitaalintensieve schaalvergroting makkelijker te verwezenlijken valt. Met andere woorden: fusies en andere vormen van samenwerking worden aantrekkelijk wanneer er grote financiële risico's gelopen moeten worden in verband met de uitbreiding van de produktie-omvang. Bovendien kunnen bepaalde zaken,

bijvoorbeeld de marketing, in concernverband efficiënter ter hand worden genomen. Kleine dagbladbedrijven die niet in staat waren om voldoende middelen te verwerven om de uitbreiding van de productiecapaciteit te financieren, verdwenen daardoor van de dagbladmarkt of zochten hun toevlucht in een fusie met een andere onderneming. Wat dit laatste betreft nog het volgende: een fusie met een andere onderneming brengt schaalvergroting met zich mee, en dat kan in bepaalde gevallen een aantal economische voordelen opleveren. Hoe die voordelen gerealiseerd kunnen worden, bespreken we hieronder.

H.W. de Jong (Fusies en overnames, s m o-informatief, 1988: 48) merkt op dat concentraties in het bedrijfsleven 'slechts voor hooguit de helft der gevallen een succes genoemd mogen worden'. 'Horizontale fusies' (samengaan van ondernemingen die dezelfde of nauwverwante produkten of diensten aanbieden) dragen echter minder risico's met zich mee dan 'verticale' (integratie van ondernemingen die elkaars leveranciers of afnemers zijn of kunnen zijn) en 'diagonale' (alle overige) fusies. Bij horizontale fusies (bijvoorbeeld tussen twee dagblad-ondernemingen) wordt kennelijk eerder een 'synergetisch' resultaat (de waarde van de combinatie is groter dan de optelsom van de waarden van de samenstellende delen) verkregen dan bij de andere concentratierichtingen. Het synergetisch resultaat is aldus De Jong (1988: 42) het gevolg van één of meer van de volgende factoren:

- 'De combinatie is *groter van omvang* en daardoor in staat voordelen te behalen die de afzonderlijke ondernemingen niet bereikt zouden hebben. Voorbeelden: de grotere onderneming kan specialisten op verschillende terreinen aantrekken, besparingen bereiken door inkoop in het groot, makkelijker financieringsmiddelen verkrijgen, en de produktiemiddelen die verouderen, vervangen door grootschaliger installaties die tegen lagere stukkosten produceren.
- De combinatie kan *verkoopvoordelen realiseren*. Het produktassortiment kan worden verbreed en minder goede artikelen kunnen eruit worden verwijderd; verder kunnen reclame-acties worden gebundeld, verkoop-administraties kunnen worden gecombineerd en gecomputeriseerd.
- *Produktierationalisatie*: waaronder ook de besparingen op transportkosten bijvoorbeeld door middel van combinatie van vrachten of logistieke 'rerouting' kunnen worden verstaan.

– *De beheerskosten* kunnen worden verlaagd door eliminatie van dubbele taken, herindeling van staffuncties en een doelmatiger organisatie van de marketing van de produkten’.

Een slotopmerking: uit Tabel 1 bleek dat de redactionele concentratie in de Nederlandse dagbladpers vergeleken met 1950 behoorlijk fors is toegenomen.

Toch blijkt uit onderzoeken van Van Cuilenburg (1977) en Scholten (1982) dat men in dit land in de jaren zeventig over mediapluriformiteit niet veel te klagen heeft gehad. En aangezien het ‘aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen’ sindsdien slechts nauwelijks is afgenomen, is de stelling verdedigbaar dat ons land ook nu nog een redelijk op de maatschappelijke verscheidenheid afgestemde pers kent.



Het juistbesproken onderzoek heeft betrekking op de periode 1950-1985. Sindsdien heeft zich een aantal nieuwe ontwikkelingen voltrokken op de dagbladmarkt. Het is dan ook zinvol om na te gaan wat deze ontwikkelingen betekenen in termen van aanbieders- en redactionele concentratie. Voordat we overgaan tot de beantwoording van deze vragen eerst een korte schets van de recente ontwikkelingen in dagbladland.

1986

Toetreding van de Barneveldse Drukkerij en Uitgeverij bv (BDU) met de *Barneveldse Krant* tot de NDP. De Barneveldse Krant, vroeger een nieuwsblad, verscheen toen al ruim een jaar als dagblad.

1987

Integratie van de *Winschoter Courant/de Noord Ooster* in de Drents-Groningse Pers (bestaande uit de Emmer Courant, de Drentse en Asser Courant en het Hoogeveens Dagblad). De fusie tussen de bladen, alle behorend tot Wegener's Couranten Concern, heeft geleid tot een gemeenschappelijke rompkrant waaraan ieder van de redacties een aantal lokale/regionale wisselpagina's toevoegt.

1987

*De Verenigde Noordhollandse Dagbladen* (VND) in Alkmaar krijgen aansluiting op het GPD-net. Het redactionele samenwerkingsverband tussen de VND en de Sijthoff Persdienst wordt niet verlengd.

1987

*Elsevier* probeert *Kluwer* over te nemen. Deze overnamepoging lukt zoals bekend net niet. In het najaar van 1987 fuseert Kluwer met Wolters-Samsom. Omdat Wolters-Samsom niet op de dagbladmarkt actief is, verandert er in termen van aanbiedersconcentratie op de dagbladmarkt niets.

1988

De samenwerking tussen het *Reformatorisch Dagblad* (Apeldoorn) en het *Nederlands Dagblad* (Barneveld) wordt versterkt. Het Reformatorisch Dagblad van 16 januari 1988 meldt daarover het

volgende: 'de reeds bestaande samenwerking tussen de kerkredacties zal een intensiever karakter krijgen. Daarnaast zal de parlementaire verslaggeving in een aantal gevallen worden gecombineerd. Ook ten aanzien van buitenlandredacties wordt onderzocht in hoeverre er mogelijkheden tot samenwerking zijn. Op het gebied van de advertentiewerving wordt al ruim zes jaar samengewerkt in de *ND / RD combinatie*. Daarin komt geen verandering. De nu overeengekomen redactionele samenwerking geldt als een proef'.

1988

VNU neemt *Audet* over. Net als in het geval van Wolters-Samsom en Kluwer betreft het hier een samengaan van twee winstgevendende ondernemingen. Door de overname van Audet is VNU na het Telegraaf-concern de grootste dagbladuitgever in Nederland geworden (marktaandeel VNU / Audet vrijwel 16%, Holding Mij. De Telegraaf ruim 18%). De hoofdredacties hebben van de directie de verzekering gekregen dat de kranten zelfstandig zullen blijven.

Wat de precieze redactionele consequenties van de fusie zullen zijn, is op dit moment nog niet duidelijk. De hoofdredacteurs van de betrokken bladen staan niet geheel afwijzend tegenover een verdergaande redactionele samenwerking, mits die gericht is op kwaliteitsverbetering en niet ten koste gaat van de zelfstandigheid en de eigen identiteit van de kranten.

Hoofdredacteur Frans Wijnands (De Limburger) meent dat in verband met een verdergaande redactionele samenwerking 'in principe niets is uitgesloten'. Hij noemt in de *Journalist* van 15 februari 1988 onder andere de mogelijkheid van een gedeeltelijke uitwisseling van het binnenlandse nieuws. Dat daardoor de Zuidnederlandse kranten meer op elkaar kunnen gaan lijken, vindt de hoofdredacteur van De Limburger 'niet erg, want we verschijnen in zeer verschillende gebieden en bovendien wordt zo'n proces afgeremd of gestimuleerd door zelfstandige hoofdredacteurs'. Of de parlementaire redacties van de kranten in elkaar worden geschoven is op dit moment evenmin duidelijk. Hoofdredacteur Henk Kuyt van De Gelderlander vindt dat het voor de hand ligt om redactionele samenwerking in Den Haag te gaan bespreken, maar 'de conclusie kan evengoed zijn dat we daarvan moeten afzien. Juist vanwege de eigenheid en de pluriformiteit' (*De Journalist*: 18 januari 1988).

Kortom: welke redactionele consequenties de fusie zal hebben, is vooralsnog niet geheel duidelijk. Van dwang van de

zijde van de directies om tot verdergaande redactionele samenwerking over te gaan, lijkt op dit moment evenwel nog geen sprake te zijn.

27

1988

Hazewinkel Holding Groningen bv, uitgeefster van het *Nieuwsblad van het Noorden*, en de Friese Pers bv, uitgeefster van de *Leeuwarder Courant*, kondigen fusieplannen aan. Deze plannen behelzen een holdingmaatschappij waarin de ondernemingen elk voor vijftig procent zullen gaan participeren. Op het ogenblik worden de plannen ten uitvoer gebracht.

1988

*Het Vrije Volk* sluit zich aan bij de G P D, voorlopig voor twee jaar. Het betreft overigens een beperkte aansluiting. Het Vrije Volk zal namelijk geen gebruik gaan maken van de diensten van een drietal G P D-correspondenten, die bij Sijthoff Pers in dienst zijn.

1988

*Koninklijke Tijl* (o.a. uitgeefster van de *Zwolse Courant*) wordt overgenomen door *Wegener's Couranten Concern*. De bedrijfsleiding van Wegener spreekt echter liever niet van een overname, maar geeft de voorkeur aan de term 'fusie'. 'Dat drukt de bedoelingen beter uit' (De Journalist: 30-05-1988). Hoe dat ook zij, de naam *Tijl* verdwijnt niet; de nieuwe onderneming gaat *Wegener-Tijl* heten.

#### *Plus enkele fusievoornemens*

In het bovenstaande overzicht werden de overnames, bedrijfsfusies en nieuwe redactionele samenwerkingsverbanden welke in de periode 1985-1988 werden gerealiseerd, in kaart gebracht. Daarnaast is er thans nog sprake van twee andere, mogelijk relevante ontwikkelingen. De fusie tussen de Perscombinatie en N D U leidt, wanneer de plannen althans doorgang vinden, tot een zeer grote toename van de aanbidersconcentratiegraad. We komen daar in de volgende paragraaf op terug. Verder dient in dit verband opgemerkt te worden dat een drietal dagbladondernemingen in het Oosten van het land, te weten Kluwer's Courantenbedrijf, Uitgeversmaatschappij Van der Loeff en de Twentsche Courant, 'elkaar gevonden hebben in de intentie een verkennende studie te zullen verrichten naar mogelijkheden tot samenwerking' (De Journalist: 26-09-1988). In paragraaf 10 zullen we tevens aangeven wat de genoemde twee fusievoornemens in termen van aanbidersconcentratie voor gevolgen zouden hebben.

De aanbieders- en redactionele concentratiegraad stabiliseren zich de laatste jaren ongeveer op het niveau dat in 1975 werd bereikt. Voor de studie van het Bedrijfsfonds is de databank die aan het besproken onderzoek ten grondslag ligt, geactualiseerd. In de volgende tabel worden de resultaten van deze actualisering samengevat; de gegevens over de jaren 1986 en 1987 van de drie concentratie-maatstaven staan onderin de tabel weergegeven.

Tabel 2. Overzicht 1950-1987 verschillende concentratie-maatstaven

| Jaar | Redactionele<br>concentratie<br>(in NE) | Aanbieders-<br>concentratie<br>(in NE) | Publieks-<br>concentratie |
|------|-----------------------------------------|----------------------------------------|---------------------------|
| 1950 | 45.3                                    | 33.8                                   | 1.219                     |
| 1955 | 43.0                                    | 32.6                                   | 1.192                     |
| 1960 | 45.0                                    | 30.2                                   | 1.200                     |
| 1965 | 40.8                                    | 27.9                                   | 1.254                     |
| 1970 | 32.6                                    | 24.1                                   | 1.258                     |
| 1975 | 25.7                                    | 18.0                                   | 1.304                     |
| 1980 | 25.4                                    | 17.3                                   | 1.280                     |
| 1981 | 25.1                                    | 16.8                                   | 1.283                     |
| 1982 | 24.8                                    | 16.2                                   | 1.285                     |
| 1983 | 24.9                                    | 16.0                                   | 1.288                     |
| 1984 | 25.0                                    | 15.9                                   | 1.288                     |
| 1985 | 25.0                                    | 15.9                                   | 1.288                     |
| 1986 | 25.5                                    | 15.9                                   | 1.298                     |
| 1987 | 24.8                                    | 15.9                                   | 1.288                     |

*Leesaanwijzing:* de aanbieders- en redactionele concentratie nemen toe naarmate de getallen kleiner worden

In Tabel 2 zien we in 1986 het effect van de nieuwe krant (Barneveldse Courant): de redactionele concentratiegraad gaat met bijna 0.5 NE omhoog (wellicht ten overvloede: de concentratie neemt dus af) en de aanbiederconcentratiegraad

met (het is maar een 'kleine' aanbieder) bijna 0.1 NE (door afrondingen echter niet in de tabel te zien). Met die kleine krant erbij wordt de verdeling over het publiek iets schever (de publieksconcentratiegraad gaat van 1.288 naar 1.298).

29

Het beeld uit 1986 wordt in 1987 snel gecorrigeerd door met name de fusie van de Emmer Courant/Drentse en Asser Courant met de Winschoter Courant. De redactionele concentratiegraad zakt met bijna  $\frac{3}{4}$  NE tot het niveau van 1982. Het aarzelende herstel dat zich begin jaren '80 leek in te zetten, wordt abrupt afgebroken. Op aanbiedersconcentratie heeft de fusie van de twee kranten van Wegener geen effect.

Al met al zien we de aanbiedersconcentratie in de periode 1980-1987 iets toenemen. De concentratie-maatstaf NE is in de genoemde periode met 8% afgenomen, wat wil zeggen dat de aanbiedersconcentratie met 8% is toegenomen. Bezien we een iets langere periode, namelijk 1975-1987, dan treffen we een ongeveer gelijk beeld aan: een toename van de aanbiedersconcentratie met gemiddeld 1% per jaar. Er is met andere woorden in de periode 1975-1987 geen sprake van een volledige stabilisatie, maar van een 'sluipend proces'; de aanbiedersconcentratiegraad neemt zeer geleidelijk nog iets toe.

De oplage-gegevens over 1988 waren op het moment dat het actualiseren van de databank plaatsvond nog niet bekend. Om toch enig inzicht te krijgen in de effecten van een aantal belangrijke ontwikkelingen in 1988 zijn onder 'constanthouding' van de oplagen, de effecten van veranderingen in samenwerking onderzocht. In Tabel 3 zijn de resultaten samengevat. Om de gegevens meer reliëf te geven zijn ook hier weer gegevens van enkele andere jaren aan de tabel toegevoegd. Niet alleen de effecten van de in 1988 feitelijk gerealiseerde overnames en fusies staan in de tabel weergegeven, ook de effecten van het tweetal fusievoornemens zijn berekend (*zie*: het onderste gedeelte van de tabel).

Tabel 3. Simulatie 1988: zeven verschillende situaties

| Jaar/situatie                   | Redactionele<br>concentratie<br>(in NE) | Aanbieders-<br>concentratie<br>(in NE) |
|---------------------------------|-----------------------------------------|----------------------------------------|
| 1985                            | 25.0                                    | 15.9                                   |
| 1986                            | 25.5                                    | 15.9                                   |
| 1987                            | 24.8                                    | 15.9                                   |
| Ref. dagblad + Ned. dagblad     | 24.7                                    | 15.9                                   |
| v N U overname Audet            | 24.8                                    | 14.1                                   |
| Hazewinkel + Friese Pers        | 24.8                                    | 15.5                                   |
| Vrije Volk in G P D             | 23.8                                    | 15.9                                   |
| Wegener overname Tijn           | 24.8                                    | 15.8                                   |
| Cumulatief                      | 23.7                                    | 13.8                                   |
| Perscombinatie + N D U          | 24.8                                    | 12.9                                   |
| Kluwer + vd Loeff + Tw. Courant | 24.8                                    | 15.0                                   |
| Cumulatief                      | 23.7                                    | 10.3                                   |

In Tabel 3 zien we zoals te verwachten viel een behoorlijk sterk effect van de overname van Audet door v n u op de aanbiedersconcentratie (bijna 2 n e: van 15.9 naar 14.1). De nieuwe holding van Hazewinkel (Nieuwsblad van het Noorden) en Friese Pers (Leeuwarder Courant) doet de aanbiedersconcentratie slechts met 0.4 dalen. De overname door Wegener van Tijl heeft nog minder effect (een kleintje verdwijnt; een grote wordt niet veel groter). Samen, cumulatief, doen de feitelijk gerealiseerde overnames en fusies de aanbiedersconcentratiegraad afnemen van 15.9 n e in 1987 naar 13.8 n e in 1988, hetgeen een forse afname genoemd kan worden. Althans een afname van een omvang die veel groter is dan we de laatste 10 jaar gewend zijn geweest.

De redactionele samenwerking tussen het Reformatorisch Dagblad en het Nederlands Dagblad beïnvloeden de redactionele concentratiegraad nauwelijks (daling van 0.1 n e). De participatie van het Vrije Volk in het g p d heeft een groter effect (daling van bijna 1 n e). De redactionele concentratie neemt, zoals de tabel laat zien, veel minder snel toe dan de aanbiedersconcentratiegraad. De bedrijfsfusies hebben tot nu toe niet geleid tot een toename van de redactionele concentratie.

Uit de tabel blijkt tevens dat de aanbiedersconcentratiegraad, wanneer de aangekondigde fusies althans doorgang vinden, in 1988 toeneemt in een mate die tot nu toe volstrekt ongekend is. De aanbiedersconcentratiegraad neemt, wanneer we de effecten van de fusievoornemens mede in de beschouwing betrekken, af van 15.9 n e in 1987 tot 10.3 n e in 1988. Dit gegeven kan als volgt geïnterpreteerd worden: de aanbiedersconcentratie is toegenomen in een mate die gelijk staat aan het verdwijnen van 5.6 (= 15.9 n e minus 10.3 n e) volledig zelfstandige aanbieders. Was de situatie een jaar geleden nog vergelijkbaar met een situatie waar 16 even grote aanbieders bestaan, thans is de situatie wanneer de fusieplannen althans doorgang vinden, vergelijkbaar met een situatie waar nog 10 even grote aanbieders bestaan.

Ter completering van het beeld wordt in de hierna volgende tabel (zie: bladzijde 32) in geïndexeerde vorm weergegeven wat de recente ontwikkelingen betekenen in termen van aanbiedersconcentratie en redactionele concentratie. Bovendien wordt in de tabel weergegeven wat de gevolgen zouden zijn als de twee eerder genoemde fusievoornemens doorgang zouden vinden.

Tabel 4. Concentratiemaatstaven 1950-1987 in geïndexeerde vorm: 1950 = 100, plus simulatie van twee concentratiemaatstaven 1988: zeven situaties

|                                 | Jaar | Redactionele<br>concentratie | Aanbieders-<br>concentratie |
|---------------------------------|------|------------------------------|-----------------------------|
|                                 | 1950 | 100                          | 100                         |
|                                 | 1955 | 96                           | 96                          |
|                                 | 1960 | 99                           | 89                          |
|                                 | 1965 | 90                           | 83                          |
|                                 | 1970 | 72                           | 71                          |
|                                 | 1975 | 57                           | 53                          |
|                                 | 1980 | 56                           | 51                          |
|                                 | 1981 | 55                           | 50                          |
|                                 | 1982 | 55                           | 48                          |
|                                 | 1983 | 55                           | 47                          |
|                                 | 1984 | 55                           | 47                          |
|                                 | 1985 | 55                           | 47                          |
|                                 | 1986 | 56                           | 47                          |
|                                 | 1987 | 55                           | 47                          |
| Ref. dagblad + Ned. dagblad     |      | 54                           | 47                          |
| VNU overname Audet              |      | 55                           | 42                          |
| Hazewinkel + Friese Pers        |      | 55                           | 46                          |
| Vrije Volk in GPD               |      | 52                           | 47                          |
| Wegener overname Tijl           |      | 55                           | 47                          |
| Perscombinatie + NDU            |      | 55                           | 38                          |
| Kluwer + vd Loeff + Tw. Courant |      | 55                           | 44                          |
| Cumulatief (1988)               |      | 52                           | 30                          |



We hebben het al eerder opgemerkt, maar we herhalen het hier nog maar een keer: de dagbladsector bevindt zich al geruime tijd in de laatste fase van de s-curve die in de dynamische markttheorie wordt beschreven; de oplagemarkt groeit al geruime tijd niet of nauwelijks meer.

Van de verschillende theoretische mogelijkheden die aan het eind van de s-curve denkbaar zijn, werd een jaar geleden een stabilisatie van het 'aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen' het meest waarschijnlijk geacht. Deze voorspelling werd als volgt onderbouwd. Een belangrijke oorzaak voor het verdwijnen van dagbladen en dagbladaanbieders was dat zij niet de kapitaalkosten konden opbrengen voor de schaalvergroting die nodig was om efficiënt de door de expanderende lezersmarkt vereiste produktie-omvang te kunnen realiseren. Wat dit betreft lijken dagbladen weinig meer te vrezen te hebben, immers de oplagen groeien niet meer en de bovengrens voor de dikte van kranten is ook wel bijna bereikt. Bovendien neemt de publieksconcentratie – de motor achter het proces – ook nauwelijks meer toe, zodat als gezegd een zekere stabilisatie van het aantal zelfstandige bladen (met overigens hier en daar een bui) het meest waarschijnlijk wordt geacht.

Een toekomstvoorspelling is nooit meer dan een extrapolatie van enigerlei historische trend met, zo werd in 'Concentratie en persklimaat' reeds nadrukkelijk gesteld, alle gebreken van dien. Zo rijst bijvoorbeeld altijd de vraag of invloedsparameters die werden gereconstrueerd op basis van historische éénrichtingsprocessen hetzelfde blijven wanneer die processen extreem doorschieten of zich omkeren. Opgemerkt wordt dan ook dat invloedsparameters die geschat zijn op basis van een turbulent verleden met bijvoorbeeld een snel stijgende produktie-omvang, dubieus worden in een situatie met weinig aanbieders en een geringe toename van de produktie-omvang.

Bovendien gelden de toekomstvoorspellingen slechts gegeven de *ceteris-paribus clause* (al het overige gelijk blijvend). De voorspellingen zijn met andere woorden slechts plausibel zolang er zich geen 'structuurwijzigingen' voordoen. In dit verband moet er op gewezen worden dat de invloed van een aantal zaken in het 'persbarometer-onderzoek' niet is gemeten. De invloed van zaken

als ‘management-cultuur’, de oprichting en werking van het Bedrijfsfonds voor de Pers en de in de CAO voor dagblad-journalisten vastgelegde redactiestatuten op het aantal, naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen is als zodanig niet in het onderzoek gemeten/vastgesteld. De genoemde grootheden bepalen echter mede de uitgangssituatie/onderzoeks-omgeving, tegen welke achtergrond de vraag hoe de drie concentratie-processen samenhangen, bestudeerd is. Genoemde factoren vormen met andere woorden de context waarbinnen de samenhang van de wel gemeten variabelen onderzocht is. Zouden bepaalde elementen in de context er in het verleden anders hebben uitgezien, of zouden zij niet aanwezig zijn geweest, dan is het niet ondenkbaar dat andere onderzoeksresultaten zouden zijn gevonden. Andersom geldt als gezegd ook dat voorspellingen slechts plausibel zijn zolang de context, de structuur niet verandert.

Uit het eerder weergegeven cijfermateriaal is reeds gebleken dat het proces van aanbiedersconcentratie het laatste jaar in een stroomversnelling is geraakt; er lijkt sprake te zijn van een trendbreuk. De verwachte stabilisatie is wat aanbiedersconcentratie betreft niet bewaarheid geworden. Wanneer de in het onderzoek gereconstrueerde trends in ogeschouw worden genomen, kan bijvoorbeeld de overname van Audet door VNU een opvallend verschijnsel genoemd worden. Opvallend, omdat het een samengaan van twee ‘sterke’ concerns betreft. Ook in een aantal andere gevallen zien we ondernemingen met voornamelijk ‘sterke’ bladen fuseren. Meest opvallend in dit verband is de (mogelijke) fusie tussen de Perscombinatie en NDU. Vooral opvallend, omdat de NDU alleen maar bladen uitgeeft waarvan het marktaandeel de laatste jaren is gestegen (we zien hier even af van het nu reeds samen met de Perscombinatie uitgegeven Vrije Volk). Er liggen kennelijk motieven ten grondslag aan de wens van de directie van NDU om te fuseren, die vroeger in de dagbladpers niet of nauwelijks een rol van betekenis speelden.

We komen daarmee voor de vraag te staan of de eerder genoemde ceteris-paribus clausule hiermee doorbroken is. Het antwoord op deze vraag moet luiden dat het er inderdaad naar uitziet dat dit het geval is; fusies tussen dagbladondernemingen worden tegenwoordig kennelijk niet meer alleen uit nood geboren. Maar uit deze vaststelling kan uiteraard niet zonder meer het tegenovergestelde van de eerder bereikte conclusie – aanbiedersconcentratie heeft ‘erger’ voorkomen en is derhalve toe te

juichen – worden afgeleid. Men kan op basis van enkele recente ontwikkelingen dan ook zeker niet zonder meer stellen dat aanbiddersconcentratie op zich een gevaar inhoudt voor de dagbladpluriformiteit. Dat blijkt ook wel uit het cijfermateriaal; de fusies en overnames die in 1988 plaatsvonden, hebben niet geleid tot een toename van de redactionele concentratie. Het aantal naar redactionele zelfstandigheid gewogen dagbladen, de grootheid waar we primair in geïnteresseerd zijn vanwege de relatie met het begrip ‘pluriformiteit’, is met andere woorden niet afgenomen. Men mag echter – en dat was de strekking van het onderzoek – de ontwikkelingen aan de vraagzijde van de dagbladmarkt in dit verband nooit uit het oog verliezen. Een teruglopend marktaandeel – als gevolg van veranderende voorkeuren bij het publiek – is meestal fataal zo leerde het onderzoek tenzij een concern-draagvlak aanwezig is. Een concern-draagvlak houdt evenwel geen waterdichte garantie in dat alle in concern-verband uitgegeven kranten tot in lengte van dagen zullen blijven voortbestaan; ook draagkrachtige concerns zullen (sterk) verlieslijdende titels op den duur willen opheffen. Het valt gezien de mogelijke doorbreking van de *ceteris-paribus* clause echter niet geheel uit te sluiten dat men tegenwoordig eerder tot een dergelijke beslissing komt dan vroeger het geval zou zijn geweest. Velen wijzen in dit verband op een verandering in de ‘management-cultuur’ waarbij men sterker dan vroeger de nadruk legt op rentabiliteitscriteria en waarbij men sterker gekant is tegen interne subsidiëring. De vraag of het proces van aanbiddersconcentratie in de toekomst ook ‘erger’ zal voorkomen valt echter – het moge inmiddels duidelijk geworden zijn – niet met een duidelijk ja of nee te beantwoorden. We zijn, om het populair uit te drukken, in een situatie aangeland waarin het zowel kan gaan vriezen als dooien.



MR. G.A.I. SCHUIJT

Instituut voor Informatierecht

**Grenzen en mogelijkheden van een persfusie-  
controleregeling**



Het verschijnsel persconcentratie vervult de overheid al enkele decennia met zorg. Men denke aan het Voorontwerp voor een nieuwe Wet Voorziening Perswezen van de Persraad (1968), het Rapport van de Interdepartementale Commissie Concentratietendenzen in de pers (1970), het advies van de Persraad over laatstgenoemd rapport (1970), de Nota over het Massamedia-beleid (1975), het SER-advies inzake een materiële toetsing van fusies (1977), het Rapport Samenhangend Mediabeleid van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1982), het advies van de Persraad inzake een fusiecontroleregeling (1983) en de Medianota (1983).

In al deze stukken komt de vraag aan de orde of het wenselijk is het verschijnsel persconcentratie tegen te gaan door een fusiecontroleregeling in te voeren. Tot invoering van een dergelijke regeling is het echter nog steeds niet gekomen. Hoezeer de overheid zich ook een zorgfunctie voor de verscheidenheid van (met name) de dagbladpers toekent, zij was tot heden nogal afhoudend als het ging om een persfusiecontroleregeling.

De Nota over het Massamedia-beleid van 1975 (33-35) signaleerde tal van problemen, zowel op het principiële vlak – te weten de mogelijke strijdigheid met de uitingsvrijheid – als op praktisch gebied, bijvoorbeeld met betrekking tot de consequenties van een eventueel fusieverbod. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1982: 257) vond een regeling van deze materie echter een wezenlijk onderdeel ‘van een op verscheidenheid in de pers gericht overheidsbeleid’, maar de regering bij monde van minister Brinkman was afhoudend: een fusiecontroleregeling past niet in het beleid, dat gericht is op deregulering, terwijl het Bedrijfsfonds voor de Pers voldoende waarborgen voor het voortbestaan van een pluriforme pers lijkt te bieden (Medianota 1983: 12). De motie-Niessen (TK 1987/88 20200, XVI, 71) dwong de regering echter zich nader te verdiepen in de mogelijkheden en wenselijkheid van een fusiecontroleregeling voor de pers.

Het aanvankelijke verzet van minister Brinkman was niet gegrond op de opvatting, dat een persfusiecontroleregeling strijdig zou kunnen zijn met de grondwettelijke uitingsvrijheid. De aarzeling van minister Van Doorn in 1975 was daarentegen wel ingegeven door mogelijke strijdigheid.

Dresen (1949: 106-116) schreef te onzent voor het eerst over overheidscontrole op het verschijnsel persconcentratie. Hij vond die controle noodzakelijk en geen aantasting van de vrijheid. Dergelijke maatregelen zijn immers gericht tegen lieden die de pers enkel gebruiken om geld te verdienen. Boukema (1966: 155-158) volgde Dresen niet in deze argumentatie pro ingrijpen, omdat daarmee de deur zou worden opengezet voor een zo ver doorgevoerde overheidscontrole, dat de persvrijheid zelf weer zou worden bedreigd.

Over de strijdigheid van een persfusiecontroleregeling met de grondwettelijke uitingsvrijheid was Van der Hoeven (1969: 101-102) vrij stellig. Hoe de regeling er ook uit zal zien, zij zal moeten neerkomen op een publikatieverbod voor een door concentratie ontstane dag- of weekbladuitgeverij, aldus Van der Hoeven. Het is op zijn minst dubieus of zulk een verbod zich verdraagt met het recht van vrije meningsuiting, zoals wij dat kennen.

De Meij (1982: 113) daarentegen ziet wel mogelijkheden regels te stellen, gericht op het behoud van de pluriformiteit en op het tegengaan van monopolieposities, mits die regelingen maar de dienende taak van het perswezen aan het grondrecht van de uitingsvrijheid onverlet laten. Het hangt, aldus De Meij, af van de aard van de regelingen.

Het criterium 'mits het de dienende taak onverlet laat' is tamelijk vaag. In 1983 gaf de Persraad er in zijn advies een wel erg vrije en ruime interpretatie aan, die toen al niet in overeenstemming was met De Meij's opvatting, welke opvatting nadien in de jurisprudentie werd bevestigd, zoals ik hierna zal aantonen.

In het hiernavolgende ga ik uitdrukkelijk niet in op de vraag of een persfusiecontroleregeling gewenst danwel noodzakelijk is. Ik beperk mij tot de vraag waar in het grondrecht van de uitingsvrijheid de grenzen liggen voor zo'n regeling en welke mogelijkheden er eventueel overblijven. Achtereenvolgens bespreek ik in dat licht het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en het Internationaal Verdrag tot Bescherming van de Burgerlijke en Politieke Rechten en de grondwet. Daarna bespreek ik aan de hand van voorbeelden uit het thans geldende recht een aantal mogelijkheden tot controle op en beperking van de ondernemingsvrijheid, die niet in strijd zijn met de in grondwet en verdragen vastgelegde uitingsvrijheid.



In ons omringende landen kent men reeds geruime tijd regelingen die het verschijnsel persconcentratie beogen tegen te gaan.\*

Mogelijke strijdigheid van die regelingen met de aldaar in de grondwet neergelegde uitingsvrijheid werd in de BRD aan de orde gesteld, maar het preventieve toezicht op persfusies is volgens het BVerfGE (28, 282, 292) niet gericht op het verbieden van een mening als zodanig, maar op de bescherming van een rechtsgoed. Mogelijke strijdigheid met art. 10 EVRM was niet aan de orde gesteld.

In Frankrijk vond het Conseil constitutionnel een wetsontwerp voor een fusiecontroleregeling in 1984 ongrondwettig o.m. omdat het oordelende overheidsorgaan indirect de inhoud van persorganen zou moeten beoordelen. In de wet van 1986 is op grond daarvan het toezicht bij fusies aan het criterium van een maximaal marktaandeel gekoppeld. Mogelijke strijdigheid met art. 10 EVRM werd ook hier niet aan de orde gesteld. (Van Loon 1988).

Een dergelijke actie lijkt ook weinig kans van slagen te hebben. Artikel 10 van het EVRM garandeert enerzijds de uitingsvrijheid en ontvangstvrijheid, maar maakt anderzijds beperkingen – in de zin van ‘formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties’ – mogelijk. Die beperkingen moeten zijn voorzien bij wet, hetgeen volgens de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 26-4-1979, NJ 1980, 146 Sunday Times) moet worden uitgelegd als wet in materiële zin, dat wil zeggen dat ook de lagere wetgever of de rechter beperkingen kunnen stellen. Niet elke beperking is echter mogelijk doch slechts die beperkingen, die nodig zijn in een democratische samenleving in het belang van een aantal te beschermen rechten en waarden (art. 10 lid 2). Volgens de jurisprudentie van het EHRM is sprake van een noodzakelijkheid als er is een ‘pressing social need’. Bij de beoordeling of daarvan sprake is laat het Hof de afzonderlijke staten een zekere ‘margin of

\* Zie het overzicht van de regelingen in het buitenland in A.P.J.M. van Loon, ‘Rechtsvergelijkend onderzoek fusie- en persfusiecontroleregelingen’ (1988) in deze bijlagen bij het Advies van het Bedrijfsfonds voor de Pers.

appreciation'. (Vergelijk EHRM 7-12-1976, NJ 1978, 236 Handyside met EHRM 26-4-1979, NJ 1980, 146 Sunday Times; Wiarda 1986: 15)

Dus:

- beperkingen zijn mogelijk
- zij moeten nodig zijn in een democratische samenleving
- ter bescherming van (o.m. 's lands veiligheid, openbare orde, goede zeden, rechten van anderen)
- zij kunnen bij materiële wet (lagere wetgever) worden gesteld.

Hoe de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een fusiecontroleregeling – in het licht van de vraag naar mogelijke strijdigheid met het Europese Verdrag – zullen beoordelen, hangt uiteraard van de concrete regeling af. Een aanknopingspunt kan worden gevonden in een uitspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM 6-7-1976, NJ 1978, 237 Geïllustreerde Pers versus Nederland):

'Be that as it may, the Commission considers that the protection of the commercial interests of particular newspapers or groups of newspapers is not as such contemplated by the terms of Art. 10 of the Convention. These matters might perhaps raise an issue under this provision where a State fails in its duty to protect against excessive press concentrations, but this obviously is not the position in the present case'.

De Europese Commissie zegt hier enerzijds dat art. 10 niet geschreven is ter bescherming van commerciële belangen, anderzijds dat een staat de plicht heeft op te treden tegen excessieve persconcentraties. Weliswaar is daarmee geen blanco volmacht gegeven om welke persfusiecontroleregeling dan ook te maken (De Meij 1982: 105), maar het geeft aan dat de Commissie niet alleen niet a priori afwijzend staat, maar zelfs onder omstandigheden zo'n regeling noodzakelijk acht. De Europese Commissie (in de hierboven vermelde zaak Geïllustreerde Pers versus Nederland) en het Europese Hof (in Sunday Times 26-4-1979, NJ 1980, 146) letten niet alleen op de vrijheid van de zender – in Sunday Times èn de ondernemer èn de hoofdredactie

en de redactie –, maar ook op het recht op informatie van de burgers, de ontvangers.

43

‘Furthermore, in the area of ‘information’, i.e. in the area of facts and news as opposed to ‘ideas’ and ‘opinions’ the protection of Art. 10 of the Convention seeks to secure concerns the free flow of such information to the public in general’ (Geïllustreerde Pers, r.o. 85).

en:

‘Not only do the media have the task of imprint such information and ideas: the public also has a right to receive them’ (Sunday Times r.o. 65, vergelijk Kjeldsen, Busk Madsen and Pederson E H R M 7-12-1976, N J 1973, 235)

In dit verband kan verder nog gewezen worden op de verscheidene resoluties, aanbevelingen, moties en rapporten die door de Raad van Europa zijn aangenomen en waaruit een bezorgdheid spreekt om het verschijnsel persconcentratie (Van Loon 1988). Het meest duidelijk daarover is Recommendation nummer 582 (T K 1970/71, 10373, 3):

‘The independence of mass media should be protected against the dangers of monopolies. The effects of concentration in the Press and possible measures of economic assistance require further consideration’.

De conclusie kan zijn dat een persfusiecontroleregeling bij toetsing aan het Europese Verdrag niet gauw zal sneuvelen. (Vergelijk De Meij 1982: 105). Hetzelfde geldt mijns inziens voor toetsing aan artikel 19 van het Internationaal Verdrag ter bescherming van Burgerlijke en Politieke Rechten (BuPo-Verdrag). Het derde lid is immers ruimer gesteld dan artikel 10 lid 2 E V R M.

3. ARTIKEL 7 LID 1 GRONDWET

Anders dan het Europese Verdrag kan artikel 7 lid 1 Grondwet (Gw) wel een beletsel vormen voor een persfusiecontroleregeling. Alvorens dat nader te onderzoeken dient eerst de verhouding tussen het grondwetsartikel en het Verdrag te worden uiteengezet.

De algemene regel is, dat waar het Verdrag méér bescherming biedt dan onze Grondwet de Nederlandse onderdaan een beroep op het Verdrag kan doen, (artikel 94 Gw, artikel 25 EVRM). Waar de eigen Grondwet echter verder reikt dan het Verdrag blijft deze grotere bescherming onverlet, (artikel 60 EVRM).

Daar komt bij dat onze Grondwet (artikel 120 Gw) niet toestaat dat de rechter een formele wet (aangenomen door Koning en Staten-Generaal) toetst aan de Grondwet, maar dat de rechter (met als laatste instantie het Europese Hof) wetten wèl mag toetsen aan het verdrag.

Voor de goede orde: Het hiernavolgende betreft de vrijheid van drukpers (artikel 7 lid 1 Gw), niet de omroep. Artikel 7 lid 2 Gw – ‘De wet stelt regels omtrent radio en televisie’ – geeft de wetgever een veel grotere regelingsbevoegdheid.

Thans de verschillen tussen Grondwet en Verdrag met betrekking tot de drukpersvrijheid:

- Artikel 10 lid 2 EVRM sluit censuur niet geheel uit, onze Grondwet doet dat wèl.
- Volgens het Verdrag kan ook een wet in materiële zin bepaalde uitingen inhoudelijk beperken (Sunday Times). Onze Grondwet zegt, in de uitleg van de HR, dat alleen de formele wet dat kan, (HR 28-11-1950, NJ 1951, 137 Tilburg).
- Bindt onze Grondwet de wetgever niet aan normen die hij bij het stellen van dergelijke beperkingen in acht moet nemen, het Verdrag doet dat wel: de beperking moet nodig zijn in een democratische samenleving etcetera.
- Ten aanzien van aan het grondrecht verwante rechten, zoals het verspreiden van door de drukpers geopenbaarde uitingen, geldt volgens de uitleg van de HR, dat de zogenaamde zelfstandige verspreidingsmiddelen ook bij *materiële wet* kunnen worden beperkt, mits die beperking de dienende taak van het middel aan de waarborging van de uitingsvrijheid

onverlet laat. Dat betekent dat voor zelfstandige verspreidingsmiddelen geen algemeen verbod kan gelden, er dient gebruik van enige betekenis over te blijven, (HR 17-3-1953, NJ 1953, 389 Nuth).

45

De jurisprudentie is gespitst op het gevaar, dat de overheid bij het bestaan van een vergunningstelsel er misbruik van maakt door de vergunning te weigeren vanwege de inhoud van de uiting en dus door censuur uit te oefenen. Dit blijkt onder meer uit HR 11-12-1987 (RvdW 1987, 237, ook in NJ CM-bulletin 1988/2: 121-128 en Informatierecht/AMI 1988/2: 37-39), waarin de Kabelregeling (materiële wet!) in strijd met de Grondwet werd bevonden. Dat was vanwege de bepaling, dat de minister ontheffing kon verlenen van een verbod tot doorgeven van buitenlandse televisieprogramma's, die op Nederland gerichte reclame bevatten. De minister kon geen beslissing nemen zonder eerst het programma bekeken te hebben. Dat hield volgens de HR de mogelijkheid van censuur in. Weliswaar betrof dit arrest artikel 7 lid 2 Gw betreffende de omroep ('Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending'), maar de gevoeligheid van de HR voor (de mogelijkheid van) censuur ten aanzien van uitingen door middel van de drukpers blijkt ook uit de jurisprudentie ten aanzien van artikel 7 lid 1. Indien er al de mogelijkheid is dat de overheid een vergunning op grond van de inhoud weigert, dan dient er gebruik van enige betekenis van het verspreidingsmiddel zonder vergunning over te blijven. (Vergelijk het hierna te noemen arrest-Dordrecht; Kistenkas 1987).

Wat betreft de eis dat de beperking de dienende taak van het verspreidingsmiddel onverlet dient te laten, is de HR in het boekverkopersarrest uiterst streng: het simpele feit dat een vergunning vereist werd, tastte die dienende taak aan:

'dat de uitoefening van dit bedrijf strekt om boeken en overeenkomstige voortbrengselen van de drukpers onder het publiek te verspreiden;  
dat deze wijze van verspreiden bij uitstek geschikt is om de in artikel 7 Grondwet gewaarborgde vrijheid, door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, te dienen;  
dat dienvolgens het boekverkopersbedrijf van overheidswege aan geen andere regeling mag worden onderworpen dan de zodanige, welke de vervulling van die dienende taak onverlet laat;

dat dit laatste bij de onderhavige regeling niet het geval is, nu voor de vestiging van het bedrijf een voorafgaand verlof wordt voorgeschreven,' (HR 22-3-1960, NJ 1960, 274).

Na dit belangrijke arrest – en die over het grafische bedrijf en het leesbibliotheekbedrijf (HR 23-5-1961, NJ 1961, 427 en HR 29-11-1960, NJ 1961, 206) – heeft de wetgever zich 'Grondwetsgevoelig getoond door in de Vestigingswet Detailhandel, de Colportagewet, de Wet Selectieve Investeringsregeling uitzonderingen te maken voor produkten, die een meningsuiting kunnen bevatten en voor daaraan dienstbare investeringen, (vergelijk Boon 1988: 19).

Een en ander brengt niet mee, dat nimmer een vergunningsvereiste kan worden gesteld aan een activiteit of de vestiging van een onderneming, ook al is de activiteit of de onderneming gericht op een meningsuiting.

De APV in Dordrecht bevatte een plakverbod met de mogelijkheid ontheffing te verkrijgen. De HR liet de APV in stand, omdat het plakverbod niet gold voor plakken met toestemming van de rechthebbende en er dus niet *steeds* een voorafgaand overheidsverlof nodig was, (HR 2-10-1979, NJ 1980, 105; vergelijk het zogenaamde Nuthcriterium HR 17-3-1953, NJ 1953, 389; Kistenkas 1987: 357).

De Afdeling Rechtspraak Raad van State vindt dat het plaatsen van reclame – met het oog op redelijke eisen van welstand – afhankelijk gesteld kan worden van toestemming van B en W. Het voorschrift geeft B en W volgens de AR niet de ruimte voor een inhoudelijke beoordeling van de te openbaren of geopenbaarde gedachten of gevoelens. Zij hebben uitsluitend te beoordelen of aan redelijke eisen van welstand wordt voldaan, (AR 14-11-1985, AB 1985, 458).\*

\* In NJCM-bulletin (1987: 623 met nt. A. W. Heringa en 1988: 126-127 met nt. R. de Winter) is deze uitspraak gekritiseerd, resp. afgezet tegen bovenvermeld arrest van de HR inzake het ondertitelingsverbod. De HR stelde dat artikel 7 lid 4 weliswaar reclame uitzondert van de bescherming van het grondrecht, maar dat geeft de overheid niet de bevoegdheid vóóraf te controleren of en in hoeverre een uiting een reclame bevat. De kritiek luidt dat de AR te gemakkelijk aanneemt dat Burgemeester en Wethouders uitsluitend zullen toezien op de eisen van welstand. Mijns inziens wordt door Heringa en De Winter miskend, dat artikel 7 lid 4 Gw censuur op reclame mogelijk maakt, ook na het arrest van de HR. De HR verzette zich tegen de mogelijkheid dat de overheid het de reclame omgevende programma zou beoordelen.

Het vereiste van een vergunning volgens de Hinderwet voor een grafisch bedrijf werd door de HR in stand gelaten. Uiteraard kon de HR de Hinderwet zelf niet toetsen aan de Grondwet (artikel 120 Gw), maar deze wet delegeert de aanwijzing van de 'inrichtingen', die aan een vergunning worden onderworpen aan een AMVB. Het Hinderbesluit wees inrichtingen aan met elektromotoren met méér dan 1,5 Kw. De HR overwoog conform de Advocaat-Generaal Meijers dat de Hinderwet niet beoogt voor de drukkerijbranche de vrijheid van meningsuiting aan te tasten, maar gevaar, schade of hinder binnen en buiten bedrijven te voorkomen. Strijd met de vrijheid van meningsuiting zou er slechts zijn, indien van de bevoegdheid op grond van de Hinderwet misbruik zou zijn gemaakt door een drukker te muilkorven vanwege de inhoud van de te drukken geschriften. Dat was niet gebleken en daarover was ook niet geklaagd. Een dergelijk misbruik is te toetsen aan de hand van de criteria, die bij de vergunningverlening of -weigering worden gehanteerd, (HR 11-2-1986, NJ 1986, 673).

Met name dit laatste arrest wijst in de richting van de discussie over algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten. Met Burkens (1971: 21 en verder), De Meij (1982: 33) en de regering (tijdens de parlementaire behandeling van de Grondwetsherziening: TK 1976/ 77, 13872, nummer 1-5: 20-22) wijs ik dit onderscheid af. (Anders: Donner 1973: 23; Meuwissen 1976: 71-72; Jeukens 1972: 74-75; Boon 1988: 41-44).

Niet het doel van de beperkende bepaling is volgens de tegenstanders van het onderscheid relevant, ook niet de vorm, maar het effect. Essentieel is of er bij wetstoepassing op een concreet geval sprake is van een beperking van het grondrecht. Is dat het geval, dan moet ten aanzien van de regeling voldaan zijn aan de eisen die het betrokken grondrecht aan beperkingen stelt. In casu betekent dat voor de drukpersvrijheid, dat de regeling bij formele wet moet zijn getroffen indien de inhoud van een uiting wordt verboden. Betreft het een zelfstandig verspreidingsmiddel, dan kan de beperking bij lagere wet zijn gesteld, maar dan mag er géén algemeen verbod zijn en moet er gebruik van enige betekenis over blijven. In elk geval dient de beperking bovendien volgens het EVRM noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving.

Wat betreft de mogelijkheid om ten aanzien van zelfstandige verspreidingsmiddelen een vergunning te vereisen kan men uit het voorgaande enkele conclusies trekken.

- een vergunningsvereiste, uitgevaardigd door de lagere wetgever, mag niet algemeen zijn, indien de mogelijkheid bestaat verlof vanwege de inhoud van de uiting te weigeren (plakverbod Dordrecht);
- een vergunningsvereiste, gesteld door de lagere wetgever, mag algemeen zijn, indien de criteria zodanig zijn, dat misbruik ervan (te weten het weigeren van de vergunning vanwege de inhoud van de uiting) te toetsen is (Hinderwet, Hinderbesluit);
- het vergunningvereiste, gesteld door de lagere wetgever, mag niet inhouden, dat de overheid de inhoud moet beoordelen alvorens tot een beslissing te kunnen komen (Kabelregeling).

Een persfusiecontrole-regeling treft vooral het persuitgeverij-bedrijf. Daarover is geen jurisprudentie. Is het een zelfstandig verspreidingsmiddel, een hulpmiddel voor het uitoefenen van het grondrecht of is het de essentie van het grondrecht om zonder voorafgaand verlof door middel van de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren? Het arrest over het Vestigingsbesluit Grafische Bedrijven is niet geheel duidelijk over de vraag of het zich bedienen van de drukpers valt onder het begrip ‘openbaren’ dan wel dat hier sprake is van een afgeleid recht, een recht dat aan het eigenlijke, eng te interpreteren, openbaringsrecht dienstbaar is zoals dat het geval is met de zelfstandige verspreidings-middelen. Kiest men voor de eerste interpretatie, dan is er geen enkel voorafgaand verlof mogelijk. Volgens de tweede interpretatie laat het arrest ruimte voor regelingen, ook door de lagere wetgever, mits die de dienende taak van het zich bedienen van de drukpers niet aantasten, (Boon 1988: 18-19; Boukema 1966: 121-122). Mede omdat een al te rigoureuze doorgevoerd onderscheid tussen enerzijds openbaren (met minder mogelijkheden tot beperkingen) en anderzijds verspreiden (met ruimere beperkingsmogelijkheden) niet vol te houden is, sluit ik me aan bij wat Boukema en Boon doen voor het drukkerijbedrijf. Ook het uitoefenen van het persuitgeverijbedrijf kan worden gezien als een hulpmiddel bij de openbaring in geschrifte van gedachten en gevoelens. De te beschermen essentie van artikel 7 Gw is het openbaren zelf, (vergelijk Boukema 1966: 122).

Conclusies ten aanzien van een mogelijke persfusiecontrole-regeling:



1. Een persuitgeverijbedrijf en het uitgeven van een persorgaan kunnen worden aangemerkt als zelfstandige verspreidingsmiddelen.
2. Een regeling bij formele wet is mogelijk, mits zij nodig is in een democratische samenleving etcetera.
3. Een regeling bij formele wet, die een verlof- of vergunningsvereiste behelst, waarbij de overheid gedwongen wordt de inhoud te beoordelen alvorens verlof te verlenen, is, hoewel niet te toetsen, strijdig met de (interpretatie van de *HR* van de) Grondwet. Zij zal, afgezien van de vraag of de regeling noodzakelijk is in een democratische samenleving, in het parlement op bezwaren dienen te stuiten vanwege de strijdigheid met de Grondwet.
4. Een regeling bij lagere wet, die een verlof- of vergunningsvereiste behelst, waarbij de overheid gedwongen wordt de inhoud te beoordelen alvorens verlof te geven, is volgens de jurisprudentie van de *HR* (Kabelregeling) in strijd met de Grondwet en zal door de rechter buiten werking worden gesteld.
5. Een regeling bij formele en/of materiële wet, die een verlof- of vergunningsvereiste behelst, maar waarbij de criteria zodanig zijn geformuleerd, dat een weigering vanwege de inhoud als misbruik van bevoegdheid zal worden aangemerkt, is geoorloofd.

Zoals hiervoor opgemerkt gaf de Persraad in 1983 blijk van een te ruime opvatting over de grondwettelijke mogelijkheden van een persfusiecontroleregeling. In navolging van De Meij stelde de Persraad, dat dat afhangt van de aard van de regeling. De Persraad gaf echter een eigen interpretatie aan de beperking 'mits de dienende taak van het perswezen onverlet blijft'. De Persraad vertaalde deze beperking aldus: 'dat wil zeggen dat voorkomen wordt dat het perswezen niet goed meer kan functioneren'. Dat ging toen reeds verder dan De Meij in zijn *WR*-studie bedoelde. De Meij (1982: 114) schreef daarin:

'In ieder geval zullen de toetsingscriteria preciezer geformuleerd moeten worden dan in het Voorontwerp (van 1968 *GS*) ('zodanige afbreuk aan de verscheidenheid van het perswezen dat daardoor de publieke voorlichting in ernstige mate wordt geschaad'). Op zichzelf is dit uiteraard het criterium dat men zou willen toepassen, maar ook hier wordt

evenals bij steunverlening op dergelijke grond naar mijn mening de redactionele onafhankelijkheid in gevaar gebracht. Hier wordt immers de inhoud 'gewogen'. Een regeling voor de toetsing van persconcentraties zal mijns inziens moeten aanknopen bij toetsbare machts- en monopolieposities'

Welnu, de Persraad koos in 1983 nog steeds voor het toetsingscriterium uit het Voorontwerp van 1968. (Vergelijk artikel 12 Voorontwerp van 1968 met artikel 4.3 in het Advies van 1983). Zoals ik hierboven heb laten zien heeft de jurisprudentie de strenge opvatting van De Meij bevestigd. Die wijst (de mogelijkheid van) een voorafgaand verlot vanwege de inhoud af. Een fusiecontroleregeling, waarbij een overheidsorgaan of de rechter moet beoordelen of en in hoeverre het verdwijnen of samenvoegen van persorganen zodanige afbreuk doet aan de verscheidenheid van het perswezen, dat daardoor de publieke voorlichting ernstig wordt geschaad, leidt onherroepelijk tot een inhoudelijke beoordeling van de betrokken persorganen en dus tot de mogelijkheid van een voorafgaand verlot (tot het uitgeven van een door fusie ontstaan persorgaan) vanwege de inhoud. Dat moet strijdig geacht worden met de Grondwet.

In ons land wordt de ondernemingsvrijheid op velerlei wijzen beperkt. Aan die beperkingen zijn ook uitgeverijen gebonden. Zij kunnen er niet aan ontkomen, ook niet met een beroep op artikel 7 lid 1 Grondwet. Als een bedrijf wordt uitgeoefend in de vorm van een naamloze of besloten vennootschap, is het bijvoorbeeld gebonden aan de regels in het Burgerlijk Wetboek inzake de openbaarheid van jaarstukken. Het is ook onderworpen aan allerlei regels van economische wetgeving (Prijsenzetwet, Wet Economische Mededinging) en sociale wetgeving, in het bijzonder de Wet op de Ondernemingsraden. Hier laat ik een aantal van dergelijke beperkingen aan de ondernemingsvrijheid, waaraan ook persuitgeverijen onderworpen zijn, de revue passeren. Daarbij zal ik wat uitvoeriger stilstaan bij de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) en de Wet Economische Mededinging (WEM).

Voor de volledigheid betrek ik ook semi-dwingende regelgeving, zoals bijvoorbeeld de SER-fusiegedragsregels en vrijwillig aangegane verplichtingen in de beschouwingen. Met een en ander wil ik laten zien dat zowel dwingend opgelegde als vrijwillig aangegane verplichtingen de ondernemingsvrijheid kunnen beperken zonder op gespannen voet te komen met het grondrecht van de uitingsvrijheid. Bij het zoeken naar mogelijkheden voor een persfusiecontroleregeling kunnen deze voorbeelden een leidraad vormen. In dat verband schenk ik tevens aandacht aan de Mediawet.

*4.1. Openbaarheid van de eigendomsverhoudingen en procedurevoorschriften bij wijziging daarvan*

Volgens het Burgerlijk Wetboek (Boek 2, artikel 379) dienen deelnemingen van 20% of meer in een andere onderneming in de jaarrekening te worden vermeld. In het reeds door de Tweede Kamer aangenomen wetsontwerp (Bijzondere bepalingen voor de geconsolideerde jaarrekening, E K 1987/88 19813) wordt het als een deelneming beschouwd, indien een rechtspersoon of vennootschap aan een rechtspersoon kapitaal verschaft teneinde

met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid. Bij het bezit van 20% of meer van het geplaatste kapitaal wordt het bestaan van een deelneming vermoed.\*

Ter beurse genoteerde vennootschappen hebben krachtens het Fondsenreglement van de Vereniging voor de Effectenhandel de plicht, indien dat hun ter kennis komt, te melden dat een ander een deelneming van 20% of meer heeft verworven in het vermogen van de genoteerde vennootschap. Voorts dient elke wijziging boven de 20% gemeld te worden. Deze melding wordt door de Vereniging voor de Effectenhandel publiekelijk bekend gemaakt. Het aangaan van de beursnotering is een vrijwillige aangelegenheid. De effectenbeurs staat slechts in een rechtsrelatie tot de leden. Zij kan slechts de leden, niet de onbekende kopers, verplichtingen opleggen. De uiteindelijke sanctie op het niet-nakomen van de verplichtingen van het Fondsenreglement kan verwijdering uit de beursnotering zijn en dat is een risico die dergelijke ondernemingen niet graag lopen.

In dit licht kan men ook begrijpen dat de *SE R*-fusiegedragsregels met betrekking tot een openbaar bod plegen te worden nageleefd.

Volgens deze Fusiegedragsregels dienen bij een openbaar bod op de aandelen van een onderneming de besturen van de betrokken ondernemingen daarvan een openbare mededeling te doen, zodra zich omstandigheden voordoen die zo'n mededeling vergen ter bevordering van een gerechtvaardigde koersvorming, (artikel 3). Bijvoorbeeld:

- wanneer de verwachting gewettigd is dat overeenstemming zal worden bereikt;
- wanneer het bestuur van de over te nemen onderneming in kennis wordt gesteld.

Een schriftelijke mededeling aan het bestuur van de over te nemen onderneming is verplicht. Het bestuur van de over te nemen onderneming dient te worden uitgenodigd om binnen 7 dagen overleg te plegen over het voornemen een openbaar bod uit te brengen, (artikel 4). Binnen 30 dagen moet bekend gemaakt

\* De Ontwerp-Verordening van de *EG* van 25 april 1988 (Com. 88, 97 def.) spreekt van een meldingsplicht van de koper van aandelen bij het verwerven van 10%, 20%, eenderde, 50%, tweederde en 90%.

worden of dat bod al dan niet zal worden gedaan, (artikel 5). Voorts bepalen de Fusiegedragsregels wanneer bij een voorgenomen fusie en/of een openbaar bod op de aandelen van een onderneming de vakorganisaties dienen te worden ingelicht.

Het belang van openbaarheid van deelnemingen is onder meer dat ondernemingen zich tegen onvriendelijke overnames kunnen wapenen met beschermingsconstructies. Weliswaar vormen deze beschermingsconstructies onderwerp van discussie en wil de Vereniging voor de Effectenhandel in het belang van de aandeelhouders beschermingsconstructies zoveel mogelijk tegengaan, het Burgerlijk Wetboek biedt de mogelijkheid ertoe.\*

De wettelijke en andere verplichtingen tot openbaarheid van winst en verlies, de vermogenssituatie, deelnemingen en wijzigingen in de eigendomsverhoudingen vormen geen belemmering van de uitingsvrijheid. Ook voorschriften met betrekking tot de te volgen procedure bij voorgenomen fusies doen dat niet. Ook in het buitenland bestaan regelingen die dergelijke openbaarheid voorschrijven (vergelijk Van Loon 1988). Niet valt in te zien dat in een mogelijke persfusiecontroleregeling dergelijke voorschriften bezwaar zouden oproepen vanuit het gezichtspunt van de uitingsvrijheid.

#### *4.2. Regels met betrekking tot de bescherming van de werknemers bij fusie*

Artikel 1639 aa-1639 dd van het Burgerlijk Wetboek beogen de rechten van de werknemers bij overname en fusie veilig te stellen. De overnemende onderneming behoort de arbeidsvoorwaarden, verkregen rechten en dergelijke te respecteren. Daartoe behoren ook de vrijwillig aangegane verplichtingen die voortvloeien uit een cao en, indien het een persuitgeverijbedrijf betreft, een redactiestatuut. Immers, het redactiestatuut maakt deel uit van de individuele arbeidsovereenkomst met de journalist (artikel 14 C A O voor Dagbladjournalisten; zie Schuijt 1987: 251- 256). Een fusie of overname ontslaat de overnemende ondernemer, die voornemens is de uitgave van een blad te staken of de identiteit ervan te wijzigen, derhalve niet van de uit het statuut

\* Vergelijk Rapport van de Commissie Beschermingsconstructies (1987), Rapport van de Vereniging voor de Effectenhandel inzake de toepassing van Beschermingsconstructies (1988), Rietkerk (1988), Bloemarts (1988), Brentjens (1988), Honée (1988), Maeijer (1988), Glasz (1988) en Glasz (1988a).

voortvloeiende verplichting tot diepgaand overleg met de Redactieraad.

Het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst met journalisten in een persuitgeverijbedrijf is immers, dat de journalisten door de werkgever in de gelegenheid gesteld worden gebruik te maken van de uitingsvrijheid. Journalisten delen krachtens arbeidsovereenkomst in de uitingsvrijheid van de uitgever (cf. De Meij 1982: 115-116). Dit bijzondere karakter van de overeenkomst alsmede de functie die persorganen in de samenleving vervullen brachten werkgevers en werknemers in het persuitgeverijbedrijf ertoe deze redactiestatuten overeen te komen (Schuijt 1987: 240-247). Daarin wordt de redactionele identiteit van een persorgaan vastgelegd als element van de arbeidsovereenkomst en worden procedures voorgeschreven voor het geval één der partijen wijziging van die identiteit wil.

Artikel 9 van het Modelstatuut voor de dagbladen\* schrijft voor:

- de hoofdredactie moet van het begin af aan betrokken worden bij eventuele plannen tot reorganisatie, fusie, verkoop of liquidatie, opneming in concernverband en dergelijke;
- zodra de verwachting gewettigd is dat bedoelde plannen tot uitvoering komen moet de Redactieraad – op hetzelfde tijdstip als de ondernemer verplicht is de Ondernemingsraad in te lichten – in de gelegenheid gesteld worden advies uit te brengen;
- de Redactieraad kan zich laten bijstaan door deskundigen;
- de hoofdredactie moet vertrouwelijk worden ingelicht over een voorgenomen wijziging in de kring van eigenaren en/of Raad van Commissarissen. Zo spoedig mogelijk moet ook de Redactieraad vertrouwelijk worden ingelicht.

Heeft de fusie of overname tot gevolg dat de (nieuwe) machthebber de identiteit van een blad wil veranderen, dan is hij gebonden aan de procedure als voorgeschreven in het cruciale artikel 3.7 van het modelstatuut, dat wil zeggen:

- géén beslissing zonder eerst diepgaand overleg met de Redactieraad te hebben gevoerd;

\* Ik beperk me tot de dagbladen. Ook de cao's voor opinieweekbladen en voor publiekstijdschriften kennen de verplichting een redactiestatuut overeen te komen en vergelijkbare modelstatuten.

- afwijken van het advies van de Redactieraad mag slechts schriftelijk en gemotiveerd met naar het oordeel van de directie c.q. beslissende instantie zwaarwichtige redenen;
- opschorting van de uitvoering van dat afwijkende besluit;
- mogelijkheid van beroep op de president van de Rechtbank terzake van overtreding van de procedurevoorschriften.

Indien de overneming, vriendelijk of niet, zich beperkt tot wijziging in de zeggenschap over de onderneming, dan is de bevoegdheid van de Redactieraad minimaal. Hij mag zich een oordeel erover vormen. Dat oordeel kan hij ter kennis brengen van de overnemende en over te nemen ondernemer, maar die kunnen het naast zich neerleggen.

Leidt de overneming, vriendelijk of niet, tot een voornemen tot wijziging van de identiteit van een blad, dan heeft het redactiestatuut door de procedurevoorschriften van artikel 3.7 een hoge drempel opgeworpen tegen van het advies van de Redactieraad afwijkende besluiten, doch die afwijkende besluiten worden door het redactiestatuut niet onmogelijk gemaakt. De rechterlijke toetsing betreft de procedurevoorschriften en slechts marginaal ('naar haar oordeel zwaarwichtige redenen') de inhoud van het besluit, (Schuijt 1987: 250).

In het kader van het voorgaande is het begrijpelijk dat de Nederlandse Vereniging van Journalisten op de zwakke positie van de Redactieraad heeft gewezen (Nota Persconcentraties 1988: 7). Zoals de bepalingen thans luiden is er op basis van het redactiestatuut formeel weinig invloed uit te oefenen, indien bij een fusievoornemen in enigerlei vorm wordt meegedeeld dat de identiteit van de betrokken persorganen niet wordt aangetast. Hooguit vormt de 'hardheid' van de garanties onderwerp van gesprek.

Indien de ondernemer echter een persorgaan wil opheffen of van identiteit doen veranderen, zal hij diepgaand overleg met de Redactieraad moeten plegen, maar hij heeft, mits schriftelijk gemotiveerd, het laatste woord.

Van een wettelijke regeling van het redactiestatuut is de regering geen voorstander, nog afgezien van de vraag of de wetgever de Redactieraad een sterkere positie zou kunnen verschaffen dan waartoe werkgevers en werknemers in vrije onderhandeling zijn gekomen.\* In mijn dissertatie heb ik betoogd

\* Vergelijk Medianota 1975: 35-37; motie-Roethof (TK 1975/76 13353, 6; Handel. TK 1975/76: 2588) en het antwoord van minister Brinkman op vragen van het Tweede Kamerlid Wolffensperger op 24-11-1988.

dat een wettelijke plicht tot een redactiestatuut op gespannen voet staat met de uitingsvrijheid. De wetgever kan uitgevers niet dwingen hoe zij van de uitingsvrijheid gebruik maken (Schuijt 1987: 400).\*

Overigens is het wel mogelijk de positie van de Redactieraad op andere wijze te versterken. Het is mogelijk in een persfusie-controleregeling een vertegenwoordiging van de redactie (dus veelal de Redactieraad) een rol toe te bedelen in de procedure, bijvoorbeeld door te bepalen dat deze in de gelegenheid wordt gesteld advies uit te brengen en te worden gehoord. Ook zou de positie van de Redactieraad ten opzichte van de Ondernemingsraad geformaliseerd kunnen worden.

Artikel 25 W O R schrijft voor dat de Ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld dient te worden advies uit te brengen over voorgenomen besluiten van de ondernemer met betrekking tot onder andere:

- a. overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een deel daarvan;
- b. het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over, een andere onderneming, alsmede het aangaan, wijzigen of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere onderneming, een belangrijke financiële deelneming daaronder begrepen;
- c. beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk deel daarvan;
- d. belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming.†

Het advies moet op een zodanig tijdstip worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Voordat de Ondernemingsraad advies uitbrengt dient er tenminste éénmaal een zogenaamde overlegvergadering te hebben plaats gehad.

Indien het advies van de Ondernemingsraad niet wordt

\* Een geheel andere zaak is het voorschrift in de Mediawet dat persorganen die in aanmerking willen komen voor steun uit het Bedrijfsfonds voor de Pers een redactiestatuut moeten hebben. Niemand is verplicht naar het Bedrijfsfonds te stappen. Bovendien is de bepaling terzake minimaal.

† ad b uitgezonderd wanneer de andere onderneming in het buitenland gevestigd is en redelijkerwijze te verwachten is dat het besluit niet zal leiden tot c of d).



gevolgd, moet de ondernemer zijn besluit schriftelijk kenbaar maken en gemotiveerd meedelen, waarom hij het advies niet volgt. In dat geval moet hij de uitvoering van dat besluit één maand opschorten.

57

Artikel 26 w o r bepaalt dat de Ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof in Amsterdam beroep kan instellen tegen een besluit van de ondernemer

- wanneer het besluit niet in overeenstemming is met het advies van de Ondernemingsraad;
- wanneer feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij de Ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van het advies, aanleiding zouden zijn geweest een ander advies uit te brengen.

De Ondernemingskamer kan uitsluitend beoordelen of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen. Volgens de jurisprudentie houdt dat tevens in dat een ondernemer, die de Ondernemingsraad niet (of niet tijdig of niet voldoende) in de gelegenheid heeft gesteld advies uit te brengen, zo'n besluit in redelijkheid niet heeft kunnen nemen. Het merendeel van de beslissingen van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, waarbij een verbod werd uitgesproken tegen de uitvoering van een bepaald besluit betrof overtreding door de ondernemer van de procedureregels van de w o r.\* Er zijn echter ook rechterlijke beslissingen waarbij het besluit van de ondernemer bij afweging van belangen kennelijk onredelijk werd bevonden.†

De sancties die de Ondernemingskamer kan opleggen zijn:

- verklaring voor recht;
- de verplichting het besluit in te trekken of te wijzigen en/of de gevolgen ervan ongedaan te maken;
- een verbod uitvoering te geven aan het besluit.

\* Bijvoorbeeld geen advies gevraagd (Hof Amsterdam 2-7-1987, R O R 1987, 27; 27-8-1987, R O R 1987, 28; 1-5-1980, R O R 1971-1984, 79); essentiële informatie onthouden (Hof Amsterdam 7-5-1987, R O R 1987, 11; 5-4-1982, R O R 1971-1984, 93).

† Pres. Rb. Amsterdam 13-6-1985, R O R 1985, 19 (voorlopig oordeel); Hof Amsterdam 27-11-1986, R O R 1986, 31; wegens onvoldoende gemotiveerde afwijking van het advies van de o r: Hof Amsterdam 7-5-1987, R O R 1987, 12; 4-7-1985, R O R 1985, 24 en 1411-1985, R O R 1985, 28.

Overtreding van deze door de Ondernemingskamer opgelegde verplichting, resp. opgelegd verbod is een economisch delict en kan ook tot civiele vorderingen van de zijde van de Ondernemingsraad leiden, die op straffe van een dwangsom kunnen worden geëffectueerd.

Uit het voorgaande kan men afleiden, dat de Ondernemingskamer op vordering van een Ondernemingsraad bij een persuitgeverijbedrijf een fusie kan tegenhouden, zowel een fusie van ondernemingen als een fusie van bladen. Dat die mogelijkheid niet slechts theoretisch aanwezig is, laat de rechtspraak zien.

Zou een door de Ondernemingskamer uitgesproken verbod om twee bladen te fuseren in strijd zijn met de Grondwet? Het is te gemakkelijk te zeggen, dat deze (formele) wet niet aan de Grondwet getoetst kan worden. De rechter mag inderdaad die toetsing niet doen. Het parlement heeft die toetsing bij aanneming gedaan en kennelijk geen tegenstrijdigheid met de Grondwet gezien.

Ook in de literatuur is deze wet nimmer als zodanig aangemerkt. Weliswaar bepleitte Rooij in zijn dissertatie (1956: 223), dat bespreking van het redactionele beleid door een Ondernemingsraad van een persuitgeverijbedrijf uitdrukkelijk uitgesloten zou worden, maar die suggestie is niet gevolgd.

Zo is te onzent ook niet het stelsel van de Betriebsverfassungsgesetz in de BRD gevolgd. Daar is een aantal bepalingen met een beroep op de uitingsvrijheid niet van toepassing verklaard op zgn. Tendenzbetriebe (Schuijt 1987: 328-331).

Voorstanders van de leer van de algemene beperkingen zullen zeggen, dat het doel van deze wet niet gericht is op beperking van de uitingsvrijheid, maar op de bescherming van sociale belangen. Degenen, die dit onderscheid niet maken, zullen erkennen dat de wet een beperking van de vrijheid inhoudt, doch dat voldaan is aan de eisen, die het betrokken grondrecht aan beperkingen stelt: een beperking bij formele wet, noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van de rechten van anderen, er is géén voorafgaand verlot vanwege de inhoud vereist. Er is slechts een bij de rechter af te dwingen verbod gecreëerd, namelijk dat een ondernemer geen besluiten mag nemen die hij, de belangen afwegend, in redelijkheid niet zou kunnen nemen. Dit valt onder het 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Het rechterlijk verbod is bovendien door de HR en het EHRM te

toetsen aan artikel 10 lid 2 E V R M (Sunday Times! De Meij 1982: 32; Drion 1969: 91-108; Van Nispen 1978: 224-234).

Dit alles geldt te meer nu de Ondernemingskamer slechts dient te oordelen of de belangen van de ondernemer, onderneming en aandeelhouders enerzijds in redelijkheid zijn afgewogen tegen de belangen van werknemers anderzijds.

Stel, dat een Ondernemingsraad bij een uitgeverijbedrijf zich verzet tegen fusie van twee kranten binnen dezelfde onderneming. Denkbaar is dat de Ondernemingskamer niet alleen de belangen van de werknemers bij hun werkgelegenheid in acht neemt, maar ook het belang dat in het bijzonder de werknemers-journalisten hebben bij hun – binnen de perken van arbeidsovereenkomst en redactiestatuut – gegeven uitingsvrijheid en uitingsmogelijkheid. Zonder op de concrete identiteit of richting van het blad te letten kan de Ondernemingskamer – mits voldaan is aan de overige voorwaarden – de fusie verbieden.

Geheel anders zou het zijn indien de Ondernemingskamer het maatschappelijk belang van deze of gene krant zou moeten afwegen in het kader van de pluriformiteit van het dagbladwezen, zoals in het voorstel van de Persraad van 1983 de fusiekamer zou hebben moeten doen. Dan zou de rechter gedwongen worden de inhoud en strekking van een persorgaan te wegen en zou hij gedwongen worden zich op glad ijs te begeven.

Hier ligt dan ook de sleutel tot, resp. het obstakel voor een persfusiecontroleregeling. Het dient dan te gaan om een beperking van de ondernemingsvrijheid, die niet een algemeen verbod stelt aan of een voorafgaand verlof eist voor een door persfusie ontstaan nieuw persorgaan, maar slechts een beperking op grond van een toetsbare afweging van andere belangen dan in inhoud van het betrokken persorgaan of de persorganen.

Het is nodig enkele kanttekeningen te zetten bij de werking van de  
W O R.

#### 1. *De Ondernemingsraad in de knel*

Bloemarts (1988: 54-60) heeft er op gewezen dat bij onvriendelijke overnemingen de medezeggenschap van de Ondernemingsraad in de knel komt. De ondernemer die een openbaar bod op de aandelen van een vennootschap uitbrengt geeft daarmee blijk te hebben besloten tot overneming van de zeggenschap over een andere onderneming, althans tot het aangaan van een belangrijke financiële deelneming. Als zijn bod slaagt, zit hij er aan vast. Hij

dient dus de (zijn eigen) Ondernemingsraad in de gelegenheid te hebben gesteld een advies te geven vóór het uitbrengen van het bod en wel op een zodanig tijdstip dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet uitvoeren van het voornemen.

Als het gaat om een onvriendelijke overneming, kan de adviesaanvraag niet gepaard gaan met een optimale informatie over de te verwachten gevolgen. Er is immers nauwelijks informatie over de over te nemen onderneming. Bij een minnelijke overneming kunnen de overnemende en de over te nemen onderneming méér en beter de ondernemingsraden informeren over de te verwachten gevolgen.

Bij een onvriendelijke overneming verkeert de ondernemer op wiens aandelen een bod wordt uitgebracht in een geheel andere situatie. Hij neemt niet een besluit tot het aangaan van een duurzame samenwerking of tot het verkrijgen van zeggenschap of een belangrijke financiële deelneming. Integendeel, hij verzet zich daartegen. Van een verplichting tot het vragen van advies aan zijn Ondernemingsraad is dan ook geen sprake. Dit is een lacune in de wet. Wil de ondernemer ingaan op het openbare bod, dan moet hij advies vragen; wil hij dat niet doen dan is die verplichting er niet. Is de ondernemer evenwel voornemens zijn verzet tegen het openbare bod kracht bij te zetten door het initiëren van of verlenen van medewerking aan een concurrerend bod, dan zal hij over dit voornemen wél advies moeten vragen.

De Ondernemingsraad zit volledig klem. Hij kan zich geen oordeel vormen over de merites van het openbare bod. Hij kan, mede gezien de korte tijdspanne die er mee gemoeid is, zich ook geen oordeel vormen over het concurrerend bod.

## *2. Ondernemingsraad (ondernemingsraden) en Redactieraad (redactieraden)*

Bij grote ondernemingen is er veelal sprake van meerdere ondernemingsraden (voor de dochterondernemingen) en één Centrale Ondernemingsraad (c o r). Het hierboven genoemde overleg bij een vriendelijke dan wel onvriendelijke overneming zal meestal – in elk geval – met de Centrale Ondernemingsraad plaatshebben, waarin vertegenwoordigers van de onderscheiden ondernemingsraden zitting hebben. De medezeggenschap van de werknemers is er als het ware getrapd geregeld.

Bij dergelijke grote persondernemingen worden meestal ook méérdere bladen uitgegeven: dagbladen, opinieweekbladen, publiekstijdschriften, vaktijdschriften. Die bladen hebben elk

– als het goed is – hun eigen redactiestatuut en dientengevolge hun eigen Redactieraad. Essentieel is daarbij dat er géén gezamenlijke of centrale redactieraad is. Redactiestatuten zijn er immers (mede) ter bewaking van de eigen identiteit, niet ter bewaking van de identiteit van andere bladen! De gevolgen van een fusie of overname kunnen trouwens ook per blad verschillen. Zij kunnen nihil zijn, dan wel in opheffing resulteren, dan wel een variant tussen deze twee uitersten behelzen. Veelal zijn bij een fusie van grote ondernemingen die gevolgen niet te overzien en beperken de ondernemers zich tot de stellingname: werkgelegenheid en redactiestatuten worden niet aangetast.

Gesteld al dat een ondernemer in het kader van een voorgenomen fusie overleg pleegt met de redactieraden, dan is het niet onwaarschijnlijk dat hij geconfronteerd wordt met elkaar tegensprekende adviezen van de onderscheiden redactieraden. In de adviezen van de een vindt hij de ‘zwaarwichtige redenen’ die hij moet aanvoeren om van het advies van de ander af te wijken. Het standpunt van de *COR* is in dit verband voor de ondernemer vaak beslissender, omdat de *COR* geacht wordt rekening te houden met de belangen van alle werknemers, niet uitsluitend die van de journalisten. Ook het advies van de *COR* kan dus een ‘zwaarwichtige reden’ vormen om van het advies van een Redactieraad af te wijken, (zie ook Schuijt 1987: 340-352). Dit geldt alles te meer als het slechts gaat om een overdracht van de zeggenschap zonder dat er al concrete gevolgen zijn aan te geven, laat staan concrete gevolgen voor een bepaalde uitgave.

Gaat het daarentegen om concrete voorgenomen besluiten ten aanzien van een uitgave zelf (bijvoorbeeld een voorstel tot verandering van de formule en/of verschijningsvorm), dan zal er wèl meer rekening gehouden moeten worden met het standpunt van de desbetreffende Redactieraad, al zal ook hier een verplichting tot advies vragen aan de Ondernemingsraad niet uitgesloten hoeven te zijn, met als mogelijk gevolg dat de adviezen van de beide medezeggenschapsorganen van elkaar verschillen en dat van de Ondernemingsraad de doorslag zal geven bij de ondernemer. Het is dan ook gewenst dat er een formele overleg-procedure wordt geschapen tussen (Centrale) Ondernemingsraad en Redactieraad (redactieraden).

De conclusie van deze paragraaf kan zijn: voorschriften met betrekking tot overlegprocedures en zelfs een rechterlijke toetsing van besluiten van ondernemers – met een verbod als mogelijke

consequentie – leveren geen strijd op met de uitingsvrijheid, mits die rechterlijke toetsing zich niet richt op de inhoud van de betrokken persorganen.

#### 4.3. *De Wet Economische Mededinging*

De Wet Economische Mededinging houdt onder meer in dat de minister van Economische Zaken een mededingingsregeling (ook wel: kartel) geheel of gedeeltelijk onverbindend kan verklaren wegens strijdigheid met het algemeen belang. Omgekeerd kan hij, indien het bedrijfstakbelang in overeenstemming met het algemeen belang zulks vereist, een mededingingsregeling algemeen verbindend verklaren. Evenzo kan de minister aan een economische machtspositie, die naar zijn oordeel met het algemeen belang strijdige gevolgen heeft, verplichtingen opleggen of voorschriften geven, (artikel 6, 10 en 24); Uitermark 1987: 30).

De toepassing van de WEM wordt ruwweg op drieërlei wijze in gang gezet, namelijk

- door de verplichte aanmelding van een mededingingsregeling;
- door een bij de minister van Economische Zaken gedeponeerde klacht (tegen een mededingingsregeling of een economische machtspositie);
- door een verzoek uit het bedrijfsleven tot algemeen verbindend verklaring van een mededingingsregeling, (Uitermark 1987: 34).

De WEM is niet gericht tegen fusies, maar kan wel de gevolgen van fusies verzachten door beperkingen te stellen aan misbruik van een economische machtspositie.

Ook deze wet maakt geen uitzondering voor ondernemingen. Prijsafspraken van NDP en NOTU kunnen algemeen verbindend dan wel onverbindend worden verklaard. Gebiedsafspraken tussen dagbladuitgeverijen kunnen onverbindend worden verklaard. Misbruik van een na fusie verkregen economische machtspositie kan worden tegengegaan door bijvoorbeeld verbods- en gebodsbepalingen over prijzen, het leveren van diensten en goederen en dergelijke.

De vraag of deze wet ten aanzien van ondernemingen in strijd met de Grondwet is, is bij mijn weten nimmer gesteld.

Voorstanders van het onderscheid tussen bijzondere en

algemene beperkingen zullen stellen, dat het doel van de wet niet gericht is op beperking van de uitingsvrijheid van ondernemers. Degenen, die dit onderscheid niet willen maken, zullen opmerken, dat er door de wet weliswaar beperkingen gesteld kunnen worden aan ondernemers die gebruik maken van de uitingsvrijheid, maar die beperkingen zijn bij formele wet gesteld, zijn nodig in een democratische samenleving en hebben geen bemoeienis van de overheid met de inhoud van de uit te geven persorganen tot gevolg. Misbruik van bevoegdheid kan bovendien worden getoetst.

Men kan nog de vraag stellen of met 'algemeen belang' in de WEM ook het belang van de verscheidenheid van het perswezen kan zijn bedoeld? Men zou zich kunnen voorstellen, dat het Bedrijfsfonds voor de Pers of een Redactieraad zich met een klacht tot de minister van Economische Zaken zou wenden onder verwijzing naar de bedreiging van de pluriformiteit. Men denke ook aan de gebiedsafspraken. De minister kan mijns inziens zonder de Grondwet te schenden dergelijke afspraken met een beroep op het algemeen belang onverbindend verklaren, mits hij zich door economische criteria laat leiden en niet door de inhoud van het betrokken persorgaan of de betrokken persorganen.

#### 4.4. *De Mediawet*

De Mediawet houdt in zichzelf géén beperking in van de ondernemingsvrijheid. Het staat een ondernemer immers vrij steun van het Bedrijfsfonds te vragen. Indien hij echter zulks doet, zal hij moeten voldoen aan de voorwaarden die voor de steunverlening worden gesteld, zoals bijvoorbeeld dat er een redactiestatuut is, waarin de redactionele identiteit is vastgelegd (artikel 129 lid 2 sub c).<sup>\*</sup> Het Bedrijfsfonds kan aan de steunverlening ook verder voorwaarden verbinden, doch daaromtrent dienen bij Algemene Maatregel van Bestuur regels te worden gesteld. De Wet bepaalt uitdrukkelijk dat deze voorschriften geen betrekking mogen hebben op de inhoud van de persorganen (artikel 132 lid 2). Deze bepaling is een gevolg van het advies van de Raad van State (TK 1984/85 19136, A-C: 48). Volgens de Raad van State moet er tegen worden gewaakt dat de verlening van subsidie, gegeven de afhankelijkheid van de persorganen van deze hulpverlening, materieel zou neerkomen op het invoeren van een vergunningstelsel, dat zich mede richt op de

<sup>\*</sup> Zie: voetnoot op bladzijde 56.

inhoud van de organen. In dit standpunt van de Raad van State vind ik tevens bevestiging voor hetgeen ik hierboven betoogd heb ten aanzien van de grondwettelijke grenzen aan een persfusie-controleregeling.

Wanneer een persorgaan een verzoek om steun van het Bedrijfsfonds voor de Pers afgewezen ziet kan dat, afgezien van enkele formele vereisten, om twee redenen geschieden:

- a. het persorgaan wordt niet geacht te zijn een blad dat in belangrijke mate nieuws, analyse, commentaar en achtergrondinformatie over een gevarieerd deel van de maatschappelijke actualiteit bevat, in het belang van politieke meningsvorming (artikel 129 lid 2b);
- b. de continuïteit of de start van het persorgaan is niet in gevaar, resp. er is geen project dat uitzicht biedt op een rendabele exploitatie binnen een redelijke periode (artikel 130).

Het onder b genoemde criterium kan op economische gronden worden beoordeeld. De Afdeling Rechtspraak zal in een AROB-procedure kunnen nagaan of het Bedrijfsfonds terecht heeft kunnen menen, dat aan deze voorwaarden niet voldaan is.

Het onder a genoemde criterium leidt wel tot een inhoudelijk oordeel over de formule en identiteit van een persorgaan, maar niet over de strekking van de geuite meningen en verstrekte informatie. Het oordeel beperkt zich tot de categorie bladen waartoe de aanvrager gerekend dient te worden. Bovendien is ook dit oordeel van het Bedrijfsfonds door de Afdeling Rechtspraak te toetsen, in het bijzonder of een persorgaan gediscrimineerd dreigt te worden en of andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht zijn genomen.

Waar een afwijzing van het Bedrijfsfonds géén voorafgaand verlofinhoudt, zie ik geen strijdigheid met de Grondwet en de daarop gevestigde jurisprudentie. De concrete en toetsbare criteria die het Bedrijfsfonds dient te hanteren kunnen bij het ontwerpen van een persfusiecontroleregeling van dienst zijn. Het is denkbaar dat het opheffen van een blad of een fusie van bladen verboden wordt, indien na onderzoek blijkt, dat het blad in aanmerking komt voor steun van het Bedrijfsfonds voor de Pers en er mèt die steun uitzicht is op een rendabele exploitatie binnen een redelijke termijn. In dat geval worden wederom géén inhoudelijke criteria gehanteerd, maar de thans reeds geldende economische.



De strekking van mijn betoog samenvattend kan gesteld worden, dat een persfusiecontroleregeling, indien gewenst, slechts strijdigheid met de Grondwet kan vermijden, indien er toetsbare criteria worden geformuleerd en de beoordelende instantie (bij voorkeur de rechter) zo ver mogelijk weggehouden wordt van een beoordeling van de inhoud of identiteit van een persorgaan. Bij voorkeur zou aansluiting gezocht dienen te worden bij reeds bestaande regelingen, zoals neergelegd in de Wet op de Ondernemingsraden en de Wet Economische Mededinging en de Mediawet. Samenvattend:

1. Een regeling kan niet inhouden dat een overheidsorgaan of zelfstandig bestuursorgaan of de rechter een fiat dient uit te spreken, waarbij op enigerlei wijze de identiteit van het betrokken persorgaan moet worden beoordeeld.
2. Een regeling kan wel inhouden dat een overheidsorgaan of de rechter een uitgeverij verbiedt concrete verbodsbepalingen te overtreden. Vergelijk artikel 1401 BW, de W O R E N W E M.
3. Een regeling kan wel procedurevoorschriften inhouden, waarbij bijv. bepaald is, dat voorafgaande aan een fusie de mogelijkheden zijn onderzocht om steun van het Bedrijfsfonds voor de Pers te krijgen met als sanctie een verbod, indien het Bedrijfsfonds op grond van de daarvoor geldende criteria bereid is dergelijke steun te verlenen teneinde het voortbestaan van een persorgaan mogelijk te maken.
4. Een regeling kan ook voorschriften inhouden omtrent aanmelding en openbaarmaking van deelnemingen, alsmede sancties bij overtreding, zoals bijvoorbeeld een beperking van de uitoefening van het stemrecht op de aandelen.
5. Een regeling kan ook een verbod inhouden dat bij fusie een

\* Met nadruk wordt erop gewezen dat het aandeel in de markt wordt bereikt als gevolg van een fusie. Is het bereikte marktaandeel het resultaat van groei van het desbetreffende persorgaan, dan is het een beslissing van de lezers. Het Franse Conseil constitutionnel verklaarde een dergelijke beperking ongrondwettig. (Van Loon 1988).

concreet aandeel in de markt wordt bereikt die uit concurrentie-overwegingen ongewenst geacht wordt.\* Indien de regeling een ontheffing van het verbod mogelijk maakt, dient te toetsen te zijn of het overheidsorgaan of de rechter zich aan de concrete criteria hebben gehouden en geen misbruik van bevoegdheid hebben gemaakt.

6. Een regeling kan ook inhouden dat een verbod wordt uitgevaardigd tegen misbruik van een machtspositie, resp. tegen mededingingsafspraken (cf. WEM, cf. ook EG-verdrag). Dat zou ook op klacht van het Bedrijfsfonds voor de Pers, een Ondernemingsraad of een Redactieraad kunnen geschieden.

Amsterdam, november 1988

LITERATUUR

- Bloemarts, J.C.M.G. [1988] 'Onvriendelijke overnemingen; de positie van vakbeweging en ondernemingsraad', *De Naamloze Vennootschap* 1988/2: 54-60
- Boon, P.J. [1980] *Zonder voorafgaand verlof: De vrijheid van meningsuiting in het Nederlandse recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri
- Boukema, P.J. [1966] *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland: Een rechtsvergelijkende studie*, Amsterdam: Van Gennep
- Brentjens, J.L. [1988] 'Beschermingsconstructies, een ondernemersvisie', *De Naamloze Vennootschap* 1988/3: 81-84
- Burkens, M.C.B. [1971] *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer
- De Meij, J.M. [1982] *Overheid en uitingsvrijheid*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij
- Donner, A.M. [1973] 'Grondrechten als constitutionele rechten', in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink
- Dresen, R.A.P. [1949] *De vrije meningsuiting: Een onderzoek naar het wezen van het recht der vrije meningsuiting en zijn regeling in de wetgeving op de hedendaagse communicatiemiddelen, voornamelijk in Nederland*, Amsterdam: Janspers/Universiteitspers
- Drion, H. [1969] 'Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting', in *Op de grenzen van komend recht* (1969): 91-108
- Glasz, J.R. [1988] 'Bescherm de beschermingsconstructies', *NRC Handelsblad* 14-4-1988:9
- Glasz, J.R. [1988] a 'Halen beschermingsconstructies 1992?', *T v v s* 1988/6: 165-169
- Hoeven, J. van der [1969] *Dient de uitoefening van de grondrechten, welke meningsvorming, meningsuiting en informatie betreffen, grondwettelijk nader te worden geregeld?* Pre-advies *N j v*, Handel. *N j v* 1969, deel 1, 2e stuk, Zwolle: Tjeenk Willink
- Honée, H.J.M.N. [1988] 'Beschermingsconstructies (vennootschappelijke aspecten): 1', *De Naamloze Vennootschap* 1988/3: 84-86
- Jeukens, H.J.M. [1972] *Grondrechten en rechterlijke toetsing. Pre-advies voor de Vereniging van Administratief Recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff
- Kistenkas, F.H. [1987] 'Verspreidingsdogmatiek of belangenafweging? Gemeenten en uitingsvrijheid', *T v o* 1987/17 en 18: 356-361 en 374-375
- Maeijer, J.M.M. [1988] 'Beursoverval op beschermingsconstructies', *N j v* 1988/16: 517-521
- Medianota [1983] 'Medianota', *T k* 1982/83 18 035, 1-2
- Meuwissen, D.H.M. [1976] *Theoretische aspecten van de betekenis van de Europese Conventie voor het Nederlands recht. Pre-advies voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Deventer: Kluwer
- Nispen, C.J.J.C. [1978] *Het rechterlijk verbod en bevel*, Deventer: Kluwer
- Nota over het Massamedia-leid [1975] 'Nota over het massamedia-leid', *T k* 1974/75 13 353, 1-2
- Nota Persconcentraties [1988] 'Nota Persconcentraties', Amsterdam: Nederlandse Vereniging van Journalisten
- Persraad [1970] 'Advies inzake het Rapport van de Interdepartementale Commissie Concentratietendensen in de pers' d.d. 2 september 1970
- [1982] 'Advies inzake de wenselijkheid en mogelijkheid van een controle-regeling voor persfusies', d.d. 12 januari 1983
- Rapport van de Commissie Beschermingsconstructies [1987] 'Rapport van de commissie Beschermingsconstructies aan het Bestuur van de Vereniging voor de Effectenhandel', Amsterdam: Amsterdamse Effectenbeurs
- Rapport Interdepartementale Commissie [1970] 'Rapport van de Interdepartementale Commissie Concentratietendensen in de pers, uitgebracht aan de minister van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk', *T k* 1969/70 9571, 2
- Rapport van de Vereniging voor de Effectenhandel [1988] 'Rapport van de Vereniging voor de Effectenhandel inzake de toepassing van Beschermingsconstructies', Amsterdam: Amsterdamse Effectenbeurs
- Rietkerk, G. [1988] 'Bestuursonvriendelijke overneming: countervailing power', *De Naamloze Vennootschap* 1988/2: 45-54.

- Rooij, M. [1956] *Het dagbladbedrijf in Nederland: Een studie naar de sociaal economische besturing van de dagbladbedrijven in Nederland*, Rotterdam: Sijthoff
- Samenhangend Mediabeleid [1982] *Samenhangend Mediabeleid: Rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij
- Schuijt, G.A.I. [1987] *Werkers van het woord. Media en arbeidsverhoudingen in de journalistiek*, Deventer, Kluwer
- SER-advies [1977] *Advies inzake de toekomstige juridische status van de door de SER uitgevaardigde fusiegedragsregels en een preventieve materiële toetsing van fusies door de overheid*. Advies d.d. 21-1-1977, 's-Gravenhage: SER (77/02)
- Uitermark, P.J. [1987] 'Over informeel mededingingsbeleid', *Recht en Werkgelegenheid* 1987/2: 30-53
- Voorontwerp Wet Voorziening Perswezen [1968] 'Voorontwerp Wet Voorziening Perswezen', Advies van de Persraad d.d. 26 november 1968
- Wiarda, G.J. [1986] *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens. Intreerede Erasmus Universiteit Rotterdam*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij

MR. A.P.J.M. VAN LOON

Instituut voor Informatierecht

**Rechtsvergelijkend onderzoek fusie- en persfusie-  
controleregelingen**



Dit rapport is het resultaat van een rechtsvergelijkend onderzoek naar fusie- en persfusiecontroleregelingen. Het onderzoek vond plaats in de periode 1 juli tot 1 november 1988, op verzoek van het Bedrijfsfonds voor de Pers.

In dit korte tijdsbestek zijn de relevante regelingen in een groot aantal landen bestudeerd. Vervolgens is besloten een aantal landen niet in dit rapport op te nemen (Japan, Australië, Noorwegen en Canada). De voornaamste reden voor dit besluit was een gebrek aan informatie over de regelingen in deze landen en de onmogelijkheid om daar binnen de onderzoekstermijn verandering in te brengen.

Wel is getracht zoveel mogelijk en zo gedegen mogelijk de Europese landen te behandelen, alsmede de E E G en de Raad van Europa. Daarnaast werd de situatie in de Verenigde Staten en in Zweden onderzocht. De Verenigde Staten omdat dit land een traditie kent van zo weinig mogelijk overheidsingrijpen in de processen van de vrije markteconomie; Zweden omdat dit land juist een symbool is van de verzorgingsstaat, met een grote overheidsinvloed in alle sectoren van de maatschappij. Het verschil tussen beide landen blijkt overduidelijk uit het feit dat in de Verenigde Staten de onafhankelijke rechter het laatste woord heeft wanneer de overheid wil ingrijpen bij een fusie; in Zweden worden fusies ook beoordeeld door een onafhankelijke rechterlijke instantie, maar het laatste woord ligt daarna toch bij de Zweedse regering.

Zonder de bereidwillige medewerking van de ambassades van België, Denemarken, Ierland, Spanje en de Verenigde Staten en zonder de medewerking van een aantal instellingen in België, Groot-Brittannië, Ierland, Spanje en Duitsland, had dit onderzoek niet binnen deze termijn tot de resultaten kunnen leiden die men hierbij aantreft. Met name is van belang geweest de medewerking van het Hans Bredow-Institut für Rundfunk und Fernsehen in Hamburg, waar veel literatuur voorhanden is. Een hulpmiddel was ook het boek 'Merger Control in the E E C, a survey of European Competition Laws' (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988).

Voor zover relevant wordt hierna per land steeds vermeld in welke bronnen regelingen te vinden zijn met het oog op een (pers)-

fusiecontrole. Nagegaan wordt of er een algemene fusiecontroleregeling is, of persuitgeverijen daaronder vallen dan wel of er een speciale persfusiecontroleregeling bestaat. Voorts wordt beschreven wat onder het begrip 'fusie' begrepen wordt. Dit verschilt per land. Sommige landen kennen voorafgaand toezicht op fusies en beoordelen dan ook fusievoornemens; andere landen beoordelen fusies pas na de totstandkoming; weer andere kennen een combinatie van beide mogelijkheden. Ook de toezichtsprocedures verschillen per land. Vaak is er ook nog een speciale regeling voor overnemingen door buitenlandse ondernemingen.

De belangrijkste vraag die aan de orde komt is uiteraard de vraag of er een speciale regeling bestaat voor controle op persfusies, zo ja, wat die regeling inhoudt, welke procedures er zijn en welke ervaringen ermee zijn opgedaan. Wat dat laatste betreft moet opgemerkt worden dat het binnen de beperkte onderzoekstijd niet mogelijk was ter plaatse onderzoek te verrichten.

Op pagina 4 is schematisch weergegeven hoe de beschrijving van de stelsels in de diverse landen zal plaatsvinden. Waar mogelijk worden ook bijzonderheden vermeld over andere perswetgeving, zoals steunmaatregelen ten behoeve van de pers, regels met betrekking tot zgn. cross-ownership e.d. Steeds wordt aan het eind van een beschrijving een aantal conclusies getrokken.

De beschrijving van de situaties binnen de EEG en de Raad van Europa staat op zichzelf. De regelingen en opvattingen van deze organisaties laten zich moeilijk in een schema inpassen zoals dat per land gehanteerd wordt.

Vooraf en pro memorie van de lezer: voor de situatie in Nederland zijn van belang de Fusiegedragsregels van de SER en de Wet Economische Mededinging.

De Wet Economische Mededinging houdt onder meer in dat de minister van Economische Zaken een mededingingsregeling (ook wel: kartel) geheel of gedeeltelijk onverbindend kan verklaren wegens strijdigheid met het algemeen belang. Omgekeerd kan hij, indien het bedrijfstakbelang in overeenstemming met het algemeen belang zulks vereist, een mededingingsregeling algemeen verbindend verklaren. Evenzo kan de minister aan een economische machtspositie, die naar zijn oordeel met het algemeen belang strijdige gevolgen heeft, verplichtingen opleggen of voorschriften geven. De wet is niet gericht tegen fusies, maar kan wel de gevolgen van fusies



verzachten door beperkingen te stellen aan misbruik van een economische machtspositie. Daarom wordt onze mededingingswetgeving ook wel misbruikwetgeving genoemd.

73

De Fusiegedragsregels van de SER schrijven procedures voor bij fusies, waaronder mede te verstaan een openbaar aanbod op de aandelen van een vennootschap, ter bescherming van de belangen van de aandeelhouders en de werknemers. Zij bevatten geen wettelijke verplichtingen. Sancties kunnen worden gegeven in de vorm van een berisping of een openbare mededeling. Ter beurze genoteerde vennootschappen zijn voorts onderworpen aan de privaatrechtelijke reglementen voor het beursverkeer.

## O P Z E T 75

## E G - L I D S T A T E N

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| <i>België</i>                   | 76  |
| <i>Bondsrepubliek Duitsland</i> | 86  |
| <i>Denemarken</i>               | 102 |
| <i>Frankrijk</i>                | 103 |
| <i>Groot-Brittannië</i>         | 113 |
| <i>Ierland</i>                  | 122 |
| <i>Italië</i>                   | 127 |
| <i>Spanje</i>                   | 133 |

## O V E R I G E E U R O P E S E L A N D E N

|                   |     |
|-------------------|-----|
| <i>Oostenrijk</i> | 139 |
| <i>Zweden</i>     | 141 |

## O V E R I G E L A N D E N

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| <i>Verenigde Staten</i> | 146 |
| E E G                   | 152 |
| <i>Raad van Europa</i>  | 159 |

## C O N C L U S I E S

# I. BRONNEN

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLEREGELING?

## 3. WAT WORDT VERSTAAN ONDER EEN 'FUSIE'?

## 4. CRITERIA EN PROCEDURES

### 4.1. *Fusiecontrole vooraf?*

#### 4.1.1. *Verplichte aanmelding vooraf?*

zo ja:

#### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

#### 4.1.3. *Sancties*

#### 4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

### 4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

#### 4.2.1. *Verplichte aanmelding achteraf?*

zo ja:

#### 4.2.2. *Verbod mogelijk?*

#### 4.2.3. *Sancties*

#### 4.2.4. *Beroepsmogelijkheden*

### 4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

### 4.4. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van de pers?*

## 5. CONCLUSIES

## I . B R O N N E N

- Bankbesluit (KB nummer 185, 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten, B . s . 10 juli 1935).
- Wet van 1960 inzake misbruik van een dominante economische positie;
- Wet van 10 juni 1964;
- Artikelen 108 en 110 Wetboek van Koophandel;
- KB 10 november 1967;
- KB 12 november 1969;
- Wet van 10 juli 1969;
- Wet van 15 juli 1970, inzake economische planning en de centralisatie (B . s . 21 juli 1970);
- Wet van 30 december 1970, inzake de bescherming van de economische expansie in België;
- KB 29 november 1977, B . s . 21 december 1977;
- Wet op de handelspraktijken van 14 juli 1971;
- Wet van 20 januari 1978 inzake deelnemingen in houdster maatschappijen (holdings) tot wijziging van KB nummer 64 van 10 november 1967, B . s . 10 februari 1978;
- Wetsontwerp op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van belangrijke overnameaanbiedingen (OBA).

## 2 . I S E R E E N F U S I E C O N T R O L E R E G E L I N G ?

België kent geen afzonderlijke algemene regeling waarin duidelijk omschreven staat wanneer er sprake is van een fusie, wanneer er een fusiecontrole plaats moet vinden en aan de hand van welke criteria fusies beoordeeld moeten worden. De regelingen die gelden voor het toezicht op fusies staan verspreid over een groot aantal wetten en Koninklijke Besluiten.

Wel is er een afzonderlijke regeling voor fusies van banken en verzekeringsmaatschappijen.

Het Belgische recht kent ook een afzonderlijke regeling voor de overneming door middel van een openbaar bod op of de omwisseling van aandelen (Wet 10 juni 1964).

Verder zijn concentraties van ondernemingen onderworpen aan de Wet van 1960 inzake misbruik van een dominante economische positie (te vergelijken met de Nederlandse: Wet Economische Mededinging). De wet is geïnspireerd door de artikelen 85 en 86 EEG houdende regelingen ter voorkoming van oneerlijke mededinging en ter voorkoming of beëindiging van misbruik van dominante economische posities. Op basis van deze wet is het ook mogelijk te toetsen of een concentratie of fusie leidt tot een dominante economische positie en of er misbruik van die positie gemaakt wordt. Dit laatste kan per definitie slechts achteraf, dat wil zeggen na de totstandkoming van de fusie, getoetst worden. De wet is, in tegenstelling tot de regelingen van de artikelen 85 en 86 EEG, echter niet van toepassing wanneer het misbruik van de dominante economische positie niet in strijd is met het algemeen belang.

Een *dominante economische positie* is de positie op basis waarvan een persoon of een groep van personen of ondernemingen die gezamenlijk handelen, de macht hebben in overwegende mate de bevoorrading van effectenmarkten of financiële markten, de prijzen of de produktkwaliteiten te beïnvloeden en waarbij die invloed wordt uitgeoefend op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk door middel van industriële, commerciële, agri-culturele of financiële instrumenten of handelingen.

Ook concentraties uitgevoerd door een onderneming, die reeds beschikt over een dominante positie, kunnen onder deze definitie vallen.

Het marktaandeel in de relevante produktmarkt en binnen de relevante geografische markt is een criterium om te beoordelen of er sprake is van een dominante positie.

In tegenstelling tot hetgeen artikel 86 EEG (zie aldaar) vereist is niet vereist dat de relevante *geografische markt* een wezenlijk deel van het Belgische grondgebied omvat; het kan ook een kleine lokale markt zijn.

De *produktmarkt* is de markt voor produkten die, als gevolg van bepaalde specifieke eigenschappen van het produkt, het gebruik of de distributie van het produkt, exclusief geschikt zijn om in bepaalde behoeften te voorzien of aan bepaalde eisen te voldoen.

Van *misbruik* is sprake bij de aantasting van de gewenste concurrentieverhoudingen door zich te gedragen op een wijze die niet in verhouding staat tot het doel dat nagestreefd wordt en dat op zichzelf gerechtvaardigd kan zijn.

De beoordeling van de vraag of er sprake is van een misbruik

in strijd met het *algemeen belang* vergt een belangenafweging. Het belang van het behoud van evenwichtige concurrentieverhoudingen is slechts één van de belangen die meewegen. Andere belangen zijn bijvoorbeeld: de bijdrage aan de technische of economische vooruitgang, de verbetering van de productie of van de distributie.

Als gevolg van een aantal overvallen op belangrijke Belgische vennootschappen, waaruit bleek dat de bestaande wetgeving als geheel onvoldoende bescherming kon bieden tegen 'raiders', achtte de Belgische overheid het nodig om in versneld tempo een anti-overvalwet te ontwerpen: het *Wetsontwerp* op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen (OBA) van 12 juli 1988. De wet zal van toepassing zijn op Belgische ondernemingen met een gewoon aandelenkapitaal van ten minste BF 250 miljoen. De Memorie van Toelichting bij dit wetsontwerp duidt aan dat het de bedoeling is te zorgen voor een grotere transparantie van de markt en een betere informatievoorziening aan het publiek. Belangrijke wijzigingen in de aandeelhoudersstructuur en in de controle daarop moeten doorzichtig zijn, zowel wat betreft de omvang als wat betreft de nagestreefde doelen. De regeling beperkt zich dan ook tot informatieverstrekking aan de over te nemen vennootschap en aan de markt, tot het voorschrijven van de informatieprocedure en het organiseren daarvan en tot sanctionering van het niet naleven van de plicht tot informatieverstrekking.

Dit ontwerp heeft ook betrekking op fusies wanneer deze leiden tot een belangrijke wijziging in de aandeelhoudersstructuur.

### 3. WAT WORDT BEDOELD MET 'FUSIE'?

Uit de diverse Belgische regelingen blijkt dat de Belgische wetgever de term 'fusie' opvat als aandelenfusie. Fusies en overnemingen kunnen in de meeste gevallen hetzij onderhands, hetzij door middel van een openbaar bod geschieden. Dit openbare bod is een overnamebod.

\* Raiders: lieden die door middel van de aankoop van aandelen de controle over een bepaalde onderneming verkrijgen waarna de winstgevende delen van het in handen gekregen bedrijf of concern verkocht worden, terwijl men de minder rendabele delen failliet laat gaan.

#### 4. CRITERIA EN PROCEDURES

##### 4.1. *Fusiecontrole vooraf?*

79

##### 4.1.1. *Verplichte aanmelding vooraf?*

Elke overname van een Belgisch bedrijf (zonder onderscheid naar de nationaliteit van de overnemer), met een basiskapitaal van minstens BF 100 miljoen, waardoor minstens  $\frac{1}{3}$  van het kapitaal wordt verworven dient vooraf verplicht te worden aangemeld bij de minister van Economische Zaken, van Financiën en van Regionale Planning (Wet van 15 juli 1970 inzake economische planning en decentralisatie, Belgisch Staatsblad van 21 juli 1970).

De overneming van een onderneming door middel van een openbaar bod moet worden aangemeld bij de Bankcommissie. Een dergelijke overneming behoeft namelijk de voorafgaande goedkeuring van de Bankcommissie (artikel 26 Bankbesluit). Deze goedkeuring is vereist indien het gaat om transacties die naar de mening van de Bankcommissie, de kapitaalmarkt kunnen ontwrichten (artikel 28 Bankbesluit). Om dit te beoordelen wordt gekeken naar het aantal aandelen die bij het bod betrokken zijn, naar de voorwaarden die eraan verbonden zijn en naar de beschikbaarheid van de financiële middelen. De biedende partij moet de Bankcommissie informatie over zichzelf verschaffen; hij moet een omschrijving geven van het bedrijf dat doelwit van de overneming is; het doel van het openbare bod moet uiteengezet worden evenals de wijze waarop de over te nemen onderneming geleid zal gaan worden.

Zodra de Bankcommissie de overneming goedgekeurd heeft moet degene die wil overnemen het bestuur van de onderneming waar hij het oog op heeft, inlichten. Dit bestuur kan de aandeelhoudersvergadering vervolgens aanvullende informatie geven. Het bestuur van de over te nemen onderneming moet zich ook uitspreken over de aantrekkelijkheid van de overneming.

Het *Wetsontwerp OBA* kent geen voorafgaande controle van fusievoornemens; er is ook geen verplichting tot aanmelding vooraf.

##### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

Indien een onderneming al een keer schuldig bevonden is aan overtreding van de wet van 1960 kan de minister van Economische Zaken deze onderneming een verbod opleggen te fuseren met concurrerende ondernemingen, wanneer deze voor de tweede

maal misbruik gemaakt heeft van zijn dominante positie. Deze regeling is nooit toegepast.

De Minister kan goedkeuring weigeren van een openbaar bod op aandelen tot overneming van een Belgische onderneming, door *buitenlandse* natuurlijke of rechtspersonen (zie onder 4.3). Een besluit daartoe kan hij in het Belgisch Staatsblad publiceren. Een dergelijke publikatie betekent dat het vanaf dat moment voor een ieder verboden is om aan de overneming mee te werken.

Onder het huidige recht geldt dat wanneer de Bankcommissie de transactie niet goedkeurt omdat de transactie de kapitaalmarkt zou kunnen ontwrichten, er eventueel een minnelijke schikking mogelijk is (dat wil zeggen een aanpassing van de transactieovereenkomst aan de wensen van de Bankcommissie).

Slaagt men er niet in om tot een minnelijke schikking te komen, dan is eventueel een verbod mogelijk van maximaal 3 maanden, eventueel gecombineerd met een openbaarmaking van de beslissing daartoe, door de Bankcommissie.

De Bankcommissie kan de transactie ook voor 3 maanden verbieden als de openbare koop of verkoop geschiedt onder omstandigheden die de inschrijvers kan doen dwalen ten aanzien van de aard van de zaak of ten aanzien van de aan de effecten verbonden rechten, en degene die het aanbod heeft aangemeld niets onderneemt om dwaling te voorkomen.

WETSONTWERP OBA: een voorafgaand verbod van aandelentransacties is niet mogelijk. Wel bepaalt het ontwerp dat niemand op de algemene vergadering kan deelnemen voor meer stemrechten dan die verbonden zijn aan de aandelen waarvan hij (minstens 45 dagen voor de datum van de algemene vergadering) heeft laten weten dat ze in zijn bezit zijn. Deze bepaling geldt alleen voor transacties waarbij aanmelding verplicht is.

Wanneer de Bankcommissie op basis van de kennisgeving, van oordeel is dat de verwerving of overdracht niet strookt met de wet, de uitvoeringsregelingen of dat het publiek misleid dreigt te worden, zal zij volgens het wetsontwerp kunnen optreden tegen de overtredende vennootschap. Eerst door middel van een advies; wordt dit niet opgevolgd, dan kan zij het advies openbaar maken. De kennisgever is verplicht tot het verstrekken van alle noodzakelijke inlichtingen aan de Bankcommissie.



#### 4.1.3. *Sancties*

Wanneer een verplichte aanmelding vooraf niet heeft plaatsgevonden wordt de fusie alsnog achteraf beoordeeld.

Indien buitenlandse natuurlijke personen of rechtspersonen (genoemd in 4.3) zonder machtiging van de minister van Financiën, aandelen verwerven in Belgische ondernemingen is er sprake van een overtreding waarbij een gevangenisstraf en/of een geldboete mogelijk is. Bij recidive binnen 5 jaar na een veroordeling, verdubbelen deze sanctiemogelijkheden.

#### 4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

De hele procedure onder de huidige regelingen kent slechts de mogelijkheid van administratief beroep. Een onafhankelijke rechter komt er niet aan te pas.

### 4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

#### 4.2.1. *Verplichte aanmelding?*

Fusiecontrole achteraf is een toezicht op misbruik van dominante economische posities. Er is geen verplichting tot aanmelding van dergelijke dominante posities.

Nadat een fusie door middel van een openbaar bod op aandelen (al dan niet succesvol) achter de rug is, moet het resultaat openbaar gemaakt worden, zodat de aandeelhouders weten wie de onderneming bestuurt.

Het *Wetsontwerp* OBA bepaalt dat zodra iemand aandelen met stemrecht gaat verwerven waardoor hij (eventueel in combinatie met aandelen die reeds in zijn bezit zijn) meer dan 5% van de stemrechten kan uitoefenen, van hem verwacht wordt, dat hij dit aanmeldt bij de Bankcommissie en bij de vennootschap waarvan effecten worden verworven. De aanmelding kan ook plaatsvinden na de overneming als gevolg waarvan meer dan 5% van de stemrechten zijn verworven. Deze aanmeldingsverplichting geldt telkens, per schijf van 5 procent (dus ook bij 10%, 15%, etcetera) en ook wanneer, tengevolge van overdracht, de stemrechten dalen onder één van genoemde drempels. De vennootschap die een dergelijke kennisgeving ontvangt heeft een openbaarmakingsverplichting. Indien diverse kopers gezamenlijk optreden, moet naar de waarde van het gezamenlijke aandelenpakket worden gekeken.

In bijzondere gevallen kan de Bankcommissie de vennootschap vrijstellen van de openbaarmakingsverplichting,

indien de openbaarmaking strijdig zou zijn met het algemeen belang of voor de vennootschap een onevenredig nadeel zou inhouden.

#### 4.2.2. *Verbod mogelijk?*

Op basis van de huidige regelingen wordt slechts beoordeeld of er sprake is van een dominante economische positie waarvan misbruik gemaakt wordt en of dit misbruik in strijd is met het algemeen belang. Dit wordt vastgesteld in een administratieve procedure, waar geen rechter aan te pas komt.

De toetsingsprocedure kan op twee manieren aanvangen: informeel, op verzoek van de minister van Economische Zaken of door de Regeringscommissaris ('commissioner-consultant': gevolmachtigd adviseur) op eigen initiatief als er geen verzoek is. Formeel start de procedure naar aanleiding van een formele klacht of een besluit van de minister (met of zonder voorafgaande informele procedure).

Indien de formele procedure eindigt door een voorstel van de Regeringscommissaris om niet te vervolgen, kan de minister deze beslissing naast zich neerleggen of de zaak voorleggen aan de Raad voor Economische Geschillen.

Wordt de zaak voorgelegd aan de Raad voor Economische Geschillen en besluit deze dat er geen sprake is van misbruik, dan eindigt de procedure. Besluit de Raad dat er wel degelijk sprake is van misbruik, dan wordt dat medegedeeld aan de minister. Als deze het eens is met de Raad dan zal hij maatregelen voorstellen om een eind te maken aan het misbruik. Deze voorstellen worden dan vervolgens vastgelegd in een overeenkomst tussen minister en onderneming(en).

Is een betrokken onderneming het niet eens met de voorstellen van de minister, dan zal de minister eigenhandig een termijn stellen waarbinnen de onderneming een eind moet maken aan het misbruik.

Een verbod van een dominante positie is dus niet mogelijk; een verbod op misbruik van die positie echter wel.

In het *Wetsontwerp OBA* wordt de bevoegdheid van de rechter uitgebreid. De minister van Economische Zaken zal de rechter om een prejudicieel advies kunnen verzoeken. Dit advies zal echter niet bindend zijn voor de minister. De procedure wordt verkort en de Raad voor Economische Geschillen zal meer macht krijgen.

Het ontwerp sluit aan bij het *EEG*-Verdrag (artikelen 85 en 86: zie aldaar) en kent dezelfde vrijstellingsmogelijkheden als

artikel 85 lid 3 E E G, dat wil zeggen in gevallen die leiden tot een verbetering van de produktie of de distributie, of tot technische of economische vooruitgang. De handelingen of overeenkomsten die voor controle in aanmerking komen moeten het hele grondgebied van het Belgische Koninkrijk betreffen of een wezenlijk deel daarvan.

Niet alleen misbruik van een dominante positie valt onder artikel 86 E E G, ook structurele veranderingen van de onderneming die invloed hebben op de marktcondities. Daarnaast kan een onderneming die al een dominante positie inneemt, deze positie versterken. Ook dat is echter in strijd met artikel 86 E E G omdat de effectieve of potentiële concurrentie die overgebleven zou zijn, wordt geëlimineerd. De Raad voor Economische Geschillen zal dan ook niet alleen ingrijpen bij misbruik van een dominante economische positie, maar ook bij versterking van een dergelijke positie.

#### 4.2.3. *Sancties*

Wanneer de onderneming niet voldoet aan de overeenkomst met de minister of diens opdracht, worden de afspraken of de lastgevingen neergelegd in een Koninklijk Besluit. Het niet voldoen aan een dergelijk besluit brengt strenge sancties met zich mee.

Het wetsontwerp O B A kent, bij het niet nakomen van de aanmeldingsverplichting, een mogelijkheid tot het opleggen van *civielrechtelijke sancties*. De voorzitter van de rechtbank van koophandel is hiertoe bevoegd; hij kan:

- onder vaststelling van een dwangsom alsnog verplichten tot het doen van een kennisgeving die achterwege is gelaten en het vaststellen van een aantal voorschriften die in acht genomen moeten worden;
- de uitoefening van (een deel van) de aan de effecten verbonden rechten opschorten als de kennisgevingen niet alsnog werden verricht overeenkomstig de opgelegde voorschriften;
- een reeds bijeengeroepen algemene vergadering opschorten.

en *strafrechtelijke sancties*: indien een verplichte kennisgeving niet of onjuist dan wel onvolledig wordt gedaan of bij het niet voldoen aan de verplichting tot het verstrekken van gegevens

aan de Bankcommissie (dan wel het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens) zijn straffen mogelijk.

#### 4.2.4. *Beroepsmogelijkheden*

Tegen beslissingen van de minister van Economische Zaken staat beroep open bij het Hof van beroep.

#### 4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

Bij een openbaar bod door buitenlandse natuurlijke personen of rechtspersonen tot overneming van aandelen in Belgische ondernemingen, is voorafgaande goekeuring vereist van de minister van Financiën (artikel 108, tweede lid Belgische wetboek van Koophandel).

Buitenlandse personen zijn:

- natuurlijke personen die geen onderdaan zijn van een lidstaat; òf
- rechtspersonen die niet zijn opgericht volgens het recht van een der lidstaten; òf
- rechtspersonen die wel zijn opgericht volgens het recht van een der lidstaten, maar die niet hun statutaire zetel, hun hoofdkantoor of belangrijkste vestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben.

#### 4.4. *Bijzondere regeling ten aanzien van de pers?*

België kent geen bijzondere regeling voor de controle op persfusies; een dergelijke regeling is ook niet in voorbereiding.

## 5. C O N C L U S I E S

België kent slechts een fusiecontroleregeling voor fusies van banken en verzekeringsmaatschappijen. Ook is er een afzonderlijke regeling voor overnemingen door middel van een openbaar bod op of uitwisseling van aandelen. Voor het overige is het toezicht op fusies ingebed in een mededingingsregeling op grond waarvan misbruik van een economische machtspositie (al dan niet ontstaan door een fusie) kan worden tegengegaan.

De ervaring met de wet van 1960 heeft geleerd dat de

begrippen *dominante economische positie*, *misbruik* en *algemeen belang* te vaag zijn om als hanteerbaar criterium te dienen. De procedure wordt als nodeloos ingewikkeld beschouwd en de Raad voor Economische Geschillen blijkt te weinig macht te hebben. Verder is de invloed van de rechter gering. De oorzaak hiervan is de noodzaak tot interpretatie van het begrip *algemeen belang*. Die interpretatie wil men niet aan de rechter overlaten.

De verwijzingen naar het E E G-Verdrag in het *wetsontwerp* O B A brengen meer duidelijkheid met zich mee. Ten behoeve van de interpretatie kan nu worden aangesloten bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

België kent geen speciale fusiecontroleregeling voor persuitgeverijen.

## 1. BRONNEN

– Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),  
24 september 1980 BGBl. I S. 1761; laatstelijk gewijzigd bij  
wet van 19 december 1985, BGBl. I S. 2355.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLEREGELING?

Een afzonderlijke fusiecontroleregeling is in 1973 opgenomen in de GWB; voorheen bevatte deze wet uitsluitend regelingen in het kader van de mededinging. Fusies zijn in beginsel zonder meer toegestaan. Zodra echter het vermoeden ontstaat, dat een fusie leidt tot een dominante economische positie (die tot uitdrukking komt in een beheersing van de markt), of dat een dergelijke positie versterkt wordt, vindt er een fusiecontrole plaats.

## 3. WAT WORDT BEDOELD MET 'FUSIE'?

Fusies zijn transacties in de vorm van overneming van activa van een andere onderneming, overneming van aandelen of stemrechten in een andere onderneming, samenwerkingsovereenkomsten met een andere onderneming, vervlechting van bestuursorganen van verschillende ondernemingen en elke andere relatie tussen ondernemingen waarbij de ene onderneming een dominerende invloed uitoefent op een andere.

Aandelentransacties leveren een fusie op zodra de grens van 25% van het aandelenkapitaal met stemrecht in een andere onderneming, bereikt wordt. Er is wederom sprake van een fusie zodra de grens van 50% bereikt wordt en ook weer zodra die grens wordt gepasseerd, waardoor er sprake is van een meerderheidsbelang.

Als fusie wordt óók aangemerkt een aandelenoverdracht waarmee de verkrijger door middel van een overeenkomst, de statuten, het oprichtingsverdrag of een besluit, in een rechtspositie wordt gebracht waarmee hij gelijk staat aan een aandeelhouder die 25% van het stemrechthebbende kapitaal bezit.

Daarnaast bepaalt het GWB dat er ook sprake is van een fusie als de betrokken ondernemingen reeds vóór de transactie onder

één of meer van de fusie-omschrijvingen vielen, *tenzij* de nieuwe fusie niet tot een wezenlijke versterking leidt van de samenwerkingspositie die reeds bestaat.

87

De wettelijke opsomming van gevallen die een fusie opleveren is ruim, maar tevens limitatief; als een transactie derhalve niet valt onder één van de (ruim geformuleerde) wettelijke categorieën is er geen sprake van een fusie, *tenzij* er sprake is van ontduiking.

#### 4. CRITERIA EN PROCEDURES

##### 4.1. Fusiecontrole vooraf?

##### 4.1.1. *Verplichte aanmelding vooraf?*

Zodra ondernemingen voldoen aan de hieronder genoemde kwantitatieve criteria moeten zij een fusievoornemen aanmelden bij het Bundeskartellamt voordat de fusie voltrokken wordt. De reden hiervoor is dat het algemeen belang in het geding zou kunnen zijn bij fusies van deze omvang.

De aanmeldingsverplichting geldt indien:

- een van de deelnemende ondernemingen een omzet van minimaal 2 miljard DM had in het voorafgaande boekjaar, behalve als zo'n onderneming een andere onderneming verwerft met een omzet beneden de 4 miljoen DM; in zo'n geval is aanmelding pas verplicht na de totstandkoming van de fusie;
- tenminste twee bij de fusie betrokken ondernemingen, elk een omzet van DM 1 miljard of meer hadden in het voorafgaande boekjaar;
- de fusie overeenkomstig het recht van een bepaald Bondsland, door middel van een wet of een met de wet gelijkgestelde regeling, tot stand gebracht moet worden (met name bij fusies van banken en verzekeringsmaatschappijen).

N.B. Vrijwillige aanmelding vooraf is steeds mogelijk om te peilen wat de opvatting van het Bundeskartellamt zal zijn met betrekking tot een fusie in een bepaalde vorm.

##### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

Het fusievoornemen mag slechts worden uitgevoerd als de uitvoering niet binnen een bepaalde periode door het

Bundeskartellamt verboden wordt. Het Bundeskartellamt zal een verbod opleggen als het plan ertoe leidt dat nu of in de toekomst een dominante positie op de markt ontstaat of wordt versterkt. Indien de betrokken ondernemingen erin slagen te bewijzen dat door de fusie ook verbeteringen in de concurrentieverhoudingen zullen optreden en dat deze verbeteringen opwegen tegen de nadelen van een dominante economische positie in de vorm van marktbeheersing, dan is een verbod niet mogelijk.

Een onderneming neemt een *dominante positie* in, indien zij als vrager of aanbieder van bepaalde goederen of diensten, geen concurrenten heeft of geen wezenlijke concurrentie te duchten heeft. Een onderneming is ook dominant wanneer deze ten opzichte van haar concurrenten een buitengewone marktpositie inneemt; hierbij moet met name gekeken worden naar het marktaandeel, de financiële sterkte, de toegang tot bevoorradings- en afzetmarkten, vervlechtingen met andere ondernemingen en de juridische of feitelijke mogelijkheden voor andere ondernemingen om toe te treden tot de markt.

Een *vermoeden* van het bestaan van een dominante economische positie ontstaat wanneer een onderneming voor een bepaalde soort van goederen of diensten een marktaandeel heeft van tenminste  $\frac{1}{3}$  van de totale markt voor die goederen of diensten, tenzij de omzet in het voorafgaande boekjaar kleiner was dan DM 250 miljoen.

*Vermoed* wordt dat er tussen twee of meer ondernemingen *feitelijk* geen sprake is van een wezenlijke concurrentie, wanneer drie ondernemingen of minder tezamen een marktaandeel hebben van 50% of meer, dan wel wanneer vijf of minder ondernemingen tezamen een marktaandeel hebben van  $\frac{2}{3}$  of meer. In beide gevallen tenzij de omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar kleiner was dan DM 100 miljoen.

Steeds wanneer er sprake is van een dominante positie, heeft het Bundeskartellamt een aantal bevoegdheden om maatregelen te nemen tegen misbruik van die positie. Misbruik in de zin van het GwB is aanwezig wanneer een onderneming zijn dominante positie als vrager of aanbieder gebruikt om de concurrentiemogelijkheden van andere ondernemingen in een voor de concurrentie op de betreffende markt belangrijke mate te beïnvloeden, zonder dat dit op zakelijke gronden gerechtvaardigd kan worden.

Misbruik wordt ook aangenomen als een onderneming haar dominante positie gebruikt om tegenprestaties of andere voorwaarden te bedingen die afwijken van de voorwaarden die



naar alle waarschijnlijkheid zouden gelden wanneer er wel sprake zou zijn van een werkzame concurrentie. Om dit te kunnen beoordelen moet gekeken worden naar het gedrag van ondernemingen op vergelijkbare markten.

Tot slot wordt misbruik van een dominante economische positie aangenomen wanneer een onderneming in zo'n positie tegenprestaties of andere voorwaarden bedingt die ongunstiger zijn dan de tegenprestaties of voorwaarden die de marktbeheersende onderneming bedingt van gelijkwaardige afnemers op vergelijkbare markten, tenzij het onderscheid, zakelijk gezien, gerechtvaardigd is.

Het Bundeskartellamt kan misbruik van een dominante positie verbieden en overeenkomsten buiten werking stellen. Een dergelijk verbod is echter pas mogelijk nadat de betrokkenen, zonder resultaat, verzocht is het misbruik te staken.

Naast bovengenoemde opsomming van situaties die een dominante positie opleveren, kan een dominante positie ook worden bereikt of versterkt door middel van fusies. Indien dat het geval is, is het Bundeskartellamt verplicht de fusie te verbieden, óók zonder dat er sprake is van *misbruik* van die positie. Een verbod is reeds mogelijk op het moment dat een fusievoornemen ter kennis komt van het Bundeskartellamt. De betrokken ondernemingen mogen echter bewijzen dat de fusie ook een verbetering van de concurrentieverhoudingen met zich meebrengt en dat de voordelen daarvan, opwegen tegen de nadelige effecten die de fusie heeft voor de concurrentieverhoudingen. Indien betrokkenen in dat bewijs slagen, kan de Bondsminister van Economische Zaken alsnog toestemming verlenen voor de fusie.

Behoudens eerdergenoemde situaties die een dominante positie opleveren, wordt ten behoeve van de *fusiecontrole* vermoed dat een dominante positie bestaat of versterkt wordt, indien een onderneming die in het voorafgaande boekjaar een omzet had van ten minste DM 2 miljard, fuseert met een andere onderneming die actief is op een markt waarop kleine en middelgrote ondernemingen tezamen een marktaandeel van ten minste  $\frac{2}{3}$  bezitten en de bij de fusie betrokken ondernemingen tezamen een marktaandeel van ten minste 5% hebben,

of

indien een dergelijke onderneming een dominante positie inneemt op één of meer markten waarop in het voorafgaande

boekjaar ten minste D M 150 miljoen werd omgezet;

90

of

de bij de fusie betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar gezamenlijk een omzet hadden van ten minste D M 12 miljard en ten minste twee van de bij de fusie betrokken ondernemingen ieder een omzet hadden van ten minste D M 1 miljard.

Voor *fusiecontrole* wordt ook als dominant binnen een bepaalde markt aangemerkt: een samenwerkingsverband van ondernemingen, indien dit bestaat uit drie of minder ondernemingen die op een markt al het grootste aandeel hebben en nu gezamenlijk een marktaandeel van 50% of meer verwerven. Ook wordt een dergelijk samenwerkingsverband van ondernemingen als dominant aangemerkt indien het bestaat uit vijf of minder ondernemingen die op een markt al het grootste aandeel hebben en nu gezamenlijk een marktaandeel van  $\frac{2}{3}$  verwerven. In de laatste twee gevallen geldt weer dat de betrokken ondernemingen mogen bewijzen dat de nieuwe concurrentieverhoudingen ook na de fusie tussen hen een wezenlijke concurrentie in stand laten of dat het geheel van ondernemingen tegenover de overige concurrenten geen overheersende marktpositie inneemt.

N . B . Beide laatstgenoemde vormen van samenwerking worden niet als dominant beschouwd indien de omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar kleiner was dan D M 150 miljoen of als de bij de fusie betrokken ondernemingen gezamenlijk een marktaandeel verwerven van niet meer dan 15%.

Van een vermoeden van een dominante positie ten behoeve van fusiecontrole is géén sprake wanneer verscheidene ondernemingen gelijktijdig of na elkaar een vooraf aangemelde hoeveelheid aandelen verwerven in een andere onderneming en de gemeenschappelijke onderneming die aldus ontstaat niet actief is op een markt waarop in het voorafgaande boekjaar D M 750 miljoen of meer werd omgezet.

Het Bundesgerichtshof ( B G H ) verwijst in zijn beslissing in de zaak 'Organische Pigmente' van 29 mei 1979\* naar de zelfstandige

\* WuW/E B G H 1613.

betekenis van artikel 23 G w B (criteria voor de aanmeldingsplicht): aan de verplichtingen die uit dit artikel voortvloeien zijn niet slechts onderworpen de fusies die in aanmerking komen voor fusiecontrole op basis van artikel 24 G w B; onder dit artikel vallen ook fusies die minder ver gaan (en derhalve niet aan controle onderworpen worden), maar op grond van absolute omvangsverhoudingen en/of hun betekenis voor de concurrentieverhoudingen op de betreffende markt, gevaar zouden kunnen opleveren voor de concurrentievrijheid. Artikel 23 G w B geeft het Bundeskartellamt de bevoegdheid om inlichtingen in te winnen bij de ondernemingen die bij de fusie betrokken zijn. De vraag om inlichtingen kan betrekking hebben op marktaandelen en omzet en op het aanduiden van de structuur van samenwerkingsverbanden met andere ondernemingen. Artikel 23 G w B is derhalve een zelfstandige – tegenover de fusiecontrole-regeling van artikel 24 minder zware – controle-regeling van de kartelwetgever.

Een verbod mag slechts worden opgelegd binnen 4 maanden na aanmelding als het Bundeskartellamt van tevoren (binnen 1 maand na aanmelding) heeft laten weten dat er een onderzoeksprocedure gestart is. Verlenging van de periode van 4 maanden is soms mogelijk.

Indien de beschikbare tijd voor het fusieproject beperkt is, is het Bundeskartellamt (om schade te voorkomen) vaak bereid om snel een verklaring van geen bezwaar te geven, als de fusie tenminste de concurrentieverhoudingen niet aantast.

#### 4.1.3. *Sancties*

Is aanmelding en controle vooraf voorgeschreven, dan mag geen fusie plaatsvinden vóórdat de schriftelijke beslissing van het Bundeskartellamt binnen is met de mededeling dat er geen bezwaar is. Gebeurt het eerder, dan is de fusie nietig, maar herstel is mogelijk (B G H w u w / E B G H 1556 (1559) 'Weichschaum').

#### 4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

Zie onder 4.2.4.

#### 4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

#### 4.2.1. *Verplichte aanmelding?*

Als de fusie leidt tot een marktaandeel van 20% of dit aandeel doet toenemen binnen het gehele grondgebied van de BRD of een belangrijk deel van dat gebied, of wanneer de deelnemende onderneming al een marktaandeel heeft van 20% in een andere markt, moet deze onverwijld worden aangemeld bij het Bundeskartellamt. Dit geldt ook als de deelnemende ondernemingen gezamenlijk op elk willekeurig tijdstip gedurende het aan de fusie voorafgaande boekjaar, tenminste 10.000 werknemers hadden of gedurende zo'n periode gezamenlijke verkopen hadden van minimaal 500 miljoen DM.

Voor alle fusies die tot stand zijn gekomen en die voldoen aan deze criteria geldt een aanmeldingsverplichting, ook al is er vóóraf een controleprocedure geweest in het kader waarvan aanmelding heeft plaatsgevonden.

De aanmeldingsverplichting geldt niet, indien de betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar een gezamenlijke omzet hadden van minder dan 500 miljoen DM.

De verplichting geldt ook niet indien een onafhankelijke onderneming met een omzet van hooguit 50 miljoen DM in het voorafgaande boekjaar, zich aansluit bij een andere onderneming, tenzij de ene betrokken onderneming in die periode een omzet van 4 miljoen DM of meer had en de andere van 1 miljard DM of meer.

Indien en voor zover het gaat om een fusie binnen een markt waarop al tenminste 5 jaar goederen of diensten worden aangeboden en waarbinnen in het voorafgaande kalenderjaar minder dan 10 miljoen DM omgezet werd bestaat er eveneens geen aanmeldingsverplichting.

#### 4.2.2. *Verbod mogelijk?*

De fusiecontroleregeling in de GWB kent de mogelijkheid van ontbinding van reeds voltooide fusies. Ontbinding is mogelijk als de fusie in strijd is met een rechtsgeldig fusieverbod.

Bij aanmelding van de fusie achteraf geldt evenals bij aanmelding vooraf dat een fusieverbod mogelijk is als het Bundeskartellamt verwacht dat de fusie nu of in de toekomst leidt of zal leiden tot een dominante positie of een versterking van zo'n positie. Partijen mogen vervolgens bewijzen dat de fusie leidt tot verbetering van de concurrentieverhoudingen en dat die verbeteringen de nadelen van een marktbeheersende positie overtreffen.

Een verbod hoeft niet in te houden dat de vroegere toestand

weer hersteld wordt; artikel 24, zesde lid, eerste zin G w B bepaalt dat ook andere oplossingen denkbaar zijn; wel moeten de maatregelen voldoen aan het proportionaliteitsvereiste.

93

Is een fusie tot stand gekomen na een aanmeldings- en controleprocedure vooraf, maar is verzuimd om aan te melden dat de fusie feitelijk tot stand is gekomen, dan mag geen verbod worden opgelegd.

#### 4.2.3. *Sancties*

Bij niet-aanmelding zijn administratieve boetes mogelijk.

Is aanmelding en controle vóóraf voorgeschreven en is dat niet gebeurd, dan is binnen 1 jaar na de totstandkoming van de fusie alsnog een verbod mogelijk.

Is het Bundeskartellamt van mening dat een fusie verboden moet worden dan staan haar de volgende dwangmaatregelen ter beschikking:

- het eenmalig of meerdere malen opleggen van een dwangsom tussen de 10.000 en de 1 miljoen DM, met als eis dat de opgelegde maatregelen uitgevoerd worden;
- het verbieden van het uitoefenen van het aan de aandelen in een betrokken onderneming verbonden stemrecht dan wel het binden van de uitoefening van het stemrecht aan de toestemming van het Bundeskartellamt;
- het nietig verklaren van de fusieovereenkomsten (dit kan echter niet meer nadat deze zijn ingeschreven in het handelsregister;
- het aanstellen van een bewindvoerder die zorgt voor de uitvoering van de beslissing van het Bundeskartellamt.

#### 4.2.4. *Beroepsmogelijkheden*

Bij fusieverboden door het Bundeskartellamt kan de Bondsminister van Economische Zaken toch toestemming verlenen, na afweging van de aantasting van de beperking van de concurrentie tegen de voordelen van de economie in zijn geheel of indien hij vindt dat de fusie gerechtvaardigd is tengevolge van een overheersend algemeen belang. Om dit te bereiken moet de belanghebbende onderneming, binnen één maand na het verbod, een schriftelijke aanvraag indienen. De minister beslist vervolgens binnen vier maanden. Bij zijn beslissing is hij wel gebonden aan de feitelijke constatering van het Bundeskartellamt met betrekking tot de beperkende effecten van de fusie op de concurrentie. De

enige afweging die hij maakt is of de fusie voordelen voor de economie in zijn geheel oplevert.

De minister mag, indien hij toch toestemming voor de fusie wil geven, een aantal voorwaarden in de vorm van beperkingen of verplichtingen opleggen. Hij mag zijn toestemming intrekken of wijzigen door middel van extra beperkingen of verplichtingen, als niet aan een opgelegde verplichting wordt voldaan. Heeft hij zijn beslissing moeten nemen op basis van onjuiste of onvolledige informatie dan is intrekking van de toestemming mogelijk.

Beroep tegen de beslissing van de minister is mogelijk bij het Kammergericht; dit toetst marginaal (redelijk; aannemelijk; rechtvaardig). Komt het Kammergericht tot de conclusie dat de beslissing van de minister, op basis van de toetsingsgronden, onjuist is, dan volgt terugverwijzing naar de minister.

Na een fusieverbod is het ook mogelijk om niet naar de minister te gaan, maar *rechtstreeks naar het Kammergericht*. Gebeurt dit na een controleprocedure voorafgaand aan de fusie, dan mag nog geen fusie plaatsvinden. Gebeurt dit als er al een fusie is, dan heeft dit beroep geen onmiddellijke gevolgen. Het verbod van het Bundeskartellamt verplicht namelijk niet tot het ongedaan maken van de fusie. Daarvoor is een speciaal ontbindingsbevel nodig. Dit bevel kan alleen maar worden gegeven als er geen verder beroep meer mogelijk is.

N.B. In de procedure bij het Kammergericht mogen nieuwe feiten en juridische argumenten worden aangevoerd. Beroep van de beslissing van het Kammergericht staat open op het Bundesgerichtshof; dit onderzoekt alleen rechtsvragen.

Was eerst een uitspraak van de minister gevraagd, dan kan daarna beroep worden ingesteld tegen het verbod van het Bundeskartellamt, tegen de beslissing van de minister of tegen beide tegelijk.

De G W B staat *rechterlijke toestemming / voorlopige voorzieningen* toe: het Kammergericht kan toestaan de fusie alvast door te laten gaan ter voorkoming van onherstelbare schade, indien het verbod van het Bundeskartellamt duidelijke formele en inhoudelijke fouten vertoont.

Zo'n rechterlijke toestemming bestaat niet bij de controleprocedure die voorafgaat aan een fusie! Immers: het tot stand brengen van een fusie is dan nog wettelijk verboden. Ook is er een mogelijkheid een fusieverbod op te leggen bij wijze van voorlopige voorziening, om problemen bij een

eventuele latere ontrafeling te voorkomen. Nodig hiervoor is een speciaal algemeen belang, dat zwaarder weegt dan het belang van de beslissing in de zaak zelf.

Voor zover niet anders vermeld, zijn de controleprocedures (met uitzondering van de termijnen) vooraf en achteraf aan elkaar gelijk.

Het Bundeskartellamt mag ook zelf de procedure in gang zetten, zonder dat er een aanmelding is, zodra het op de hoogte is geraakt van een fusie of fusievoornemen.

Het Bundeskartellamt kan niet gedeeltelijk verbieden of fusies verbinden aan beperkingen of verplichtingen. Daarom heeft deze instantie een systeem van toezeggingen ontwikkeld, dat inhoudt dat partijen toezeggen bepaalde wijzigingen te zullen doorvoeren; het Bundeskartellamt belooft dan niet te verbieden.

Duitsland kent ook een commissie, de Monopoliecommissie, die regelmatig rapporteert over de ontwikkeling van de concentratie van ondernemingen in de Bondsrepubliek en over de toepassing van de fusiecontroleregeling. Daarnaast adviseert deze commissie over de gewenste verdere ontwikkeling van concentratie en fusiecontrole.

In haar rapport 'Fusionskontrolle bleibt vorrangig' uit 1980\* doet de Monopoliecommissie verslag van de praktijkervaringen met fusiecontrole in de Bondsrepubliek. Daarin keurt zij het in de praktijk gegroeide 'toezeggingen'-systeem, af. Scheidingsafspraken tussen partijen onder elkaar brengen dezelfde bedenkingen met zich mee als ontbindingsbeloften aan het Bundeskartellamt. Bij dit soort toezeggingen en beloften wordt afgesproken dat bij het bereiken van van tevoren overeengekomen concentratiegrenzen op bepaalde gebieden, er een bepaalde vorm van ontbinding dan wel splitsing plaats zal vinden. Worden deze afspraken door partijen onder elkaar gemaakt, dan heeft het Bundeskartellamt niet de mogelijkheid om naleving van de akkoorden af te dwingen.

Verder constateert de Commissie dat ondanks het bestaan van een fusiecontroleregeling het nog mogelijk is dat overheersende marktposities ontstaan die niet gecontroleerd en dus ook niet verboden kunnen worden. Dit kan het geval

\* Monopolkommission, Hauptgutachten 1978/1979: 'Fusionkontrolle bleibt vorrangig' (1980).

zijn als een deelneming in het aandelenkapitaal van een onderneming boven een bepaalde drempel stijgt, maar niet wordt verboden omdat er geen sprake is van een *wezenlijke* versterking van een reeds bestaande band.\* Door stap voor stap het aandelenbezit uit te breiden boven bepaalde drempelwaarden en wel op een zodanige manier dat elke transactie afzonderlijk geen wezenlijke versterking van een reeds bestaande band is, kan ongehinderd een overheersende marktpositie tot stand worden gebracht of worden versterkt. Dit volgt uit de interpretatie van de artikelen 23 en 24 G W B door het Bundeskartellamt in de Holder-Bankbeslissing.† In deze beslissing verbood het Bundeskartellamt niet de indirecte verwerving door een onderneming (via een dochteronderneming) van een meerderheidsbelang in een andere onderneming. De reden voor het Bundeskartellamt deze transactie niet te verbieden was, dat de overnemende onderneming reeds als minderheidsaandeelhouder een invloed uitoefende op de andere onderneming, die ver uitsteeg boven de invloed die een minderheidsaandeelhouder plicht uit te kunnen oefenen (met name op het niveau van kennis en vaardigheden op managementgebied). Naar het oordeel van het Bundeskartellamt veranderde de aanvullende (indirecte) verwerving van aandelen niets aan de marktpositie van de overnemende onderneming. De overname was dan ook niet van betekenis voor de concurrentieverhoudingen en daarom werd de (aandelen)fusie dan ook niet verboden.

Marktbeheersende posities worden ongemoeid gelaten als ze een bijdrage leveren aan de verbetering van de concurrentieverhoudingen of als ze te rechtvaardigden zijn met het oog op het algemeen belang. Net als in de Belgische regeling is ook hier interpretatie van het begrip ‘algemeen belang’ vereist.

De Monopoliecommissie komt in haar rapport ook nog tot de conclusie dat marktbeheersende ondernemingen onvoldoende gecontroleerd kunnen worden op grond van de regelingen voor

\* ‘Ein Zusammenschluß ist auch dann anzunehmen, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher im Sinne des Absatzes 2 zusammengeschlossen waren, *es sei denn, daß* der Zusammenschluß nicht zu einer *wesentlichen* Verstärkung der bereits bestehenden Unternehmensverbindung führt(...)’

† Monopolkommission, Hauptgutachten 1978/ 1979, a.w. p.146.



toezicht op *misbruik* van de marktbeheersende positie. Zo bepaalt artikel 23, eerste lid, tweede zin bijvoorbeeld dat wanneer verscheidene ondernemingen zodanig samenwerken dat zij gezamenlijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen op een onderneming waarin wordt deelgenomen, elk van die ondernemingen als overheersend wordt aangemerkt (Mehrmütterklausel); het doel van deze bepaling is het mogelijk maken van een toetsing wanneer zelfstandige ondernemingen toch door middel van bepaalde samenwerkingsafspraken, een gezamenlijke overheersende invloed op een andere onderneming kunnen uitoefenen. Het B G H heeft echter bepaald dat er duidelijk sprake moet zijn van een contractuele of organisatorische band alvorens een groep van gelijkgerichte ondernemingen geacht kan worden een overheersende invloed uit te oefenen\*. De Monopoliecommissie is daarentegen van mening dat van een groep van gelijkgerichte ondernemingen ook dan een overheersende invloed kan uitgaan indien er geen contractuele of organisatorische band geschapen is, maar andere juridische of feitelijke omstandigheden een voldoende grondslag opleveren voor een gemeenschappelijke overheersing. Voorbeelden hiervan zijn: overeenstemmende belangen, evenwichtige machtsverhoudingen van de ondernemers onder elkaar, familiebanden die op dezelfde wijze als contractuele banden leiden tot gemeenschappelijk optreden. De Monopoliecommissie acht zich geruggesteund in haar opvatting door een andere uitspraak van het Bundesgerichtshof.<sup>†</sup>

Gezien de feitelijke ervaringen met de huidige mededingingsregelingen in de G W B die betrekking hebben op het verwerven van een machtspositie, adviseerde de Monopoliecommissie in haar rapport om verbeteringen aan te brengen. Zij stelt voor om in verband met het misbruik van een economische machtspositie een regeling op te nemen, analoog aan de fusiecontroleregeling, waardoor het mogelijk wordt om ondernemingen te ontbinden. Hierdoor zouden gaten in het systeem van toezicht op machtsmisbruik gedicht worden, omdat correctie van ongewenste situaties mogelijk wordt.

De Monopoliecommissie heeft ook gekeken naar de bereidheid van een moederonderneming om financiële middelen ter beschikking te stellen van een dochteronderneming. Die bereidheid blijkt nauw samen te hangen met de mate van invloed

\* W U W / E B G H 1608; W A Z-beslissing, 8 mei 1979.

† B G H 62, 193.

die op de dochter kan worden uitgeoefend en met de verwachting dat de inzet van financiële middelen op de lange duur voordelig is voor de moeder.

*4.3. Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

Bij fusies buiten de B R D van twee moederbedrijven heeft het Bundeskartellamt de bevoegdheid een bedrijf binnen de B R D, dat verwant is met zo'n moederbedrijf, te verzoeken de noodzakelijke aanmelding van de fusie, of voorgenomen fusie, te doen. Immers: werken verscheidene ondernemingen zo samen dat ze gezamenlijk een overheersende invloed op een deelnemende onderneming (kunnen) uitoefenen, dan wordt elk van deze ondernemingen als overheersend aangemerkt.

Het G W B kent verder geen gedetailleerde bepalingen voor de juridische status van fusies die weliswaar in het buitenland voltrokken worden, maar die de binnenlandse concurrentieverhoudingen beïnvloeden.

De Monopoliecommissie is echter van mening dat artikel 23 G W B (criteria voor aanmeldingsplicht) van toepassing is op alle buitenlandse fusies waardoor mogelijk(erwijze) de binnenlandse concurrentieverhoudingen beïnvloed worden.

*4.4. Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

In 1973 werd fusiecontrole geïntroduceerd in het G W B: Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, B G B L. 1973 I, 917. Controle op het gebied van persfusies kon op basis van deze wet slechts plaatsvinden met betrekking tot grote uitgeverijen en dat nog slechts binnen enge grenzen.

In 1976 zijn er speciale regelingen geïntroduceerd voor fusies op het gebied van uitgeven, vervaardigen en op de markt brengen van kranten: Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vom 28 Juni 1976 (B G B L. I S. 1697). Het gaat om een aanpassing van de hier bovengenoemde regels aan de bijzondere situatie van de pers.

Het was de bedoeling van de wetswijziging om ook het verwerven van kleine en middelgrote uitgeverijen met sterke lokale marktposities, te verhinderen. Om deze reden worden uitzonderingen die het G W B maakt voor kleine en middelgrote of

regionale ondernemingen met betrekking tot de fusiecontrole, ongedaan gemaakt voor kleine en middelgrote dan wel regionale uitgeverijen. Hiertoe worden de getalscriteria van de uitzonderingen op de algemene fusiecontrole voor kleine en middelgrote ondernemingen gedeeld door een factor 20 voor de fusiecontrole op kleine en middelgrote uitgeverijen.

N. B. Bij gemengde fusies (bijvoorbeeld van een industriële onderneming en een personerneming) blijft voor de industriële omzet de algemene regel gelden. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor boekuitgeverijen voor zover deze geen dagbladen of tijdschriften produceren. Het is niet ondenkbaar dat dit ook zal gelden voor fusies tussen een personerneming en een radio- of televisieonderneming. Dit is echter nog niet aan de orde geweest.

Uit de algemene regels voor aanmelding van *voorgenomen* fusies volgt dat er een preventieve fusiecontrole moet plaatsvinden indien tenminste twee van de betrokken ondernemingen ieder een omzet hadden van DM 1 miljard of indien één van de betrokken ondernemingen een omzet had van DM 2 miljard. Voor personernemingen geldt een jaaromzet van ieder DM 50 miljoen dan wel een jaaromzet van DM 1 miljoen van één van de betrokken ondernemingen.

Een aanmeldingsplicht van *tot stand gebrachte* fusies bestaat reeds bij een gezamenlijke omzet van de deelnemende uitgeverijen van DM 25 miljoen (en niet pas bij DM 500 miljoen). Deze omzet betreft een oplage van 70 à 80.000 exemplaren (aldus de Bundesrat in zijn standpuntbepaling ten opzichte van het wetsontwerp van de Bondsregering, BT-Drucks. 7/2954, s.8).

De algemene regels kennen vermoedens van marktbeheersing. Zo'n vermoeden ontstaat wanneer er voor een bepaalde soort goederen of diensten sprake is van een marktaandeel van tenminste  $\frac{1}{3}$ ; het vermoeden ontstaat niet wanneer de onderneming in het laatste jaar een omzet van minder dan DM 250 miljoen had.

Het vermoeden ontstaat ook als voor een bepaalde soort goederen of diensten, drie of minder ondernemingen de markt voor de helft beheersen, of wanneer vijf of minder ondernemingen samen  $\frac{2}{3}$  van de markt beheersen; het vermoeden ontstaat niet indien de gezamenlijke omzet in het laatste boekjaar kleiner was dan DM 100 miljoen.

Voor persondernemingen liggen de grenzen waarbij zo'n vermoeden ontstaat op respectievelijk DM 12,5 miljoen en DM 5 miljoen.

## 5. CONCLUSIES

Fusiecontrole in de Bondsrepubliek Duitsland maakt deel uit van een uitgebreide mededingingsregeling met bijbehorende, uitgebreide controlemogelijkheden. De controleregeling kent een aanmeldingsverplichting voor (voorgenomen) fusies in het algemeen. Fusies van ondernemingen met een bepaalde minimale omzet kunnen worden verboden wanneer verwacht wordt dat de fusie nu of in de toekomst zal leiden tot een dominante positie op de markt of een versterking van die positie. Ook voor dergelijke dominante posities bestaan criteria in percentages van het marktaandeel. Een fusieplan mag slechts worden uitgevoerd als het niet binnen een bepaalde periode door het orgaan waarbij (voorgenomen) fusies aangemeld moeten worden, het Bundeskartellamt, verboden wordt.

In het kader van deze regeling is er een specifieke controleregeling voor persuitgeverijen. De criteria, zoals omzet en marktaandeel die voor de algemene regeling gelden zijn voor deze persondernemingen naar beneden aangepast.

In 1981 verbood het Bundeskartellamt op grond van bovengenoemde regelingen een fusievoornemen tussen twee grote uitgeverijen: Axel Springer AG en Burda GmbH. Gevreesd werd dat door deze fusie de pluriformiteit in de dagbladen- en tijdschriftensector aangetast zou kunnen worden. De gezamenlijke omzet zou 3,7 miljard DM zijn geweest. Het Bundeskartellamt was van mening dat de financiële machtspositie die beide uitgeverijen samen zouden verwerven, de marktpositie van de door hun uitgegeven dagbladen en tijdschriften, elk op hun eigen markt, teveel zou hebben versterkt of zou hebben kunnen versterken.

Enkele jaren geleden wilde Springer, Kieler Nachrichten kopen. Dit dagblad had echter al een feitelijk monopolie, wat nog eens versterkt zou worden indien de overname toegestaan zou worden.

De uitgeverij Gruner + Jahr AG mocht wel de Hamburger Morgenpost kopen. Dit blad leed verlies en kon door de overname van de ondergang gered worden. De overname werd toegestaan in verband met het behoud van de pluriformiteit: omdat de beide

andere Hamburgse kranten eigendom van Springer waren zou deze de markt gaan beheersen.

De controle van marktbeheersende posities op individuele markten bevat een aantal leemtes. Daardoor sluit de regeling in de Bondsrepubliek niet de mogelijkheid uit dat marktbeheersende posities alsnog tot stand komen of in stand blijven. De Monopoliecommissie heeft een aantal verbeteringen van de wetgeving voorgesteld.

## 1. BRONNEN

- EEG-Verdrag;
- Wet inzake toezicht op monopolies en handelsbeperkende handelingen.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLE REGELING?

Denemarken kent geen speciale fusiecontroleregeling, wel een wet ter voorkoming van oneerlijke mededinging. Een afzonderlijke regeling werd niet noodzakelijk geacht, tengevolge van de directe doorwerking van de mededingingsregels van de EEG (artikelen 85-86 EEG). Fusies, monopolies en handelsbeperkende handelingen die een effect hebben op andere lidstaten, worden slechts gecontroleerd voor zover ze onder de EEG-regels gebracht kunnen worden.

Indien dit effect ontbreekt, prevaleert intern de ‘Monopolies and Restrictive Practices Supervision Act’.

4.4. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van de pers?*

Denemarken kent ook geen speciale wettelijke regeling met betrekking tot het toetsen van persfusies.

## I. BRONNEN

- Wet nummer 77-806, 19 juli 1977 in combinatie met Ordonnantie nummer 77-1189 van 25 oktober 1977 en de Circulaire van 14 februari 1978;
- Wet nummer 85-1408, 30 december 1985 in combinatie met Ordonnantie nummer 86-1243 van 1 december 1986 inzake vrije prijzen en concurrentie (titel v: Fusies); Decreet nummer 86-1309 van 29 december 1986 ter vaststelling van de toepassingsvoorwaarden van de Ordonnantie; Circulaire inzake toezicht op economische concentraties en maatregelen met betrekking tot onwettige overeenkomsten en misbruik van een dominante positie, van 14 februari 1978;
- Statut de la Communication, bestaande uit:
  - Wet nummer 86-897 van 1 augustus 1986 betreffende hervorming van het rechtsregiem voor de pers;
  - Wet nummer 86-1210 van 27 november 1986 ter completering van Wet nummer 86-897;
  - Wet nummer 86-1067 van 30 september 1986 met betrekking tot de vrijheid van communicatie (voor de audiovisuele sector).

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLEREGELING?

Fusiecontrole is geregeld in het kader van mededingingsregelingen. De fusiecontroleprocedure valt voor een groot deel onder de verantwoordelijkheid van de Mededingingsraad; de procedure bij die Raad is dezelfde als de procedure die betrekking heeft op overeenkomsten tussen ondernemingen die leiden tot een dominante economische positie op een bepaalde markt.

## 3. WAT WORDT BEDOELD MET 'FUSIE'?

Een *fusie* vloeit voort uit elke handeling, in welke vorm dan ook, die tot gevolg heeft dat alle delen van de activa, rechten en verplichtingen van een onderneming worden overgedragen, of die tot doel of gevolg hebben dat een onderneming of een combinatie

van ondernemingen in staat wordt gesteld direct of indirect een beslissende invloed uit te oefenen over een of meer andere ondernemingen (artikel 39 Ordonnantie van 1 december 1986 [= artikel 4 Wet van 1977]).

Onder de fusiecontrole vallen derhalve, volgens de Circulaire van 14 februari 1978, alle juridische handelingen die leiden tot een gehele of gedeeltelijke overname van bezittingen, zoals fusies, deelneming en het participeren in dochterondernemingen.

#### 4. CRITERIA EN PROCEDURES

##### 4.1. en 4.2. *Fusiecontrole vooraf?*

##### 4.1.1. en 4.2.1. *Verplichte aanmelding?*

De controleprocedures voor en na de totstandkoming van een fusie verlopen op dezelfde manier.

Aanmelding van fusies zowel voor als na de totstandkoming is facultatief. Het geschiedt bij de minister van Economische Zaken onder overlegging van een groot aantal op de fusie betrekking hebbende bescheiden en gegevens.

Artikel 38 bepaalt:

Elke voorgestelde of tot stand gebrachte fusie of fusie die concurrentie zou kunnen belemmeren, met name door het scheppen of versterken van een dominante positie op de markt, kan door de minister van Economische Zaken worden voorgelegd aan de Mededingingsraad, maar alléén als de betrokkenen gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor een marktaandeel meer dan 25 % van de transacties; òf: een omzet hebben die groter is dan 7 miljard FF en minstens twee van de betrokken bedrijven een omzet hebben die groter is dan 2 miljard FF elk.

De minister kan dus steeds de fusiecontroleprocedure in gang zetten; aanmelding is daarvoor niet noodzakelijk. Een reden voor partijen om toch aan te melden kan zijn dat zij de zekerheid willen hebben later niet alsnog met ontbinding geconfronteerd te worden.

Wat betreft het marktaandeel, wordt steeds onderzocht welke de relevante markt is, zijnde de markt voor die betreffende



goederen of diensten en de markt voor produkten of diensten die deze kunnen vervangen. Het gebied van de relevante markt is of het nationale grondgebied, of een wezenlijk deel daarvan. Het gaat om de totale omzet van de betrokken ondernemingen in het kalenderjaar voorafgaande aan de fusie.

In plaats van de zaak voor te leggen aan de Mededingingsraad, kan de minister ook uitdrukkelijk verklaren dat hij niet tegen de fusie is of niet antwoorden. In dat geval wordt na twee maanden uitgegaan van stilzwijgende goedkeuring. Wil de minister dat voorkomen, dan moet hij de betrokkenen inlichten, om te voorkomen dat na twee maanden wordt uitgegaan van stilzwijgende goedkeuring. De procedure mag nu zes maanden duren.

Na aanmelding door de minister bij de Mededingingsraad stelt deze een onderzoek in. Zijn er zes maanden verstreken, zonder dat de Raad iets van zich heeft laten horen, dan wordt de fusie geacht te zijn goedgekeurd.

De Mededingingsraad onderzoekt of de juridische documenten en de transacties die door de minister aan hem zijn voorgelegd voldoen aan de wettelijke regelingen. Daarnaast onderzoekt de Raad of door de fusie, de concurrentieverhoudingen aangetast zouden kunnen worden en of er voldoende sprake is van een bijdrage aan economische vooruitgang; dat wil zeggen of die bijdrage opweegt tegen de nadelige gevolgen voor de concurrentieverhoudingen. Dit wordt bekeken in het licht van de internationale concurrentieverhoudingen. Dit laatste onderzoek komt overeen met artikel 85, derde lid van het E E G-Verdrag.

De rapporten en documenten waarop de Raad zijn mening baseert worden aan partijen opgestuurd. Zij kunnen hierop binnen 1 maand reageren. Partijen of vertegenwoordigers mogen ook aanwezig zijn bij de betreffende zitting van de Raad.

#### 4.1.2. en 4.2.2. *Verbod mogelijk?*

De Mededingingsraad maakt een economische evaluatie, geeft een mening waarin de gronden voor zijn beslissingen zijn opgenomen en stelt maatregelen voor die nodig geacht worden om de fusie te kunnen goedkeuren. Eventueel kan de Raad adviseren een fusie of een fusievoornemen te verbieden. Een verbod is sinds 1977 slechts één keer voorgekomen en die beslissing is uiteindelijk op procedurele gronden, door de 'Conseil d'Etat' (Raad van State) teruggedraaid.

Na advies van de Mededingingsraad volgt de beslissing van

de minister van Economische Zaken en de minister onder wiens verantwoordelijkheid de economische sector valt waarop de aangemelde fusie betrekking heeft. De minister kan de bedrijven verplichten het fusie-idee te laten varen of terug te draaien, de transactie te wijzigen of te completeren of alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de concurrentie te herstellen.

De minister moet wel motiveren en de maximale termijn bekend maken waarbinnen aan de opgelegde verplichtingen voldaan moet zijn. De minister mag ook eisen dat de transactie onderworpen wordt aan bepaalde voorwaarden die bijdragen aan de economische en sociale vooruitgang ter compensatie van de schadelijke effecten die de fusie heeft voor de concurrentie.

Het laatste woord ligt bij de minister van Economische Zaken.

#### 4.1.3. en 4.2.3. *Sancties*

Het niet-nakomen van door de minister opgelegde verplichtingen kan leiden tot administratieve boetes. Hiervoor moet de minister wel eerst de Mededingingsraad raadplegen en moet hij vervolgens blijven binnen de grenzen die deze Raad aangeeft.

Boetes voor bedrijven zijn maximaal 5% van de omzet in Frankrijk van het boekjaar voorafgaande aan de eerste handeling die leidde tot de onderzoeksprocedure.

Voor anderen is de maximale boete 10 miljoen FF.

#### 4.2.4. *Beroepsmogelijkheden*

Beroep tegen de beslissing van de minister is mogelijk bij de Conseil d'Etat, zoals voor alle administratieve beslissingen.

#### 4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

De algemene fusiecontroleregeling kent geen bijzondere regelingen voor overnames door buitenlandse natuurlijke personen of rechtspersonen.

#### 4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

Voor de pers zijn van belang Wet nummer 86-897 van 1 augustus 1986 betreffende de hervorming van het rechtsregiem voor de pers en Wet nummer 86-1210 van 27 november 1986 ter complettering van Wet nummer 86-897.

Het begrip *personderneming* wordt gedefinieerd als instelling die de verschillende economische, materiële, intellectuele en menselijke middelen bijeenbrengt die nodig zijn voor de realisatie en het uitgeven van een geschreven periodiek.

De Franse fusiecontroleregeling voor de pers heeft een lange ontwikkeling doorgemaakt, waarin een aantal malen de vraag naar de verenigbaarheid met de Franse grondwet aan de orde is gekomen.

De Ordonnantie van 26 augustus 1944; werd niet al te best nageleefd en gerespecteerd. Toch duurde het tot 1984 voordat er een nieuwe regeling tot stand kwam, in de vorm van de Wet van 23 oktober 1984 (*Loi sur les entreprises de presse*). Het doel van die wet was het tegengaan van concentraties die als zo buitensporig geoordeeld werden dat gevaar zou dreigen voor de pluriformiteit van het informatie-aanbod.

Naast deze wet bleef de Ordonnantie van 1944 van kracht. De reden hiervan was dat de Conseil constitutionnel een aantal artikelen van de nieuwe wet in strijd met de grondwet (*Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* van 1789) verklaarde. Hierdoor dreigden bepaalde zaken ongeregeld te blijven, nu de nieuwe wet bepaalde dat de werking van een aantal artikelen van de Ordonnantie (die immers nu werden vervangen of aangevuld) opgeheven zou worden. Om deze reden bepaalde de Conseil constitutionnel dat de hele regeling van de Ordonnantie, naast deze nieuwe wet, in stand zou blijven.

In zijn beslissing van 10 en 11 oktober 1984\*, verklaarde de Conseil constitutionnel 10 van de 45 wetsartikelen geheel of gedeeltelijk niet in overeenstemming met de grondwet. De beslissing bevat belangrijke uitspraken op drie gebieden: het toepassingsgebied van de wet; de afbakening van de bevoegdheid van de wetgever inzake vrijheidsrechten; de bevoegdheid van de Conseil constitutionnel om wetten te toetsen aan de grondwet.

De Conseil constitutionnel toetste eerst de doelstellingen van de wet van 1984 aan de grondwet. De wet kent twee doelstellingen: de financiële transparantie van persondernemingen en het bevorderen respectievelijk in stand houden van het pluralisme van het aanbod.<sup>†</sup> Het stellen van eisen aan de financiële

\* J. o. 13-10-1984 (*Décision sur les entreprises de presse*).

† Frankrijk kent het begrip 'pluralisme' in plaats van 'pluriformiteit'. 'Pluralisme van aanbod' ziet op de aanwezigheid van een veelheid aan uitingsvormen; 'pluriformiteit' ziet meer op de aanwezigheid van een veelheid aan inhoudelijk van elkaar verschillende meningsuitingen.

transparantie van ondernemingen, is volgens de Conseil constitutionnel niet in strijd met de persvrijheid, maar leidt zelfs tot versterking van een effectieve bescherming van deze vrijheid. Pluralisme van het aanbod van ‘dagbladen met politieke en algemene informatie’ is bovendien op zichzelf reeds een doelstelling met grondrechtelijke waarde, omdat anders de bescherming van het vrije verkeer van gedachten en meningen, gegarandeerd door artikel 11 van de Déclaration de droits de l’homme et du citoyen van 1789, niet effectief kan zijn.

In een eerdere beslissing (27 juli 1982) had de Conseil constitutionnel al bepaald dat de wetgever nooit het beginsel van het grondrecht dat hij nader wil regelen, mag aantasten. De Conseil constitutionnel oordeelde dat elke regeling die een onderneming bindt aan een ‘voorafgaand verlot’, in strijd is met het grondrecht van de persvrijheid. Ook het aantasten van bestaande situaties (bestaande marktposities of concentratievormen) leidt tot strijd met dit grondrecht, volgens de Conseil constitutionnel.

Formeel kende de wetstekst van 1984 geen mogelijkheid tot ‘voorafgaand verlot’, maar de wet voorzag er wel in dat de ‘Commission pour la transparence et le pluralisme’ de bevoegdheid had om, wanneer zij een overtreding constateerde van de artikelen 10 tot en met 14 (criteria voor de beoordeling van de mate van pluralisme en bepalingen voor de realisatie van het pluralisme), de betrokkenen te sommeren de bepalingen na te leven en de maatregelen te nemen die zij nodig oordeelde. Vervolgens kon deze commissie een termijn stellen waarbinnen de opgelegde maatregelen ten uitvoer moesten zijn gebracht. In het geval dat de maatregelen niet werden uitgevoerd kon de commissie het Openbaar Ministerie informeren en deze het dossier toesturen. Zodra de commissie officieel constateerde dat uitvoering van de opgelegde maatregelen niet plaatsvond, was het gevolg dat alle fiscale en postale voordelen voor de betreffende onderneming werden opgeheven.

De bepalingen betreffende voorafgaande kennisgeving aan een bestuursorgaan werden niet strijdig geacht met de grondwet. Aan de andere kant leverden de *uitvoeringsmaatregelen* die de commissie kon opleggen een situatie op die gelijk stond met een stelsel van preventieve toetsing (‘voorafgaand verlot’), aldus de Conseil constitutionnel. De mogelijkheid tot het nemen van repressieve maatregelen zou niet mogen worden opgedragen aan een administratief orgaan. De Conseil constitutionnel keek vooral

naar de mogelijke *gevolgen* van de door de wetgever voorziene beschikking en naar de ernst van het opheffen van fiscale en postale voordelen en niet zozeer naar de procedure. Hiermee onderstreept hij de evolutie in zijn jurisprudentie om vrijheidsrechten te behandelen als reële vrijheidsrechten (materiële toetsing).

De Conseil constitutionnel heeft bovendien vastgesteld dat de wetgever strengere regels slechts voor de toekomst mag vaststellen, niet voor bestaande situaties.

De wet stelde plafonds vast voor een bepaalde maximale oplage van dagbladen die in een bepaalde markt (lokaal, departementaal, regionaal of landelijk) verspreid worden (15%). Dit was volgens de Conseil constitutionnel in strijd met de grondwet. Een dagblad dat erg succesvol is bij de lezers zou immers niet meer mogen verkopen dan de toegestane maximale oplage. Hierdoor werd de vrijheid van de lezers aangetast.

Artikel 11 van wet nummer 86-897 van 1 augustus 1986 betreffende de hervorming van het rechtsregiem voor de pers versoepelde de ongrondwettig verklaarde anticoncentratiebepaling van de wet uit 1984. De maximale oplagedrempel van 15% werd verhoogd tot 30% en overschrijding van die drempel werd verboden als dat het gevolg zou zijn van een overneming. Tevens werd bepaald dat het ging om meer dan 30% *van de totale oplage* van dagbladen met algemene en politieke informatie *op het gehele Franse grondgebied*.

De Conseil constitutionnel vatte dit op als een schijnbepaling: onvoldoende en ongeschikt om het pluralisme te beschermen. De bepaling hadt slechts betrekking op directe overnemingen en verhinderde niet dat een belangrijke kapitaaldeelname werd verworven door een stroman of stro-vennootschap, zonder dat daarop een sanctie stond. Verder voorkwam de bepaling niet dat 100% van de oplage in één of meerdere departementen in handen kwam van één persoon (immers: 30% van de oplage op het gehele Franse grondgebied hoeft niet bereikt te worden bij het beheersen van de totale oplage in een bepaald departement).

Opnieuw werd de wet aangepast en bij Wet nummer 86-1210 van 27 november 1986 ter completering van Wet nummer 86-897 werden de door de Conseil constitutionnel geconstateerde grondwettelijke onvolkomenheden van de wet van 1 augustus 1986, hersteld. Bepaald werd nu dat het, op straffe van nietigheid, verboden is een dagblad met politieke en algemene informatie te verwerven dan wel direct of indirect te controleren, zodra deze

operatie tot gevolg heeft dat een natuurlijke persoon of rechtspersoon of een groep natuurlijke personen of rechtspersonen dagbladen met politieke of algemene inhoud direct of indirect gaat bezitten, controleren of uitgeven waarvan de gezamenlijke oplage groter is dan 30% van de totale oplage *van alle gelijksoortige publikaties* op het nationale grondgebied.

In tegenstelling tot de wet van 1984, maakt deze wet dus geen onderscheid tussen de oplage op de nationale dagbladenmarkt aan de ene kant en de oplage op de regionale, departementale of lokale dagbladenmarkt aan de andere kant.

De wet van 1 augustus 1986 bevat verder regels met betrekking tot de doorzichtigheid van de markt en regels met betrekking tot de onafhankelijkheid. Het publiek heeft er immers recht op de identiteit te kennen van degene(n) door wie het geïnformeerd wordt: wie verantwoordelijk is voor de publikaties; wie de financiën verzekert en derhalve een zekere macht heeft; wie invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van de publikaties en op de politieke of ideologische koers.

Ook wordt bepaald dat transacties onder een schuilnaam (via 'stromannen') verboden zijn; dat redactionele en commerciële uitingen duidelijk gescheiden gepresenteerd moeten worden; dat, indien persuitgeverijen vennootschappen zijn, slechts aandelen op naam mogen worden uitgegeven; dat in het betreffende dagblad alle informatie gepubliceerd moet worden die betrekking heeft op de overdracht van kapitaal, of een belofte tot overdracht, van de uitgeverij zodra de overnemer daardoor in het bezit komt van  $\frac{1}{3}$  van het kapitaal of van de stemrechten. Als de onderneming geen vennootschap is geldt deze plicht voor elke afzonderlijke overdracht of belofte daartoe en ook bij overdracht van de exploitatie van een titel van een perspublicatie.

De mogelijkheid van buitenlanders, die geen onderdaan zijn van een van de lidstaten van de E G, om te investeren in de Franse pers, zijn beperkt. Op buitenlanders die wel onderdaan zijn van een van de lidstaten, is het E G-recht van toepassing.

Er is een verbod om financiële of andere vergoedingen aan te nemen van buitenlandse regeringen.

Elke overdracht (onafhankelijk van de vraag of het een overdracht aan een binnenlandse of buitenlandse onderneming betreft) is onderworpen aan goedkeuring van de Raad van Toezicht. Doel hiervan is het voorkomen van ongewenste overnemingen die het pluralisme zouden kunnen aantasten.

Bij overtreding van de regels zijn geldboete en gevangenisstraf mogelijk.

N.B. Wet nummer 86-1067 van 30 september 1986, met betrekking tot de vrijheid van communicatie (voor de audiovisuele sector)

III

Artikel 41 van deze wet bevat regels die bedoeld zijn om het pluralisme te garanderen binnen de media als geheel. De regels hebben dan ook zowel betrekking op de audiovisuele communicatiesector als op de geschreven pers.

Ter verwezenlijking van het doel van het pluralisme op nationaal niveau verbiedt het artikel personen die één of meer dagbladen met politieke of algemene informatie uitgeven die tezamen meer dan 20% vertegenwoordigen van de totale oplage van dagbladen van dezelfde soort op het totale nationale grondgebied, om tevens activiteiten te ontplooiën (boven bepaalde grenzen) op het gebied van televisie en/of radio, hetzij via de ether, hetzij via de kabel. Zij die reeds twee van de genoemde audiovisuele diensten verzorgen mogen niet meer dan 20% van de dagbladoplage uitgeven of controleren. De verwezenlijking van het doel van pluralisme op regionaal en lokaal niveau brengt met zich mee dat het een ieder, die binnen een bepaald gebied een of meer dagbladen met politieke en algemene informatie uitgeeft of controleert met al dan niet een nationaal karakter, verboden is binnen dat gebied tegelijkertijd radio, televisie of kabelactiviteiten te ontplooiën.

De Franse wetgever gaat er, in het Statut de la communication de l'audiovisuelle, vanuit dat één en dezelfde persoon slechts (hetzij direct, hetzij indirect) betrokken mag zijn bij twee van de vier media: dagblad, radio, televisie, kabel distributie.

## 5. CONCLUSIES

Fusiecontrole in het algemeen is in Frankrijk geregeld in het kader van mededingingsregelingen. Aanmelding van fusievoornemens is mogelijk bij de minister van Economische Zaken (facultatief). De minister kan een (voorgenomen) fusie laten toetsen door de Mededingingsraad, waarbij een economische evaluatie plaatsvindt met betrekking tot de gevolgen voor de concurrentie en met het oog op een eventuele economische machtspositie. Na advies van deze Raad volgt de beslissing van de minister van Economische Zaken en van de desbetreffende vakminister. Een fusieverbod is daarbij mogelijk.

Sinds de invoering van deze fusiecontroleprocedure in 1977 heeft de Mededingingsraad slechts éénmaal geadviseerd een fusie te verbieden. Dit verbod werd ongedaan gemaakt door de Conseil d'Etat, zij het op formele gronden.

Voor de pers zijn er daarnaast nog twee soorten van specifieke regels van kracht en wel met betrekking tot de doorzichtigheid van de markt en met betrekking tot bescherming van, wat men in Frankrijk noemt, het pluralisme van de pers.

De regels met betrekking tot de doorzichtigheid zijn gericht op het openbaarmaken van de namen van eigenaren, vennoten, directies en hoofddirecties. Bovendien bevatten deze regels bepalingen terzake van de financiële doorzichtigheid van ondernemingen, waaronder de bepaling, dat aandelen in ondernemingen uitsluitend op naam mogen worden uitgegeven.

De regels met betrekking tot bescherming van het pluralisme beperken onder meer de mogelijkheid voor buitenlanders, die geen onderdaan zijn van een van de E.G.-lidstaten om te investeren in de Franse pers.

Daarnaast is in het kader van deze regels voorgeschreven dat elke overdracht van aandelen in ondernemingen aan goedkeuring onderworpen is. Een verbod is voorzien van fusies van ondernemingen, indien zij na de fusie méér dan 30% van de totale oplage van de gelijksoortige bladen te boven zullen gaan.

Het Franse Conseil constitutionnel heeft bepaalde onderdelen van eerdere versies van deze perswetgeving getoetst aan de grondwettelijk vastgelegde persvrijheid. Het Conseil constitutionnel achtte het in strijd met de grondwet dat zonder meer verboden werd méér dan een bepaald maximum aan oplage te hebben (tengevolge van groei en succes op de lezersmarkt). Dat werd in strijd met de keuzevrijheid van de lezers geacht.

Niet in strijd met de grondwet achtte het Conseil constitutionnel het stellen van eisen met betrekking tot de financiële doorzichtigheid, de aanmeldingsplicht voor fusies en het verbod om door fusie een maximaal percentage op de oplagemarkt te verwerven. Bevordering van het pluralisme van de pers is een middel ter bescherming van het vrije verkeer van gedachten en meningen. Het vloeit voort uit de waarden die de grondwet wil beschermen, aldus het Conseil constitutionnel.



## 1. BRONNEN

- Fair Trading Act 1973;
- Companies Act 1985;
- Rules Governing Substantial Acquisitions of Shares, van de Take-over Panel;
- Soms is ook de ‘City Code on Take-overs and Mergers (‘the Take-over Code’)’ van toepassing. Dit zijn algemene gedragsprincipes voor overnames van openbare vennootschappen. Uitleg over de toepassing onder bepaalde omstandigheden, door het ‘Panel on Take-overs and Mergers’. De Code is geen wetgeving, maar bevat afspraken die gemaakt zijn binnen de effectenhandel. Degenen die gebruik willen maken van de faciliteiten van de effectenmarkten van het Verenigd Koninkrijk worden geacht te handelen in overeenstemming met de Code: in de praktijk zijn ze er dus toch aan gebonden.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLE REGELING?

Een regeling voor fusiecontrole was oorspronkelijk opgenomen in de Monopolies and Mergers Act 1965; later is deze, met enkele wijzigingen, geheel overgenomen in de Fair Trading Act 1973.

## 3. WAT WORDT BEDOELD MET ‘FUSIE’?

Twee of meer ondernemingen moeten hebben opgehouden afzonderlijke ondernemingen te zijn; tenminste één van de ondernemingen moet haar bedrijfsactiviteiten uitoefenen binnen het Verenigd Koninkrijk of onder het bestuur staan van een rechtspersoon die zijn zetel heeft binnen het Verenigd Koninkrijk. Bovendien moet voldaan zijn aan de criteria van hetzij de marktaandeeltest, hetzij de activatest.

De marktaandeeltest houdt in dat nagegaan wordt of de nieuwe onderneming in het Verenigd Koninkrijk of een wezenlijk deel daarvan tenminste 25% van de goederen levert of tenminste 25% van de diensten verricht. De activatest houdt in dat nagegaan wordt of de nieuwe onderneming een totaal aan activa

heeft van meer dan £ 30 miljoen. In de praktijk is vooral de activatetest van belang. Zodra die positief uitvalt, blijft de marktaandeelentest achterwege.

Het gemeenschappelijke, tevens essentiële kenmerk van fusies is, dat bedrijven die voorheen los stonden van elkaar, nu gemeenschappelijk eigendom zijn of onder gemeenschappelijk bestuur staan. Dit kan op vele verschillende manieren bewerkstelligd worden; de wetgever definieert fusies niet door te verwijzen naar hun juridische structuur, maar door te verwijzen naar het effect van de afspraken die gericht zijn op een bepaalde graad van gemeenschappelijk eigendom of bestuurlijke invloed op ondernemingen.

Van fusie is derhalve niet alleen sprake bij een openbaar bod op aandelen, maar ook bij de overdracht van dochterondernemingen en andere ondernemingen, bij bedrijfsfusies en bij de verwerving van belangrijke aandelenpakketten in het algemeen.

#### 4 . C R I T E R I A   E N   P R O C E D U R E S

##### 4.1. *Fusiecontroleregeling vooraf?*

##### 4.1.1. *Verplichte aanmelding?*

Naar de mening van de Britse overheid, zou een verplichting tot aanmelding, omwille van de effectiviteit, betrekking moeten hebben op een enorm aantal transacties. Veel van die aanmeldingen zouden echter niet van belang zijn met het oog op het doel van de fusiecontrole: het behoud van gezonde concurrentieverhoudingen. Om deze reden koos de Britse overheid voor een systeem van vrijwillige aanmelding bij de Office of Fair Trading.

De instantie die de feitelijke toetsing uitvoert in het kader van de fusiecontrole, is de Monopolies and Mergers Commission (M M C).

Formeel is slechts de minister van Handel en Industrie bevoegd om situaties die een fusie opleveren in de zin van de wet, voor te leggen aan de M M C voor een nader onderzoek. Onder het huidige recht ligt de belangrijkste rol bij de beslissing, om fusies of fusievoornemens al dan niet aan de M M C voor te leggen echter bij de Office of Fair Trading (O F T). Deze staat onder leiding van de Directeur-Generaal, die de wettelijke plicht heeft zichzelf op de hoogte te stellen van de ontwikkelingen op het gebied van fusies en om aanbevelingen te doen aan de minister met betrekking tot acties die hij voor deze opportuun acht.

N.B. Fusievoornemens kunnen tijdens de totstandkoming worden geblokkeerd zodra ze ter kennis komen van de Directeur-Generaal en deze een nader onderzoek door de MMC noodzakelijk acht.

115

De Directeur-Generaal adviseert de minister fusies of fusievoornemens die in aanmerking komen voor een onderzoek, al dan niet voor te leggen aan de MMC. De minister is niet verplicht de aanbeveling van de Directeur-Generaal te volgen, maar meestal doet hij dit wel. Op het moment is het zo dat 95% van de fusiezaken die door de OFT worden bekeken, niet worden voorgelegd aan de MMC.

Bij principiële zaken of moeilijke zaken zal de OFT de meningen van andere belanghebbende regeringsafdelingen vragen bij de commissie genaamd 'Mergers Panel'. Daarna zal de OFT beslissen (in het licht van de regeringspolitiek van dat moment met betrekking tot situaties die een fusie opleveren) of de fusie problemen met zich meebrengt ten aanzien van de concurrentieverhoudingen of het algemeen belang, zodat een nader onderzoek door de MMC zou moeten plaatsvinden. In overeenstemming met deze beslissing zal de Directeur-Generaal vervolgens de minister adviseren.

De vrijwillige aanmeldingsprocedure verloopt als volgt: ondernemingen die van plan zijn te fuseren vullen een standaard-vragenformulier in, dat bedoeld is om basisinformatie te verschaffen over de transactie en over de betrokken ondernemingen. Dit vragenformulier wordt, samen met de aanmelding, gestuurd naar de OFT. In eenvoudige gevallen zal de aldus gegeven informatie voor de Directeur-Generaal voldoende zijn om de minister zonder meer te adviseren dat er geen grond bestaat voor een verdergaand onderzoek. In zo'n geval wordt automatisch goedkeuring voor de fusie verleend, als het fusievoornemen door betrokkenen (naar de mening van de OFT) in voldoende mate openbaar is gemaakt, er geen bezwaren door derden zijn ingediend en er (volgens de regelgeving op dit moment) vier weken zijn verstreken zonder dat de OFT iets van zich heeft laten horen. In zaken die wat ingewikkelder zijn zal de Directeur-Generaal meer informatie nodig hebben alvorens hij de minister kan adviseren. In zo'n geval moet aan de partijen meegedeeld worden dat ze niet op een automatische goedkeuring kunnen rekenen. Het fusievoornemen mag op dat moment niet meer uitgevoerd worden totdat goedkeuring wordt verleend.

Een onderneming die het onvrijwillige voorwerp van een overname is geworden heeft ook het recht de overname vrijwillig aan te melden volgens bovenstaande procedure. De aanmelding kan gepaard gaan met een verzoek de zaak voor te leggen aan de M M C.

N . B . Een onderneming die plannen heeft een andere onderneming over te nemen of althans de bedoeling heeft een zodanige situatie te creëren dat er sprake zal zijn van een fusie in de zin van de wet, kan dit aanmelden bij de O F T en daarbij verzoeken om vertrouwelijke begeleiding (*Confidential Guidance*). De O F T zal in zo'n geval de minister raadplegen en vervolgens de onderneming (zo mogelijk) meedelen dat de minister de fusie niet aan de M M C zal voorleggen, gezien de informatie die verkregen is. De procedure is vertrouwelijk: het bedrijf dat doel is van de overnameplannen hoort er ook niets van, tenzij het samen met de overnemer contact heeft gezocht. De procedure van vertrouwelijke begeleiding heeft als nadeel dat slechts één partij kan worden gehoord.

Wanneer de minister de zaak, op advies van de O F T, voorlegt aan de M M C, dan zal de M M C eerst beoordelen of er wel sprake is van een fusiesituatie in de zin van de wet. Vervolgens moet de M M C de vraag beantwoorden of die situatie al dan niet leidt tot strijd met het algemeen belang, waarbij rekening gehouden moet worden met de wenselijkheid:

- goede concurrentieverhoudingen te onderhouden en te bevorderen tussen leveranciers van goederen en diensten in het Verenigd Koninkrijk;
- de belangen van consumenten, handelaren en andere gebruikers van goederen en diensten in het Verenigd Koninkrijk te bevorderen met betrekking tot de hoogte van de prijzen, de kwaliteit en gevarieerdheid van de geleverde goederen en diensten;
- door middel van concurrentie te bevorderen dat kosten worden gedrukt en nieuwe technieken en produkten worden gebruikt, evenals het vergemakkelijken van de toegang van nieuwe concurrenten in de bestaande markten; een evenwichtige verdeling van industrie en werkgelegenheid te onderhouden en te bevorderen;
- concurrerende activiteiten te onderhouden en te bevorderen

in de markten buiten het Verenigd Koninkrijk ten behoeve van producenten van goederen en leveranciers van goederen en diensten in het Verenigd Koninkrijk.

117

Acht de MMC een fusie in strijd met het algemeen belang, dan moet zij de verwachte nadelige effecten specificeren en overwegen welke acties mogelijk zijn om die effecten te voorkomen of te herstellen.

De minister kan vervolgens besluiten de zaak te laten rusten of om een 'order' uit te vaardigen. Voordat hij een 'order' uitvaardigt zal hij de OFT verzoeken de daarvoor in aanmerking komende partijen te raadplegen, met als doel *'plechtige beloften'* van hen te krijgen (bijvoorbeeld met betrekking tot het aantal aandelen en de uitoefening van stemrechten). Slaagt de Directeur-Generaal van de OFT er niet in plechtige beloften te verkrijgen die tot tevredenheid stemmen, dan kan de minister een 'order' uitvaardigen waarin betrokkenen bepaalde verplichtingen opgelegd krijgen.

Voordat de minister een 'order' uitvaardigt, moet hij zijn voornemen daartoe publiceren, waarbij hij aangeeft wat het bevel zal inhouden. Daarbij nodigt hij vertegenwoordigers uit van degenen wier belangen in het geding dreigen te komen, te reageren. Dertig dagen staan hiervoor.

De Directeur-Generaal houdt toezicht op de naleving van de beloften en adviseert de minister als hij denkt dat nieuwe 'plechtige beloften' nodig zijn of als hij vindt dat partijen van de belofte ontheven kunnen worden.

#### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

De minister kan een fusie niet vooraf verbieden. Wel kan hij besluiten tot ontbinding van een fusie die reeds tot stand gebracht is. Besluit de minister tot ontbinding van de fusie dan moet hij de ontwerp-'order' naar het parlement sturen; dit moet goedkeuring verlenen door middel van een resolutie in beide huizen. Wel is ondertussen een interimbevel mogelijk.

#### 4.1.3. *Sancties*

Nakoming van de 'order' kan worden afgedwongen in een civielrechtelijke procedure, ingesteld door de Kroon om een rechterlijk bevel te verwerven; eventueel door een derde partij, in speciale gevallen, in een civielrechtelijke procedure. Er zijn geen strafrechtelijke sanctiemogelijkheden.

4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

De gebruikelijke beroepsgang voor civielrechtelijke procedures.

4.2. *Fusiecontrole achteraf?*4.2.1. *Verplichte aanmelding?*

Er is ook geen aanmeldingsplicht na de totstandkoming van een fusie.

N.B. Voor fusies die niet worden aangemeld geldt dat ze binnen een periode van vijf jaar nadat ze tot stand gekomen zijn, nog aan de MMC kunnen worden voorgelegd voor nader onderzoek.

Wel is er in een aantal gevallen een openbaarmakingsverplichting. Zo kent de *Companies Act* een openbaarmakingsplicht voor elke persoon of voor gezamenlijk handelende personen binnen 5 dagen nadat 5% of meer van het geplaatste kapitaal van een openbare vennootschap is verworven.

Daarnaast bepalen de *Rules Governing Substantial Acquisitions of Shares* dat wanneer het aandelenbezit de 15% overschreden heeft, dit binnen één werkdag openbaar gemaakt moet worden. Deze regeling beoogt de snelheid waarmee aandelen verhandeld mogen worden, te beperken zodra iemand meer bezit dan 15% van de aandelen.

4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

De MMC heeft onder andere als opdracht, toe te zien op het behoud en het bevorderen van effectieve concurrentieverhoudingen binnen het Verenigd Koninkrijk.

Het beleid van de Britse regering ten aanzien van overnames door buitenlandse ondernemingen is er op gericht buitenlandse investeringen te verwelkomen. Daar tegenover is de Britse regering van mening dat er dan wel sprake moet zijn van een tweerichtingsverkeer, dat wil zeggen dat andere landen (van waaruit ondernemingen investeren in Groot-Brittannië) niet mogen verhinderen dat ook Britse bedrijven in die landen investeren (reciprociteit).

Er zijn echter gevallen denkbaar waarin een buitenlandse overname van een Britse onderneming zorgen baart. Zo'n geval

mag dan worden voorgelegd aan de ММC. Deze betreft het reciprociteitsprobleem in haar beoordeling.

#### 4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

Er is een speciale regeling opgenomen in de Fair Trading Act 1973 voor persfusies.

Op dit gebied vindt steeds een *preventieve toetsing* plaats, dat wil zeggen: elke overdracht in eigendom van dag- en/of nieuwsbladen (of van overwegende belangen daarin, indien het een rechtspersoon betreft) aan (rechts)personen, is onderworpen aan de *toestemming van de minister van Handel en Industrie* wanneer de overnemers al het beheer hebben over dag- en/of nieuwsbladen met een gemiddelde oplage van 500.000 of meer binnen het Verenigd Koninkrijk (of tengevolge van de overdracht dat beheer zouden krijgen).

Van een overwegend belang is sprake bij een bezit van 25 % of meer van aandelen met stemrecht.

De minister moet de aanvraag doorverwijzen naar de ММC, tenzij hij toestemming voor de overdracht geeft omdat het door hem noodzakelijk geachte bewijsmateriaal hem ervan overtuigd heeft dat het afzonderlijke blad economisch niet kan voortbestaan of tenzij hij toestemming geeft omdat het blad een gemiddelde dagelijkse oplage heeft van minder dan 25.000.

In deze gevallen *kan* de minister ook besluiten om de overdracht toch voor te leggen aan de ММC.

De minister *moet* de overdracht voorleggen aan de МСC wanneer hij ervan overtuigd is dat het niet de bedoeling is het blad als een afzonderlijk blad te laten voortbestaan.

Ten behoeve van een grotere flexibiliteit is wetgeving in voorbereiding die de minister de mogelijkheid geeft om van geval tot geval een termijn vast te stellen waarbinnen de ММC met een rapport moet komen. Nu is er nog een vaste wettelijke termijn van drie maanden en een belofte van de ММC dat zij steeds binnen twee maanden zal adviseren. Daarnaast zal een lijst worden samengesteld met aanbevelingen voor ondernemingen waardoor een snelle afhandeling wordt bevorderd.

De ММC beoordeelt of de overdracht schade zal toebrengen aan het algemeen belang, waarbij de '*noodzaak tot nauwgezette weergave van het nieuws en van de vrije meningsuiting*', naast alle andere relevante factoren, een bijzondere rol speelt.

N.B. Het bezwaar van de MMC is dat het haast onmogelijk is om een oordeel uit te spreken over het cumulatieve effect van fusies. De Royal Commission on the Press adviseert dan ook in haar rapport van juli 1977 een omkering van de bewijslast: onthouden van toestemming, tenzij de MMC ervan overtuigd is geraakt dat de fusie niet in strijd is met het algemeen belang.

Verder vindt de Royal Commission dat richtlijnen moeten worden vastgesteld die de MCC kunnen steunen bij haar oordeelsvorming; elk van de volgende punten kan worden beschouwd als een aanvaardbare grond voor toestemming:

- als het dagblad dat overgenomen dreigt te worden anders vermoedelijk zou worden opgeheven;
- als de fusie bedoeld is om aanzienlijke besparingen te waarborgen, die niet op een andere manier te realiseren zijn;
- als het overnemende bedrijf in hetzelfde gebied geen aanzienlijke belangen heeft in de pers of de radio-omroep.

Zelfs als aan één van de vereisten is voldaan, moet het de MMC nog steeds vrij staan te beslissen dat de fusie niet moet plaatsvinden, aldus de Royal Commission on the Press, als er andere factoren zijn die ertoe leiden dat de fusie indruist tegen het algemeen belang.

Het getalscriterium voor toestemming (gemiddelde dagelijkse oplage van minder dan 25.000) sluit niet uit dat één bedrijf met een totale oplage die kleiner is, toch in een bepaalde regio alle plaatselijke en regionale dagbladen beheerst. De Royal Commission stelt dan ook voor dat de minister bij zijn besluit om te verwijzen naar de MMC, de totale gezamenlijke oplage in aanmerking neemt; in de praktijk geschiedt namelijk verwijzing naar de MMC niet als geen der betrokken bladen een oplage van 25.000 haalt. De definitie van 'overwegend belang' moet volgens de Royal Commission worden aangepast omdat overname van een aandelenpakket van 25% nog geen effectief beheer op hoeft te leveren, namelijk wanneer de overige 75% in één hand is. In zo'n geval is de overname van 25% toegestaan. Wat echter wanneer die 75% wordt opgesplitst en daardoor die 25% opeens wel effectief beheer oplevert?



## 5. CONCLUSIES

121

In Groot-Brittannië is wetgeving van kracht voor een controle op tot stand gekomen fusies en op fusies die in voorbereiding zijn. Er bestaat daar geen verplichting tot aanmelding vooraf.

Fusieplannen die ter kennis komen van de overheid kunnen echter tijdens de totstandkoming worden geblokkeerd. In de praktijk melden de betrokken ondernemingen hun plannen dan ook aan bij de minister van Handel en Industrie. Deze kan besluiten de aanmeldingen voor te leggen aan de Monopolies and Mergers Commission (M.M.C.).

Deze commissie onderzoekt of de concurrentie door de fusie wordt verstoord en of het algemeen belang in het geding kan komen. De M.M.C. doet aanbevelingen aan de minister, die op basis daarvan beslist. Een besluit tot ontbinding van de fusie (een 'order') moet in ontwerp aan het parlement worden voorgelegd; dit moet goedkeuring verlenen door middel van een resolutie in beide huizen.

Een interimbeslissing in de vorm van een tijdelijke maatregel behoort tot de mogelijkheden. Alvorens een 'order' uit te vaardigen kan de minister ook trachten door middel van het verkrijgen van 'plechtige beloften' bepaalde onwelgevallige gevolgen van een fusie weg te nemen.

Voor persfusies geldt een speciale regeling. Op dit gebied vindt steeds een preventieve toetsing plaats; elke eigendomsoverdracht van dag- en/of nieuwsbladen is gebonden aan de goedkeuring van de minister van Handel en Industrie wanneer de overnemers al het beheer hebben over dag- en/of nieuwsbladen boven een bepaalde oplagegrens (of tengevolge van de overdracht dat beheer krijgen).

De minister kan de aanvraag doorverwijzen naar de M.M.C. en hij moet dat doen wanneer hij vaststelt dat het niet de bedoeling is een bij de voorgenomen fusie betrokken blad als een afzonderlijk blad te laten voortbestaan.

Tegen deze regeling is door de Royal Commission on the Press als bezwaar geuit, dat richtlijnen ontbreken waardoor niet duidelijk is welke beslissingen in welke gevallen mogen worden verwacht. Verder is ook de procedure als te traag aangemerkt. De M.M.C. heeft voorts moeite met de vraag of een fusie al dan niet strijdig met het algemeen belang kan zijn.

Op dit moment controleren drie ondernemers, Murdoch, Maxwell en Stevens samen meer dan 70% van de markt voor landelijke dagbladen en ruim 80% van de markt voor zondagsbladen in Groot-Britannië.

## 1. B R O N N E N

- Restrictive Practices Act 1972;
- The Mergers, Take-overs and Monopolies (Control) Act, 1978;
- The Mergers, Take-overs and Monopolies (Newspapers) Order, 1979;
- The Mergers, Take-overs and Monopolies (Control) Act, 1978 (Section 2) Order, 1985;
- Restrictive Practices (Amend) Act, 1987 (Sections 5-7 en 24-26).

## 2. I S E R E E N F U S I E C O N T R O L E R E G E L I N G ?

Fusiecontrole en mededingingsregelingen zijn samen geregeld in één wet.

## 3. W A T W O R D T B E D O E L D M E T ‘ F U S I E ’ ?

The Mergers, Take-overs and Monopolies (Control) Act, 1978 heeft tot doel toezicht uit te oefenen op fusies tussen ondernemingen. Met dit toezicht wil de Ierse regering voorkomen dat fusies plaatsvinden die strijdig zijn met het algemeen belang.

Het begrip ‘ondernemingen’ wordt gedefinieerd als: ‘een persoon of samenwerkingsverband verbonden voor het maken van winst door middel van het leveren of distribueren van goederen of het verzorgen van diensten.’ Uit deze definitie volgt dat alle houdstermaatschappijen (holdings) er ook onder vallen evenals de financiële instellingen die diensten verlenen met uitzondering van die, die vallen onder de Central Bank Act 1971.

Het bestaan van een fusie wordt aangenomen als twee of meer ondernemingen, waarvan er tenminste één zakelijke activiteiten ontplooit binnen de Ierse republiek, onder gemeenschappelijk bestuur komen of als de ene onderneming de plaats inneemt van de andere.

*Gemeenschappelijk bestuur* wordt aangenomen als de ene onderneming of groep van ondernemingen het recht heeft tot het benoemen en ontslaan van de directie van de andere

onderneming. Gemeenschappelijk bestuur wordt ook aangenomen als de ene onderneming aandelen met stemrechten heeft in de andere, tenzij na de overname minder dan 30% van het totaal aantal stemmen in zijn bezit is of als *vóór* de overname meer dan de helft van de stemrechten in zijn bezit was.

De ‘gemeenschappelijk bestuur’-test is niet van toepassing op twee of meer rechtspersonen waarvan elk een volledige dochter is van een en dezelfde (andere) rechtspersoon.

De ene onderneming wordt geacht *de plaats van een andere* te hebben *ingenomen* indien deze activa (inclusief ‘goodwill’) of een wezenlijk deel van de activa van de andere onderneming heeft verworven zodat hij in staat is die andere onderneming te vervangen of voor een wezenlijk deel te vervangen in de zakelijke activiteiten die deze *vóór* de overname uitoefende.

In de praktijk is de ‘gemeenschappelijk bestuur’-test het belangrijkste.

#### 4. CRITERIA EN PROCEDURES

##### 4.1. *Fusiecontrole vooraf?*

##### 4.1.1. *Verplichte aanmelding?*

Controle vindt vooraf plaats bij fusie- of overnemingsplannen van twee of meer ondernemingen die in het voorafgaande boekjaar elk minimaal 1 R£ 5 miljoen aan activa hadden of een omzet van elk minimaal 1 R£ 10 miljoen (exclusief B T W).

De aanmelding dient te worden gedaan bij de minister van Industrie en Handel. Deze bekijkt het voornemen en kan eventueel (binnen één maand) nadere informatie vragen aan één of meer betrokkenen. Indien de minister het nodig acht legt hij het fusievoornemen voor aan de ‘Examiner of Restricted Practices’ voor verder onderzoek. De Examiner onderzoekt of de fusie al dan niet in strijd met het algemeen belang is. De criteria die hij bij zijn beoordeling betreft zijn:

- de mate waarin de voorgestelde fusie of overname concurrentie zou kunnen voorkomen of beperken, dan wel de handel of diensten;
- de mate waarin de voorgestelde fusie of overname de continuïteit van bevoorrading of diensten kan beïnvloeden;
- de mate waarin de voorgestelde fusie of overname de werkgelegenheid zou kunnen aantasten en uitwisselbaar zou

- kunnen zijn met de nationale politiek met betrekking tot de werkgelegenheid;
- de mate waarin de voorgestelde fusie of overname in overeenstemming is met de nationale politiek voor regionale ontwikkeling;
  - de mate waarin de voorgestelde fusie of overname in overeenstemming is met de regeringspolitiek met betrekking tot rationalisatie in het belang van een grotere efficiency van operaties in de betreffende industrie of onderneming;
  - voordelen die er uit kunnen voortvloeien met betrekking tot onderzoek en ontwikkeling, technische efficiency, toegenomen produktie, efficiënte distributie van goederen en toegang tot markten;
  - de belangen van aandeelhouders en partners in de betrokken ondernemingen;
  - de belangen van werknemers in de betrokken ondernemingen;
  - de belangen van de consument.

N.B. De aanmeldingsverplichting geldt voor elke bij het fusievoornemen betrokken onderneming, zodra die van het voornemen op de hoogte is. Een fusievoornemen wordt geacht aanwezig te zijn, zodra een aanbod is gedaan dat aanvaard zou kunnen worden.

#### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

Van het onderzoek brengt de 'Examiner' rapport uit aan de minister die vervolgens de fusie of overneming, door middel van een 'order' kan verbieden of aan bepaalde voorwaarden binden. Hij kan ook in het geheel niet reageren, waardoor de fusie mag plaatsvinden na het verstrijken van een bepaalde termijn. De minister moet zijn beslissing motiveren. De 'order' moet zo snel mogelijk aan het parlement worden voorgelegd. Het parlement kan de 'order' vervolgens binnen eenentwintig dagen vernietigen door middel van een resolutie.

#### 4.1.3. *Sancties*

Niet aanmelden is een overtreding en levert een boete op voor degene die een onderneming bestuurt; is dat een rechtspersoon, dan krijgt elk bestuurslid dat te kwader trouw is (degene die willens en wetens de overtreding toestaat) een boete.

Aandelen of activa gaan niet in andere handen over, totdat de

minister schriftelijk heeft laten weten dat hij de fusie of overname niet zal verbieden of dat hij een voorwaardelijke 'order' met betrekking tot het fusie- of overnamevoornemen zal uitvaardigen. Van overgaan in andere handen kan ook geen sprake zijn in de gevallen dat de minister niets van zich laat horen, maar de periode van drie maanden (waarbinnen de minister kan reageren) nog niet verstreken is.

125

De verkoper van aandelen die later moet vernemen dat de overdracht niet heeft plaatsgevonden omdat niet is voldaan aan de voorwaarden van de Act van 1978, heeft recht op schadevergoeding van de koper, tenzij deze de rechter ervan weet te overtuigen dat hij de verkoper op de hoogte gesteld heeft van de mogelijke nietigheid van de transactie.

#### 4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

Zo snel mogelijk moet de beslissing worden voorgelegd aan het parlement dat de beslissing kan vernietigen. De vernietiging heeft geen terugwerkende kracht.

#### 4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

Fusiecontrole vindt steeds vooraf plaats.

#### 4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

De Act van 1978 is van toepassing onder voorwaarde dat ten minste één van de ondernemingen die onder gemeenschappelijk bestuur komt, zakelijke activiteiten ontplooit in Ierland.

#### 4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

De minister van Industrie en Handel kan door middel van een 'Order' bepalen dat de Act steeds van toepassing is op bepaalde categorieën, als hij van mening is dat de eisen van het algemeen belang zwaarder wegen dan de gestelde financiële ondergrenzen. Dit is gebeurd in de Mergers, Take-overs and Monopolies (Newspapers) Order 1979: aanmelding van *elke* voorgestelde fusie of overname waarbij tenminste één onderneming betrokken is die zich bezighoudt met het drukken of uitgeven van kranten ongeacht de grootte van de omzet of de activa van de ondernemingen is sindsdien verplicht.

## 5. CONCLUSIES

126

In Ierland is een algemene fusiecontroleregeling van kracht, die met mededingingsregelingen in één wet is opgenomen. Deze wet voorziet in controle vooraf bij fusie- en overnemingsplannen van twee of meer ondernemingen met activa resp. omzet boven bepaalde grenzen. De aanmelding vindt plaats bij de minister van Industrie en Handel, die beslist of het fusievoornemen uitgevoerd mag worden, al dan niet op basis van een advies van een instantie (de 'Examiner') die onderzoekt of de fusie strijd oplevert met het algemeen belang. De minister kan een fusie *zonder meer* verbieden of verbieden *tenzij* bepaalde voorwaarden worden vervuld.

In tien jaar tijd is slechts een klein aantal voornemens voorgelegd aan de 'Examiner' en zijn er slechts twee 'orders' uitgevaardigd die een fusie verboden tenzij aan bepaalde voorwaarden voldaan zou zijn.

De minister kan bepalen dat de wet in ieder geval van toepassing is op bepaalde categorieën van fusie- of overnemingsplannen. Dat is geschied met betrekking tot de pers: aanmelding is verplicht van elke voorgenomen fusie of overneming waarbij tenminste één onderneming betrokken is die een krant drukt of uitgeeft, ongeacht de grootte van de omzet of van de activa.

Tot nu toe zijn op grond van deze regeling geen fusies verboden van ondernemingen die kranten drukken of uitgeven.

## I. BRONNEN

- Wet numero 416 van 5 augustus 1981, gewijzigd door Wet numero 137 van 30 april 1983 en door Wet numero 67 van 25 februari 1987 (Wet inzake het uitgeven van kranten, verder perswet te noemen);
- Artikel 2359 Burgerlijk Wetboek;
- Afzonderlijke regelingen voor fusies van banken en verzekeringsmaatschappijen.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLEREGELING?

Italië heeft geen algemene fusiecontroleregeling. Wel worden fusies van banken en verzekeringsmaatschappijen gecontroleerd. Voorts is er een mededingingsregeling, neergelegd in het Burgerlijk Wetboek.

Sinds 1981 kent Italië echter een speciale persfusiecontrole-regeling. De wet werd in 1987 herzien. Het hiernavolgende heeft slechts betrekking op die perswetgeving.

## 3. WAT WORDT BEDOELD MET 'FUSIE'?

De perswet gaat uit van dominante posities op de markt. Die kunnen ontstaan tengevolge van fusies. Dominante posities die aanleiding geven tot fusiecontrole zijn posities van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die kranten uitgeeft of kranten-uitgeverijen beheerst waarvan de gezamenlijke oplage groter is dan 20% van het totaal aantal kranten gedrukt in Italië; die kranten uitgeeft of krantenuitgeverijen beheerst waarvan de gezamenlijke oplage groter is dan 50% van het totaal aantal kranten die worden uitgegeven in dezelfde regio, vooropgesteld echter dat in die regio meer dan één krant wordt uitgegeven; die kranten uitgeeft of krantenuitgeverijen beheerst waarvan de gezamenlijke oplage groter is dan 50% van het totaal aantal kranten die worden uitgegeven in hetzelfde interregionale gebied; die verbonden raakt met ondernemingen die kranten uitgeven waarvan de gezamenlijke oplage groter is dan 30% van de gezamenlijke oplage in Italië.

N.B. Artikel 2359 Burgerlijk Wetboek geeft aan wanneer er sprake is van *'beheersen'*: het in eigendom hebben van een aandelenpakket dat de helft of meer van de stemrechten vertegenwoordigt. Van *'beheersen'* is ook sprake als een onderneming krachtens direct of indirect aandelenbezit of krachtens overeenkomst een dominante invloed uitoefent op een andere onderneming.

Een *'dominante invloed'* wordt geacht aanwezig te zijn wanneer er direct of indirect (via ondernemingen waarop invloed kan worden uitgeoefend) financiële of organisatorische banden bestaan, die het mogelijk maken om winsten en verliezen te rapporteren en te verdelen; om de bedrijfsactiviteiten van de uitgeverij te coördineren met de bedrijfsactiviteiten van andere ondernemingen om aldus een gemeenschappelijk doel na te streven of om de onderlinge concurrentie tussen beide te beperken; om bevoegdheden toe te kennen met betrekking tot het benoemen van directeuren of managers van uitgeverijen of het benoemen van hoofdredacteuren van kranten, aan personen, zonder dat die bevoegdheden overeenstemmen met bevoegdheden waarop zij recht zouden hebben, gezien hun aandeel in de eigendomsrechten.

Artikel 2359 BW geeft ook aan wanneer er sprake is van *'verbonden ondernemingen'*: wanneer een natuurlijke of rechtspersoon in het bezit is van meer dan 5 of 10% van het aandelenkapitaal (afhankelijk van de vraag of de aandelen op de beurs genoteerd zijn).

#### 4. CRITERIA EN PROCEDURES

De regeling voor dagbladen en (dagblad)uitgeverijen\* is gebaseerd op artikel 3, vierde lid van de wet van 1987. De overname van kranten en lease- of management-overeenkomsten die betrekking hebben op kranten, of op de overdracht van aandelen, aandelenpakketten of deelnemingen in (dagblad)uitgeverijen, als resultaat waarvan één persoon of rechtspersoon een dominante positie verwerft is, op grond van dit artikel, *nietig*.

In andere dan de genoemde gevallen, bijvoorbeeld wanneer een belang verworven wordt in een niet-uitgeverijbedrijf, is de

\* Wanneer in het vervolg gesproken wordt van dagbladen of dagbladuitgeverijen, dan worden daarmee ook bedoeld: tijdschriften en persagentschappen.



overeenkomst vernietigbaar. In dat geval neemt de toezichthoudende 'Guarantor' (Garant) het initiatief, indien hij van mening is dat er een dominante positie is ontstaan. Hij informeert dan het parlement en kan een nietigverklaring van de rechtbank uitlokken.

129

#### 4.1. *Fusiecontrole vooraf?*

De wet van 1987 kent geen voorafgaande controle op fusies. Verboden transacties zijn nietig van rechtswege.

#### 4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

##### 4.2.1. *Verplichte aanmelding?*

Er is ook geen verplichte aanmelding van fusie-overeenkomsten na totstandkoming.

##### 4.2.2. *Verbod mogelijk?*

Vernietigbare overeenkomsten kunnen op verzoek van de Garant door de rechtbank nietig worden verklaard.

##### 4.2.3. *Sancties*

Bij nietigheid kan elke partij de nietigheid van de overeenkomst inroepen. De Garant ziet voorts toe op de naleving van de wet. Zodra hij bij een vernietigbare overeenkomst een dominante positie constateert, moet de 'Guarantor' het parlement informeren en een termijn stellen waarbinnen de dominante positie ontbonden moet zijn (tussen de 6 en 12 maanden). Nadat die termijn verstreken is en de dominante positie nog voortbestaat, kan de 'Guarantor' zich wenden tot de bevoegde rechter, die vervolgens de maatregelen zal bevelen strekkende tot ontbinding van de dominante positie. Deze maatregelen kunnen tevens inhouden de nietigverklaring van de betreffende transacties en de gedwongen verkoop van aandelen, aandelenpakketten, deelnemingsbelangen of kranten.

Tijdens de procedure mag de 'Guarantor' alle geschikte tijdelijke beperkende geboden en/of verboden opleggen.

##### 4.2.4. *Beroepsmogelijkheden*

Voor samenwerkingsvormen die vernietigbaar zijn gelden de gewone beroepsregels voor rechterlijke procedures. Samenwerkingsvormen die nietig zijn, zijn niet te herstellen.

4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

130

Het is verboden de meerderheid van de aandelen van dagbladuitgeverijen te zetten op naam van buitenlandse vennootschappen. Aandelen van vennootschappen die direct of indirect dagbladuitgeverijen in handen hebben of er mee verbonden zijn, mogen ook niet op naam van buitenlandse vennootschappen worden gezet.

4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

Naast deze fusiecontroleregeling regelt de perswet ook andere aangelegenheden, zoals de distributie (verkoopvergunningen, P T T-tarieven), steunmaatregelen en een rectificatierecht.

Het uitgeven van dagbladen wordt voorbehouden aan natuurlijke of rechtspersonen die geen andere activiteiten in hun statuten hebben dan het uitgeven, drukken of andere activiteiten die te maken hebben met informatievoorziening. Indien de onderneming de rechtsvorm heeft van een gewone commanditaire vennootschap dan mogen hierin slechts natuurlijke personen samenwerken.

Indien aandelen worden uitgegeven door een pers-onderneming, moeten deze op naam staan en mogen ze niet overdraagbaar zijn door eenvoudige endossering. De meerderheid van de aandelen moet op naam staan van natuurlijke personen.

Italië houdt een Nationaal Persregister bij van kennisgevingen waartoe eigenaren van persondernemingen die dagbladen of tijdschriften uitgeven of van persagentschappen, verplicht zijn. Dit register is opgericht onder hoede van de Garant en staat ten dienste van de uitgeverijen. Kennisgeving is verplicht van verklaringen van stopzetting van de uitgave of van de overdracht van de uitgave van een dagblad of tijdschrift; van huur- of beheercontracten dan wel opheffing van de bedrijfsactiviteiten; van de namen van de aandeelhouders, hun onderlinge verhouding en het aantal aandelen per aandeelhouder; van indirecte deelnemingen van natuurlijke of rechtspersonen; van directe deelnemingen van natuurlijke personen op andere wijzen dan via aandelen. Indien degenen die gehouden zijn zich in het Nationale Persregister in te schrijven dit niet doen, wordt de inschrijving verzorgd door de uitgeverijdienst die dit weer doorgeeft aan de Garant. Bij niet-naleving van de aanmeldings-

verplichtingen, ondanks een formele uitnodiging daartoe door de uitgeverijdienst, vervallen onmiddellijk de papiersubsidies en/of de algemene bijdrage waar persagentschappen recht op hebben.

131

Verder kent Italië nog speciale subsidies voor publikaties met een hoge culturele waarde en voor Italiaanse perspublicaties in het buitenland.

Geen enkel reclamebureau kan de exclusieve acquisitie-rechten hebben voor een aantal dagbladen waarvan de gezamenlijke oplage groter is dan 30% van de landelijke oplage.

Italië kent een systeem van verkoopvergunningen voor de verspreiding van persorganen en het economisch beheer van de distributie. De verkooplicenties op vaste plaatsen van kranten en tijdschriften worden door de gemeenten afgegeven in overeenstemming met gemeentelijke plannen die zijn gebaseerd op door de provincies vastgestelde criteria.

Journalisten hebben het recht een publikatie over te nemen indien de uitgever besluit die publikatie op te heffen. Of zij dat zullen doen, beslissen zij bij hoofdelijke stemming in de journalistenvergadering, bij absolute meerderheid van stemmen. Wordt tot overname besloten dan moet een coöperatie worden opgezet tot aankoop van de krant. De werknemers die geen journalist zijn worden vervolgens in vergadering bijeengeroepen door hun vakbondsvertegenwoordigers of door eenderde van die werknemers om hoofdelijk en bij absolute meerderheid te stemmen over het oprichten van een eigen coöperatie teneinde deel te nemen aan het bestuur van de onderneming. De journalistencoöperatie en de werknemerscoöperatie richten dan gezamenlijk het consortium op dat de betreffende publikatie gaat voortzetten. Het overnamerecht geldt niet voor dagbladen en tijdschriften die, door middel van duidelijke vermelding hiervan in de kop, partijorganen zijn dan wel organen van vakbonden of religieuze ordes.

In juni van dit jaar verklaarde het Italiaanse constitutionele hof een voorgestelde wetsbepaling ongrondwettig die het eigenaars van kranten moest verbieden om door te dringen in de televisiemarkt en omgekeerd. Op dit moment ligt er een voorstel om te komen tot speciale anti-trust regels voor de media als geheel. De minister van Posterijen en Telecommunicatie geeft echter de voorkeur aan een regeling waarbij het elke groep die een belang heeft van meer dan 20% in de dagbladmarkt, automatisch verboden is om televisiestations in eigendom te hebben en omgekeerd.

## 5. CONCLUSIES

132

Italië kent geen algemene fusiecontrole, wel een afzonderlijke controleregeling voor fusies van banken en verzekeringsmaatschappijen en van kranten- en tijdschriftuitgeverijen. Dergelijke fusies zijn nietig, wanneer als resultaat daarvan één onderneming een dominante positie op de (nauwkeurig omschreven) markt verwerft. Andere overeenkomsten zijn vernietigbaar. Vernietigbare transacties kunnen door de rechter nietig worden verklaard op initiatief van genoemde Garant. Er is geen controle vooraf. Een bepaalde instantie ('Garant') ziet toe op de naleving van de wet; hij kan procedures beginnen ter handhaving van de wet.

De wet van 1987 is vaak bekritiseerd, zowel op technische als op inhoudelijke gronden. De regeling wordt beschouwd als zijnde verwarrend en voor een deel ineffectief. Het gebrek aan voorafgaande controle in combinatie met een vertrouwen op de sanctie van nietigheid van rechtswege roept vragen op.

## 1. BRONNEN

- Wet op de ondernemingen van 17 juli 1951, BOE nummer 199, 18 juli 1951 en BOE nummer 218, 6 augustus 1951;
- Regelingen van de Kamer van Koophandel, besluit van 14 december 1956 ter goedkeuring van de Regelingen van de Kamer van Koophandel; BOE 66 van 7 maart 1957 en BOE 73 van 14 maart 1957.
- Wet 110/1963 van 20 juli 1963 inzake handelsbeperkende handelingen, BOE nummer 156, 20 juli 1963.
- Koninklijk Besluit 1265/86 van 27 juni 1986;
- Koninklijk Besluit 2077/1986 van 25 september 1986.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLE REGELING?

De wet kent geen fusiecontroleregeling. Wel is er een vorm van mededingingswetgeving die gericht is op de voorkoming van kartelafspraken en van misbruik van economische machtsposities. De wet is gebaseerd op de artikelen 85 en 86 EEG.

Nieuwe wetgeving is in voorbereiding. In het wetsontwerp voor een nieuwe mededingingswet worden fusie-overeenkomsten behandeld in het kader van mededingingsregelingen. Het is de bedoeling een regeling tot stand te brengen voor de gevallen die niet onder het EEG-recht geregeld worden. Er wordt naar gestreefd de wet eind 1989 of begin 1990 in werking te laten treden.

## 3. WAT WORDT BEDOELD MET 'FUSIE'?

De wet van 1963 kent geen definitie van fusies. Ook de nieuwe mededingingswetgeving zal geen definitie van fusies kennen.

De wet en het wetsontwerp geven wel een aantal handelingen aan die verboden zijn. Handelingen die voortvloeien uit overeenkomsten tussen ondernemingen of uit 'bewust parallel gedrag', waardoor concurrentie op de hele of een deel van de binnenlandse markt wordt voorkomen, beperkt of vervalst of waardoor een onderneming in een dominante marktpositie gebracht wordt, zijn verboden. Het gaat daarbij met name om gedragingen of afspraken die betrekking hebben op

prijsbindingen, productie- of distributiebeperkingen, onderlinge verdeling van markten, het uitschakelen van concurrenten, discriminatie van derde partijen en het opleggen van extra voorwaarden aan bepaalde partijen. Het Mededingingstribunaal heeft de bevoegdheid om in individuele gevallen, op verzoek van betrokkenen, een uitzondering op het verbod van een bepaalde handeling te maken. Dit is mogelijk indien door de fusie een bijdrage wordt geleverd aan de verbetering van de productie of de distributie van goederen en diensten of aan de technische en economische vooruitgang in zodanige mate dat de consumenten er baat bij zullen hebben en de handelingen onmisbaar zijn voor het bereiken van het beoogde doel.

Het Mededingingstribunaal is onderdeel van het ministerie van Defensie, maar volledig onafhankelijk in zijn werkzaamheden. Het *wetsontwerp* brengt het Mededingingstribunaal onder bij het ministerie van Economische Zaken.

Onder een *dominante positie* verstaat de wet een situatie waarin een onderneming voor een bepaald produkt of een bepaalde dienst, de enige vrager of de enige aanbieder is of een situatie waarin er geen sprake is van een wezenlijke concurrentie. De wet spreekt ook van een dominante positie indien er tussen twee of meer ondernemingen ten aanzien van een bepaald produkt of een bepaalde dienst geen effectieve concurrentie bestaat en er ook geen wezenlijke concurrentie is van een derde partij binnen de binnenlandse markt of een deel daarvan.

In het kader van deze wetgeving wordt aangenomen dat er sprake is van een *fusie* bij het samengaan van bedrijven; de overneming van fabrieken, werkplaatsen en andere activa die tot andere bedrijven behoren; overeenkomsten die aangeven hoe en in welke richting fabrieken, werkplaatsen en andere industriële of commerciële instellingen die behoren tot andere bedrijven, geleid moeten worden; de overneming van alle soorten van deelnemingen in andere ondernemingen waardoor een onderneming (alleen of in combinatie met andere) tengevolge van een fusie-overeenkomst, in het bezit komt van 25 % of meer van het kapitaal en de stemrechten in de onderneming waarin een deelneming wordt verworven.

#### 4. CRITERIA EN PROCEDURES

##### 4.1. *Fusiecontrole vooraf?*

135

##### 4.1.1. *Verplichte aanmelding?*

De wet van 1963 kent geen aanmeldingsplicht voorafgaande aan de totstandkoming van een fusie en ook geen voorafgaande beoordeling.

Volgens *het wetsontwerp* is aanmelding vooraf verplicht. Elke bedrijfsfusie of -overneming van één of meer bedrijven door een andere persoon, een ander bedrijf of een andere groep van bedrijven, waarvan er een in Spanje is gevestigd, moet in de volgende gevallen en tenminste 3 maanden voordat de fusie van kracht wordt, worden aangemeld:

- als de deelnemende bedrijven  $\frac{1}{4}$  of meer van de binnenlandse markt ten aanzien van een bepaald produkt of een bepaalde dienst in handen hebben of als een van de bedrijven al van tevoren dat percentage van die markt beheerste;
- als de gemeenschappelijke totale omzet groter was dan 20 miljard Ptas in het voorafgaande boekjaar.

Niet eerder dan 3 maanden na de aanmelding kan de fusie-overeenkomst in werking treden.

Het beoordelen van de vraag of de fusie in overeenstemming is met de wet gebeurt pas achteraf (na de totstandkoming van de fusie).

##### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

Overeenkomsten in strijd met de Wet van 1963 zijn nietig.

Zoals hierboven vermeld kan op grond van het rapport van het Tribunaal de ministerraad een fusie verbieden.

Ook volgens *het wetsontwerp* zijn fusie-overeenkomsten die in strijd zijn met de mededingingsregels *nietig*.

##### 4.1.3. *Sancties*

De wet van 1963 bepaalt dat de minister boetes kan opleggen bij niet-aanmelding. De boete kan variëren van 5.000 tot 100.000 Ptas.

Het *wetsontwerp* opent de mogelijkheid voor de minister van Economische Zaken om bij niet-aanmelding een boete op te leggen van 5% van de gezamenlijke omzet.

#### 4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

De normale beroepsprocedures die gelden voor ministeriële beschikkingen zijn van toepassing.

#### 4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

##### 4.2.1. *Verplichte aanmelding?*

Volgens de huidige wetgeving dienen alle fusie-overeenkomsten die vallen binnen de omschrijving van het fusiebegrip en die tot gevolg hebben dat de deelnemende ondernemingen 30% of meer van de binnenlandse markt gaan beheersen ten aanzien van een bepaald produkt of een bepaalde vorm van dienstverlening of als een van de deelnemende ondernemingen tevoren reeds dat marktaandeel bezat, binnen één maand na de totstandkoming geregistreerd te worden. Eenvoudige inschrijving is voldoende.

Het *wetsontwerp* bepaalt dat aanmelding steeds vooraf dient te geschieden.

##### 4.2.2. *Verbod mogelijk?*

Volgens de huidige wetgeving is er pas aanleiding tot controle zodra er sprake is van misbruik van een dominante positie of wanneer de concurrentieverhoudingen anderszins worden aangetast. Misbruik van een dominante positie is verboden.

Volgens het *wetsontwerp* zijn fusie-overeenkomsten die niet zijn aangemeld, maar die wel vallen onder de aanmeldingsplicht, van rechtswege nietig.

##### 4.2.3. *Sancties*

Volgens de huidige wetgeving kunnen voor het uitvoeren van uitzonderlijke concurrentiebeperkende handelingen waarvoor geen registratie verzocht is, boetes van 5.000 tot 10.000 Ptas worden opgelegd, evenals voor het niet aanmelden van fusies van ondernemingen.

Voor het uitvoeren van handelingen die niet zijn toegestaan varieert de boete tussen 5.000 en 100.000 Ptas.

Bij het niet voldoen aan de voorwaarden die door het Mededingingstribunaal zijn opgelegd kunnen bepaalde strafrechtelijke sancties worden opgelegd en onafhankelijk daarvan kan de regering een dwangsom opleggen tussen de 1.000 en 50.000 Ptas, voor elke dag dat de overtreding voortduurt.

De hoogte van de boetes voor overtredingen die geconstateerd worden door het Mededingingstribunaal en die de



Ministerraad moet opleggen, wordt vastgesteld door het Mededingingstribunaal.

Het *wetsontwerp* voor een nieuwe mededingingswet voorziet in straffen variërend van 10.000 tot 150.000 Ptas voor elke dag uitstel van het uitvoeren van een resolutie (beslissing) van het Mededingingstribunaal. Daarnaast zijn boetes mogelijk tot 1 miljoen Ptas voor personen die opzettelijk of als gevolg van achteloosheid niet de bijzonderheden of de informatie verstrekken die noodzakelijk is voor een juiste uitvoering van de wet.

Het ontwerp kent de mogelijkheid van een rechterlijke voorziening bij voorraad evenals de mogelijkheid van preventieve maatregelen.

#### 4.2.4. *Beroepsmogelijkheden*

De wet van 1963 bevat een systeem van beroepsmogelijkheden tegen de beslissingen van het Mededingingstribunaal en, indien van toepassing, de beslissingen van de Ministerraad.

Beslissingen van het Mededingingstribunaal zijn administratieve beschikkingen waartegen administratief beroep open staat.

Het *wetsontwerp* verandert niets in de beroepsmogelijkheden.

#### 4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

Artikel 1 van de Spaanse grondwet bepaalt dat buitenlanders dezelfde rechten (met uitzondering van politieke rechten) hebben als de Spanjaarden.

Buitenlandse ondernemingen moeten bij de Spaanse Kamer van Koophandel, naast hun statuten, een verklaring deponeren die is afgegeven door de Spaanse Consul en waaruit blijkt dat ze zijn opgericht en toegestaan volgens de wetten van het land waarvan ze afkomstig zijn.

Het *wetsontwerp* bepaalt dat alle besloten vennootschappen (inclusief buitenlandse) die hun hoofdkantoor hebben op Spaans grondgebied, onderworpen zijn aan de Spaanse mededingingswetgeving, onafhankelijk van de vraag volgens welk recht ze zijn opgericht. Besloten vennootschappen die hun bedrijfsactiviteiten uitoefenen op Spaans grondgebied zijn verplicht hun hoofdkantoor te hebben op Spaans grondgebied.

Indien een buitenlandse onderneming betrokken is bij de

overname van Spaanse ondernemingen vindt controle plaats in de volgende gevallen:

- de overname van een Spaanse onderneming door een buitenlandse;
- de overname door een buitenlandse onderneming, van een dochter of een afdeling van een buitenlandse onderneming die opereert op de Spaanse markt;
- de overname door een buitenlandse onderneming van een Spaanse onderneming met buitenlands kapitaal;
- de overname door een Spaanse onderneming van een afdeling, dochter of onderneming die opereert op de Spaanse markt.

Er is altijd toezicht door de Directeur-Generaal voor Buitenlandse Transacties, ten behoeve van informatiedoeleinden. Dit is geregeld in beide Koninklijke Besluiten uit 1986.

#### 4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

Er is in Spanje geen speciale fusiecontroleregeling voor de pers.

## 5 . CONCLUSIES

Spanje kent geen fusiecontroleregeling, wel een vorm van mededingingswetgeving, die gericht is op het voorkomen van kartelaafspraken en misbruik van economische machtsposities. Nieuwe wetgeving is op dit gebied in voorbereiding voor de gevallen die niet onder het EEG-recht geregeld worden.

De huidige wetgeving en de in voorbereiding zijnde wet geven een aantal handelingen aan die verboden zijn, t.w. handelingen waardoor concurrentie wordt voorkomen, beperkt of vervalst of waardoor een dominante marktpositie wordt bereikt.

Ofschoon de wet geen specifieke fusiecontroleregeling kent, dienen fusie-overeenkomsten, die aan bepaalde voorwaarden voldoen, wel *achteraf* te worden aangemeld. Volgens het *wetsontwerp* zullen fusie-overeenkomsten, die aan bepaalde voorwaarden voldoen, steeds *vooraf* moeten worden aangemeld.

De praktische hanteerbaarheid van de huidige wetgeving ondervindt in Spanje veel kritiek, met name met betrekking tot de dwangmaatregelen, die vaak niet worden toegepast.

## I . B R O N N E N

- Kartellgesetz, BG B 1972, s.460.
- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ( u w g )
- Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz); in werking getreden op 1 januari 1982.

*2.- 4.2. Is er een fusiecontroleregeling?*

Kartellgesetz en u w g bevatten slechts mededingingsregels. Er is geen fusiecontroleregeling. Fusies moeten wel worden aangemeld, maar er zijn geen voorzieningen waarmee autoriteiten fusievorming kunnen beïnvloeden.

*4.3. Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

Er is geen specifieke persfusiecontroleregeling. Wel is er de Mediengesetz van 1981.

Deze wet bevat onder andere een wettelijke basis voor redactiestatuten; deze worden echter niet verplicht gesteld. Redacties en eigenaren van uitgeverijen kunnen in overleg besluiten tot het opstellen van een redactiestatuut. Dit moet dan wel voldoen aan de vorm en de randvoorwaarden van het Mediengesetz.

Belangenverenigingen van uitgevers en journalisten kunnen modelredactiestatuten overeenkomen.

De eigendomsverhoudingen en belangrijke deelnemingen, die een feitelijke invloed hebben of kunnen hebben op het beheer van de media-ondernemingen, moeten regelmatig worden openbaar gemaakt. Dit geldt ook bij fusies van media-ondernemingen. De richting van de media moet eveneens openbaar worden gemaakt.

Elke publikatie moet bevatten:

- de naam of firmanaam en adres van de eigenaar van de uitgeverij;
- naam en adres van de uitgever;

- de naam van degene(n) die verantwoordelijk is (zijn) voor de inhoud);
- adres van de redactie;
- plaats van uitgave en plaats van totstandkoming.

De uitgever is verantwoordelijk voor de naleving van deze publikatievoorschriften; de eigenaar is verplicht hem de noodzakelijke informatie te verschaffen.

Sancties bij niet of onjuiste dan wel onvolledige nakoming van bovenstaande verplichtingen: maximale boete van 10.000 s.

Voorts bevat de wet onder meer bepalingen terzake van de bescherming van gewetensbezwaren van journalisten en andere werknemers bij de media, over de berichtgeving in strafzaken, over het in beslag nemen van zaken die zich bij media bevinden, bescherming van het redactiegeheim.

## 5 . C O N C L U S I E S

Oostenrijk kent alleen mededingingsregels, geen algemene fusiecontrole en geen specifieke persfusiecontrole. Wel bestaat een aanmeldingsverplichting voor fusies, maar er zijn geen voorzieningen waarmee fusievorming beïnvloed kan worden.

De eigendomsverhoudingen en belangrijke deelnemingen die een feitelijke invloed hebben of kunnen hebben op het beheer van media-ondernemingen moeten regelmatig openbaar gemaakt worden.

Ook bestaan in Oostenrijk andere voorschriften met betrekking tot het publiceren van gegevens over persorganen (namen enz. van eigenaren, hoofdredactie, uitgever, richting).

## 1. BRONNEN

– Mededingingswet 1982.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLEREGELING?

Fusiecontrole is geregeld in het kader van een mededingingsregeling. Het doel van de Mededingingswet is het bevorderen van die concurrentieverhoudingen die wenselijk zijn in het kader van het algemeen belang. Een concurrentiebeperkende handeling wordt geacht schadelijke gevolgen te hebben als deze, in strijd met het algemeen belang, in belangrijke mate de vaststelling van prijzen beïnvloedt, de zakelijke produktiviteit beperkt of de handelsmogelijkheden van anderen belemmert of voorkomt.

## 3. WAT WORDT BEDOELD MET 'FUSIE'?

De wet kent toezicht op overnames in het algemeen. Een overname is de verwerving van een onderneming die bedrijfsactiviteiten ontplooit in Zweden; de verwerving van aandelen; deelnemingen in samenwerkingsverbanden, in een onderneming of een deel van een onderneming; een fusie.

## 4. CRITERIA EN PROCEDURES

4.1. *Fusiecontrole vooraf?*4.1.1. *Verplichte aanmelding vooraf?*

Aanmelding van fusies voordat zij geëffectueerd worden is niet verplicht.

Er is een Mededingingsombudsman, die een ondernemer – overigens zonder beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de fusie – kan verplichten een voorgenomen fusie aan te melden bij het Markthof, een rechterlijke instantie. De Mededingingsombudsman doet dat indien hij het noodzakelijk acht voor een onderzoek naar de gevolgen voor de concurrentieverhoudingen.

Een partij die bij een fusie betrokken is kan de overname overigens steeds vrijwillig aanmelden bij de Mededingings-

ombudsman, met de vraag of deze wil onderzoeken of het waarschijnlijk is dat de fusie uiteindelijk getroffen zal worden door een verbod van het Markthof of dat een gebod opgelegd zal worden. De ombudsman zal vervolgens beslissen of hij de overname aan een onderzoek wil onderwerpen of dat hij afziet van verdere acties. Besluit hij af te zien van verdere acties, dan heeft hij geen sanctiemogelijkheden meer, tenzij hij tot afzien heeft besloten op grond van onjuiste informatie met betrekking tot feitelijke omstandigheden die van wezenlijk belang zijn voor de beslissing.

Besluit de Mededingingsombudsman dat een controleprocedure gewenst is, dan legt hij de zaak binnen 3 maanden voor aan het Markthof. Weigert de Mededingingsombudsman de zaak voor te leggen aan het Markthof dan mogen consumentenorganisaties, organisaties van werkgevers of werknemers, of een ondernemer die door de concurrentiebeperkende handeling direct in zijn belang wordt getroffen dit doen.

#### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

Als een ondernemer door middel van een bepaalde voorgenomen overneming een dominante positie dreigt te verwerven en dit tot gevolgen kan leiden die nadelig zijn voor het algemeen belang, zal het Markthof door middel van onderhandelingen proberen de nadelige gevolgen te voorkomen.

Is de zaak essentieel voor het algemeen belang, dan kunnen de onderhandelingen erop gericht worden de ondernemer te doen afzien van de overname.

Het Markthof mag de voorlopige voorzieningen treffen die het nodig acht.

In uitzonderlijke omstandigheden kan het Hof een ondernemer verbieden een overname door te zetten onder dreiging met een administratieve boete.

Zowel bij controle vooraf als bij controle achteraf geldt dat een door het Markthof opgelegd gebod (zie onder 4.2.2) of verbod, alléén gehandhaafd kan worden als de regering daarmee instemt. Handhaaft de regering het verbod, dan is elke overneming nietig.

Bij handhaving van het verbod kan de regering een dwangsom vaststellen.

#### 4.1.3. *Sancties*

Het bevel van de Mededingingsombudsman aan een ondernemer een voornemen tot overneming vooraf aan te melden leidt, bij niet-nakoming, tot een administratieve boete.

143

Indien de ondernemer zich schuldig maakt aan verticale prijsbindingen, aan heimelijke afspraken of indien hij op enige andere manier opzettelijk dan wel onachtzaam (ten gevolge van onoplettendheid) onjuiste informatie verschaft bij het vervullen van een aanmeldingsplicht of een andere informatieplicht, zijn strafrechtelijke sancties mogelijk. Dit kan zijn een geldboete of een gevangenisstraf van maximaal één jaar.

#### 4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

Beroep tegen beslissingen van de Mededingingsombudsman is niet mogelijk, behalve als het gaat om een boete naar aanleiding van het niet-nakomen van een opdracht tot aanmelding vooraf van een voornemen tot overneming of het niet-nakomen van een plicht tot het verstrekken van informatie. Er is dan beroep mogelijk bij de Rechtbank.

#### 4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

##### 4.2.1. *Verplichte aanmelding of anderszins?*

Ook wanneer de fusie tot stand is gekomen zonder voorafgaande inmenging van de Mededingingsombudsman kan hij na totstandkoming van de fusie nog een onderzoek instellen naar de gevolgen en de fusie voorleggen aan het Markthof.

Als een ondernemer door een bepaalde overneming een dominante positie heeft verworven en dit tot gevolgen leidt die nadelig zijn voor het algemeen belang, zal het Markthof door middel van onderhandelingen proberen de nadelige gevolgen te voorkomen.

##### 4.2.2. *Verbod mogelijk?*

Het Markthof is bevoegd te verbieden een bepaalde overeenkomst, een contractuele voorwaarde of enige andere beperkende handeling toe te passen of te verbieden een handeling te verrichten die in belangrijke mate overeenstemt met een handeling die in deze vorm verboden is. Het Markthof is ook bevoegd om een gebod op te leggen. Dit kan zijn een gebod om een andere ondernemer bepaalde goederen of diensten te leveren tegen eenzelfde tarief als waartegen deze goederen of diensten

worden aangeboden aan andere ondernemers. Het Markthof kan ook voorwaarden stellen. Voordat wordt overgegaan tot een gebod of verbod moet het Markthof altijd eerst onderhandelen.

Het Markthof mag de overneming ongedaan maken als de onderhandelingen niet hebben geleid tot het voorkomen van de negatieve gevolgen voor de concurrentieverhoudingen en het Hof vindt dat het stellen van voorwaarden ter voorkoming daarvan niet voldoende zal zijn.

Het Markthof kan niet verbieden aandelen te verwerven via de beurshandel of een gedwongen veiling van aandelen. In plaats daarvan kan het Markthof de ondernemer bevelen aandelen of bezit, verkregen op de veiling, te verkopen.

#### 4.2.3. *Sancties*

Tegelijk met een gebod of verbod kunnen administratieve boetes worden opgelegd.

#### 4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

Als een internationale overeenkomst het vereist, mag de regering, na een verzoek daartoe van de Mededingingsombudsman, besluiten of actie moet worden ondernomen met betrekking tot een concurrentiebeperkende handeling die nadelige effecten heeft buiten Zweden. Zo'n handeling wordt geacht nadelige effecten te hebben als deze in strijd met de internationale overeenkomst is.

#### 4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

Er is geen specifieke persfusiecontroleregeling. De ondernemingen vallen onder het commune mededingingsrecht.

Daar staat tegenover dat in Zweden reeds bij het begin van de jaren '70 een omvangrijk stelsel van subsidieverlening aan persorganen bestaat. Het doel hiervan was te verhinderen dat nog meer kranten zouden worden opgeheven dan op dat moment reeds het geval was.

Vóór die tijd bestond er al een subsidieregeling ter ondersteuning van meningsvormende activiteiten, waarvoor politieke partijen in aanmerking kwamen. Nu 80 à 90% van de Zweedse kranten min of meer verbonden is met een politieke partij, konden de politieke partijen zelf beslissen of de subsidies naar hun kranten werden toegeluisd of niet.

In 1971 werd een stelsel van gerichte steunverlening aan



persorganen ingevoerd, waarvan met name lokale nieuwsbladen hebben geprofiteerd.

Bovendien is een distributiesysteem tot stand gekomen, waarvan de dagbladen profijt trekken. Overigens heeft dit alles niet geleid tot de oprichting van nieuwe dagbladen. Wel hebben de maatregelen geleid tot een toename van het aantal nieuwsbladen die de pluriformiteit hebben bevorderd.

145

## 5. CONCLUSIES

In Zweden is een algemene fusiecontrole geregeld in het kader van mededingingsregelingen. Doel van die regelingen is het bevorderen van die concurrentieverhoudingen, die in het kader van het algemeen belang als wenselijk worden aangeduid. De wet kent toezicht op overnemingen in het algemeen.

De Mededingingsombudsman voert in dat verband voorbereidend onderzoek uit, voert onderhandelingen met ondernemingen en beslist aan de hand daarvan of een bepaalde overneming aan het Markthof (een rechterlijke instantie) zal worden voorgelegd.

In het kader van dat toezicht spelen ook onderhandelingen tussen het Markthof en de desbetreffende onderneming(en) een belangrijke rol. Wanneer een ondernemer door middel van de overneming een dominante positie verwerft en dit tot gevolgen leidt die nadelig zijn voor het algemeen belang, zal het Markthof door middel van onderhandelingen proberen de nadelige gevolgen te voorkomen of tegen te gaan. In het uiterste geval, ingeval dergelijke onderhandelingen mislukken, kan het Hof een overneming verbieden. Zo'n verbod is dan alleen uit te voeren indien de regering het handhaaft.

Zweden kent geen persfusiecontroleregeling. Ter bescherming van een pluriforme pers wordt wel een omvangrijk systeem van financiële overheidssteun aan de pers toegepast.

## 1. BRONNEN

- Sherman Act 1890;
- Clayton Act 1914;
- Newspaper Preservation Act 1970.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLEREGELING?

Fusiecontrole vindt plaats in het kader van algemene mededingingsregelingen opgenomen in de ‘antitrust Acts’. ‘Antitrust Acts’ zijn regelingen op het niveau van de afzonderlijke staten en op federaal niveau die de handel beschermen tegen onwettige beperkingen, prijsdiscriminatie, prijsvaststelling, en monopolies. De Sherman en de Clayton Act zijn de federale ‘antitrust Acts’.

## 3. WAT WORDT BEDOELD MET ‘FUSIE’?

Artikel 7 Clayton Act heeft betrekking op fusies:

‘No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share of capital (...) of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition or to tend to create a monopoly (15 U.S.C. §18).

Het gaat dus om elke overname van aandelen of andere delen van het kapitaal die nadelen met zich meebrengt voor de concurrentieverhoudingen of die erop gericht is een monopolie tot stand te brengen.

## 4. CRITERIA EN PROCEDURES

4.1. *Fusiecontrole vooraf?*

4.1.1. *Verplichte aanmelding?*

Er is geen controle vooraf. Het beleid van de Amerikaanse regering is erop gericht zo weinig mogelijk te regelen.

147

4.2. *Fusiecontrole-regeling achteraf?*

4.2.1. *Verplichte aanmelding?*

De aanmelding van overnames is niet verplicht, daar steeds achteraf wordt vastgesteld of een bepaald marktaandeel de concurrentieverhoudingen aantast.

De overheid definieert van geval tot geval de markt van (soortgelijke) produkten. Aan de hand daarvan kunnen de onderlinge verhoudingen op de betreffende produktmarkt beoordeeld worden. Vervolgens stelt de overheid de relevante geografische markt vast en berekent aan de hand daarvan het percentage van het marktaandeel dat beheerst zal worden door de gefuseerde onderneming. Daarna besluit ze of dat percentage hoog genoeg is om het bestaan aan te nemen van een redelijke kans dat de concurrentie wordt beperkt.

Het controlerende orgaan is de Antitrust Division van het ministerie van Justitie.

4.2.2. *Verbod mogelijk?*

De Antitrust Division kan via een civielrechtelijke procedure een eind trachten te maken aan monopolistische of handelsbeperkende handelingen. Ook langs strafrechtelijke weg kan een betrokken persoon of onderneming veroordeeld worden.

Het is evenwel ook mogelijk te komen tot zogenaamde 'Consent Decrees'. Dit zijn schikkingen met een definitief karakter tussen regering en betrokken onderneming(en). Zij hebben kracht van wet, zodra ze door een rechter zijn bekrachtigd.

De procedure om te komen tot 'Consent Decrees' verloopt als volgt: wanneer de Antitrust Division een actie instelt kunnen de eigenaars van de onderneming besluiten dat het geen zin heeft in de verdediging te gaan tegen de aanklacht omdat ze de zaak naar alle waarschijnlijkheid toch zullen verliezen. Onderhandelingen worden dan geopend met de Antitrust Division om te komen tot een 'Consent Agreement' waarbij de eigenaars van de betrokken onderneming(en) instemmen met het beëindigen van bepaalde handelspraktijken of met het van de hand doen van bepaalde eenheden.

#### 4.2.3. *Sancties*

Aan personen kan bij een strafrechtelijke vervolging een boete of een gevangenisstraf worden opgelegd; aan ondernemingen kan een boete worden opgelegd. De feiten die naar voren komen uit een civiele of strafrechtelijke procedure kunnen weer gebruikt worden als springplank voor een particuliere ‘treble damage’-vervolging. Een ‘treble damage’-actie is een actie door derden die schade hebben geleden als gevolg van de onwettige handelingen van de aangeklaagde. Wint de derde deze actie dan krijgt hij een schadevergoeding ter hoogte van driemaal de door hem geleden werkelijke schade.

#### 4.2.4. *Beroepsmogelijkheden*

De normale civielrechtelijke en strafrechtelijke beroepsprocedures zijn van toepassing.

#### 4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse ondernemingen?*

Artikel 2 van de Sherman Act bepaalt dat:

‘Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several [s]tates or foreign nations, shall be guilty of a misdemeanor.’

Er wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen Amerikaanse onderdanen en buitenlanders.

#### 4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

Sinds 1970 is er de Newspaper Preservation Act die de pers onder bepaalde omstandigheden vrijstelling verleent van de regelingen van de ‘antitrust Acts’. Dagbladen bezitten namelijk in het merendeel van de gevallen reeds een monopoliepositie op de markt in een bepaalde regio en over het algemeen is er geen plaats voor een tweede krant op diezelfde markt, in diezelfde regio (natuurlijk monopolie).

De Newspaper Preservation Act is gebaseerd op de, in de rechtspraak ontwikkelde, ‘failing company’-doctrine (International Shoe Co. v. Federal Trade Commission, 280 U.S. 291 [1930]).

Deze doctrine houdt in dat overneming van een bedrijf door een concurrent de concurrentie niet onwettig beperkt als het overgenomen bedrijf groot gevaar loopt zakelijk te mislukken.

Het doel van de Act is het behoud in het algemeen belang van het redactionele en journalistieke concurrentievermogen van de dagbladpers in de Verenigde Staten.

Een van de middelen om dit doel te bereiken is het legaliseren van 'Joint Operating Agreements' (gemeenschappelijke exploitatie-overeenkomsten), dat wil zeggen het delen van, in plaats van dubbel investeren in, technische en zakelijke faciliteiten.

Om een 'Joint Operating Agreement' te mogen aangaan is vereist dat tenminste één van de betrokken dagbladen een 'failing company' (een onderneming waarvan het voortbestaan bedreigd wordt) is of dreigt te worden.

Aanmelding dient vooraf te geschieden bij het hoofd van het ministerie van Justitie. Slechts na diens schriftelijke toestemming is een 'Joint Operating Agreement' mogelijk. Het hoofd van het ministerie van Justitie moet vaststellen dat tenminste één van de betrokken dagbladen een 'failing company' is. Hij neemt zijn beslissing aan de hand van een aantal afwegingen, ten behoeve waarvan de betrokkenen bij hun aanmelding het bewijsmateriaal kunnen aanleveren.

De afwegingen die het ministerie maakt betreffen de volgende vragen:

- zijn de financiële bronnen van de over te nemen of overgenomen ondernemingen vrijwel uitgeput?
- zijn er geen vooruitzichten op een spoedig herstel?
- zijn er inspanningen gedaan om een potentiële koper te vinden?
- levert een reorganisatie geen overlevingskansen op?

Tegen de beslissing van het hoofd van het ministerie van Justitie kan een rechtzaak worden aangespannen bij een District Court. Beroep tegen de uitspraak bij een Appeals Court.

N.B. In 1975 vaardigde de Federal Communications Commission een verbod uit op 'cross-ownerships' ('eigendoms-kruisverbanden') tussen dagbladen en radio- en televisiestations in dezelfde markt. De FCC eiste in de meeste gevallen waarin sprake was van eigendom van verschillende

media, niet dat de eigenaren tot verkoop overgingen. Wel werd het eigenaren van dagbladen verboden om nieuwe investeringen te doen in omroepstations.

Kabelnetten vielen buiten de regeling (de cable television legislation uit 1984 bevat wel regels die grenzen aangeven voor de eigenaren van televisiestations waarbinnen zij wel en waarbuiten zij niet een kabelnet in eigendom mogen hebben binnen dezelfde markt). Tevens werd het de eigenaren van omroepstations verboden om binnen dezelfde markt een dagblad over te nemen. In enkele gevallen, waar de eigenaar van het enige dagblad in een bepaald gebied ook de enige eigenaar was van een omroepstation, werd een verkoopgebod opgelegd.

De FCC-regels werden bevestigd door het Supreme Court.\*

## 5. CONCLUSIES

De Verenigde Staten kennen een algemene fusiecontrole in het kader van algemene mededingingsregelingen. Dat zijn regelingen op het niveau van de afzonderlijke staten en op federaal niveau die de handel beschermen tegen onwettige beperkingen, prijsdiscriminatie, monopolies, andere nadelen voor de concurrentieverhoudingen en dergelijke, die onder meer uit fusies kunnen voortvloeien.

Voor de pers geldt onder bepaalde omstandigheden vrijstelling van deze anti-trustregelingen. De pers heeft in veel gevallen reeds een monopoliepositie in bepaalde regio's. De regeling op dit gebied is vastgelegd in een wet gericht op het waarborgen van de redactionele en journalistieke concurrentie in de dagbladpers, zulks voor zover het algemeen belang daarmee wordt gediend. Deze wet is gebaseerd op de, in de rechtspraak ontwikkelde, 'failing company'-doctrine, de overneming van een bedrijf door een concurrent beperkt de concurrentie niet onwettig wanneer het overgenomen bedrijf groot gevaar loopt zakelijk te mislukken. Een dergelijke overneming dient vooraf te worden aangemeld bij het ministerie van Justitie en pas na toestemming van die zijde – waarbij wordt vastgesteld dat tenminste één van de betrokken ondernemingen een 'failing company' is – mag uitvoering worden gegeven aan het voornemen tot overneming.

\* FCC vs. National Citizens Committee for Broadcasting, Supreme Court 436 U.S. 775, 1978).

De Amerikaanse persfusiecontroleregeling is er niet op gericht persfusies tegen te gaan, doch vormt een uitzondering op de algemene mededingingsregelingen, waardoor er bij persfusies beroep kan worden gedaan op de economische noodzaak van fusie of samenwerking.

151

Voor de toepassing van de algemene mededingingsregelingen moet van geval tot geval worden vastgesteld van welke markt een bepaald produkt deel uitmaakt en binnen welke geografische markt de concurrentieverhoudingen bedreigd worden. Daarnaast zijn nog regels van kracht ter beperking van cross-ownerships tussen dagbladen en omroepstations in dezelfde markt.

## 1. BRONNEN

- Derde Richtlijn van de Raad tot coördinatie van de regelingen van juridische fusies van NV's die onder het recht van eenzelfde lidstaat vallen (Pb. 1978/L295);
- Voorstel voor een Verordening (E E G) van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (COM 88) 97def; 25 april 1988.

## 2. IS ER EEN FUSIECONTROLEREGELING?

De Richtlijn bevat *procedure* regels voor de juridische fusie; regels dus voor de oprichting van een nieuwe naamloze vennootschap door middel van een rechtshandeling waarbij verschillende vennootschappen ten gevolge van ontbinding zonder vereffening van hun gehele vermogen, alle activa en passiva overdragen aan een door hen opgerichte vennootschap tegen uitgifte van aandelen in deze vennootschap aan de aandeelhouders van de vennootschappen die deze fusie aangaan. De Richtlijn is slechts een opdracht aan de lidstaten om hun wetgeving op het betreffende gebied in overeenstemming te brengen met de bepalingen van de Richtlijn. De Commissie van de Europese Gemeenschappen oefent toezicht uit op de naleving van deze verplichting. In Nederland is aan de Richtlijn uitvoering gegeven in artikel 324 BW en verder.

Een fusiecontroleregeling is opgenomen in het voorstel voor een Verordening (E E G) van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen. Verordeningen zijn rechtstreeks bindend in de lidstaten, op dezelfde manier als nationale wetgeving.

Dit voorstel voor een Verordening vervangt een eerder voorstel van de Commissie uit 1973 (PB nummer C 92 van 31.10.1973, bladzijde 1). De Raad heeft dit eerdere voorstel nooit in behandeling willen nemen, tot grote ergernis van de Commissie. Voor de totstandkoming van dit nieuwe voorstel voor een Verordening heeft vooraf intensief overleg plaatsgevonden, waardoor een principiële positieve verhouding is ontstaan van de Raad met betrekking tot een nieuwe ontwerp-verordening.



Het EEG-verdrag zelf bevat niet een fusiecontroleregeling in strikte zin. Artikel 85 bevat een mededingingsregeling die kartelafspraken, die de handel tussen E G-landen ongunstig beïnvloeden, nietig verklaart. In lid 3 wordt de mogelijkheid geopend de toepassing van het artikel buiten werking te stellen voor overeenkomsten of gedragingen die bijdragen tot verbetering van de produktie of de verdeling van de produkten en dergelijke. Artikel 86 verbiedt het misbruik maken van een economische machtspositie op de gemeenschappelijke markt. Dit artikel kan dus betrekking hebben op door fusie ontstane machtsposities, doch slechts indien misbruik van die positie wordt gemaakt.

Het Hof van Justitie EG (HVJ EG 17-II-1987)\* heeft in het Philip Morris/Rothmans-arrest echter uitgesproken dat het in beginsel mogelijk is een overeenkomst waarbij het ene bedrijf een aandeel verwerft in een concurrerend bedrijf, onder artikel 85 EEG te doen vallen. Daarvoor moet aangetoond worden dat de verwerving van een dergelijk aandeel tot gevolg *kan* hebben dat de concurrentie wordt beperkt. Dit kan zowel het geval zijn als het verworven belang een minderheidsbelang is als wanneer het investerende bedrijf de juridische of feitelijke controle verwerft over het commerciële gedrag van een ander bedrijf dan wel wanneer het investerende bedrijf de mogelijkheid heeft in een later stadium de effectieve controle te verwerven over het andere bedrijf. Door dit arrest lijkt het – voorzichtig geformuleerd – dus mogelijk onder bepaalde omstandigheden fusie-overeenkomsten onder de werking van artikel 85 te doen vallen.

In haar Continental Can-uitspraak† gaf de Commissie haar tot nu toe enige formele beslissing waarbij een fusie werd verboden ex artikel 86 EEG. Het Hof bevestigde dat de Commissie ex artikel 86 kon ingrijpen als fusies dreigden te resulteren in een dominante positie. Het Hof bepaalde dat artikel 86 niet alleen van toepassing is op handelingen die directe schade kunnen toebrengen aan consumenten, maar ook op die handelingen die dergelijke schade indirect kunnen toebrengen ten gevolge van hun invloed op een effectieve mededingingsstructuur.

In haar Tenth Report on Competition Policy (1980) spreekt de Commissie uit, dat artikel 86 van toepassing is in fusiegevallen,

\* Feenstra, J.J., 'Fusiecontrole door de EEG na het Philip Morris arrest', *De Naamloze Vennootschap* 1988/2: 60-67.

† Continental Can Co. Inc. Re. (Commission Decision 72/21) OJ L 7/25, 8-I-1972; [1972] CMLR D II.

waarbij een onderneming een marktaandeel verkrijgt van meer dan 40% met betrekking tot het relevante produkt op een bepaalde geografische markt tegenover kleinere concurrenten en met een aantal concurrerende voordelen. Er is dan sprake van een dominante positie.

De Commissie kan ex artikel 86 overigens pas optreden nadat de fusie tot stand gekomen is. Preventief optreden is niet mogelijk. Er is geen plicht tot voorafgaande aanmelding en géén vrijstellings-procedure gelijk aan die van artikel 85 lid 3. Wel is een voorafgaande informele raadpleging van de Commissie mogelijk, gevolgd door een eventuele aanpassing aan de wensen van de Commissie. De enige sanctiemogelijkheid is dan dat de Commissie eventueel voorafgaand aan de uitvoering van het fusievoornemen, openbaar maakt dat zij bezwaar heeft tegen een voorgenomen fusie.

In het Camera Care-oordeel\* stelde het HvJ EG vast dat de Commissie interimmaatregelen kan nemen in mededingingszaken, waaronder maatregelen die ten doel hebben de status quo te bewaren. Uit dit oordeel, in samenhang met het oordeel in de Continental Can-zaak volgt dat ook in fusiezaken de Commissie interimmaatregelen kan nemen, als het er naar uitziet dat artikel 86 overtreden gaat worden. Richtlijnen voor de uitoefening van deze bevoegdheid zijn te vinden in Camera Care en Practice Note-Applications to the EC-Commission for interim Measures under artikel 3 of Regulation 17†:

N.B. Als de Commissie van mening is dat een fusie in strijd met artikel 86 is, gaat dit boven een eventuele nationale goedkeuring van een fusie; niet omgekeerd! Besluit de Commissie dat artikel 86 niet van toepassing is, dan nog kan een nationale regeling de fusie nog verbieden wegens strijdigheid met een nationale fusiecontroleregeling. Sinds het Walt Wilhelm-oordeel‡ is de Commissie van mening dat nationale autoriteiten niet een mededingingsovereenkomst mogen verbieden die is vrijgesteld ex artikel 85 lid 3. Het HvJ EG+ sloot zich hierbij aan, door te bepalen dat het

\* HvJ EG Camera Care Ltd. v. Commission. Case 792/79 R [1980] ECR II; [1980] I CMLR 334.

† [1980] 2 CMLR 369.

‡ HvJ EG 10th Report on Competition Policy, 1980, point 21, Walt Wilhelm v. B.K.A.

+ Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG v.

Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung. Case 249/85, 21 mei 1987 (niet gepubliceerd).

besluit van de Commissie bindend is voor de nationale overheidsinstanties en voor de nationale rechters, óók als dit besluit in strijd is met het nationale mededingingsrecht.

Ook bij internationale fusies, dat wil zeggen fusies waarbij ondernemingen uit niet-EEG lidstaten betrokken zijn, acht de EEG zich in het algemeen bevoegd, indien verwacht wordt dat ze directe en wezenlijke invloed zullen hebben op de concurrentieverhoudingen binnen de gemeenschappelijke markt.

Tot zover het geldende EEG-recht. Het hiernavolgende heeft betrekking op de voorgestelde Verordening.

### 3. WAT WORDT BEDOELD MET 'FUSIE'?

De verordening zal betrekking hebben op grote concentraties van communautaire betekenis, dat wil zeggen fusies van ondernemingen die hun activiteiten uitstrekken over verschillende lidstaten met tezamen een wereldwijde omzet van minimaal 1 miljard ECU (ongeveer 2,3 miljard gulden). Heeft de overgenomen onderneming een omzet < 50 miljoen ECU, dan vindt geen controle plaats. Indien de omzet voor 75% of meer binnen één lidstaat gerealiseerd wordt vindt eveneens geen controle plaats.

### 4. CRITERIA EN PROCEDURES VOLGENS DE VOORGESTELDE VERORDENING

#### 4.1. *Fusiecontrole vooraf?*

##### 4.1.1. *Verplichte aanmelding?*

Aanmelding van fusies dient te geschieden vóór de totstandkoming en wel bij de Commissie van de EEG. Deze toetst of door de concentratie een effectieve concurrentie binnen de gemeenschap wordt aangetast. Dat zal het geval zijn wanneer een dominante positie op de gemeenschappelijke markt, of een substantieel deel daarvan, wordt gevestigd, of wanneer een reeds bestaande dominante positie wordt versterkt.

Van een dominante positie is sprake bij het bereiken van een marktaandeel van 20% of meer in de relevante markt. Is het marktaandeel kleiner dan 20% dan wordt uitgegaan van een vermoeden van verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Dit vermoeden kan worden weerlegd wanneer kan worden geconcludeerd tot een dominante positie aan de hand van:

- keuzemogelijkheden van de leveranciers of de gebruikers;
- de marktpositie;
- de economische en financiële kracht van de betrokken ondernemingen;
- hun toegang tot de voorzienings- of afzetmarkten;
- de internationale mededinging;
- juridische of feitelijke hinderpalen voor toegang tot de markt;
- ontwikkeling van de vraag naar en het aanbod van de betrokken producten of diensten.

Concentraties die bijdragen aan de verwezenlijking van de algemene doelstellingen van het E E G-Verdrag omdat ze leiden tot een verbetering van de produktie of distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang dan wel tot de verbetering van de mededingsstructuur op de gemeenschappelijke markt, zullen steeds door de Commissie worden goedgekeurd, tenzij de mogelijkheid bestaat dat de concurrentie voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld.

#### 4.1.2. *Verbod mogelijk?*

De Commissie kan een fusie die niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, door middel van een beschikking verbieden. De beslissing of zal worden opgetreden tegen de fusie neemt de Commissie binnen 2 maanden na de aanmelding. Bij een besluit tot optreden heeft zij 4 maanden om een nader onderzoek in te stellen. Reageert de Commissie niet, dan mag de fusie doorgaan. Binnen genoemde termijnen mogen partijen de fusie niet voltrekken.

Fusies die geen dominante positie opleveren worden bij beschikking goedgekeurd. Aan beschikking kunnen voorwaarden en verplichtingen worden verbonden.

#### 4.1.3. *Sancties*

Niet of niet op de juiste wijze meewerken aan het inlichtingen- en verificatierecht van de Commissie levert een geldboete op van tenminste 1.000 en ten hoogste 100.000 E C U, op te leggen bij beschikking.

Niet aanmelden vooraf leidt eveneens tot een geldboete bij beschikking van tenminste 1.000 en ten hoogste 2 miljoen E C U.

4.1.4. *Beroepsmogelijkheden*

Het Hof van Justitie oefent toezicht uit op een juiste uitoefening van de bevoegdheden door de Commissie.

157

4.2. *Fusiecontrole achteraf?*

Volgens de voorgestelde Verordening vindt toezicht steeds vooraf plaats. Mocht de concentratie tot stand zijn gebracht zonder goedkeuring van de Commissie dan kan de Commissie tot ontbinding besluiten.

4.3. *Is er een bijzondere regeling ten aanzien van buitenlandse overnemingen?*

De ontwerp-Verordening ziet uitsluitend toe op concentraties van ondernemingen die van communautaire betekenis zijn.

4.4. *Bijzondere regelingen ten aanzien van de pers?*

De ontwerp-Verordening van de EEG voorziet niet in een specifieke persfusiecontrole.

5. CONCLUSIES

De huidige regeling op basis van de artikelen 85 en 86 EEG kan volgens het Hof van Justitie ook betrekking hebben op bepaalde samenwerkingsverbanden, waaronder fusies, die tot gevolg hebben dat de concurrentie wordt beperkt (artikel 85) dan wel dat een economische machtspositie ontstaat (artikel 86). Deze regeling maakt slechts achteraf ingrijpen mogelijk. Slechts als men vrijstelling wil verkrijgen op grond van artikel 85 derde lid moet men een kartelovereenkomst vooraf aanmelden. Een en ander wil niet zeggen dat de Commissie van de EG geen controle kan uitoefenen. Vaak zullen voorgenomen overeenkomsten worden aangemeld teneinde er zeker van te zijn achteraf geen sancties te krijgen opgelegd.

In het voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de controle van concentraties op ondernemingen wordt een preventieve toetsing van concentraties van zeer grote omvang voorgeschreven. Wanneer deze verordening tot stand zal zijn gekomen, is zij rechtstreeks bindend in de lidstaten. De voorgestelde verordening regelt een aanmeldingsplicht vooraf

van ondernemingsconcentraties. Die aanmelding dient te geschieden bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

Niet alle concentraties behoeven te worden aangemeld: de totale omzet moet groter zijn dan 1 miljard ECU (ongeveer 2,33 miljard gulden); het moet bovendien een samenwerking betreffen tussen twee ondernemingen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn. Ondernemingen die 75% van hun omzet in één lidstaat verwezenlijken vallen buiten de regeling. Heeft de overgenomen onderneming een omzet van minder dan 50 miljoen ECU dan vindt er eveneens geen controle plaats.

Getoetst wordt of door de concentratie een effectieve concurrentie binnen de Gemeenschap wordt aangetast. Een concentratie wordt geacht verenigbaar te zijn met de gemeenschappelijke markt wanneer het marktaandeel van de samenwerkende ondernemingen op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan kleiner is dan 20%; tegenbewijs is mogelijk.

De ontwerp-Verordening voorziet niet in een specifieke persfusiecontroleregeling.

## I. BRONNEN

1. Resolution 338 (1967) on press legislation;
2. 9-12 september 1968, Salzburg: Symposium on human rights and mass communication media;
- 3a. Recommendation 582 (1970) on mass communication and human rights, 23 januari 1970: DH-MM (85)6;
- 3b. Resolution 428 (1970) containing a declaration on mass communication media and human rights, 23 januari 1970: DH-MM (85)6;
4. Motion for a resolution on press concentration, Leynen c.s., 25 september 1970, Doc. 2840;
5. Press Concentrations – Political Affairs Committee, Memorandum presented by Gonella and Björk, 7 juni 1972: AS/Pol (24)5;
6. Report on press concentrations (draft resolution), 3 oktober 1972, Doc. 3178, presented by the Political Affairs Committee; rapporteurs: Björk en van der Sanden;
- 7a. Opinion on press concentrations, 12 oktober 1972, Doc. 3188, presented by the Legal Affairs Committee; rapporteur: Fanelli;
- 7b. Amendment no. 1 to the report on press concentrations presented by Margue and Fanelli, on behalf of the Legal Affairs Committee, 12 oktober 1972, Doc. 3178 Amendment no. 1;
- 8a. 21 oktober 1972, Debate on the report of the Political Affairs Committee, Doc. 3178 and amendment, and the opinion of the Legal Affairs Committee, Doc. 3188 and vote on the draft resolution;
- 8b. Resolution 534 (1972) on press concentrations, 21 oktober 1972;
- 9a. Report of the Committee of Experts on Press Concentrations, 16 december 1974, Strasbourg;
- 9b. Resolution (74) 43 on press concentrations, 16 december 1974: DH-MM (85)5;
10. Recommendation 747 (1975) on press concentrations, 23 januari 1975: DH-MM (85)6;
11. Recommendation 834 (1978) on threats to freedom of the

- press and television, 28 april 1978: DH-MM (85)6;  
 12. Declaration on the freedom of expression and information,  
 29 april 1982, Raad van Ministers;  
 13. Resolution 820 (1984) on relations of national parliaments  
 with the media, 7 mei 1984, DH-MM (85)6.

## 2. DE RAAD VAN EUROPA EN DE MEDIA

De Raad van Europa houdt zich al sinds 1967 bezig met het onderwerp persconcentratie. Er liggen een aantal studies en rapporten, er zijn debatten geweest en er zijn aanbevelingen gedaan en resoluties aangenomen. Deze aanbevelingen en resoluties zijn niet rechtens bindend voor de lidstaten. Het zijn slechts intentieverklaringen of voorstellen daartoe, die pas bindend worden wanneer zij uiteindelijk worden neergelegd in een Conventie, een Verdrag van de Raad van Europa.

Het onderwerp persconcentratie is binnen de Raad van Europa steeds aan de orde geweest in het kader van artikel 10 van het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM), dat betrekking heeft op de uitingsvrijheid.

Bezorgdheid voor het verschijnsel persconcentratie spreekt uit de Opinion on press concentrations (Doc. 3188):

‘It may be observed that press concentrations in themselves do not affect the individual’s right to freedom of expression or information. It would therefore be wrong to say that press concentrations are violations of the European Convention. However, they reduce the individual’s choice and may limit his possibilities to exercise this right freely.’

In Resolution 428 wordt opgemerkt dat de onafhankelijkheid van de massamedia beschermd moet worden tegen de gevaren van monopolievorming.

Een persfusiecontroleregeling is echter in de Raad nimmer voorgesteld. Integendeel, men is beducht voor de strijdigheid van een dergelijke regeling met de uitingsvrijheid. In het Report on press concentrations (Doc. 3178) wordt gezegd dat bij een verbod van een persfusie, bijvoorbeeld bij het bereiken van een bepaald marktaandeel, de persvrijheid in gevaar gebracht wordt. Veel kranten kunnen slechts voortbestaan als onderdeel van een groot concern. Beperking van het marktaandeel en het opsplitsen van grote ondernemingen en dergelijke zouden wel eens averechts kunnen werken. Een fusieverbod zou in elk geval gecombineerd



moeten worden met een aanbod tot financiële steunverlening.

Als het werkelijke probleem wordt binnen de Raad de mate van beknotting van de redactionele onafhankelijkheid gezien. Daarom pleit men voor de onafhankelijkheid van de redacties door institutionalisering van het redactiestatuut, waardoor de redacties onafhankelijk zouden blijven, ongeacht de toevallige eigenaar. Voorts zou het publiek geïnformeerd dienen te worden over wie de financiële zeggenschap heeft over dagbladen, bijvoorbeeld door publikatie in de jaarverslagen. De in veel landen bestaande persraden zouden in het openbaar melding kunnen maken van wisselingen in de eigendom.

Voor het overige wordt het binnen de Raad tot de taak van de onderscheiden overheden gerekend maatregelen te nemen om het verschijnsel persconcentratie tegen te gaan. Daartoe worden directe en indirecte steunmaatregelen aanbevolen, zoals:

- a. generieke maatregelen: belastingfaciliteiten, gunstige post- en telecommunicatietarieven;
- b. gericht-generieke maatregelen: papersubsidies, advertentiecompensatieregelingen, overheidsadvertenties, kredietfaciliteiten;
- c. specifieke steunmaatregelen: de instelling van fondsen als het Nederlandse Bedrijfsfonds voor de Pers ten einde steun te verlenen, indien met die steun uitzicht bestaat op herstel van de rentabiliteit.

### 3. CONCLUSIES

Het onderwerp persfusies en persconcentraties is binnen de Raad van Europa steeds aan de orde geweest in het kader van artikel 10 van het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, dat onder meer betrekking heeft op de uitingsvrijheid. In dat verband zijn er studies verricht, debatten gehouden en aanbevelingen en resoluties aangenomen. De aanbevelingen zijn niet rechtens bindend voor de lidstaten; het zijn intentieverklaringen of voorstellen daartoe, die bindend worden wanneer zij uiteindelijk worden neergelegd in een Conventie, een Verdrag van de Raad van Europa.

De Raad heeft zich nimmer uitgesproken voor een persfusie-controleregeling. Integendeel, men is beducht voor mogelijke strijdigheid met de persvrijheid. Binnen de Raad richt men zich meer op waarborgen voor de onafhankelijkheid van de redacties (redactiestatuten) en op steunmaatregelen voor de pers.



In alle hier besproken landen bestaan mededingingsregelingen, waarbij er in enigerlei vorm controle bestaat op afspraken tussen ondernemers die de concurrentie beperken of kunnen beperken en op economische machtsposities. Fusiecontroleregelingen die het minst ver gaan houden veelal in dat de overheid maatregelen kan nemen tegen misbruik van een economische machtspositie die als gevolg van een fusie is ontstaan. Strengere fusiecontrole-regelingen bestaan daar, waar fusies vooraf danwel achteraf dienen te worden aangemeld opdat een toezichthoudend orgaan kan onderzoeken of er door de fusie een economische machtspositie ontstaat en/of de concurrentie wordt beperkt. De sancties die dan mogelijk zijn variëren van de mogelijkheid om door onderhandelingen en het stellen van voorwaarden de ongewenste gevolgen van de fusie weg te nemen tot een verbod tot uitvoering van de voorgenomen fusie of een gebod tot ontbinding van de fusie.

Voorts bestaan in veel landen voorschriften met betrekking tot de openbaarheid van ondernemingsstructuren, deelnemingen en andere eigendomsverhoudingen.

In de meeste landen vallen persuitgeverijen onder deze algemene mededingingsregelingen. In de v s worden deze regelingen ten aanzien van de pers echter soepeler toegepast, indien men kan aantonen dat een personderneming een 'failing company' is, dat wil zeggen dat zij zonder fusie of andere samenwerkingsovereenkomst in haar voortbestaan bedreigd wordt. Andere landen, die een specifieke persfusiecontroleregeling hebben (Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië, Groot-Brittannië) hebben strengere regels voor persfusies.

De vormen van die regelingen en hun effectiviteit verschillen aanzienlijk van elkaar. Ongeacht deze verschillen ligt aan de buitenlandse regelingen de intentie ten grondslag een toetsingsmechanisme te laten functioneren om gevaren van persfusies voor de maatschappelijke taak van de pers zoveel mogelijk tegen te gaan.

Niettemin is in vrijwel alle onderzochte regelingen het toetsen van persfusies onderdeel van of nauw gekoppeld aan de algemene mededingingsregelingen. De criteria die bij de toetsing ter hand worden genomen zijn dan ook van economische aard. Fusies

worden beoordeeld op de eventuele aanwezigheid van een economische machtspositie en de gevolgen daarvan in het economisch verkeer, in het bijzonder voor de bedrijfstak van het persuutgeverijbedrijf. Voor het antwoord op de vraag of er een economische machtspositie ontstaat worden dan omzetten en marktaandelen in de betaalde oplagen in acht genomen. Die regelingen voorzien derhalve noch in een toets van persfusies aan persverscheidenheid, noch in een daarmee verband houdende beoordeling van de identiteit van de betrokken persorganen.

In een aantal landen gelden de openbaarheidsvoorschriften ten aanzien van de eigendomsverhoudingen specifiek de persuutgeverijen. Sommige landen schrijven voor dat aandelen in persondernemingen slechts op naam gesteld mogen zijn.

November 1988

In de serie 'Studies voor het Bedrijfsfonds voor de Pers' worden werkstukken gepubliceerd die in opdracht en ten behoeve van de werkzaamheden van het Bedrijfsfonds voor de Pers tot stand zijn gekomen. De verantwoordelijkheid voor de inhoud van de studie berust bij de auteur(s). De opdracht tot de studie en de publikatie en uitgave hiervan behoren tot de verantwoordelijkheid van het Bedrijfsfonds voor de Pers.

### *Het Bedrijfsfonds voor de Pers*

Het Bedrijfsfonds voor de Pers is een bij de wet (Mediawet) ingesteld zelfstandig bestuursorgaan. Het heeft tot taak: 1. financiële steun te verlenen aan persorganen, 2. onderzoek met betrekking tot het functioneren van de pers te verrichten of te doen verrichten en 3. de minister van w v c te adviseren over de uitvoering van de Mediawet, voor zover dit voor de taakuitoefening van het Bedrijfsfonds van belang is. Het Bedrijfsfonds voor de Pers wordt geleid door een bestuur, bijgestaan door een secretariaat.

Samenstelling van bestuur en secretariaat Bedrijfsfonds voor de Pers bij het publiceren van deze studie:

*Bestuur*

prof. drs J.W. Schoonderbeek, voorzitter  
J. Kassies, vice-voorzitter  
prof. dr J.J. van Cuilenburg  
drs H.J.A.M. van Haaren  
prof. dr F. Haselhoff  
mr W.C.D. Hoogendijk  
prof. dr J.H.R. van de Poel

*Secretariaat*

drs L.H.A. Lichtenberg, secretaris  
drs C.W.M. Buijs, plaatsvervangend secretaris  
mevr. C.M.M. Wissink, administratief medewerkster

*Secretariaat Bedrijfsfonds voor de Pers*

Prinsessegracht 19  
2514 AP 's-Gravenhage  
Telefoon: (070) 3 61 71 11  
Telefax: (070) 3 61 71 08



